



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Consideraciones sobre la prisión preventiva:

Análisis de la Casación N.º 626-2013-Moquegua

Liza Ramos Dávila*

Universidad Científica del Sur

Silvia Palomino de la Cruz**

Ramos Dávila Consultores & Abogados

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Fundamentos de la Casación N.º 626-2013-Moquegua.—
- 2.1. Sobre la estructura del debate.— 2.2. Sobre los fundados y graves elementos de convicción.— 2.3. Sobre la prognosis de pena.— 2.4. Sobre el peligro procesal.— 2.5. Sobre la proporcionalidad.— 2.6. Sobre la duración de la medida.—
3. Conclusiones.— 4. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Las autoras analizan cada uno de los fundamentos jurídicos, declarados precedentes vinculantes, de la Casación N.º 626-2013, la misma que a su parecer establece buenas prácticas en la audiencia de prisión preventiva al exigir un debate ordenado, punto por punto, con mayores exigencias de motivación y con precisiones sobre el sentido de determinadas normas sobre la materia.

Palabras clave: Prisión preventiva / Elementos de convicción / Peligro procesal / Proporcionalidad

Recibido: 29-04-17

Aprobado: 06-06-17

Publicado en línea: 03-07-17

ABSTRACT

The authors analyze each of the legal foundations, declared binding precedents, of Cassation No. 626-2013, the same one that in its opinion establishes good practices in the pretrial detention audience by demanding an orderly debate, point by point, with greater requirements of motivation and with clarifications about the sense of certain rules on the subject.

Keywords: Pretrial detention / Elements of conviction / Procedural danger / Proportionality.

Title: Pretrial detention considerations: Analysis of Cassation No. 626-2013-Moquegua

* Abogada, socia de Ramos Dávila Consultores & Abogados. Profesora de Derecho penal de la Universidad Científica del Sur.

** Abogada, integrante de Ramos Dávila Consultores & Abogados

1. Introducción

Según un reciente informe del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a diciembre del 2016 la población penitenciaria constituía un total de 82.023 internos a nivel nacional. De esta cifra, 35.499 personas se encontraban en condición de presos preventivos¹.

Si consideramos que uno de los ejes de la reforma procesal penal emprendida con el Código Procesal Penal del 2004 era la *excepcionalidad de la detención*², podemos afirmar que hoy por hoy la cifra de 43.2% de presos preventivos a nivel nacional no refleja, precisamente, que nuestro sistema procesal penal opte por la excepcionalidad de la prisión³.

Ahora bien, el dato cuantitativo citado nos revela cuántos presos preventivos albergan nuestras cárceles; pero

poco se ha investigado sobre el acierto o calidad de las decisiones judiciales que imponen prisión preventiva. Así, es necesario conocer si los 35.499 casos de prisión preventiva en nuestro país están justificados según los presupuestos de aplicación y duración regulados en los arts. 268 al 272 del CPP.

Un análisis de la jurisprudencia en materia de prisión preventiva nos provee de valiosa información para complementar el análisis cuantitativo. De una primera aproximación podemos indicar que existe una notable divergencia entre a) los enunciados normativos que limitan la aplicación de la prisión preventiva a supuestos graves y excepcionales⁴ y b) la práctica fiscal y judicial de solicitar y conceder la prisión preventiva, respectivamente, en casos que no plantean todos los presupuestos materiales que exige la norma.

A continuación, analizaremos la Casación N.º 626-2013, del 30 de junio del 2015, destacada por haber resuelto un polémico caso de prisión preventiva⁵ y por haber establecido reglas vinculantes en esta materia. Pondremos especial atención en aquellos considerandos

1 Véase, INPE, *Informe Estadístico Penitenciario*, Lima: 2016. Recuperado de <bit.ly/2rZmW5O>.

2 El marco normativo de la prisión preventiva en nuestro país nos remite, en primer término, a la Constitución Política y Tratados suscritos por el Perú. En segundo lugar a las normas y principios que recoge la legislación procesal. Así, en el art. 9.3 del PIDCP se puede leer lo siguiente: “[...] La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general*, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo [las cursivas son agregadas]”.

3 La CIDH ha observado con preocupación este panorama. Véase la Nota de prensa del 29/17, *Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad realiza visita a Perú*, Washington, D.C., 10 de marzo del 2017. Recuperado de <bit.ly/2mbEbxo>.

4 Véase, ESPINOZA RAMOS, Benji, “La prisión preventiva como *ultima ratio* y la audiencia para su adopción: Análisis de la Casación 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 83, Lima: mayo del 2016, p. 243.

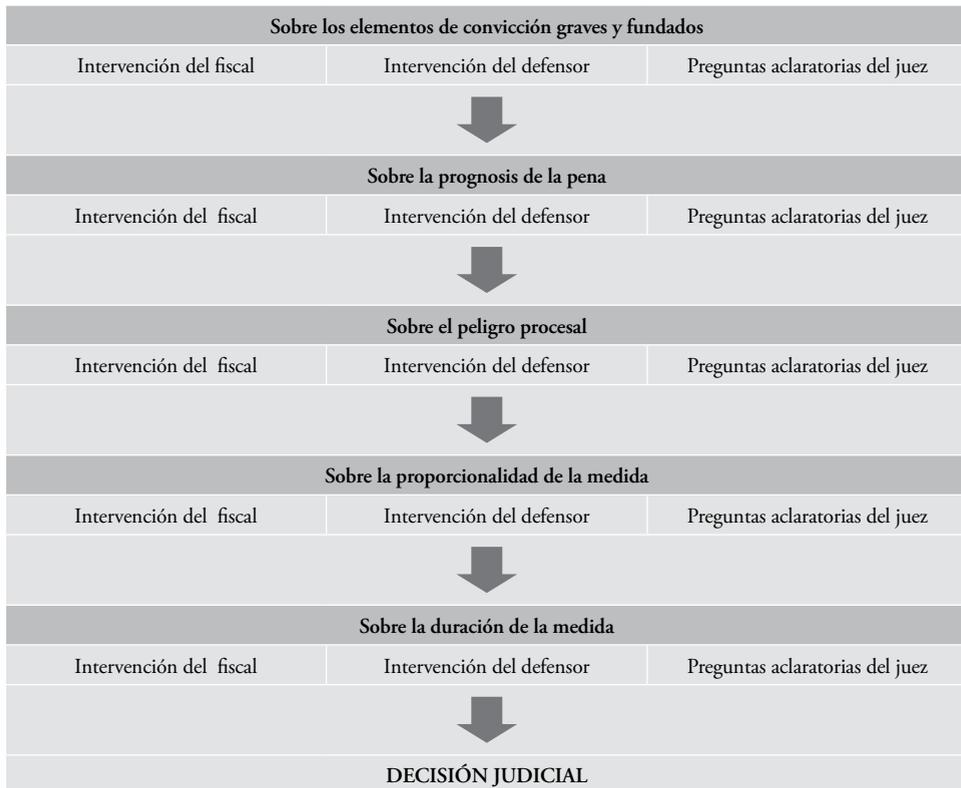
5 Se trata del caso seguido contra Marco Antonio Gutiérrez Mamami, por el delito de homicidio calificado en agravio de Mirian Erika Aucatino López, conducta subsumida en el art. 108.3 del CP.

—que denominaremos *fundamentos*— que han sido declarados precedentes vinculantes.

2. Fundamentos de la Casación N.º 626-2013-Moquegua

2.1. Sobre la estructura del debate

En los fundamentos 17 al 24, la Casación N.º 626-2013 establece una estructura para el debate sobre la prisión preventiva. Esta es como sigue:



Análisis crítico

La estructura que establece la casación comentada pretende contribuir con el desarrollo de las audiencias de prisión preventiva. Se plantea un verdadero ejercicio dialéctico y secuencial, con exposiciones punto por punto y las preguntas aclaratorias y específicas del juez.

Este esquema, además, permite poner en evidencia las fortalezas de los

argumentos de ambas partes. Pues, al exigírseles que se concentren en un solo punto del debate es menos factible que las alegaciones se pierdan en generalidades, meras referencias a la norma o en galimatías. Además, con esta dinámica es más probable que al finalizar el debate el juez esté en mejores condiciones para tomar una decisión acertada.

No obstante lo anterior, mucho dependerá del rol del juez en la dirección

de la audiencia. Esta dirección tiene que ver con: a) escuchar activamente, b) actuar asertivamente, c) evitar desviaciones del debate, d) evitar un ejercicio abusivo del tiempo concedido para alegar, e) Sancionar los actos de desacato hacia el juez o de irrespeto hacia alguna de las partes.

IMPORTANTE

[E]xiste una notable divergencia entre a) los enunciados normativos que limitan la aplicación de la prisión preventiva a supuestos graves y excepcionales y b) la práctica fiscal y judicial de solicitar y conceder la prisión preventiva, respectivamente, en casos que no plantean todos los presupuestos materiales que exige la norma.

En esa línea, creemos que no se puede dirigir adecuadamente una audiencia si no se presta atención al debate. Las partes pueden haberse preparado para exponer con solvencia y dinamismo, pero no hay verdadera audiencia si el primer destinatario de este ejercicio dialéctico, que es el juez, está ocupado en otras actividades como revisar su celular, corregir exámenes, leer los diarios o incluso, leer los resúmenes del caso preparados por los asistentes.

Así, es frecuente escuchar y leer que “en el nuevo modelo procesal peruano el juez obtiene información del debate y no del expediente”. Más allá de anotar que se incurre en una falacia cuando se deriva el “ser” del “deber ser”, esto es,

cuando se pretende extraer mecánicamente lo fáctico de lo normativo, la frase en cursiva revela más un anhelo que una realidad. Y, a decir verdad, este anhelo no encuentra correspondencia en varios artículos del CPP que, por el contrario, refuerzan la presencia del expediente⁶. De otro lado, hay prácticas afirmadas en la magistratura que dan cuenta justamente de lo contrario, esto es, de una metodología de trabajo consistente en “estudiar el caso para luego resolver”⁷.

Que el juez obtenga información sobre el caso a partir del debate en audiencia, y no de la revisión previa y proactiva del expediente, constituye una buena práctica, pero esto en absoluto es una característica de nuestro modelo procesal penal. Si se trata de expandir las buenas prácticas, la Casación bajo comentario pone acento en una de ellas pero esto no garantiza, por sí mismo, que el juez resuelva solo a partir del debate en la audiencia.

2.2. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Según la casación que comentamos, “para poder adoptar la prisión preventiva se requiere un grado de confirmación so-

6 Véase el art. 8.4 del CPP, sobre el trámite de los medios de defensa; el art. 135.1, sobre los requerimientos del fiscal; el art. 136, sobre el contenido del expediente judicial; y el art. 383, sobre Lectura de prueba documental.

7 Véase, previamente, CHINCHAY CASTILLO, Alcides y Liza RAMOS DÁVILA, “La Ley N.º 30214. Elucidación sobre la prueba preconstituida”, en *Actualidad Penal*, n.º 17, Lima: noviembre del 2015, pp. 234-235.

bre la realidad del delito y la vinculación del imputado”.

De acuerdo a la casación (f. j. n.º 27º), se requiere un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, “mayor que la que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria”. El análisis de suficiencia de los elementos de convicción ha de seguir el mismo estándar que se exige en la etapa intermedia (f. j. n.º 28). Y, si el fiscal se sustenta en prueba indiciaria habrá de seguir los criterios vinculantes fijados en el R. N. N.º 1912-2009-Piura⁸; y el juez, por su parte, tendrá que cumplir escrupulosamente su deber de motivación⁹.

Esta casación exige además que el fiscal sustente “claramente su aspecto fáctico y su acreditación” (f. j. n.º 29).

8 Conforme ha establecido la Corte Suprema en el R. N. N.º 1912-2009-Piura, en la prueba indiciaria, los indicios o el dato cierto tienen los siguientes requisitos: i) ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, ii) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, iii) deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar, y iv) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

9 “Si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una prisión preventiva, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde”. Cfr. MONGE GUILLERGA, Ruth, “La prisión preventiva y su desarrollo casacional. A propósito de la Casación N.º 626-201-Moquegua del 30 de junio del 2015. El grado de conocimiento del delito y autoría o participación, como presupuesto para disponer la prisión preventiva”, en *Alerta Informativa*, Lima: julio del 2016. Recuperado de <bit.ly/2skqXUW>.

Análisis crítico

Si bien el principio de imputación necesaria no está reconocido expresamente en la Constitución Política de 1993, este se deriva del principio de legalidad (art. 2.24.d), del derecho a la defensa (art. 139.14), del derecho a una “comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado” que debe tener “un nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye la forma y circunstancias en que pudo tener lugar” (Acuerdo Plenario N.º 2-2012); del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2.d), así como del derecho a la motivación de las resoluciones (art. 139.3).

Desde el punto de vista del fiscal, el cumplimiento del principio de imputación necesaria se deriva de su ineludible deber de objetividad y de su misión como defensor de legalidad¹⁰.

No se trata de efectuar una imputación acabada pues, naturalmente, la adquisición del conocimiento en un proceso penal es progresiva; sin embargo, hay exigencias básicas¹¹:

10 “El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley”. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2725-2008-PHC/TC*, Lima: 22 de setiembre de 2008, f. j. n.º 8.

11 Véase, ALCÓCER POVIS, Eduardo, “El principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal”, en *Red de*

- No basta con enunciar el tipo penal o la calificación jurídica. Este es solo uno de los aspectos de la imputación, junto con la existencia de un hecho concreto y los medios de convicción.
- No basta con describir un resultado de manera general. Es necesario precisar en qué habría consistido el comportamiento imputado.
- Para imputar es necesario establecer el aporte individual que realiza cada persona en particular. Especialmente en casos de pluralidad de agentes.
- Debe precisarse la relación de causalidad entre la conducta y el resultado (perspectiva natural).
- Debe establecerse la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva).

Lo que la casación no ha desarrollado, y ciertamente constituye un aspecto de necesario desarrollo jurisprudencial es ¿qué grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado se requiere para solicitar e imponer la prisión preventiva?

Este aspecto problemático tiene que ver con la fiabilidad de los elementos de convicción aportados por el fiscal. Nos referimos a los pedidos de prisión preventiva que se sustentan en las versiones de testigos codificados o de colaboradores eficaces. En ese sentido preguntamos, ¿la declaración de un colaborador eficaz

es suficiente para solicitar la prisión preventiva? ¿Puede considerarse como un elemento de confirmación lo que un colaborador eficaz sostenga respecto de lo declarado por otro colaborador eficaz?

Si tomamos en cuenta el f. j. n.º 27 de esta casación podríamos tener la respuesta a la inquietud planteada: “se requiere un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor a la que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria”, pero ¿qué debe entenderse por alta probabilidad? ¿La información proporcionada por un colaborador puede otorgar un alto grado de probabilidad a la teoría del caso del fiscal?

Otro aspecto de necesaria precisión cuando hablamos de elementos de convicción fundados y graves, —a propósito del f. j. n.º 26—, es ¿qué debe entenderse por datos objetivos? ¿Un caso de flagrancia presunta puede considerarse un dato objetivo? La respuesta parece surgir del f. j. n.º 28 que nos remite a los criterios vinculantes en materia de prueba indiciaria.

De otro lado, más allá del extenso listado de elementos de convicción que el Ministerio Público presenta al Poder Judicial, el desafío consiste en conectar cada elemento de convicción con un elemento del tipo penal y con algún elemento del componente peligro procesal. Si el fiscal no lo hace, el juez deberá rechazar el requerimiento de prisión preventiva¹².

Reforma Procesal Penal, Lima: julio del 2013. Recuperado de <bit.ly/2rWT1gq>.

12 Así por ejemplo, en la resolución emitida por el Cuarto Juzgado de Investigación Prepara-

En esa medida, resulta de mucha importancia que la casación haya establecido que el fiscal debe sustentar “claramente su aspecto fáctico y su acreditación”. Ello quiere decir, que el fiscal ha de sustentar qué hecho concreto imputado a *ese* procesado justifica la imposición de prisión preventiva en su contra.

Si el fiscal que solicita la prisión preventiva no ha acreditado el aspecto fáctico de la imputación y la defensa cuestiona esta deficiencia mal haría el juez en desestimar esta defensa bajo el argumento de que “no estamos en una audiencia de tutela por imputación suficiente”, pues el requisito *sine qua non* para solicitar la prisión preventiva es acreditar mínimamente el hecho imputado al procesado respecto del cual se solicita la medida¹³.

toria de Tacna, *Expediente N.º 100-2014*, del 23 de marzo del 2016, el juez evidenció lo siguiente: “La fiscalía no realizó una vinculación de los hechos y la conducta de cada uno de los procesados con los delitos materia de imputación [Cohecho / Colusión] solo se nombró los delitos que se les imputa pero no los relaciono debidamente, no se razonó este aspecto [...] solo se leyó el requerimiento escrito que solo describe hechos y una relación de 37 elementos de convicción” (f. j. n.º 28). Similar cuestionamiento encontramos en la casación bajo análisis. El f. j. n.º 66 relata que el juez copió el requerimiento del fiscal y no indicó “cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación”.

13 En el mismo sentido, ESPINOZA RAMOS, “La prisión preventiva como *ultima ratio* y la audiencia para su adopción”, art. cit., p. 242; y FLORES LIZARBE, Henry César, “Las ‘zonas opacas’ de la Casación N.º 626-2013-Moquegua: audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva”, en *Gaceta Penal &*

IMPORTANTE

Lo que la Casación no ha desarrollado, y ciertamente constituye un aspecto de necesario desarrollo jurisprudencial es ¿qué grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado se requiere para solicitar e imponer la prisión preventiva?

Similar crítica se puede hacer si los elementos de convicción están viciados por alguna irregularidad o ilegalidad. Por supuesto, un requerimiento de prisión preventiva da por sentado que el fiscal ya planteó una imputación concreta contra un investigado en la respectiva disposición de formalización; pero ello no necesariamente significa que la imputación ha sido suficiente o que los elementos de convicción sean sólidos y, además, legales¹⁴. De allí que el juez

Procesal Penal, t. 82, Lima: abril del 2016, p. 60. De diferente opinión, BAZALAR PAZ, quien al referirse a la calificación jurídica del delito confina el deber del fiscal a la determinación del bien jurídico lesionado. Cfr. BAZALAR PAZ, Víctor Manuel, “Análisis a la doctrina jurisprudencial vinculante sobre la prisión preventiva contenida en la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016, p. 34

14 De similar parecer es FLORES LIZARBE, quien autor plantea que la audiencia de prisión preventiva no debe restringirse al debate de los cinco aspectos (ver *supra*) sino que además debe exigirse la congruencia entre formalización (hechos) requerimiento, para así evitar que el fiscal incorpore hechos de manera sorpresiva. Cfr. FLORES LIZARBE, “Las ‘zonas opacas’ de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, art. cit., pp. 60-61.

debe siempre mantener, como parte de su función jurisdiccional, la posibilidad de efectuar un control de legalidad de los actos postulatorios del fiscal¹⁵.

1.3. Sobre la prognosis de pena

En el f. j. n.º 31, la casación bajo estudio afirma la metodología de tercios que establece el art. 45-A (modificado por la Ley N.º 30076) y los demás criterios para la determinación e individualización de la pena previstos en el Código Penal.

El citado fundamento menciona además las instituciones procesales que coadyuvan en la determinación judicial de la pena y que servirán al fiscal como elementos para sustentar la prognosis de la pena. Se precisa que este listado de criterios no es taxativo.

El f. j. n.º 32, por su parte, establece un criterio de proporcionalidad para negar la prisión preventiva y se refiere a aquellos supuestos en que se impondría una pena privativa de libertad suspendida, en los términos del art. 57 del CP.

Análisis crítico

La gravedad de la pena es uno de los criterios legales para determinar el peligro procesal¹⁶; y, así está previsto en el

CPP del 2004. El problema reside cuando se pretende decidir la imposición de prisión preventiva solo a partir de este criterio, como en su momento concluyó el juez de la causa que motivó la presente casación¹⁷. Esta mala práctica redime al fiscal de su obligación de acreditar el peligro procesal con datos objetivos sobre la conducta del imputado.

Llama la atención la nota al pie n.º 9 que advierte que la reincidencia y la habitualidad “solo pueden valorarse para la prognosis de pena, de lo contrario supondría un anticipo de pena”. Creemos que el hecho de incluir la reincidencia como elemento de valoración para optar por una prisión preventiva, cualquiera sea el presupuesto al que se le acomode, supone ya un adelantamiento de pena.

La reincidencia es un criterio legal para imponer la prisión preventiva, pero no está exento de críticas acerca de su legitimidad. Tal como anota ASENCIO MELLADO, la incorporación de este supuesto para imponer prisión preventiva, “se asienta sobre una presunción de culpabilidad [representada por la] prognosis de la comisión de nuevos

en el procedimiento de prisión preventiva y su apelación, en los distritos en donde aún no se implementa íntegramente el Código Procesal Penal”, punto 5. Recuperado de <bit.ly/2qokXa2>.

15 Sobre el control constitucional de los actos del Ministerio Público, véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC*, Lima: 11 de agosto del 2010; *Expediente N.º 5811-2015-PHC/TC*, Lima: 20 de octubre del 2015.

16 Así se reconoce en la Directiva N.º 05-2016-MP-FN, sobre “Actuación fiscal

17 “[P]or todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses”. SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013*, Lima: 30 de junio del 2015, f. j. n.º 4.C.

delitos, lo que presupone entenderlo culpable, y es más, que el imputado seguirá delinquiendo”¹⁸.

Para la Casación N.º 626-2013 (f. j. n.º 42º), los *valores morales* del procesado constituye un objeto de análisis en la prisión preventiva, y aun cuando se citan los informes de la CIDH, no desarrolla cómo hacer un análisis objetivo a partir de esta referencia. Quince años atrás este criterio fue duramente criticado cuando el Tribunal Constitucional resolvió los habeas corpus planteados en los casos *Rodríguez Medrano*¹⁹ y *Riggs Brousseau*²⁰. La casación no menciona estas sentencias, sino una más reciente recaída en el caso *Rodríguez Domínguez*²¹.

1.4. Sobre el peligro procesal

Sobre el peligro procesal la Casación N.º 626-2013 se sustenta en los supuestos previstos por el art. 269 del CPP para calificar el riesgo de fuga.

Respecto al primer criterio (el arraigo), la casación indica que esta “exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas”²². Siguiendo lo ya establecido

por el TC se reconoce que “la posesión de bienes genera arraigo”. Se entiende que los factores que generan arraigo en una persona desincentivan una fuga, y estos han de ser analizados no de manera taxativa, pero sí objetiva. Así también se sostiene que “no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, *a priori*, la utilización de la prisión preventiva”²³ (f. j. n.º 39). En correspondencia, “tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva” (f. j. n.º 40).

Sobre el segundo criterio (la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento), el f. j.

para quien es indiscutible el arraigo de quien ya está bajo prisión preventiva. El referido autor señala textualmente: “si la existencia de la familia del imputado no le fue impedimento para que realice el delito, menos lo será, para que se fugue, por el contrario, la familia y los negocios pueden ayudarlo a fugar, finalmente, evidente el arraigo del imputado a la localidad del distrito fiscal o judicial cuando una persona ya está bajo prisión preventiva”. BAZALAR PAZ, “Análisis a la doctrina jurisprudencial vinculante sobre la prisión preventiva contenida en la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, art. cit., p. 37.

18 ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*; Madrid: Civitas, 1987, p. 43 y ss.

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1567-2002-HC/TC*, Lima: 5 de agosto del 2002.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 791-2002-HC/TC*, Lima: 21 de junio del 2002.

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5490-2007-HC/TC*, Lima: 27 de noviembre del 2007.

22 Sostiene una postura en contra BAZALAR PAZ,

23 Los antecedentes más próximos de esta posición se encuentran en la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ, Circular sobre prisión preventiva que, entre otros argumentos, en su fundamento octavo, sostiene lo siguiente: “una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado”.

n.º 43 indica que “de la gravedad de la pena solo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo”.

En cuanto al tercer criterio (la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo), la casación pretende corregir una interpretación que vinculaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal. Del f. j. n.º 50 parece inferirse que, en cualquier caso, la actitud (la reparación del daño) luego de cometido el delito tendrá un enfoque a favor y no en contra del procesado.

El cuarto criterio es 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. La casación establece dos precedentes vinculantes, previstos en los ff. jj. n.ºs 53 y 54. En estos se detalla lo siguiente: El hecho de no confesar el delito no puede ser considerado un mal comportamiento procesal. Además, el hecho de haber recibido un mandato de prisión preventiva en un proceso anterior no autoriza al juez al imponer, por esta sola consideración, un nuevo mandato de prisión preventiva.

Finalmente, la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, constituye, a decir de la casación, “criterio clave en la experiencia criminológica para atender a

la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria” (f. j. n.º 57).

Habrà que fundamentar mínimamente respecto a: 1) cómo se estructura la organización criminal, 2) qué vinculación tiene el procesado con tal organización, y 3) qué clase de peligro se configura en el caso concreto²⁴ (f. j. n.º 58).

Análisis crítico

Para analizar el peligro procesal existe una amplia base normativa, convencional y constitucional, y por supuesto, la base legal que fija el CPP. De ese modo, creemos que privilegiar la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ para sustentar un pedido de prisión preventiva resulta insuficiente, pero sobre todo más allá de referir abundante material normativo, el reto consiste en sustentar por qué el comportamiento de ese procesado en concreto representa peligro procesal.

Con relación al *arraigo*, recordemos que la Corte Suprema se ha pronunciado en una sentencia relativamente reciente²⁵.

24 Al respecto, véase: CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “Requerimiento y audiencia de prisión preventiva de la mano de la Casación 626-2013-Moquegua-SPP, del 30.JUN.15”, en *Escuela de Ministerio Público*, Lima: S/F, p. 13. Recuperado de <bit.ly/2fI9JB7>.

25 Sobre el arraigo como presupuesto del peligro de fuga, es necesario analizar la Casación N.º 631-2015-Arequipa. Documento disponible en <bit.ly/2qswXpV>.

Si el f. j. n.º 50 da importancia a la *buena conducta procesal*, entonces el hecho de acudir periódicamente a la fiscalía y de entregar voluntariamente el pasaporte debería ser ponderado de manera diligente y objetiva.

En lo relativo al criterio de *pertenencia del imputado a una organización criminal*, notamos, con CHINCHAY CASTILLO, que hay un contrasentido en la sentencia casatoria. Si un imputado podría obstaculizar la actividad probatoria a través de otra persona para qué serviría entonces la prisión preventiva²⁶.

Lo que está pendiente es identificar qué fuente de información puede considerarse válida para imputar la pertenencia a una organización criminal. ¿Puede la versión de un colaborador —corroborado con lo declarado por otro colaborador— ser elemento de convicción suficiente para imponer la prisión preventiva?

1.5. Sobre la proporcionalidad

Se establece la exigencia de un debate con aplicación del *test de proporcionalidad* (f. j. n.º 22) y ordena que la motivación corresponda al grado de afectación de la medida. Esto exige, de un lado, que el fiscal fundamente cada extremo de su requerimiento con exhaustividad; y de otro, que el juez fundamente por qué los argumentos

26 Cfr. CHINCHAY CASTILLO, “Requerimiento y audiencia de prisión preventiva de la mano de la Casación 626-2013-Moquegua-SPP”, art. cit., p. 15.

expuestos por el fiscal le han producido convencimiento²⁷.

Se menciona la recomendación efectuada por la *Due Process of Law Foundation* según la cual “el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales” (f. j. n.º 23).

Análisis crítico

Más allá de referir la norma aplicable, el fiscal requirente y el juez concedente han de explicar cómo en el caso concreto resulta necesaria la aplicación de la prisión preventiva²⁸. Motivar no es copiar una plantilla sobre el estado de derecho y la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales. Motivar es explicarle al ciudadano por qué en *su* caso, a la vista de los elementos aportados por el fiscal, se ha decidido imponer la prisión preventiva y no una medida de coerción alternativa.

Hay que recordar que en la Casación N.º 631-2015-Arequipa, la Corte Suprema ya ha puesto el acento en las motivaciones aparentes que se agotan en

27 La sentencia casatoria cita la Resolución N.º 120-2014-PCNM, del 28 de mayo del 2014, *Precedente sobre Evaluación de la calidad de decisiones*. Documento disponible en <bit.ly/2skWYfD>.

28 En similar sentido, VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “La toma de posición de la Corte Suprema respecto a la prisión preventiva a través de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016, p. 51.

la mera referencia a la norma aplicable o a los principios, *in abstracto*²⁹.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

Si bien uno de los objetivos del proceso penal es la sanción del culpable, la decisión judicial debiera ser: a) materialmente correcta, b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal, y c) creadora de la paz jurídica. Un proceso penal no será materialmente correcto, ni generará la paz jurídica si se impone la prisión preventiva como regla y se somete a un procesado inocente a consecuencias que solo se derivan de la imposición de la pena.

En este punto quisiéramos llamar la atención sobre una falacia recurrente en esta materia. A menudo se sostiene que entre las características de las medidas cautelares (prisión provisional) se encuentran la proporcionalidad, urgencia y variabilidad. La noción de *característica* hace referencia a la asignación de atributos peculiares de algo o alguien, de modo que claramente se distinga de los demás. Si analizamos objetivamente las notas

que caracterizan a la prisión preventiva llegaremos a la conclusión de que sus características son otras. Distinto sería si se sostuviese que la prisión preventiva *debe ser* proporcional, o *debe ser* variable. Pero no podemos afirmar las cualidades de una institución a partir de lo que esperamos que esta sea. Al efectuar este tipo de razonamiento se da por sentado lo que precisamente debe ser materia de análisis y discusión.

Cuando se emplea este razonamiento se incurre en la denominada *falacia idealista* que consiste en asumir que todo principio, por el hecho de estar reconocido normativamente posee un respaldo en la realidad, solo porque así lo sostiene un dispositivo legal pero no porque ese principio efectivamente se cumpla.

1.6. Sobre la duración de la medida

De acuerdo con la sentencia casatoria, el fiscal deberá fundamentar en específico por qué requiere, por ejemplo, nueve meses de prisión preventiva, y no seis. Al respecto, es preciso recordar que existen tres nociones de plazo en nuestro ordenamiento procesal: a) el plazo legal (por ejemplo, “la prisión preventiva no durará más de 9 meses”), b) el plazo razonable³⁰ (que es el que se determina según las circunstancias del caso), y c) el plazo máximo necesario

29 En el f. j. n.º 10 de la Casación N.º 631-2015-Arequipa, se lee lo siguiente: “El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que esta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse. No cabe otra opción que casar el auto de vista”.

30 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-HC/TC*, Lima: 15 de febrero de, 2007, f. j. n.º 13.

(que es el tope jurisprudencial del plazo legal)³¹.

Análisis crítico

Uno de los problemas relacionados con la aplicación de la prisión preventiva viene dado por su excesiva duración³² que no se condice con los criterios de excepcionalidad de la detención ni de eficiencia de la investigación preparatoria. Recientemente, tal situación se ha agudizado con la modificación al art. 272, efectuada por el D. Leg. N.º 1307.

31 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3771-2004-HC/TC*, Lima: 29 de diciembre del 2004, f. j. n.º 18. Asimismo en un pronunciamiento posterior el TC ha señalado: “Ahora, si bien la Constitución no alude a un plazo estrictamente necesario, y sí establece un plazo máximo de duración de la detención, este último por sí solo no resulta suficiente para verificar si se ha respetado o no los márgenes de constitucionalidad de dicha detención, pues pueden presentarse situaciones en que, pese a no haberse superado el plazo máximo, sí se ha sobrepasado el límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias. No cabe duda que, en este último caso, estamos frente a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal, en la medida en que la detención tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6423-2007-PHC/TC*, Lima: 28 de diciembre del 2007, f. j. n.º 7.

32 Recientemente, la CIDH ha expresado su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva. Con las modificaciones introducidas por el D. Leg. N.º 1307, de enero del 2017, el plazo límite de la prisión preventiva para los “procesos de criminalidad organizada” se extiende a 36 meses prorrogable hasta por 12 meses. Cfr. Nota de prensa del 29/17, *Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad realiza visita a Perú*, Washington, D.C., 10 de marzo del 2017.

3. Conclusiones

- a) A favor de la Casación N.º 626-2013-Moquegua se puede sostener que establece buenas prácticas en la audiencia de prisión preventiva al exigir un debate ordenado, punto por punto, con mayores exigencias de motivación y con precisiones sobre el sentido de determinadas normas sobre la prisión preventiva.

Doctrina jurisprudencial vinculante (fundamento jurídico)	Tema que desarrolla
24	Estructura del debate
27-29	Elementos de convicción
31-32	Prognosis de pena
39-40	Arraigo (peligro de fuga)
43	Gravedad de la pena
48-50	Magnitud del daño causado
53-54	Comportamiento procesal
58	Pertenencia a organización criminal

- b) El problema con la prisión preventiva, sin embargo, no tiene que ver con su regulación, sino con la interpretación y aplicación de sus normas³³.

33 En el mismo sentido VILLEGAS PAIVA, Elky, “Los ejes temáticos a ser debatidos en la audiencia de prisión preventiva. Consideraciones a partir de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016, p. 12

- c) La Sentencia Casatoria N.º 626-2013 ha puesto en evidencia el grave problema de la falta de excepcionalidad de la prisión preventiva, que, preciso es anotar, no es privativo de nuestro país³⁴.
- d) Desde la publicación de esta sentencia se podía haber esperado, como comenta ESPINOZA RAMOS, “que se atempere la facilidad con que se piden las prisiones preventivas en nuestro país”³⁵, pero han transcurrido varios meses desde entonces y lo que podemos apreciar es un rebrote y fortalecimiento del *discurso de la seguridad y no impunidad*, en desmedro de los derechos del ciudadano, como la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la detención.
- e) Lo que esta Casación además pone en evidencia es que seguimos manejando discursos divergentes sobre la prisión preventiva³⁶ y a excepción de

algunos esfuerzos aislados³⁷ no existe una política criminal enfocada en buscar medios alternativos a la prisión preventiva, sin descuidar los fines del proceso. Esta desarticulación se pone en evidencia cuando pese a la ausencia de elementos objetivos para imponer la medida se recurre a esta para satisfacer presiones de determinados grupos de poder (presión mediática, presión jerárquica, presión económica)³⁸. En los hechos la prisión preventiva se impone cada vez más como anticipo de la pena.

34 “En su *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, la Comisión concluyó que el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA”. CIDH, *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*, Washington: 2016, considerando 344. Recuperado de <bit.ly/2oOVt5v>.

35 ESPINOZA RAMOS, “La prisión preventiva como *ultima ratio* y la audiencia para su adopción”, art. cit., p. 241.

36 Tal como nos lo recuerda la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación N.º 03-2015-28, del 21 de marzo del 2016, en el caso seguido contra Ricardo Raúl Castro Belapatiño: “Es importante agregar que en nuestras facultades de derecho y en diver-

sos e innumerables certámenes académicos se dicta cátedra acerca de la excepcionalidad de la prisión preventiva; una realidad judicial y social demuestra que las cárceles están colmadas de procesados y que la prisión preventiva contrariamente a su naturaleza y fines, es la regla y no la excepción. Actualmente, no hay proceso penal sin detenido pasa a ser un trámite más e ineludible, del proceso”, (f. j. n.º 10).

37 Podríamos identificar un esfuerzo de coordinación interinstitucional en el art. 37.1 del D. Leg. N.º 1328, del 6 de enero del 2017, que “Fortalece el Sistema Penitenciario Nacional y el INPE”. Esta norma establece lo siguiente: “37.1 El Poder Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario establecen los mecanismos permanentes de coordinación para una adecuada aplicación de la detención, prisión preventiva y las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, para evitar la sobrepoblación y el hacinamiento en las instalaciones penitenciarias, así como mecanismos de vigilancia electrónica personal y videoconferencia”.

38 En similar sentido, VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “La toma de posición de la Corte Suprema respecto a la prisión preventiva a través de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, art. cit., p. 53.



- f) Si bien uno de los objetivos del proceso penal es la sanción del culpable, la decisión judicial debería ser: a) materialmente correcta, b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal, y c) creadora de la paz jurídica³⁹. Un proceso penal no será materialmente correcto, ni generará la paz jurídica si se impone la prisión preventiva como regla y se somete a un procesado inocente a consecuencias que solo se derivan de la imposición de la pena.
- g) Para diferenciar ambas instituciones, TIEDEMANN sostiene que la prisión preventiva no contiene el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, y a través de la prisión tampoco se realiza retribución alguna⁴⁰. Y bien, puede que lo anterior satisfaga el enfoque *normativo* de la coerción, pero existen dos

enfoques adicionales que pueden ser más potentes, tienen mayor capacidad de lograr adhesión y constituyen, por lo general, el trasfondo de todas las decisiones legislativas que tienen que ver con la coerción penal en nuestro país, y estos son, el enfoque *social* y el enfoque *político* de la coerción, que se retroalimentan por cortesía de los medios de comunicación y que nada tienen que ver con la excepcionalidad de la detención. Mientras sigamos escribiendo sobre principios y reglas en la prisión preventiva sin contrastar cómo se traducen estos enfoques en la realidad procesal —y penitenciaria—, la prisión preventiva seguirá camino a convertirse en la regla del proceso penal. 

4. Referencias bibliográficas

- ALCÓCER POVIS, Eduardo, “El principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal”, en *Red de Reforma Procesal Penal*, Lima: julio del 2013. Recuperado de <bit.ly/2rWT1gq>.
- ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*; Madrid: Civitas, 1987.
- BAZALAR PAZ, Víctor Manuel, “Análisis a la doctrina jurisprudencial vinculante sobre la prisión preventiva contenida en la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “Requerimiento y audiencia de prisión preventiva de la mano de la Casación 626-2013-Moquegua-SPP, del 30.JUN.15”, en *Escuela de Ministerio Público*, Lima: S/F. Recuperado de <bit.ly/2r19JB7>.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides y Liza RAMOS DÁVILA, “La Ley N.º 30214. Elucidación sobre

39 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 2.

40 TIEDEMANN, Klaus, *Constitución y derecho penal*, Lima: Palestra, 2003, p. 32.

- la prueba preconstituida”, en *Actualidad Penal*, n.º 17, Lima: noviembre del 2015.
- CIDH, *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las américas*, Washington: 2016.
- ESPINOZA RAMOS, Benji, “La prisión preventiva como *ultima ratio* y la audiencia para su adopción: Análisis de la Casación 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 83, Lima: mayo del 2016.
- FLORES LIZARBE, Henry César, “Las ‘zonas opacas’ de la Casación N.º 626-2013-Moquegua: audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016.
- INPE, *Informe Estadístico Penitenciario*, Lima: 2016. Recuperado de <bit.ly/2rZmW5O>.
- MONGE GUILLERGUA, Ruth, “La prisión preventiva y su desarrollo casacional. A propósito de la Casación N.º 626-201-Moquegua del 30 de junio del 2015. El grado de conocimiento del delito y autoría o participación, como presupuesto para disponer la prisión preventiva”, en *Alerta Informativa*, Lima: julio del 2016. Recuperado de <bit.ly/2skqXUW>.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- TIEDEMANN, Klaus, *Constitución y derecho penal*, Lima: Palestra, 2003.
- VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “La toma de posición de la Corte Suprema respecto a la prisión preventiva a través de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016.
- VILLEGAS PAIVA, Elky. “Los ejes temáticos a ser debatidos en la audiencia de prisión preventiva. Consideraciones a partir de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 82, Lima: abril del 2016.