



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**EL TRATAMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CASOS DEL
PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN CUMPLIMIENTO
DE SU DEBER, 2019**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

Presentado por:

Bach. Rivero Espinoza, Christian Denis

ASESOR:

Abog. Camarena Quispe, Rolando José

PUERTO MALDONADO-PERÚ

2019



DEDICATORIA:

A mis padres, a mi hermano Jorge, a mis padres: Jorge Ernesto Rivero Mendoza y Norma Espinoza Aguilar; a mis mejores amigos y compañeros que estuvieron más cerca de mi persona, inspirándome con su ejemplo y ofreciéndome su apoyo incondicional.



AGRADECIMIENTO

A mis compañeros de la facultad, a mi asesor: profesor Rolando Camarena.

A mis padres, familia en general, docentes de pre grado y en especial a Dios.

A mis docentes de la Universidad Andina, especialmente los que me acompañaron en el pre-grado: Dr. Fredy Ochoa. Dr. Marcelino Pimentel. Dr. Andy Huanaco, Dra. Patricia Ríos porque confiaron en mí.



PRESENTACION

SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE
LA UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO.

Señores Miembros del Jurado: En cumplimiento al Reglamento de grados y Títulos de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencia Política, pongo a vuestra disposición mi Tesis: “EL TRATAMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CASOS DEL PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN CUMPLIMIENTO DE SU DEBER, 2019”; con el objeto de optar el título profesional de Abogado. Pongo a libre disposición de ustedes, para los fines que consideren pertinentes y esperando alguna corrección, acotación o aporte para la mejora del presente trabajo.

Atentamente; Christian Denis Rivero Espinoza



RESUMEN

El tratamiento de la prisión preventiva en los casos del personal de la Policía Nacional, requiere un estudio integral partiendo de nuestra Constitución Política, tratados internacionales, Código Penal y Procesal Penal. Esta problemática debe ser prioridad del aparato punitivo, de la sociedad, y, por qué no, también de todo el estado, dado que no existe un tratamiento adecuado.

En la práctica, consideramos que existe suficiente tratamiento de la prisión preventiva en líneas generales. Sin embargo. No existen criterios uniformes acerca del tratamiento de ésta mediada en casos de los efectivos policiales cuando estos cumplen con su deber. Por ejemplo, en caso de muerte o lesiones graves por hacer uso de la fuerza contra el crimen, lo que a veces termina un algún abatido por parte del personal de la policía nacional que cumplía su deber.

Es problema surge entonces porque no se resuelve con criterios interpretativos correctos y con apego a ley; toda vez que no se tiene en cuenta que los policías están exentos de responsabilidad penal cuando usan la fuerza en cumplimiento de su deber.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva, Policía Nacional, cumplimiento de su deber.



ABSTRACT

The treatment of preventive detention in cases of the National Police personnel, requires a comprehensive study based on our Political Constitution, international treaties, Criminal Code and Criminal Procedure. This problem must be a priority of the punitive apparatus of society; and why not, also of the whole republic, given that there is no adequate treatment.

In practice, we consider that there is sufficient treatment of pretrial detention in general terms. But nevertheless. There are no uniform criteria about the treatment of this mediated in cases of police officers when they meet their duty. For example, in the case of death or serious injuries for using force against crime, which sometimes ends with a casualty on the part of the national police personnel who fulfilled their duty.

The problem arises then because it is not resolved with subjective criteria and in accordance with the law; since it is not taken into account that the police are exempt from criminal responsibility when they use force in the performance of their duty.

KEY WORDS: Preventive prison, National Police, fulfilling its duty.



ÍNDICE

CARATULA	i
DEDICATORIA:	ii
AGRADECIMIENTO	iii
PRESENTACION	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I:	15
ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL ESTUDIO	15
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.2.1 Problema General	17
1.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	17
1.3.1 Objetivo General.....	17
1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.4.1 Conveniencia	18
1.4.2 Relevancia Social.....	18
1.4.3 Implicancias Prácticas	19
1.4.4 Valor Teórico	19
1.4.5 Utilidad Metodológica.....	19
1.5 DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO Y VIABILIDAD	19
1.5.1 Delimitación Teórico-Normativa	19
1.5.2 Viabilidad	20
1.6 HIPÓTESIS DE TRABAJO	20



1.6.1	Hipótesis General	20
1.7	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	20
1.7.1	Categoría Independiente	20
1.7.2	Categoría Dependiente.....	20
1.8	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	20
1.9	UNIDADES OBJETO DE ANÁLISIS	21
1.10	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	21
CAPÍTULO II		22
DESARROLLO TEMÁTICO		22
2.1	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
2.1.1	Internacionales	22
2.1.2	Nacionales.....	23
2.2	PRISIÓN PREVENTIVA.....	25
2.2.1	Regulación Normativa:	25
2.3	ASPECTOS RELEVANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	29
2.3.1	Definición de la Prisión Preventiva.....	29
2.3.2	Principios que demarcan la aplicación de la prisión preventiva.....	37
2.3.3	La Prisión Preventiva En La Doctrina Peruana	40
2.3.4	La prisión preventiva: un tratamiento convencional y constitucional.....	47
2.3.5	La prisión preventiva: medida coercitiva cautelar personal.....	49
2.3.6	La revisión periódica de la prisión preventiva según la Corte IDH.....	50
2.3.7	La prisión preventiva viola el principio de presunción de inocencia	51
2.3.8	La prisión preventiva es la causa del hacinamiento carcelario	53
2.3.9	Jurisprudencia En El Perú	55
2.3.10	Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos.....	59



2.4	EL PERSONAL POLICIAL EN CUMPLIMIENTO DE SU DEBER	82
2.4.1	Regulación Normativa.....	91
2.5	ASPECTOS RELEVANTES DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER	92
2.5.1	La doctrina y el cumplimiento de un deber de función.....	92
2.5.2	Definición	94
2.5.3	Presupuestos del obrar en cumplimiento de un deber	95
2.5.4	Normas sobre Cumplimiento Del Deber La Policía Nacional.....	96
2.5.5	Lo que nosotros proponemos	107
2.5.6	En el fuero militar policial La discusión del obrar en el cumplimiento de un deber dentro del tratamiento de la prisión preventiva	108
2.5.7	La discusión del obrar en el cumplimiento de un deber en el tratamiento de la prisión preventiva	119
2.5.8	Caso Elvis Miranda.....	126
2.6	Proyecto de Ley.....	136
CAPITULO III.....		131
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		131
CAPITULO IV		132
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		132
Conclusión		132
Recomendación.....		132
BIBLIOGRAFIA		134
ANEXOS		¡Error! Marcador no definido.
ANEXO 1		¡Error! Marcador no definido.
ANEXO 2.....		136
ANEXO 3.....		145
ANEXO 4.....		150
ANEXO 5.....		156
ANEXO 6.....		211





INTRODUCCIÓN

El problema que nos ocupa surge a partir del caso del suboficial Elvis Joel Miranda Rojas, donde parece tenerse un inadecuado tratamiento de la prisión preventiva; resultando, este efectivo, sometido a siete meses de prisión preventiva por abatir un delincuente en Piura, en medio de una intervención policial. Siendo que la Policía Nacional tiene como deber constitucional garantizar, mantener y reestablecer el orden interno, prestar protección a la comunidad y por ende, cumplen con su deber haciendo uso de la fuerza para combatir la delincuencia.

Nos encargamos de establecer si es adecuado el tratamiento de la prisión preventiva en los casos del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber.

Empezamos con la hipótesis de que el tratamiento de la prisión preventiva es inadecuado en los casos del personal de la Policía Nacional.

El diseño metodológico de la presente investigación es cualitativo, debido a que se efectuará la interpretación de las variables -el tratamiento de la prisión preventiva y personal de la Policía Nacional del Perú- para confirmar nuestra hipótesis. Y también descriptivo y dogmático, toda vez que se describe un fenómeno real estudiado y escudriñado en la doctrina (dogmática procesal penal y penal sustantiva).



Así también, el Tribunal Constitucional ha establecido que la presión preventiva debe aplicarse en “última ratio”, y no como una regla; más bien, como una excepción, como la última posibilidad después de haber agotado las demás opciones.

De los antecedentes internacionales, pudimos extraer que esta medida cautelar tiene por finalidad asegurar (instrumentalidad) el normal desarrollo del proceso, esto es, suficiencia e integridad probatoria; y además, la presencia del imputado en un eventual juicio oral cuando sea el único medio para garantizar los fines perseguidos (excepcionalidad). **La libertad** del procesado, **debe prevalecer a cualquier otro interés** durante el desarrollo del proceso (principio de presunción de inocencia sobre la presunción de culpabilidad), y solo puede ser afectada en el marco de aplicación de los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y convicción.

Así también nos ocupamos de las bases legales, refiriendo que la libertad ambulatoria puede ser limitada dentro de un proceso penal, sólo de manera excepcional, prefiriendo la libertad del imputado, adoptándose tal decisión en cumplimiento de los requisitos de ley, presumiendo la inocencia del procesado en todo momento; así también, reconociendo el principio de estricta sujeción a la ley consagrado en nuestra Carta Magna, comunica excepción para la restricción de la libertad de una persona.

Consideramos, además la necesidad de una revisión por parte del Congreso de la República de la ley y la dotación de instrumentos legales para evitar situaciones como la del sub oficial Elvis Miranda, la cual es a todas luces excesivamente agravante en su contra al habersele impuesto tal plazo de prisión preventiva.



En los antecedentes nacionales, podemos sintetizarlos en este sentido: procurar que la medida sea la menos gravosa para el procesado, la prisión preventiva debe aplicarse en última ratio. **Los presupuestos materiales del** el artículo 268 del Código Procesal Penal son tres y no cinco. Los cuales son la apariencia de la **comisión del delito, pronosis de pena y el peligro procesal**, Según la Casación 626-2013-Moquegua debe cumplirse con la exigencia de imputación necesaria: "Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación.

Así también, pasamos a señalar lo citado en la norma respecto a las atribuciones, funciones de la Policía Nacional del Perú, la cual tiene como finalidad fundamental garantizar el orden interno, proteger y ayudar a las personas; garantizar el cumplimiento de las leyes, así como el patrimonio público y privado; investiga la comisión de delitos, combatiendo la delincuencia y anticipándose a los hechos criminales (prevención). Anotando como una de sus principales facultades, la de portar y usar armas de fuego para el cumplimiento de sus finalidades y funciones institucionales; Sin dejar de lado las normas que autorizan o prevén este uso por debiendo, sin embargo, utilizarse cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro la vida de otras persona; reconociendo la existencia de un procedimiento previsto por ley para la utilización de estas armas, el cual sin embargo, se omitirá en caso sea manifiesto o visible un riesgo de muerte o lesiones graves para los efectivos policiales, o la advertencia resultara evidentemente inadecuada o inútil, en cuyo caso se empleará el arma de fuego de forma inmediata y directa.



Posteriormente, pasamos a brindar algunos alcances a cerca de las causas de justificación, su definición y las principales causas a propósito del cumplimiento del deber de los efectivos de la policía.



CAPÍTULO I:

ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL ESTUDIO

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La prisión preventiva es una medida cautelar de naturaleza excepcional; sin embargo, en nuestro país durante la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, los fiscales y jueces usaron indiscriminadamente esta medida, teniendo que el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución ha reiterado su uso excepcional.

Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de última ratio. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que “la prisión preventiva es (...) una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (...)” (Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 2018).

El incremento de las resoluciones que admiten la prisión preventiva ha sido objeto de observación por parte de la comunidad jurídica de nuestro país y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, evidenciando el poco razonamiento y argumentación que se tiene al momento de emplear este tipo de medida cautelar.



Al mismo tiempo, el aumento de la criminalidad en nuestro territorio es alarmante debido a ello el Estado ha optado por tomar diversas medidas, como brindar de mejores herramientas a los policías quienes son los encargados de la seguridad interna el país. De acuerdo a (Becerra, 2019), publicado en el diario oficial El Peruano, revelado que el año pasado murieron 21 policías en cumplimiento de su deber.

Este inadecuado tratamiento de la prisión preventiva en caso del personal de la Policía Nacional cumpliendo su deber, devendría en una reducción en el cumplimiento de su función (uso de la fuerza), ante el temor de que, la justicia en nuestro país no brinda la suficiente protección frente a la función policial, la cual se sentirá que el Estado no la respalda, por ende, existirá un temor o recelo a combatir la delincuencia; lo que tendrá como resultado un incremento en la incidencia delictiva; y por supuesto, un número mayor de víctimas.

La cifra la dio el ministro del Interior, Carlos Morán, quien pidió al Congreso una revisión integral de la ley respectiva para dotar a los agentes de mejores herramientas legales en la lucha contra la criminalidad y evitar casos como el del suboficial Elvis Joel Miranda Rojas, sancionado con siete meses de prisión preventiva por la muerte de un delincuente en Piura, en medio de una intervención policial. (Becerra, 2019).

Es importante acotar que las funciones de la Policía Nacional del Perú se encuentran en la Constitución Política de 1993, en el Artículo 166°. Tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección



y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Teniendo presente todas las consideraciones anteriores debemos recalcar que mediante el Decreto Legislativo N° 982, se agregó el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, especificando como eximente el cumplimiento de su deber cuando cause lesiones o muerte. Es por ello que, el uso de prisión preventiva en caso del personal de la Policía Nacional del Perú, resulta siendo inadecuado puesto que haciendo una analogía con la figura de la legítima defensa, se debería optar por las medidas de comparecencia, previstas para cada caso concreto.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Problema General

¿Es adecuado el tratamiento de la prisión preventiva en los casos del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber, 2019?

1.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

1.3.1 Objetivo General

Establecer si es adecuado el tratamiento de la prisión preventiva en los casos del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber, 2019.



1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Conveniencia

La presente investigación representa una necesidad para evitar la continuidad del mal uso de la prisión preventiva; y en específico, en el caso del personal de la Policía Nacional del Perú, con el fin de resguardar la legalidad y legitimidad de esta institución encargada de la seguridad interna. El presente trabajo busca poner en evidencia el tratamiento inadecuado de la prisión preventiva en el caso del personal policial, esta investigación surge del proceso en contra del suboficial Elvis Miranda Rojas en el que se compruebo el inadecuado tratamiento de la prisión preventiva, teniendo al Ministerio del Interior y a la Defensoría del Pueblo como sujetos activos, en fin de evitar una vulneración debido a que el policía estaba en cumplimiento de su deber, demostrándose a través de la sentencia de Habeas Corpus Expediente N.º 00423-2019-0-1501-JR-PE-02 hay un tratamiento inadecuado de esta medida cautelar asegurativa en el caso de los policías que ejercen sus funciones.

1.4.2 Relevancia Social

La investigación posee gran preeminencia social debido a que busca mejorar el tratamiento de la prisión preventiva en el caso específico del personal de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de resguardar la legitimidad y legalidad de esta institución tan importante para la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y así evitar que se sigan conllevando la vulneración del ejercicio legítimo de su deber.



1.4.3 Implicancias Prácticas

Los resultados de la presente tesis apoyarán en una futura regulación legal y contribuirá a la doctrina nacional, mediante un instrumento que permita al legislador tener una visión más global sobre el tema y delimitarlo semánticamente y conceptualmente

1.4.4 Valor Teórico

La indagación intelectual de la doctrina, jurisprudencia y legal peruana respecto al presente tema confieren a esta averiguación una notabilidad de valor teórico, porque permite realizar una reflexión ardua de la problemática penal, permitiendo sentar una base para las futuras investigaciones que se realicen bajo esta temática.

1.4.5 Utilidad Metodológica

La presente investigación resulta ser de provecho toda vez que se convierte una fuente de información y sentando un precedente para la correcta interpretación de la prisión preventiva, contrastando los diferentes criterios y sacando lo mejor de casa uno. Evitar la continuidad del mal uso de la prisión preventiva; y en específico, en el caso del personal de la Policía Nacional del Perú, con el fin de resguardar la legalidad y legitimidad de esta institución encargada de la seguridad interna.

1.5 DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO Y VIABILIDAD

1.5.1 Delimitación Teórico-Normativa

Teóricamente la presente investigación se delimita al derecho procesal penal y penal.



1.5.2 Viabilidad

La investigación es viable debido a que cuenta con información tanto en materia penal, así como en materia procesal penal; asimismo, todas las leyes y jurisprudencia que se manejarán en el avance de la investigación.

1.6 HIPÓTESIS DE TRABAJO

1.6.1 Hipótesis General

El tratamiento de la prisión preventiva es inadecuado en los casos del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber.

1.7 CATEGORÍAS DE ESTUDIO

1.7.1 Categoría Independiente

Tratamiento de la prisión preventiva.

1.7.2 Categoría Dependiente

Personal de la Policía Nacional del Perú.

1.8 ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El diseño metodológico de la presente investigación es cualitativo, debido a que se efectuará la interpretación de las variables -el tratamiento de la prisión preventiva y personal de la Policía Nacional del Perú- para alcanzar a confirmar la hipótesis. Igualmente, es una investigación dogmática porque se pretende investigar el aspecto doctrinario, jurisprudencial y legal del tratamiento de la



prisión preventiva en el caso específico del personal de la Policía Nacional del Perú.

1.9 UNIDADES OBJETO DE ANÁLISIS

El tratamiento de la prisión preventiva es inadecuado en los casos del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber.

1.10 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

- **Técnicas:** *Recopilación de entrevistas publicadas.*
- **Instrumentos:** *Fichas bibliográficas*



CAPÍTULO II

DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1 Internacionales

Zugey Velásquez (2016), de la Universidad de Vigo, realizó la tesis doctoral titulada “Medidas cautelares personales en el proceso penal juvenil en España y Venezuela: estudio comparado”. El objetivo principal fue el de analizar un aspecto muy concreto dentro del amplio esquema del sistema de responsabilidad penal juvenil, el relativo a las medidas cautelares personales previstas en la LORPM y en el Título V LOPNNA. La metodología fue una investigación de corte tanto deductivo como inductivo. Llegando a las siguientes conclusiones: **Las medidas cautelares personales**, con carácter general, son aquellas que **tienen por finalidad asegurar el normal desarrollo del proceso**, garantizando, de un lado, la presencia del imputado en todas las fases del proceso, especialmente, en la celebración del juicio, así como en la ejecución de las eventuales penas impuestas; y, de otro, evitando que altere o destruya fuentes de prueba esenciales para el esclarecimiento de los hechos. A la par, las medidas cautelares personales privativas la libertad **sólo podrán ser adoptas excepcionalmente, cuando sea el único medio para garantizar los fines perseguidos** por las mismas. De igual forma, en cuanto al sistema penal juvenil venezolano, el art. 582 LOPNNA, referido a las **medidas cautelares menos gravosas** establece tres medidas que forman parte del régimen de libertad vigilada; a saber, obligación de incorporarse, bajo los cuidados o vigilancia de una persona o al consejo comunal u organización social, a programas



preventivos e inclusión social ejecutados por los entes responsables, quienes informarán regularmente al tribunal; obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal; y prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal. (Énfasis elaborado por el tesista).

Filadelfo Robayo (2013), de la Universidad Militar Nueva Granada, realizó la tesis para obtener el grado de magister titulada “La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal”. Llegando a las siguientes conclusiones: La Garantía del equilibrio entre los derechos ciudadanos y en particular, su libertad, y el poder represivo eficaz del Estado, **le corresponde al Estado mismo. La libertad del procesado, debe prevalecer a cualquier otro interés** durante el desarrollo del proceso, y solo puede ser afectada en el marco de aplicación de los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y convicción. La naturaleza jurídica del proceso le exige a este **generar garantías para el procesado y no para el Estado.** (Énfasis elaborado por el tesista).

2.1.2 Nacionales

Javier Villavicencio (2018), de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, nuevos tiempos, nuevas ideas, realizó la tesis de maestría titulada “Aplicación de medidas de coerción personal de menor intensidad en la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, en el distrito judicial de Callao, periodo 2017”. El objetivo principal fue el de establecer la manera en que, la aplicación de medidas de coerción personal de menor intensidad incide en la naturaleza excepcional de la prisión preventiva. La metodología fue de una investigación descriptiva. Llegando a las siguientes conclusiones: (...), **la aplicación del impedimento de salida como medida de coerción personal de menor intensidad incide en la naturaleza excepcional de la prisión preventiva**, dentro de los



indicadores medidos en los cuadros estadísticos expuestos 90 en el análisis de los resultados, así tenemos los siguientes porcentajes acumulados con tendencia favorable: Imposibilidad de salir del país (76.89%) Retención de pasaportes (86.98%) Se aprecia que todos los indicadores que fueron objeto de medición han gozado con respaldo empírico por parte de los operadores jurídicos, por lo que los resultados expuestos guardan armonía con lo expuesto en que el impedimento de salida, **resulta una medida idónea para asegurar la presencia en juicio a os imputados, de menor intensidad, es decir sin que se afecte la libertad individual del imputado.** (Énfasis elaborado por el tesista).

Wilghem Huamán (2017), de la **Universidad Andina del Cusco**, realizó la tesis titulada “Los órganos jurisdiccionales y la relevancia de la prisión preventiva”. El objetivo principal fue el de establecer si los órganos jurisdiccionales cumplen con aplicar la **Casación N°. 626- 2013 MOQUEGUA**, que establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva, así como los criterios de aplicación del test de ponderación en la audiencia de prisión preventiva. La metodología fue de tipo cualitativo, porque tiene como objetivo el análisis de los elementos de la prisión preventiva, así como los criterios de aplicación del test de ponderación en la audiencia de prisión preventiva contenidos en la Casación N° 626-2013- Moquegua. Llegando a las siguientes conclusiones: **Los presupuestos materiales de la prisión preventiva**, de conformidad con lo establecido por el artículo 268 del Código Procesal Penal son tres y no cinco. Los cuales son la apariencia de la **comisión del delito, pronóstico de pena y el peligro procesal**, por tanto no existen otros requisitos sustanciales adicionales, para la imposición de la prisión preventiva. Además, Según la Casación 626-2013-Moquegua debe cumplirse con la exigencia de imputación necesaria:



"Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así **la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc.,** debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*". (Énfasis elaborado por el tesista).

2.2 PRISIÓN PREVENTIVA

2.2.1 Regulación Normativa:

A. Nivel Nacional:

Constitución Política del Estado

Artículo 2° . 24, literal b).

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

Código Procesal Penal

Artículo 268°

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).

B. Nivel Internacional

En acuerdo a la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**: Todo individuo tiene derecho a (...) a la libertad (...).

Como tratado rector, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal, inciso 1 y 2 respectivamente “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

La Prisión preventiva en México

La **prisión preventiva** se halla regulada en la legislación mexicana por:

1) La **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, artículos 18 y 19, que establecen que:



«**Art.18.-** Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. (...) Para la reclusión preventiva (...) se destinarán centros especiales».

«**Art.19.-** (...) El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. (...)»

La prisión preventiva en España

1) La Constitución española en su artículo 17.4, que establece el mandato constitucional de que la Ley deberá establecer un plazo máximo.

2) La Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 502 y siguientes tienen prevista a la prisión preventiva. Cabe resaltar el artículo 503 que establece unos requisitos mínimos para poder decretarse y el 505 que prescribe la duración máxima:

Requisitos:



-Que conste la existencia de hechos delictivos con penas máximas igual o superiores a 2 años (o inferior si el imputado tiene antecedentes).

-Que aparezcan motivos bastante suficientes para creerlo responsable criminalmente del delito.

-Que se persigan determinados fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando haya riesgo de fuga.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

d) Evitar el riesgo de que pueda cometer otros hechos delictivos (siempre que se trate de la inculpación por un delito doloso).

Duración máxima:

-Durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines.

La presión preventiva en Argentina

En su artículo 312 establece que: “La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se dicta la prisión provisional, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio.

Requisitos

Son criterios por lo general bastante parecidos en todos los países:



1. Que haya fuertes indicios de culpabilidad.
2. Que exista riesgo de fuga que puede poner en peligro el cumplimiento de la pena (si el juicio finalizase con una sentencia de culpabilidad).
3. Que pueda destruir pruebas, suponga un peligro para la víctima, o para evitar el riesgo de que pueda cometer otros hechos delictivos (en el caso de algunos delitos graves).

Normalmente la prisión provisional se decreta cuando no existe otro método más eficaz. Es la última opción y es preferible utilizar otras medidas cautelares de menor entidad como, por ejemplo, el arresto domiciliario o una caución económica (fianza).

2.3 ASPECTOS RELEVANTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.3.1 Definición de la Prisión Preventiva

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

La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente, por lo que solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como



cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

La privación de la libertad es la excepción y no la constante, a causa del respeto a la presunción de inocencia, los fines del proceso y la primacía de la libertad como regla del proceso. Así también por la protección que recibe de parte de la Constitución Política

Para definir esta institución jurídica debemos tener en cuenta que la prisión preventiva tiene una naturaleza instrumental, más no sancionadora, ni mucho menos punitiva no tiene como fin, en sí mismo, la privación de la libertad, ni tampoco la represión anticipada de una responsabilidad penal. Más por el contrario es una medida cautelar de carácter personal, que priva la libertad de una persona de forma temporal en el marco de un proceso penal y tiene el objetivo de asegurar la que los elementos de convicción puedan llegar al juicio oral; así también garantizar la presencia del imputado durante todo el proceso.

En conclusión, sabemos que la prisión preventiva es una institución con fines instrumentistas que priva de la libertad de forma excepcional y por el menor tiempo posible a una persona, persiguiendo asegurar los intereses del proceso a razón de garantizar la averiguación de la verdad hasta la última etapa procedimental. Debemos tener en cuenta que esta medida debe solicitarse e imponerse en estricto cumplimiento de la ley y en total respeto del debido proceso.

Presupuestos materiales de la prisión preventiva.



1. Fundados y graves elementos de convicción.

Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Lo que se conoce en la teoría general de las medidas cautelares y teoría general del proceso como: *Fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho); en la teoría de las medidas cautelares en el proceso penal su equivalente es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del delictivo y vulneración del imputado.

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de que los hechos vinculan al imputado como autor o partícipe del hecho criminal, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento.

Aquí podemos advertir que el estándar probatorio exigido para adecuarnos al *fumus delicti comissi*, es de sospecha grave; a diferencia de la acusación, en la cual basta con la existencia de una sospecha suficiente. Es decir, el estándar probatorio en el caso de este presupuesto material es notablemente más alto. Sin embargo, volviendo a observar la norma vemos que los elementos produzcan una sospecha grave, sino también, que aquella sospecha esté fundada y que la vinculación también sea fundada y grave. En conclusión, si cualquiera de estos supuestos no se cumple, entonces no se cumple el aquel presupuesto normativo y por ende resulta improcedente la aplicación de una prisión preventiva.



2. Prognosis de pena.

La prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal; además de otras circunstancias, causas de disminución o agravación de fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley. El juez debe pronosticar de forma razonable una eventual y ulterior aplicación de una sanción punitiva, en caso de que la causa haya madurado suficiente como para entrar a juicio oral (pena probable) teniendo en cuenta la condición social, educativa, familiar del imputado así como su conducta dentro del proceso, entre otras variables.

3. Peligro procesal.

El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Es la delgada línea entre la procedencia de la prisión preventiva y las demás medidas cautelares. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.

El de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida



de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias.

Peligro de fuga:

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

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;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Peligro de obstaculización:

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

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



Audiencia de la prisión preventiva.

El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

La duración de la prisión preventiva

La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses, prorrogables por dieciocho meses más.

Prolongación de la prisión preventiva

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272°. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento. El juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278°. Una vez condenado el imputado, la prisión



preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.

Cómputo del plazo de la prisión preventiva

No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa. El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva

Revocatoria de la libertad

La libertad será revocada, inmediatamente, si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia.

El Juez seguirá el trámite previsto en el numeral 2) del artículo 279.

Apelación de la prisión preventiva.

Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo.



La revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva.

Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268°, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva. El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El Juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración.

Contra la resolución que se emita procede recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.

La cesación de la prisión preventiva.

El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente. El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274. La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa. El Juez impondrá las correspondientes reglas de conductas necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.



Revocatoria de la cesación de prisión preventiva.

La cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra. Asimismo, perderá la caución, si la hubiere pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia.

2.3.2 Principios que demarcan la aplicación de la prisión preventiva

El Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias, siguiendo la doctrina vigente internacionalmente en nuestros tiempos, como la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado, que una medida como esta, se encuentra sujeta a diversos principios de observancia estricta, como son entre otros, los siguientes:

Principio de legalidad: La privación de la libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previstos por la Ley y siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos y/o las condiciones expresamente establecidos por la misma. Y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida.

Principio de jurisdiccionalidad: La privación de la libertad necesariamente debe ser dispuesta por un Juez competente. Solo la autoridad judicial, en un debido proceso y por resolución suficientemente motivada, puede disponer una medida



así. Ver: SENTENCIA EXP. N° 2050-2002-HC/TC. Esta sentencia también distingue la privación de la libertad, de la restricción de la libertad, señalando que el arresto es una restricción de la libertad, pero no una privación de la libertad.

Principio de Excepcionalidad: Se aplica solo en casos excepcionales, extremos, en que se hace necesaria para poder llevar a cabo y asegurar los fines del proceso de investigación. Este principio va ligado al PRINCIPIO DE NECESIDAD que señala que solo se podrá aplicar cuando no baste aplicar otra medida menos gravosa, para conseguir los mismos fines, como podría ser una comparecencia restringida.

Principio de Proporcionalidad: La proporcionalidad significa que la prisión preventiva debe ser en un determinado caso: necesaria, idónea, imprescindible, para poder asegurar el proceso y la sujeción del imputado al mismo. La Prisión Preventiva se aplica sólo si de todas las demás medidas de coerción posibles resulta la única adecuada y proporcional a la necesidad y utilidad de garantizar la investigación y/o el proceso en su integridad.

ORE GUARDIA, grafica intensamente el Principio de Proporcionalidad, en la forma siguiente:

“Consideramos que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de la libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de la pena.” (Oré Guardia, ARSENIO: LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES en el PROCESO PENAL PERUANO; Edit. Reforma, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 34)



Al respecto, asumimos que lo expuesto en el párrafo precedente, resultaría absolutamente válido para el caso de imputados noveles, primerizos, sin ningún tipo de antecedentes; pero no resulta igual, en el caso de imputados que sean habituales o reincidentes en tales delitos relativamente menores, es decir que tuvieran diversos antecedentes penales por iguales delitos, considerados menos dañosos, como podría ser: sucesivos hurtos o comisión de lesiones leves en el tiempo; pues en tales casos operarían los incrementos de penalidad previstos por nuestra ley procesal penal. En este último supuesto: ¿cuál sería el criterio a tomar, razonablemente? Indudablemente, que sería el de considerar, si se diera la existencia copulativa de los presupuestos previstos por el Artículo 268 del CPP, la imposición de la medida de coerción procesal de prisión preventiva que corresponde.

Del mismo modo ocurriría, en el supuesto, en que a un imputado se le incriminen varios delitos, todos de relativamente menor gravedad o dañinidad, con suficientes elementos de convicción que lo vinculen con la presunta autoría de todos ellos; cuyos grados de penalidad sumados o incrementados, en un evento al concurso real o ideal de delitos, superasen largamente los cuatro años de privación.

Principio De Provisionalidad: Es una medida provisional, no significa una prisión definitiva ni un adelanto de la condena. Por ley es una medida provisional, temporal, que solo se dicta para asegurar los actos de investigación y el proceso penal. Debe dictarse por el plazo estrictamente necesario para cumplir sus fines.

El TC ha reiterado que la PRISION PREVENTIVA para que sea reconocida como constitucional debe cumplir tales principios, precisando que las causas que justifican esta medida son: a) La presunción (sólida) de que el imputado habría cometido un delito, b)



El peligro de fuga y la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria. (EXP. N° 1091-2002-HC/TC, criterio reiterado en el EXP. N°2915-2004-HC-/TC)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, como el Caso Bayarri contra Argentina, párrafo 69, o el Caso Acosta Calderón contra Ecuador, párrafo 74, igualmente ha señalado que la PRISION PREVENTIVA es la medida más severa que se puede aplicar a una persona a la cual se le imputa un 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, agregando que: “es una medida cautelar, no punitiva”. (Nishihara, 2013).

2.3.3 La Prisión Preventiva En La Doctrina Peruana

La prisión preventiva como medida cautelar es la que más problemas ha generado en la judicatura porque tiene impacto en la opinión pública y los medios de comunicación que tienen la idea que esta tiene fines sancionatorios y no instrumentales. Incluso de los precursores de la aplicación excepcional a veces cuando es un caso es grave sucumben a ingresar a una “justificación ponderativa” de la aprehensión, también en la línea de fin sancionatorio. (Arbulú, 2015).

Como bien explico el autor líneas arriba, el uso de la prisión preventiva en muchos casos es usa en los casos mediáticos, realizando una justificación ponderativa aprehendiendo al imputado sin ponderar su derecho de la presunción de inocencia.



La prisión preventiva es una medida cautelar, que se impone –siempre- mediante una resolución judicial en un proceso penal que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el único propósito de asegurar su desarrollo y una eventual ejecución de la pena, evitando todo tipo de riesgos de escape y obstaculización del proceso penal. En efecto, se puede decir que la prisión preventiva busca que la persona –imputada- sea privada de su libertad, sin que se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia, bastando para ello indicios y graves elementos de su responsabilidad, con el único propósito de asegurar la actividad probatoria.

En este sentido, la aplicación de la prisión preventiva no es un adelantamiento de pena, sino una medida de coerción personal con fines procesales. Y esta postura, es la que ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el **Exp. N° 1567-2002-HC/TC**, que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.

CALAMANDREI, Piero; (2005) *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, Ara, Pág. 44 y 45.

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. Es decir, la tutela



cautelar es con relación al derecho sustancial, una tutela mediata, esto es más que a hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si la resolución definitiva 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.

La base fundamental es que cuando se instaura un proceso, el tiempo que demora para que se expida una sentencia, y, en su caso, si es condenatoria, se cumpla la pena, el tiempo genera una dificultad muy grave porque es posible que el imputado pueda evitar que la condena que se puede dictar, no lo afecte, se esconda, o pueda usar conductas que van a implicar que se afecte el natural descubrimiento o averiguación de la verdad (...) (Castro, 2019)

Del Río L. (2016) *“Prisión preventiva y medidas alternativas”* Instituto Pacífico, Lima, Pag. 150. En donde se afirma que:

La aplicación de la prisión preventiva no debe pretender satisfacer fines distintos de índole procesal penal, ni mucho menos debe buscar satisfacer demandas sociales como: seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena, etc., pues caso contrario, se estaría pervirtiendo su finalidad y naturaleza y carecería de toda justificación en un Estado democrático de derecho.

Academia de la Magistratura (2016) *“Prisión preventiva”* Manual Auto Instructivo. Pag.18. En ella se afirma lo siguiente:



La prisión preventiva, por no tratarse de una sanción punitiva, su imposición, a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen su imposición, caso contrario, será ilegal e injustificado. Por tanto, no sólo se justifica su aplicación en razón de la prognosis de pena, pues en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará hasta el momento que la persona tiene la condición de procesado, contrario sensu ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

Jauchen, E. (2005) *“Derechos del imputado”* análisis de la **sentencia STC Exp. N° 033-2000-HC/TC-Lima**, Pág. 283. En ella el autor sostiene:

Las medidas limitativas de derechos [como la prisión preventiva] deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso, sin incurrir en excesos, es decir evitar la imposición de la prisión preventiva más allá de los límites estrictamente necesarios, los cuales son el cumplimiento de la investigación en el proceso penal.

Hassemer, Winfried (1998) *“Los presupuestos de la prisión preventiva”* Crítica al derecho penal de Buenos Aires, Pag. 76 y ss.- “los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento. Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, 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 y lesiona a una persona sin fundamento jurídico”.



Pujasa T. (2008) *“Teoría general de las medidas cautelares penales”* Pag. 45.

Prevé: El derecho de presunción de inocencia es uno de los principales límites de la prisión preventiva. Ese derecho implica 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. Es por esta razón que la legitimidad de toda tutela preventiva en el orden penal depende del contenido que se asigne a la presunción de inocencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1997) *“Caso Suárez Rosero”*, sentencia. La cual afirma:

La imposición de la prisión preventiva es, sin duda, la medida más grave y polémica de las decisiones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el proceso penal, ya que mediante su adopción, se priva a la persona –quien tiene la condición de investigado- de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia. Y su imposición como tal debe responder solo a índole procesal. Esta postura ha sido refrendada por la Corte IDH, quien ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva, y que la imposición de la misma debe responder únicamente al desarrollo eficiente de las investigaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006) *“Caso López Álvarez vs. Honduras”*, voto razonado de Sergio García Ramírez. La apreciación de la prisión preventiva como una medida excepcional y subsidiaria, constituye la única vía compatible con el derecho a la presunción de inocencia. Por otro lado, la Corte IDH, ha señalado que la privación cautelar de libertad es necesaria desde la perspectiva de la justicia misma y



se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al estado para restringir los derechos individuales.

Comentario del doctor Ernesto Blume Fortini

Se observa con preocupación, que, en muchos casos no se respeta lo establecido categóricamente por el Código Procesal Constitucional, en su título preliminar, que dice que los jueces interpretan los alcances de las normas constitucionales y legales de acuerdo a la interpretación que hace el Tribunal Constitucional. El juez debe seguir rigurosamente y obligatoriamente la línea interpretativa del Tribunal Constitucional que es el supremo intérprete de la Constitución y que es el que da las pautas de cómo interpretar la normativa peruana; y, sobre todo, en el ámbito punitivo, y lamentablemente esto no se está cumpliendo, se ignora, y, en algunos casos de forma bastante grotesca. (Blume, 2019).

En palabras de Benji Espinoza, éste hace un pequeño análisis sobre la jurisprudencia más relevante “vamos a sumillar cada uno de ellos: la casación N° 626-2013 Moquegua, es importantísima porque establece la metodología del debate, los puntos a contradecir en una audiencia de prisión preventiva, los criterios generales son llevados por esta casación y es, una casación que la Sala Penal Permanente de ese entonces, cuyo ponente fue el profesor Neyra Flores, inspirado en el modelo chileno de litigación oral de audiencias preliminares: hay que hacer un análisis de todos los puntos del art. 268...establece la metodología del debate...sumilla: la audiencia de prisión preventiva y los criterios para debatir en ella.



La casación 631-2015 Arequipa la Sala Penal Transitoria con la ponencia del profesor Cesar San Martín. Esta casación cambia los criterios y dice: el peligro procesal es lo más importante, y aclara que la condición de extranjero no es suficiente para deducir peligro de fuga. Establece criterios de conducta procesal del español. *“No importa si se va del Perú el español, lo importante es que” regrese.* Sumilla: “extranjero y peligro de fuga”.

Luego tenemos la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017, que no la da una Sala suprema, sino tres salas supremas. Todos los jueces supremos, a propósito del delito de lavado de activos...acá también la intervención del doctor Neyra Flores y San Martín trabajan el tema de los estándares probatorios. Si se quiere pedir prisión preventiva el estándar probatorio es de sospecha grave. Hace una diferencia entre acusación (sospecha suficiente) y prisión preventiva (sospecha grave). Ni si quiera cuando el caso está tan maduro para acusar se justifica la prisión preventiva. Este criterio de la sentencia Casatoria plenaria, no es otra cosa, que la expresión del principio de excepcionalidad. La prisión preventiva excepcional. **Sumilla:** *“Estándar probatorio: sospecha grave, que justifica prisión preventiva.*

Luego tenemos el Auto de Casación N° 724-2015 Piura, ponencia del doctor San Martín: plantean la imputación necesaria viene a ser objeto de debate de la prisión preventiva. “Es evidente que si los cargos no son claros, no cumplen con las exigencias de la imputación objetiva, entonces el primero presupuestos de graves y fundados elementos de convicción será desestimado, no podrá imponerse prisión preventiva”. Es decir, si es que no hay una imputación necesaria, acabada y precisa, no puede haber prisión preventiva. Sumilla “imputación necesaria y prisión preventiva.



Casación N° 704-2015, Pasco. Ponencia del doctor Elvia Barrios. Una mirada legalista al art. 268° este dice que hay que debatir graves y fundados elementos, pena probable, peligro procesal; no dice que debemos debatir tipicidad, tampoco dice que debemos imputación; eso tiene sus propias audiencias: **imputación**.- vaya a la audiencia de tutela...**tipicidad**: vaya a la audiencia de excepción de improcedencia de acción **Sumilla**:
“ni la tipicidad ni la imputación se pueden debatir en la audiencia de prisión preventiva”

2.3.4 La prisión preventiva: un tratamiento convencional y constitucional

El estado peruano ha manifestado, dentro de sus pilares fundamentales – el respeto de la persona humana y su dignidad (art. 1 de la Constitución). Asimismo, constituye una afirmación expresar que la libertad personal, dentro del constitucionalismo moderno, es uno de los bienes jurídicos de mayor resguardo y jerarquía axiológica, siendo superado, claro está, por la vida. (Martín, 1999).

El artículo 2° de la Constitución ha establecido que toda persona tiene derecho a la libertad y su seguridad personal y, en consecuencia, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (art. 2.24.b de la Constitución). Así tenemos, por ejemplo que el artículo 253.1 del Código Procesal Penal del 2004, reconoce que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos en el marco de un proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella, pues al mantener una condición esencialmente relevante para el desarrollo de la personalidad humana, es necesario que la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y



siempre que en la medida y exigencia necesaria existan suficientes elementos de convicción. Por otro lado, se ha de detallar que la restricción de un derecho fundamental solo tendrá cabida cuando sea indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así también para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

En el plano convencional, el art. 9, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 7, inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica, señalan que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales y además, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

La libertad personal, se convierte entonces en uno de los derechos fundamentales, después de la vida, con mayor protección jurídica en los últimos tiempos, y ello, en la medida que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la existencia de otros derechos fundamentales, y es allí donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la restricción de dicho derecho solo primará en atención de casos excepcionales, pues a palabras del profesor Burgoa (Burgoa, 2009) la limitación de los derechos de la persona, en especial de la libertad, obstaculizará el desarrollo de su personalidad, en la medida en que la libertad del ser humano cumple un factor indispensable en su desenvolvimiento social. Es consecuencia, su garantía se convierte en uno de los principales pilares del Estado. (Caso Fortunado Feliz Utrilla Aguirre, 2005).



El Estado debe ser guardián de la libertad y quien mantenga una estabilidad social en nuestra convivencia, pues, la legislación ordinaria debe tener entre sus fines, el aseguramiento del orden preventivo general, así como la defensa de la libertad del ciudadano; en otras palabras, si bien el proceso penal se presenta como el responsable jurídico y protector de la libertad, también en aquel ámbito la restricción de la libertad se justifica en la atención a la sujeción de la persona para que, en su momento pueda hacerse responsable y efectivas las consecuencias de algún delito por el que se le condene .

2.3.5 La prisión preventiva: medida coercitiva cautelar personal.

La prisión preventiva es una medida coercitiva cautelar personal, prevista por nuestro nuevo Código Procesal Penal, que eventualmente se puede imponer a una persona sujeta a una Investigación Preparatoria, en los casos en que así lo requiera el proceso, para los fines de asegurar el desarrollo de la investigación, la vinculación del imputado a la misma y al Juzgamiento, que de ser el caso constituirá la culminación del proceso. En tal sentido, es: Una medida coercitiva, es decir que restriñe, limita, coacciona la libertad. Una medida cautelar: cuyos fines son previsionales, garantistas del proceso penal y de sus fines. Personal: que se dicta respecto a una persona específica, determinada, es decir debidamente individualizada. Sólo se podrá aplicar, siempre y cuando se cumplan concurrentemente los requisitos establecidos en la ley, por la norma procesal penal para su imposición. La prisión preventiva no es pues en modo alguno una condena adelantada, sino una medida cautelar procesal, excepcional y provisional. Es en esencia la medida coercitiva personal más intensa que puede sufrir una persona. Castañeda Otsu siguiendo a tratadistas como Sanguine, señala: que es una medida de coacción que



representa la injerencia más grave que puede ejercer el poder estatal en la libertad individual.

“En efecto, la imposición, por ejemplo, de la prisión preventiva, no implica adelantar un juicio en torno al fondo del asunto, esto es considerar culpable al imputado, sino que la medida coercitiva es la respuesta que da el sistema de justicia penal ante los riesgos o peligros procesales que la conducta del imputado puede generar.” (Benavente Chorres, Herbert: La presunción de inocencia, en: El Debido Proceso- Estudios sobre derechos y garantías procesales;. Gaceta Constitucional, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre del 2010, pp. 137.)

No olvidemos, el marco general, establecido en nuestro nuevo proceso penal, con relación a las medidas cautelares que restringen derechos fundamentales, por el **Artículo 253 numeral 3 del CPP; que a la letra dice:**

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

2.3.6 La revisión periódica de la prisión preventiva según la Corte IDH

En los últimos tiempos, y manteniendo como eje central las etapas previas a la reforma procesal penal que ha venido surgiendo en América Latina, la gran crítica que ha surgido a razón de la prisión preventiva, no sólo se agota en la anotación de la misma como una



regla general y no excepcional, sino que también se ha centrado en razón de su extensión de tiempo, es decir, en su control posterior a su dictamen. Y ello, en medida de que es una obligación estatal el no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios 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. En caso contrario, se estaría cometiendo una injusticia al privar de la libertad por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. (Caso Suárez Resero vs. Ecuador, 1997).

que preventivamente permanecerá encarcelado; en este sentido, y entre otros, los cuestionamientos más importantes son los siguientes. Si partimos de los fines asignados al proceso penal (Jiménez, 2013).

2.3.7 La prisión preventiva viola el principio de presunción de inocencia

El primer punto de partida es el artículo 2, numeral 24 de la Constitución que establece que: “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (...); en consecuencia, parte de la doctrina, desde los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia, niega la facultad del Estado para encarcelar preventivamente a una persona antes del juicio oral, pues el principio de inocencia significa precisamente que la libertad individual vale más que la necesidad de garantizar el normal desarrollo y, por ello sería incompatible conciliar el principio de inocencia y la prisión preventiva.

Indudablemente no se trata de que un derecho fundamental valga más que otro, pues el derecho fundamental de la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva vale lo



mismo que el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad, pues todos son derechos igual de fundamentales, ya que se derivan de la naturaleza de la persona humana, que exige tanto libertad como seguridad. De lo que se trata, dentro de una teoría armonizadora de los derechos fundamentales, es que ambos derechos constitucionales (PENAL, 2005) encuentren sus fronteras entre sí, sin eliminarse entre ellos.

En palabras del Tribunal Constitucional “el derecho a la libertad personal, como todo derecho, no es absoluto (...), de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Por ello, 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 toda persona y, legalmente se justifica siempre y cuando, exista motivos razonables y proporcionales para su dictado. (Paz, 2015).

En otro sentido, si bien la prisión definitiva y la prisión preventiva son homogéneas en sus efectos, la preventiva es temporal, mutable y excepcional y, por ello no acepta la presunción de inocencia, pues es una restricción de la libertad basada el derecho constitucional que tiene la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva. Afirmar lo contrario es desconocer el contenido de esta institución cautelar, inherente a todo modelo procesal como instrumento de eficacia de la vigencia de los derechos constitucionales en un Estado democrático.

Razonablemente se ha afirmado que existen tendencias de deslegitimación de la naturaleza de la prisión preventiva cuando esta es impuesta con fines retributivos o preventivos propios del Derecho material; o cuando se basa en criterios como la



peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho, la necesidad de impedir que el imputado vuelva a cometer nuevos delitos, la alarma social –definida como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, la respuesta o la irritación social – o la inseguridad ciudadana, criterios que cumplen una función sedativa, y que son de prevención general de la pena, ajenos a los fines procesales; sin embargo, dichos criterios no deben ser menospreciados per se, pues no se debe olvidar que la razón de ser del proceso es hallar la verdad de lo acontecido y, de ser el caso, hacer efectiva la norma penal sustantiva, fundada a su vez en el legítimo derecho de la sociedad y del agraviado a ser protegido por el *ius puniendi*.

Finalmente, algunos argumentan que se debería desautorizar la prisión preventiva cuando no pueda esperarse que el imputado sobreviva a la realización del proceso, por ejemplo, cuando padece de una enfermedad terminal, que lo llevaría a morir antes de la realización del juicio oral y público, sin embargo, ello nada o poco tiene que ver con los fines de la medida cautelar, en todo caso, tal circunstancia tendrá que ser evaluada por mediante el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares.

2.3.8 La prisión preventiva es la causa del hacinamiento carcelario

Esta es una brutal afirmación, que no tiene en consideración que la reforma del proceso penal también pasa porque el Congreso asigne presupuesto necesario para que en los establecimientos penitenciarios haya una separación entre los presos y los presos preventivos, en aplicación a la Convención Americana de Derechos Humanos, vigente desde 1969, cuyo artículo 5, numeral 4 dispone: “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.



Un sin número de normas protegen al reo preventivo, lo que sucede es que no se aplican. Por ejemplo, existen reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, que establecen: “84.1. A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado “acusado” a toda persona encarcelada o arrestada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de la policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada. 2. El acusado gozará de la presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia. 3. Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o de las que fijen el procedimiento que se deberá seguir respecto de los acusados, éstos últimos gozarán de uno régimen especial, cuyos puntos esenciales solamente se determinan en las reglas que figuran a continuación. 85.1. Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados. 2. Los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los reclusos adultos. En principio serán detenidos en establecimientos distintos (...).

Algunas conclusiones del profesor Víctor Bazalar Paz

Cuando empleamos el concepto de tutela jurisdiccional hacemos referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si participa o no en un proceso, y que está reconocido en la Constitución como derecho fundamental. En consecuencia, el derecho a la libertad personal no se contrapone al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que sustenta constitucionalmente a la medida cautelar de prisión preventiva, pues ambas tienen como sustento a la dignidad de la persona humana, que es el sustento de todo ordenamiento.



Un fiscal es un funcionario autónomo en la defensa de la sociedad, que persigue el delito con valentía y estudio, para lo cual necesita una herramienta legal adecuada que impida que el imputado evada sin justificación alguna el accionar de la administración de justicia, como es la medida cautelar de prisión preventiva.

Sin embargo, y a pesar de las críticas doctrinarias, la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado y de la sociedad, a través de esta medida cautelar, no se contrapone, no es opuesta, ni antagónica al derecho a la libertad y al derecho a la presunción de inocencia.

2.3.9 Jurisprudencia En El Perú

Desde hace pocas décadas atrás, especialmente desde la entrada en vigencia de nuestro Código Procesal Penal actual, se ha puesto en el ojo de la lupa, la gran importancia del derecho a la libertad personal y sus alcances dentro del proceso. Con las antiguas codificaciones se encontraba subordinado a los fines del proceso en el extremo, sin embargo, ahora lo tenemos como una regla dentro del proceso, recobrando en la práctica procesal, esa jerarquía constitucional y amplia operatividad normativa que siempre tuvo, pero que no se hacía respetar como tal, y que era sujeto de abusos autorizados por todos los operadores de justicia como algo inevitable en aras de la averiguación de la verdad y la primacía del *ius puniendi* como un monarquía casi absoluta. Podemos advertir que el fundamento más básico a cerca del tratamiento de la prisión preventiva versan sobre el derecho a la libertad, como el la regla dentro del proceso y valor principal dentro de las garantías del debido proceso y un Estado que respeta la Constitución Política; así también, encontramos en los diversos trabajos de tesis, que, las primeras sentencias citadas resaltan como su fundamento principal la primacía del derecho a la libertad, pero que, este puede ser restringido por mandato de la ley, de forma excepcional, de lo contrario se volvería



en inconstitucional. Además, conviene en afirmar que el este derecho no es absoluto, a pesar de ser el último en ser afectado dentro de un proceso. De acuerdo a la jurisprudencia acopiada en el presente trabajo la libertad debe ser privada, de forma excepcional, siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su restricción.

STC No. 09426-2005-HC/TC. Derecho a la libertad personal

Ningún derecho fundamental puede ser ilimitado en su ejercicio, siendo los límites que puede imponérsele tanto intrínsecos como extrínsecos. Por esta razón la medida de detención preventiva si bien restringe la libertad

STC No. 09068-2005-PHC/TC. Límites al derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal, no es un derecho absoluto, sino relativo, entendiéndose de que no toda restricción de la libertad es inconstitucional. Así en el caso de incumplimiento de deberes alimentarios se configura la excepción de la regla de que no cabe prisión por deudas; ello en razón de estar de por medio, la tutela de los derechos fundamentales como lo es la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista.

STC No. 02510-2005-HC/TC. No es absoluto el derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad personal no es un derecho absoluto, pues como lo establece el artículo 2º, inciso 24, literales a y b, de la Constitución, aparte de ser regulado, puede ser restringido mediante ley.

S.T.C Exp. No. 02576-2011-PHC/TC/ Fund. 3.



El derecho a la libertad personal no es absoluto, pues conforme a lo señalado en el artículo 20, inciso 24, ordinales a y b, de la Constitución, está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. 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, tanto más si legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado, lo que debe ser apreciado en cada caso en concreto.

Casación N° 626-2013 – Moquegua

Los requerimientos de prisión preventiva deben ser motivados fáctica y jurídicamente (...) El análisis de la aplicación de la prisión preventiva debe comprender también; la proporcionalidad y duración de la medida (...). Al tratarse de una decisión jurisdiccional que afecta derechos fundamentales, la motivación debe ser estricta y debe cumplirse en todos los actos antes señalados. El fiscal debe fundamentar por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, de conformidad con el artículo 122 del NCPP, tanto en su requerimiento escrito como en sus alegaciones orales. La defensa podrá cuestionarlo.

Sentencia de Habeas Corpus N°003-2019. Exp. N°00423-2019

La prisión preventiva es un instrumento que se impone mediante una resolución judicial, en contra del imputado y busca una práctica eficaz de la actividad probatoria. Se usa para asegurar que la justicia penal alcance sus fines en caso de determinarse responsabilidad penal del procesado. Esta sentencia cita lo resuelto por los anteriores



órganos jurisdiccionales de la siguiente forma: **Sentencia de primera instancia.** - *El juez no cumple con motivar sobre la alegada legítima defensa(...)* Sentencia de segunda instancia.- Señala que “*el arraigo laboral no tiene la entidad que garantice que el agente no vaya a incurrir en esa conducta*” (fuga); pero no señala el por qué. Este supuesto no está regulado en el artículo 269° del Código Procesal Penal. El imputado no tuvo la voluntad de someterse a la investigación al no ponerse a disposición de su comando, sino que fue detenido; pero la sala omite desarrollar y contrastar la forma en como se detuvo a Elvis Miranda.

Casación N° 631 -2015 – Arequipa.

El juzgado de investigación preparatoria dictó seis meses de prisión preventiva y la sala superior dictó nueve meses. El auto de vista valoró la facilidad de rehuir de la justicia la magnitud del daño causado. Señaló que a pesar “*la esposa e hijos del imputado viven dentro del país, éste tiene un intenso movimiento migratorio*”. Para aumentar a nueve meses la pretensión cautelar se limitó a decir que “*la prisión preventiva no es un adelanto de pena ni tiene el fin de causar escarmiento, mas bien, busca asegurar la presencia del imputado*”. Ahora veamos los **fundamentos de la sentencia casatoria.** – deben analizarse tres supuestos en la calificación del peligro procesal de fuga: *existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del alcance de la justicia; lugar de residencia de los miembros de su familia nuclear; la capacidad de subsistencia del imputado (desplazamiento); estos tres elementos deben analizarse en conjunto.* El examen realizado por esta sentencia satisface los supuestos para considerar que no existe peligro de fuga. Así, también, establece que asumir el peligro de fuga por la sola condición de extranjero importa un acto de discriminación por razón de nacionalidad.

Sentencia del Tribuna Europeo de DD.HH – Caso Stegmüller contra Austria.



La simple posibilidad o facilidad de un imputado para pasar la frontera no implica un peligro de fuga. La prisión preventiva es una medida que debe usarse cuando no existan otras menos gravosas.

2.3.10 Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos

La vinculación jurisprudencial de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la revisión.

El artículo IV de las Disposiciones Finales de la Constitución reconoce que las normas relativas a los derechos y libertades de las personas se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Tal interpretación, contiene implícitamente, una adhesión a la interpretación, que de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región. (STC Exp. N° 0217-2002-HC/TC, caso Alfredo Crespo Bragayrac; STC Exp. N° 218-02-HC/TC; STC Exp. N° 26-2004-AI/TC; STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández).

Es ese sentido, podemos inferir que las obligaciones que tiene el Estado Peruano, en materia de derechos humanos, no solo encuentran un asidero claramente constitucional, sino que fundamenta su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación de los derechos humanos implica entonces que, toda actividad pública debe considerar la aplicación directa de las normas consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las



instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito. (Caso: Gabriel Olando Vera Navarrete).

Esta corte, en su sentencia del 30 de enero del 2014, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, manifestó:

“La Corte IDH ha establecido que el control de convencionalidad es una institución que se utiliza para aplicar el derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y especialmente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este tribunal” (Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión del cumplimiento de sentencia. Sentencia del 20 de marzo del 2013, 2013)

Asimismo, la Corte IDH, en esa misma sentencia, señaló:

“(…) la jurisprudencia interamericana o la “norma convencional interpretada tiene una doble vinculación: una relacionada al caso particular (res judicata) dirigida al estado al que ha sido parte material en el proceso internacional; y otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estado parte de la Convención Americana como cuestión interpretada. Lo anterior resulta de especial importancia para el control de la convencionalidad, dado que todas las autoridades nacionales conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes deben llevar a cabo de este tipo de control, siendo útil también para el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano”.

Ello ha de entenderse, entonces, que la vinculación que ha de tener el ordenamiento interno con la normativa internacional a la que el Perú se ha adherido, es de necesaria aplicación a la normativa interna.



Pleno Jurisdiccional sobre prisión preventiva

El Poder Judicial desarrolló el Pleno Jurisdiccional en el que se abordó temas como prisión preventiva, el impedimento de salida, trata de personas

El doctor Lugardo Ramiro Gonzales.- “Puntualmente, me referiré a la circular de Prisión Preventiva, aprobada mediante Resolución Administrativa n° 325-2011, de la Presidencia de la Corte Suprema; esta circular constituyó un instrumento didáctico y orientador y así fue recibido por la comunidad jurídica. La casación N° 626-2013, Moquegua, un documento didáctico que ha permitido a la comunidad jurídica orientar el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva; incurre en demasiado reglamentarismo, sin embargo ha ayudado a ordenar las audiencias como una crítica, dicho sea, con respecto y como una incorpora elementos que no están en la ley, agrega, como un elemento como parte de la audiencia tratamiento de la proporcionalidad, el cual es un eje transversal, creo que no se debería tratar en un eje separado pero así ha sido aceptado. Además, y aquí creo que se invade el fuero del Ministerio Público se nos señala de qué forma debe presentar los requerimientos y cómo es que el fiscal debe sustentarlos oralmente ante una audiencia. Creo que no corresponde al Poder Judicial, establecer pautas para el Ministerio Público. Ya creo que no somos el hermano menor en la administración de justicia, pero al margen de ello, es un buen documento didáctico para el desarrollo de las audiencias. En la casación N°1445-2018, el Ministerio Público es abiertamente crítico, tanto así que la Fiscalía de la Nación solicitó la realización de un pleno casatorio, toda vez que se apartaba de la casación N°626-2013 y de la circular emitiva de la Corte Suprema en mención. Pero ¿en que se aparta? Se aparta concretamente del el peligro de fuga, y eleva la valla para determinar que existe el peligro de fuga; señala, esta casación que “debe verificarse



que existan medios suficientes a disposición del imputado para perpetrar la fuga; segundo punto se flexibiliza el peligro de fuga –esto no está ni en la circular, ni en la casación mencionada – el tema del peligro procesal. Se identifica el peligro de fuga como abandono del país; que tenga medios para irse de país, además que tenga contactos en el exterior y no se ha visto la otra fase que es el ocultamiento (ocultarse), de acuerdo con la norma procesal, de lo que trata este requisito es que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia y no “abandonar el país”. Lo que desarrolla esta casación es para un caso especial”.

En palabras de **Martín Felipe Salas Zegarra**, En la sentencia Plenaria Casatoria se habla de la sospecha: simple: está destinada corroborar que habría ocurrido un delito; sospecha suficiente; sospecha reveladora: enjuiciamiento; sospecha grave: graves y fundados elementos de convicción. Sobre el estándar de prueba en los elementos de convicción deben ser altamente probables señala la corte suprema se habla de la sospecha y hace una categorización: sospecha simple: diligencias preliminares, sospecha reveladora investigación preparatoria; sospecha grave: prisión preventiva; sospecha suficiente: acusación y juicio oral. Haciendo una interpretación teleológica, cual es el sentido de la norma, tiene un sentido netamente preventivo, se previene que no se entorpezca el curso regular de la investigación del proceso penal, por eso es que se establece, por eso es que se necesita, bajo ciertos requisitos cautelar la presencia del imputado en la investigación...los temas preventivos se evalúan dentro de una teoría del riesgo. Esta estandariza y categoriza el riesgo, y se trabaja con matrices de riesgo. Dentro de ello tenemos el riesgo bajos medios y altos riesgos. ¿Cuándo se da un trabajo preventivo?: cuando se da un riesgo por encima de lo bajo; Si queremos trabajar con una matriz de riesgo en la prisión preventiva, tenemos que hacerla sobre los tres presupuestos tanto así,



que si pide para una prisión preventiva un estándar de sospecha grave, y para un enjuiciamiento un estándar menor estamos prácticamente la prisión preventiva; no podemos darle tanto valor a tan solo uno de los presupuestos, que serían los elementos de convicción, como se está haciendo en esta casación, máxime, que si se pide para una prisión preventiva una sospecha grave y para el enjuiciamiento una sospecha de menor estándar, estamos prácticamente eliminando la etapa de la investigación preparatoria, mejor me voy a una acusación directa. La sospecha no puede estar por encima de la probabilidad, la sospecha es una sola, no admite estandarización, la sospecha es sospecha por donde la miren. Tenemos que remitirnos a la escala del conocimiento, posibilidad: el ingreso de la noticia criminal, que da lugar a las diligencias preliminares y luego la formalización investigación preparatoria. La duda y, la certeza. Cuando llegamos a la probabilidad, cuando el ministerio Público ha recabado todos los elementos de convicción para considerarlos como prueba y llevarlos a enjuiciamiento La duda y la certeza se ven en sede de enjuiciamiento.

Doctor Miguel Ángel Pizarro Guerrero, representante de la Junta de Colegios de Abogados del Perú. Traemos tres propuestas en relación a la prisión preventiva. La primera propuesta es en relación al estándar de motivación de las resoluciones de prisión preventiva “es indudable que actualmente hay una situación carcelaria que ya bordea los 90000 presos, de los cuales un cuarenta y tres por ciento son presos preventivamente. Lo cierto es que hay que buscar un equilibrio, entender la prisión preventiva con un criterio de proporcionalidad. Motivación cualificada debe evaluar las pruebas de descargo. La tasa anual de crecimiento es de ocho por ciento. Consideramos que existen excesos en el otorgamiento de la prisión preventiva. Por ello nuestra primera propuesta se refiere al



estándar de motivación. El tribunal Constitucional señala que la motivación se la sentencia debe tener verosimilitud.

Nuestra posición es que el auto debe ser especialmente motivado, no es una cantidad de argumentos; tendríamos que compatibilizarlos con los precedentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Estas sentencias han señalado que solo se justifica solo cuando el imputado impida el normal funcionamiento de la investigación.

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el estándar de la punibilidad: alto grado de probabilidad de una condena. Nuestro aporte es el siguiente: no solo señalar el varemo; si no también como establecemos el varemo. Debemos establecer una probabilidad no cuantitativa o matemática, sino inductiva. Necesitamos tener una fiabilidad, que no es certeza. A ello le añadimos que, la Corte suprema estableció en sentencia Casatoria que la atipicidad debe debatirse en otra audiencia, sin embargo, en otra casación se señaló que la calificación jurídica no puede discutirse en la audiencia de prisión preventiva ¿Qué sentido tendría debatirse la existencia de un alto grado de probabilidad de la comisión de un delito de una conducta atípica?

Walter Gutiérrez Camacho, indica. “No estamos hablando solo de la afectación de la locomoción, no estamos hablando solo de la afectación de la presunción de inocencia, de la afectación del derecho a la vida misma, a la salud, a la integridad, al honor. La limitación de la libertad afecta un montón de derechos fundamentales de la persona, empezado por el derecho a la vida. Nada más perturbador para la vida de una persona que la encarcelación”. El Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de derechos humanos y la Comisión Interamericana de derechos humanos ha señalado que la



motivación para este tipo de medidas debe ser una motivación particularmente reforzada. También debería motivarse con particular escrupulosidad el plazo.

En el marco del tema ocho (08) “actuación policial y exención de la responsabilidad penal” de este Pleno Supremo, en palabras del doctor Felipe Villavicencio Terreros “Los principios y límites del uso de la fuerza por parte del personal policial han sido orientados por el manual del código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como instrumento de las naciones unidas. El Perú tiene el decreto legislativo N° 1186 y su reglamento y el art. 20 inc. 11) sobre la exención de la responsabilidad para los efectivos policiales. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. El Decreto Legislativo N° 1186 tiene por finalidad proponer criterios normativos para resolver el problema planteado.

Las diversas resoluciones que conocemos han resuelto el problema legítima defensa, error de prohibición. En la legítima defensa se discute criterios y límites distintos que en el caso del decreto legislativo N° 1186. ¿Cuáles serían los requisitos?: principio de legalidad, necesidad, proporcionalidad nosotros consideramos que el art. 20 no puede ser interpretado como una licencia para matar. Como conclusiones, tenemos que sugerir que se subrayen la importancia que los jueces subrayen el artículo 20, inc. 11 y el Decreto Legislativo 1186. Que se resalte los principios y límites de. 3.- Que se reafirme el uso del decreto 1186 y su reglamento. 4.- que se descarte el uso de la legítima defensa, por cuanto genera confusión en su aplicación; mejor es enfocarnos en el cumplimiento del deber – uso de la fuerza y las normas que regulan su adecuación.



Así pues, estos fueron los aportes de algunos de los ponentes de este Pleno Supremo Penal sobre prisión preventiva y otros temas de interés y urgencia a nivel nacional. Lo que queda claro es que, hasta el día de hoy, los operadores de justicia, especialmente los magistrados, no están considerando las normas nacionales e internacionales sobre el uso de la fuerza en el cumplimiento del deber del personal policial; resolviendo este tipo de causa como si se tratara de delitos comunes por parte de ciudadanos comunes sometidos a las normas más comunes, sin tener en cuenta que estos agentes del orden, al ejercer su deber, deben, a efectos de determinar su responsabilidad, ser juzgados por las normas que establecen sobre el cumplimiento de su deber; esto, toda vez que, los principios y reglas que regulan su actuar son distintos a los principios aplicables en caso de error de prohibición; legítima defensa, etc., los cuales están trabajados legalmente con criterios muy diferentes que producen respuestas punitivas que fácilmente pueden distar mucho.

Ahora, bien, como criterios adoptados como doctrina legal tenemos “un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva base de las cuales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Así se ha establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-20017/CIJ-433, supone según escribió CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal. El término “sospecha” debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado del conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones, Se trata entonces de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina la que la prisión preventiva dispuesto sea arbitraria (...). Este requisito



inserta una exigencia de racionalidad – que incluye la solidez- de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones arbitrarias. Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencerá un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo que puede considerarse “racional” dependerá del conjunto de circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos según las máximas de la experiencia y del normal sentido común. Si bien, la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva aunque no se pueda aun decir que se llegará a la apertura del juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones-, como previene ORTELLS RAMOS, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse.

La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes medios de prueba lícito –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba- acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa-, tras cuyo análisis corresponda concluir desde una inferencia razonable, que el imputado es fundamentalmente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación (Sentencia casatoria 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015), mientras que la “sospecha suficiente” quiere decir llanamente



simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena. O expuesta esta causal en términos negativos, los elementos de juicio que apoyen la acusación –los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal- deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la posibilidad de que el sometido a prisión preventiva acabe finalmente absuelto, y, por tanto, resulte injustificada la medida de coerción. Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propia de la sentencia condenatoria. Este juicio de probabilidad fuerte y alto grado de probabilidad, requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o como partícipe- y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. No es de recibo, una medida de coerción ante un hecho no incriminado o no punible, pues la “culpabilidad” indicada por esos síntomas significa condena probable y es una probabilidad igual a cero cuando existan desacriminantes, causas de exclusión de la responsabilidad penal o hechos extintivos. ARAYA VEGAS denomina a este presupuesto: “mérito sustantivo” y le da un tratamiento de un presupuesto de persecución penal –que podría implicar una contraditio terminis al reunir en una misma institución jurídica lo material y lo procesal– ,y que no obstante lo entiende, correctamente como un grado de probabilidad suficiente –fuerte, diríamos nosotros- de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad así como de elementos de prueba objetivos –en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente “elementos de convicción” – para determinar su vinculación con el hecho atribuido.



26. Desde la perspectiva del juez, la probabilidad que se requiere, a diferencia de la certeza, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella. Los datos o elementos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables. Ahora bien, es de aclarar que el indicio en materia de coerción procesa, a diferencia del indicio en materia probatoria-propio de la etapa principal del juicio oral y utilizado para fundar la sentencia condenatoria—, en cuya virtud el indicio es la base fáctica —no de una comprobación, propia de un indicio probatorio — de una predicción, esto es, para afirmar la posibilidad de algo que suceda en el futuro —no que sucedió en el pasado - : no da lugar a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica. No se puede anticipar lo que es propio del juicio oral — si se cuenta con las pruebas suficientes o no para dictar en su día una sentencia condenatoria contra el imputado, si habrán de prosperar o no algunas de las alegaciones auto exculpatorias que el mismo efectúa—, sino si constan en la causa de datos e indicios suficientes de que el imputado intervino, de uno u otro modo, en la comisión del delito atribuido.

27. El juicio de imputación, siempre de un determinado delito, requiere, por consiguiente, de que precisamente el hecho sea delictivo —éste no puede carecer de tipicidad penal— y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal. La prisión preventiva supone un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Es, empero, un requisito indispensable pero no suficiente, pues debe ser



confirmado por el peligrosismo procesal. La imputación entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal; y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal (de un imputado, contra quien se ha dictado inculpación formal – es decir, con mayor precisión, Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria). Este análisis de alta probabilidad debe realizarse, como enfatizó la Sentencia Casatoria 564-2016/Loreto, de 12 de noviembre de 2018, fj 5to., no solo a partir de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito y de la intervención del imputado, examinándose los actos de investigación de manera individual y conjunta – así, incluso, lo estableció la sentencia casatoria vinculante 626-2013/Moquegua de 30 de junio del 2015 –, sino que además conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva; y, tiene como sustento, que los cargos sean concretos y definan con claridad lo penalmente relevante (Sentencia Casatoria 724-2015/Piura, de 15 de abril de 2016). No basta la concurrencia, en el caso de meros indicios – procedimentales, claro está – o de sospechas genéricas; se exigen pues, fuentes-medios de investigación, o en su caso, de prueba, directas o indirectas “(...) que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas; el juicio de alta probabilidad debe ser razonable y asentado en criterios objetivos suficientes”. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente, como es obio, la concurrencia del hecho y de su vinculación del imputado –que hay probabilidad, alta del delito (con la presencia –agregamos- de todas sus categorías materiales: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como los presupuestos procesales correspondientes) y de que el imputado es responsable del mismo- (Sentencia del Tribunal Supremo Español- en adelante STSE- 241/2009, de 13 de marzo). El juzgador, desde luego, debe explicar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de



investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado (conforme: STC 0349-2017-PHC/TC, de 21 de abril del 2017).

Motivos de prisión preventiva: Requisitos

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

35.º Delito grave. El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto –no de simple conminación penal abstracta-. Estipuló, al respecto: “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”, bajo el entendido explícito que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El proceso judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional, por cierto, debe asumir los criterios de medición de la pena conforme al conjunto de disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley). Dos pues de los ejes de este requisito: 1. Gravedad y características del delito imputado. 2. Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto a la conminación penal, es desde luego determinante.

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



Otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza, por ejemplo, imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio, pese a que la pena privativa de libertad no supere ese límite –lo que no basta, desde luego, a las conversiones autorizadas legalmente-. Estos preceptos, como es patente, solo se refieren al juicio de medición para la imposición de la pena en la sentencia, consecuentemente no se opone a que durante el proceso esté en libertad, para lo cual en todo caso, pueden imponerse determinadas restricciones, siempre si son razonables para evitar que este fugue o manipule fuentes de investigación o de prueba o que, en su día, se sustraiga de la ejecución de la pena.

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

En igual sentido, se debe comprender bajo esas mismas consideraciones aquellas conductas que están vinculadas a la actuación delictiva de personas integradas a la



criminalidad organizada, de especial preocupación a la comunidad internacional –que, como apuntó el Secretario General de Naciones Unidas, se trata de un flagelo que constituye un problema mundial y de una obvia lesividad social que incluso ha merecido la institucionalización de diversos convenios sobre la materia, especialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, diciembre de 2000, cuyos lineamientos básicos han deseguirse en sede nacional.

Cuando se menciona el grado de sospecha “suficiente” , siempre en clave de evaluación provisoria de suceso histórico por la fiscalía, debe entenderse, que se acreditación *prima facie* resulta probable –más probable que una futura absolución –, aunque menor que la sospecha vehemente o fuerte. Esto es lo que se denomina “probabilidad preponderante”, no alto grado de probabilidad, propio de la sospecha fuerte o vehemente.

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



que obviamente debe ser el mismo para ambos. Nada justifica razonablemente una opción distinta; ni los fundamentos ni su objetivo político criminal.

39.º Peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). Este peligrosismo, afirma GUTIERRES DE CABIEDES, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida, por lo que es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que estaría llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción (Del Rio Labarthe, Gonzalo).

El Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros para justificar convencional y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización. Solo se requiere la concurrencia de un peligro o riesgo procesal concreto para justificar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos peligros. Esta es la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 1977, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, caso Arguelles y otros vs Argentina). A esto se le denomina, siguiendo a ORTELLS RAMOS, “situaciones constructivas del riesgo”, y las constancias de su consagración “circunstancias acreditativas del riesgo”. Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica prisión preventiva.

A través del *periculum libertatis* se establecen precisamente los fines que puede cumplir la prisión preventiva, y representa la medida de su propia constitucionalidad. Esta prevención, por lo demás, aparta a la prisión preventiva de tener como función la de anticipar la pena, la de calmar la alarma social o de ser un instrumento de investigación penal – de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o salida del



establecimiento penal en función de la actitud que adopte el investigado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos.

En este mismo sentido, insiste BRUZONNE, los motivos que justifican la prisión preventiva se vinculan en forma directa con los fines del proceso: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material, en un contexto donde también se reclama que la utilización de la coerción estatal sea racional, proporcionada a sus fines y sólo se utilice como última posibilidad para la solución del conflicto que el derecho penal define como delito.

40.º Para la *acreditación del riesgo* el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa – lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo muy difícil de concreción–, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota NIEVA FENOLL, a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas.

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

A su vez, para calificar este peligro, artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como “*númerus apertus*” – se trata, en todo caso, de tipologías referenciales: 1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar



definitivamente el país – no, simplemente, de viajar al extranjero – o permanecer oculto. 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria de repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que se indique su voluntad de someterse a la persecución penal – tal vez, el criterio rector de la materia –. 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

En atención a lo expuesto, es patente que el fin primordial de este riesgo es la realización de la plena tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no solo la futura ejecución de la pena, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal. Estas situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal son datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que han de valorarse de modo individualizado. Siempre caso por caso. Este criterio, como pues apunta ORE GUARDIA, siguiendo a BINDER, es de naturaleza relacional y requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descritas y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse a la acción de la justicia.

De estas situaciones específicas constitutivas de riesgo de fuga resalta, desde luego, las características del delito, así como la gravedad del mismo y de la pena. Se trata de una situación inicial y fundamental –abstracta – con fuerte relevancia en el pronóstico de la fuga, por cuanto, como es innegable, la frustración de la acción de la acción de la Administración de Justicia se evidencia tanto por el hecho de que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirán los fines perseguidos por la justicia, aunque pasados



los primeros momentos de la investigación se necesita ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características del imputado – como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera.

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

Cabe resaltar que en el pronóstico del peligro de fuga, debe ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro –las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal –únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la sospecha fuerte; no se requiere un convencimiento cabal a cerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente en delitos similares e integración en una organización criminal con los



contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países -.v.gr.: lugar donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos-, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aún cuando se tenga el arraigo social del país (confróntese STCE 145/2001, de 18 de junio) Empero, como acotó la STEDH *Stogmuller vs Australia*, del 10 de noviembre de 1969, párr.. 88, es claro que la simple posibilidad o facilidad para pasar la frontera no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de una circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento.

43.º En la clave de los factores legalmente considerados para estimar un posible peligro de fuga, se tiene que automáticamente, luego de transcurrido un lapso de tiempo razonable del inicio de la investigación, no puede desprenderse el peligro examinado en atención únicamente a la pena previsible, desde el *fumus comissi delicti*. Los automatismos no son de recibo –este delito no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos –. Tienen que agregarse, a la pena previsible y a la naturaleza del delito –sin perjuicio de analizar la entidad del aporte del imputado del hecho delictivo, si se trata de un caso de codelincuencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, su personalidad y sus circunstancias particulares –, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga. No tienen una significación y virtualidad autónomos para justificar en sí mismos la prisión preventiva, pues se trata de presunciones que, en cualquier caso, pueden ser destruidas por los otros datos relevantes del proceso, y que el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, a través, por ejemplo, del pago de caución de una medida



alternativa o de restricciones. Los motivos justificatorios del riesgo de fuga no se pueden apreciar únicamente sobre la base de la pena posible –de ser así, la intensidad en abstracto de la reacción penal conllevaría una inadmisibles consecuencia procesal directa. Deben citarse, con las prevenciones que luego se expondrán, en función a un conjunto de elementos suplementarios pertinentes y apropiados ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no se puede justificar la prisión preventiva (STEDH caso Demirel vs. Turquía, de 28 de enero del 2003, de 8 de junio de 1995).

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

En esta perspectiva ORTELLS RAMOS, indica que existen dos criterios de peligrosidad de fuga: (i) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable –que pueden ser únicos al inicio de la investigación– permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga –pero no es el único que debe ser utilizado por el juez vencidos los actos iniciales de



investigación -; y (ii) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no se “raíces” como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona, permitirá determinar razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a rehuir del proceso penal. Es claro, que de ninguna manera es suficiente solamente –en abstracto, se entiende– un domicilio fijo del imputado para negar el peligro de fuga. Y, aisladamente la inexistencia de determinado arraigo no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, para lo cual ha de valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir con la finalidad del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga (conforme: Sentencia Casatoria vinculante 626-20134/Moquegua, de 30 de junio de 2015).

Los otros factores que inciden mayormente en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado –en los injustos de organización, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, entre otros (conforme; STCE 146/2001, de 18 de junio) –, están en función a la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado –que son los datos más usados, pues a contrario sensu se entiende, lógicamente, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga; aunque, por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o de haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o haberse constituido en situación de contumacia por no comparecer a los



emplazamientos judiciales, o de incomparecencia injustificada a un llamamiento de la fiscalía o de órganos jurisdiccionales—.

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

45.º El factor tiempo –o incidencia del transcurso del tiempo– es, sin duda, en alguna medida relevante. Racionalmente los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción –en los primeros momentos de la investigación (debe examinarse, por tanto, desde cuándo se iniciaron las averiguaciones del Ministerio Público)- no son los mismos que los que debe exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento –un mayor peso adquieren los primeros momentos, por la falta de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo del imputado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza–. Por tanto, si en un principio –momentos iniciales del procedimientos de investigación– cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del proceso preventivo y del caso concreto.



La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces varía o es diferente según el momento procesal en el que deba disponer o ratificar la prisión preventiva (en igual sentido: STEDH, asunto W vs. Suiza, de 26 de enero de 1993). Esta conclusión se funda en que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga, puesto que, si bien es cierto la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría construir en un primer momento la razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que el argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el proceso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el anterior comportamiento procesal.

Empero, también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de la investigación o de prueba, al peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque con menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas; y, segundo, que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que el avance de la investigación y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello riesgo de fuga.



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

El profesor ASECIO MELLADO indicó, sobre este punto, primero que el precepto en cuestión no autoriza la prisión preventiva por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; y, el segundo, que es una regla, ciertamente excepcional de aplicación restringida, y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de



su reintegración en la misma, a su vez, sea la próxima agrupación delictiva la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o incluso, la obstaculización de la investigación de la investigación.

(...)

PLAZO DE LA PRISION PREVENTIVA

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

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



eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.

La prolongación de la prisión preventiva, como es obvio, no procede cuando la dilación del proceso se deba a la causa no razonable y ajena al imputado preso preventivo, y, en todo caso, ha de ser adoptada antes de que el plazo inicial haya expirado, pues se trata de un plazo de caducidad –esta obra del legislador ordinario integra la garantía de la libertad, pero no la agota. Sobre el plazo legal de la prisión preventiva ha de entenderse que no coincide con el plazo razonable de la duración del proceso en su conjunto, y debe ser mucho menor, pues el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos posibilita que un individuo sea liberado, sin perjuicio de que continúe su proceso. El derecho al plazo de prisión preventiva razonable, impone a su vez, una obligación al Estado de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad.

57.º El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y especificada del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna –es decir, existencia de tiempos muertos– y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (conforme: STCE206/1991, de 30 de octubre).



Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento –a partir del análisis de la Disposición Fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa –; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

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

Desde luego, no se pueden dictar reglas fijas ni estipular tiempos estandarizados, pero los criterios arriba enunciados apuntan a racionalizar la determinación del plazo de duración de la prisión preventiva en cada caso en particular. La pauta que, desde otra perspectiva,



debe tenerse en cuenta es que el Fiscal, en casos de prisión preventiva, está obligado a realizar actos de investigación con la razonable celeridad que merece un preso preventivo quien es además de un presunto inocente –garantía examinada desde la perspectiva de la regla de tratamiento del imputado-.

(...)

ACUERDO PLENARIO N° 05-2019/CJ-116

(...)

2. POSICIONES SOBRE LA EXIMENTE “EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER”

2.º Sobre el fundamento esencial de las causas de justificación que eliminan la antijuricidad de la conducta LUZÓN PEÑA considera que se defiende la ponderación de intereses o del interés preponderante; por tanto, en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entra en conflicto con otros intereses superiores, de mayor trascendencia para el derecho.

3.º ZUGALDIA ESPINAR la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, viene a expresar un principio tal evidente que parece obvio declararlo: “quien obra conforme a derecho, no se comporta antijurídicamente”. Con respecto al cumplimiento de un deber, considera que se implica la ejecución de una conducta obligada por el derecho, impuesta a su autor, y que, además, es penalmente típica pues supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por ley.

5.º Mientras CEREZO Mir detalla que, “el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en múltiples ocasiones cumple al mismo tiempo un deber”; es decir, que en un país como España en el fundamento de causa de justificación se encuentre en el principio de “interés preponderante”; esto es, que a pesar que el sujeto actuó cumpliendo un deber de rango superior o igual o en el ejercicio ilegítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana,



por lo que es necesario aplicar la eximente de responsabilidad y fundarla sobre la base del principio de respeto por la dignidad de la persona.

Siendo así, el requisito general para la actuación al amparo de facultades públicas exigible estriba, de un lado, en la competencia material –la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente–; y, de otro lado, la facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención, como el de su proporcionalidad, como normas fundamentales del Estado de Derechos.

6.º COCA VILA precisa que “lo relativo al cumplimiento de un deber como causa de justificación, está configurado como una norma (permisiva) de remisión a la normativa extrapenal que instruye los deberes que legitiman el comportamiento penalmente típico”.

Por tanto, los problemas surgen cuando se trata de concretar el momento en que se reduce a cero el margen de discrecionalidad, en el actuar durante la intervención policial. Por ello es importante que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tengan muy claro los límites cuando se habla de uso de armas de fuego o el “uso de otros medios de defensa”. En consecuencia, la interpretación de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y al uso de armas de fuego en particular (...).

SOLUCION A LA CONTROVERSIA

52.º La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber. Para que sea se aplicación la eximente referida “es



preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que en ese medio se use del modo menos lesivo posible.

53.° Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP –a través de los sucesivos actos sucesivos indicados: el Decreto Legislativo 982 y la Ley 30151 – exoneran al Perú (y los funcionarios policiales) a reducir u obviar los parámetros de uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones unidas (en que nuestro país se inserta) se ha comprometido a cumplir; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengan aquellas.

54.° Es pertinente tener en cuenta los casos resueltos por la Corte IDH (véase FJ3’), el Supremo Tribunal Español (véase FJ. 31) y el TEDH (véase FJ. 32), puesto que dichos órganos de justicia concluyeron que el empleo de las armas está restringido cuando se afecta la dignidad de la persona, por tanto, los efectivos policiales siempre que requieran emplear la fuerza lo harán en el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida.

55.° No existe en el ámbito de la democracia la denominada “ley de fuga” como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en un mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial).



Cabe recordar que en Perú no se impone la pena de muerte para delitos comunes desde 1979 y que con la Constitución de 1993 se derogó para delitos comunes.

Resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugar ante la opción ante la presencia policial (como forma de autotutela ante una inminente detención y posterior procesamiento), salvo que la vida o integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.

56.º Respecto al cambio de la fórmula normativa “en cumplimiento de su deber y en su uso de sus armas en forma reglamentaria” sustituida por la frase “en cumplimiento de su deber y en su uso de sus armas u otro medio de defensa”, resulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término “uso de sus armas” y de la referencia “otros medios de defensa”, dado que las disposiciones locales y de cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio.

57.º El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía Nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios.

58.º Desde luego no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo. Será



razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos.

59.º El procesamiento penal corresponderá en los casos de afectación a los bienes jurídicos que el Código penal protege; no cabe en las materias una cuestión previa como condición para el ejercicio de la investigación preparatoria, ni es rol del Poder Judicial en general ni del pleno supremo penal en particular, establecerla pretoriamente.

60.º Finalmente, al momento de resolver el pedido de prisión preventiva el juez deberá analizar las circunstancias de cada caso concreto para tal imposición, esencialmente en respeto de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida, de la mano con las normas nacionales e internacionales (hard law), que establecen parámetros para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley.

Es así que – en atención a los fundamentos citados, la Corte Suprema de Justicia, establecieron como doctrina legal los criterios expresados en estos dos Acuerdos Plenarios correspondientes al en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales, Permanente, Transitoria y Especial, en materia de prisión preventiva: presupuesto y requisitos, y actuación policial y exención de responsabilidad.

EL PERSONAL POLICIAL EN CUMPLIMIENTO DE SU DEBER

2.3.10 Regulación Normativa.

Su regulación normativa la encontramos principalmente en la constitución política y en el decreto legislativo n° 1267 - Ley de la Policía Nacional del Perú, así como en su reglamento y demás normas complementarias



Constitución Política del Perú

Artículo 166°.- *“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y reestablecer el orden interno. Presta atención y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.*

Artículo 175°.- *“Sólo (...) la Policía Nacional pueden usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen en el país (...)*

Decreto legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, es profesional y jerarquizada, sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la república y tienen poder para intervenir en todos los asuntos que se relaciona con el cumplimiento de su finalidad fundamental.

2.4 ASPECTOS RELEVANTES DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

2.5.1 La doctrina y el cumplimiento de un deber de función

Las eximentes de responsabilidad (...) no deben presumirse, operan a favor del encausado cuando esté demostrada, salvo los casos de presunciones legales que en materia de legítima defensa establece la propia ley.

Las causas de justificación previstas en la norma son el aspecto negativo de la antijuricidad; sin embargo, el obrar en cumplimiento de un deber, es la excepción dentro



de las demás causas, y eso, porque aquel resulta ser un deber jurídico; pasa a ser más que una justificación, es una conducta invocada imperativamente.

La naturaleza de esta eximente es discutida, ya que es considerada como causal de licitud y como causa de exculpabilidad, debido a que, en lo que respecta a la primera, no se puede exponer al que actúa en “cumplimiento de un deber” a que la orden a obedecer pueda ser antijurídica y, por ende no se puede aceptar como antijurídica, más aún si la conducta se realiza bajo el cumplimiento de un deber jurídico.

En la doctrina existen tres criterios bien marcados que postulan la razón de ser de “obrar en cumplimiento de un deber”:

La postura de Muñoz Conde y García Arán, sostienen que la naturaleza jurídica de actuar en cumplimiento de un deber es de ser una causa de justificación, puesto que dicha situación opera desde la base de una conducta típica. Que el actuar del sujeto supone la realización de la conducta descrita en el tipo penal, y que por tanto, el segundo paso es analizar y determinar si dicha conducta es antijurídica o no, a partir de las denominadas causas de justificación.

Aquí asumimos que debe examinarse en un segundo estrato, toda vez que ya se ha satisfecho el supuesto de conducta típica; es decir, ya se trata de descubrir si la conducta típica es justificable o no. No podemos justificar algo que no se ha realizado; se juzga la o las causas sobre una conducta típica.



La siguiente postura le pertenece al profesor colombiano Fernando Velásquez, él sostiene que el actuar en cumplimiento de un deber puede analizarse como causa de justificación o como causal de atipicidad. Que la regla es que, tal situación es causal de atipicidad y que la excepción a la regla es una causa de justificación.

El tercer criterio es adoptado por el profesor Villavicencio Terreros, sostiene que el obrar en cumplimiento de un deber es una causal de atipicidad, puesto que cuando hay una obligación determinada de actuar para el sujeto, ya no se trata de una norma permisiva, sino de una norma imperativa. Así mismo, afirma que el actuar del sujeto no podría ser tan típico, como el no actuar, presentándose una grave contradicción.

Podemos apreciar en este último criterio que el autor comprende a la tipicidad en una dimensión amplia, toda vez que no se limita a los tipos penales que sancionan conductas, sino también, a las demás conductas previstas como imperativas por la norma. Un comportamiento no puede ser doblemente típico; no puede estar reprimido y a la vez impuesto como un deber jurídico. No se trata simplemente de una omisión o un permiso para actuar infringiendo un tipo legal. No es una circunstancia justificante. Se trata de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico de forma expresa y de obligatorio cumplimiento. Por ende debe ser analizado como causal de atipicidad.

2.5.2 Definición

El obrar en cumplimiento de un deber, podemos definirlo como aquella conducta humana que nace en función a deberes jurídicos preestablecidos y no morales, la cual se subsume dentro de los márgenes de riesgo permitido y fuera del ámbito de la protección de la norma.



Este comportamiento del actuar en cumplimiento de un cargo, exige de manera ineludible la existencia de un deber, pero no cualquier deber, sino un deber establecido expresamente en el ordenamiento jurídico, a efectos de que el sujeto actúe sobre la base de dichas exigencias

2.5.3 Presupuestos del obrar en cumplimiento de un deber

Los requisitos tienen que ser concurrentes en los términos siguientes:

- La existencia de un deber jurídico conforme a derecho; es decir, debe existir una norma imperativa que determine el deber jurídico del sujeto, impuesto por la ley, y que debe ser cumplido erga omnes; de tal modo que sólo son admitidos como causa de ausencia imputación objetiva aquellos deberes jurídicos, mas no, deberes morales .
- El deber jurídico es de menor o igual lesividad posible; cuando estamos frente al primer supuesto; el sujeto debe actuar manteniendo la menor lesión posible a quien infringió el bien jurídico. Como en el caso del efectivo policial, el empleo de la fuerza por parte del efectivo debe ser racionalmente proporcional e imprescindible para el cumplimiento de dicha obligación. Ahora bien, cuando estamos ante el segundo supuesto, es decir, de igual lesividad, partimos del siguiente ejemplo, el caso de un efectivo policial que dispara y mata a un delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima.
- La necesidad de ejecutar una conducta; es decir, debe existir una necesidad real e importante, en la cual el sujeto actúe conforme a derecho, independientemente de



que se provoque o no una lesión. En el caso que se provoque una lesión, ésta no podrá ser típica, porque adolece de algún criterio de imputación objetiva..

- Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico; la actividad del sujeto debe estar circunscrita a la expresión legal, es decir, debe actuar sobre la base de ese deber, motivado por una norma imperativa, tal es así que aquellas situaciones donde el sujeto actúe por razones distintas, de índole personal o exista un exceso de su deber, no podrá operar como un supuesto de ausencia de imputación objetiva

2.5.4 Normas sobre Cumplimiento Del Deber La Policía Nacional

Decreto legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, Es profesional y jerarquizada, sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la república y tienen poder para intervenir en todos los asuntos que se relaciona con el cumplimiento de su finalidad fundamental.

Finalidad Fundamental

La finalidad fundamental es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Algunas funciones principales



- Prevenir, combatir, investigar y denunciar delitos y faltas previstos en el código penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones a la Policía.
- Garantizar la seguridad ciudadana, Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas.
- Investigar la desaparición de personas naturales.
- Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país.
- Ejercer la identificación de personas naturales con fines policiales.
- (...)

Facultades

- Realizar registros de personas e inspecciones de domicilios, instalaciones y vehículos, naves, aeronaves y objetos de acuerdo a Ley.
- Poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad con la Constitución y la Ley.
- (...)

Decreto Supremo N° 026-2017, Reglamento de la Ley de la Policía Nacional del Perú

Funciones de la Policía Nacional del Perú

- Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado,
- Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstas en el Código Penal y leyes especiales, incluyendo la intervención y e investigación (...).



Atribuciones

- Intervenir y registrar a las personas y realizar las inspecciones de domicilios (...)
- Poseer, portar y usar armas de fuego, de conformidad con la Constitución y la Ley.
- (...).

Decreto Legislativo N° 1186 que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú.

Artículo 6.- El uso de la fuerza

La fuerza debe usarse de manera progresiva y diferenciada, de conformidad con los principios y niveles establecidos en el presente decreto legislativos,

Artículo 7.- Niveles de uso de la fuerza

Los niveles de cooperación, resistencia o agresividad del ciudadano a intervenir, son los siguientes:

A. Resistencia pasiva.

1. **Riesgo latente.** Es la amenaza permanente no visible presente en toda la intervención policial.
2. **Cooperador.** Acata todas las indicaciones del efectivo policía sin resistencia manifiesta durante la intervención.
3. **No Cooperador.** No acata las indicaciones. No reacciona ni agrede.

B. Resistencia activa.

1. **Resistencia física.** Se pone a su reducción, inmovilización y/o conducción, llegando a un nivel de desafío físico.



2. Agresión no letal. Agresión física al personal de la policía o personas involucrada en la intervención, pudiendo utilizar objetos que atenten contra la integridad física.

3. Agresión letal. Acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al efectivo policial o personas involucradas en la intervención.

7.2. Los niveles del uso de la fuerza por el personal de la policía nacional son los siguientes.

A. **Presencia policial.**- Entendida como demostración de autoridad del personal de la policía nacional uniformado, equipado, en actitud de alerta y realizando un control visual, que previene y disuade la comisión de una infracción o un delito.

B. **Verbalización.** Es el uso de la comunicación oral con la energía necesaria y el uso de términos adecuados que sean fácilmente entendidos y comprendidos por las personas a intervenir, facilitando su control individual o grupal.

C. **Control de contacto.** Es el uso de técnicas de comunicación, negociación y de procedimientos destinados a guiar, contener la acción de la fuerza.

Decreto Supremo N° 012-2016-IN, Reglamento de la Ley N°1186

- El policía solo podrá usar armas de fuego de manera excepcional cuando exista peligro real e inminente de muerte o lesiones graves en las siguientes situaciones:
 - a. En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o de lesiones graves.
 - b. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida cuando se cometa un delito particularmente grave.
 - c. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como resistencia de la resistencia ofrecida por el presunto delincuente.



d. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando (...).

e. Cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del policía u otra persona por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta (...).

Pasos que debe seguir el policía frente a esta situación de riesgo.

1. Debe desenfundar su arma, empuñándola preventivamente y simultáneamente procederá a identificarse.

2. Informará que es policía aun estando uniformado o con elementos de identificación acorde con su especialidad.

3. Dará al presunto infractor una clara advertencia de la intención de emplear su arma de fuego, dándole tiempo suficiente para que lo entienda y tome una decisión,

4. Si el presunto infractor depusiera su actitud, el efectivo policial procederá a su control, inmovilización y conducción de conformidad con los procedimientos vigentes.

5. En caso el presunto infractor mantuviera su actitud violenta y el riesgo letal es inminente, empleará su arma de fuego y, si las condiciones lo permiten deberá realizar el disparo selectivo en determinada zona del cuerpo, con la finalidad de neutralizar la acción letal del presunto infractor de la ley.

6. Este procedimiento no se empleará, si su práctica creara un riesgo un riesgo de muerte o lesiones graves para los efectivos policiales, o la advertencia resultara evidentemente inadecuada o inútil, en cuyo caso se empleará el arma de fuego directamente.

Cumplimiento de un deber por parte del personal de la Policía Nacional en el Código Penal

Art. 20 inc. 11 del Código Penal Vigente.



“Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y personal de la Policía Nacional.

Siendo así, cabe mencionar que la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú en su artículo 11, inc. 3 Señala como facultad de la policía nacional: “poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad con la normatividad legal vigente: El empleo de las armas de fuego se hará de forma racional y constituye una medida extrema en el desempeño de sus funciones, debiendo utilizarse cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro la vida de otras personas...”

El cumplimiento del deber por parte del personal de la Policía Nacional, como causa justificante, proyecto de Ley y algunos comentarios

Concorde al maestro (Prado, 2002) citando a Roy Freyre hace referencia a las eximentes de responsabilidad penal como “(...) "eximentes" impiden el nacimiento de una responsabilidad penal; en consecuencia, tienen en perspectiva el futuro”. Es por ello que se entiende a la eximente como el impedimento del nacimiento de una responsabilidad penal debido a ciertas circunstancias como son el cumplimiento de su deber en los efectivos policiales.

Cuando una conducta reprochable penalmente está prevista o permitida expresamente en una norma, este comportamiento deviene en justificado por mandato generalmente constitucional, como es el caso que nos embarga. Máxime si se trata de cumplir fines constitucionales, salvo que se hayan cometido excesos en la comisión del hecho punible y que este haya podido evitarse con una medida menos grave.



En el caso del uso de la fuerza por parte de los efectivos policiales, ellos están reforzadamente reforzados por más de una causa de justificación cuando se enfrentan a una situación de eminente peligrosidad y riesgo de muerte o lesiones graves y las razones son legalmente evidentes. Ellos, no solamente tienen permiso para usar la fuerza (armas de fuego), sino que están obligado por la constitución y la ley a usar la fuerza; (mandato imperativo) bajo responsabilidad de ser procesados y sancionados por su eventual conducta o incumplimiento. Entonces el ordenamiento jurídico no les puede prohibir e imponer (al mismo tiempo) la realización de una conducta.

Se presentó el Proyecto de Ley N°3552-2009 “LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 20, INCISO 11) DEL CODIGO PENAL: FACULTA LA CREACIÓN DE COMISIÓN MULTISECTORIAL Y ESTABLECE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD”, citada por el profesor Arsenio ORE GUARDIA, considerándola innecesaria respecto a la modificación, por cuanto lo que intenta justificar la se encontraría en el artículo 20, inciso 8) cuando dispone que se encuentra exento de responsabilidad penal:

“(…) 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Es decir, que el miembro de las FF.AA y de la PNP que en ejercicio de su función tiene que detener a alguien o intervenir ante alguna situación que ponga en peligro la seguridad interna del país, no importando si nos encontramos o no en una zona declarada de emergencia y a causa de ese obrar –Conforme a derecho – se lesiona o provoca la muerte de alguien, tal conducta se encuentra subsumida dentro de esta causa de justificación.



Siguiendo a Hurtado Pozo, entendemos que cuando el inciso 8 se refiere a: “un deber se tiene que entender como un deber jurídico. No basta, en consecuencia, un deber moral. Si el autor se limita a cumplir con su deber y comete así un acto que reúne las condiciones señaladas en una disposición de la parte especial del Código, dicho acto no es contrario al ordenamiento jurídico, porque sería ilógico que el orden jurídico obligara a una persona a actuar y la hiciera, al mismo tiempo, responsable de su comportamiento”

. (Pozo)

Cabe agregar que el actuar en cumplimiento de un deber no es la única causa de justificación que puede aplicarse a estos casos concretos, en tanto el art. 20, inc. 3 prevé la institución de la legítima defensa (ya sea de bienes propios o terceros). La aplicación de esta causa de justificación podría desprenderse también de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, esto es, cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro su vida o la de otras personas.

Inimputabilidad e impunidad a propósito de la Ley N° 30151

Se publicó la ley que modifica el inciso 11° del artículo 20 del Código Penal. Esta norma dispone que el personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, que, en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otros medios de defensa, causen lesiones o muertes, se encuentren exentos de responsabilidad penal, es decir, se les considera inimputables.

La norma ha suscitado el debate sobre si se estaría contribuyendo al ejercicio de las funciones de las fuerzas del orden o si, por el contrario, constituiría una “licencia para matar”. Desde nuestra perspectiva, la norma es altamente peligrosa y



desconoce todas las regulaciones existentes, tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional, en torno a las limitaciones del uso de la fuerza. }

Justamente, en una reciente investigación de la IDEHPUCP por el encargo del Grupo de Trabajo sobre los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos, se da cuenta no solo de la existencia de estas obligaciones, sino de la necesidad de afinar las disposiciones relativas al uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú que, a diferencia de la antigua Ley Orgánica de dicho cuerpo (que recogía en su texto los Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de la Fuerza y Armas de fuego para los Funcionarios Encargados de Imponer le Ley. Actualmente establecen disposiciones similares.

La necesidad de regular el uso de la fuerza por parte de la Policía y las Fuerzas Armadas es evidente: si bien, dichas instituciones tienen como función velar por el mantenimiento del orden y promover el respeto del Estado de Derecho, resulta evidente que los excesos y las desviaciones y del imperio de la ley pueden ocurrir y, deben ser sancionadas. Lo contrario equivaldría a pensar que todo funcionario público, en la medida que orienta su trabajo al correcto funcionamiento de la administración pública, nunca podrá cometer actos de corrupción. Así como el Estado persigue y sanciona actos de corrupción, de la misma manera, debe sancionar los excesos de la fuerza por parte de los agentes del orden.

Pensar que los miembros de la Policía Nacional o las fuerzas Armadas no pueden cometer excesos que los hagan responsables de delitos no solo implicaría impunidad respecto de ellos (de acuerdo con la Defensoría del Pueblo en los últimos dos años y medio se ha reportado 34 civiles fallecidos y unos 600 heridos civiles e contextos de conflictividad



social), sino que ciertos casos podrían construir, verdaderos espacios e encubrimientos de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, Tribunales penales como la Corte Penal Internacional o los tribunales penales como la Corte Penal Internacional o los Tribunales ad-hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda ciertamente verían significativamente reducido su trabajo si se aceptara esta idea de inimputabilidad, puestos que la mayoría de los casos que estos tribunales han conocido versan sobre abusos por las fuerzas del orden en situaciones de conflicto armado o conflictividad social.

Contrariamente, también podemos pensar que, tales argumentos resultan antojadizos y poco razonables toda vez que, es totalmente previsible un numero mayoritario de casos abusivos de parte de la policía, porque, en otros casos, los responsables de ocasionar disturbios en contra del orden policial o estatal difícilmente se atreverían a llega a estas instancias tan altas corriéndose el riesgo de que su esfuerzo será en vano. Por ende, lo más común siempre será ver procesos de aparente o comprobado abuso por parte de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas. Estos funcionarios o servidores públicos están preparados para resistirse a cometer abusos y actuar con apego a ley. Y si algo hay que increparles, recordemos que nos responsables directos de su correcto o incorrecto accionar es el Estado.

Si lo que se buscaba con la norma era evitar la persecución infundada de efectivos del orden que cumplían a cabalidad su deber, justamente la norma modificada (a diferencia de la actual), planteaba la imputabilidad de aquellos que hubieran cometido actos contra la vida o la integridad reglamentaria (es decir, en cumplimiento de los estándares jurídicos), como puede verse en el siguiente cuadro:



Art. 20.11) del Código Penal (antes de la modificación)	Art. 20.11) del Código Penal (después de la modificación)
<p>Inimputabilidad</p> <p>Artículo 20°.- Está exento de responsabilidad penal :</p> <p>El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas <i>en forma reglamentaria</i>, cause lesiones o muerte.</p>	<p>Inimputabilidad</p> <p>Artículo 20°.- Está exento de responsabilidad penal:</p> <p>El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su deber y en uso de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.</p>

Al eliminarse el término “en forma reglamentaria” la norma evidentemente está dirigida no solo a garantizar la exención de responsabilidad de aquellos que actuaron de acuerdo a derecho, sino de todo aquel que (no solo usando sus armas, sino otro medio de defensa) cause muerte o lesiones. Pensemos entonces en un policía que en defensa utilizare un arma de guerra propia de las Fuerzas Armadas, que pudieran ejercer un daño desproporcional a la agresión sufrida. También en ese supuesto, el agente estaría exento de responsabilidad penal.

Además de las consecuencias de señaladas en el marco del Derecho interno, la legislación adoptada genera serias dificultades para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia del Derecho Penal. El Perú es parte del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, tribunal penal internacional con competencia para delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. De acuerdo con dicho instrumento, en relación entre el Estado y la Corte es de complementariedad, es



decir, se espera que sea un Estado, en cuestión, quien juzgue a sus presuntos criminales.

No obstante, en caso de los crímenes bajo competencia de la Corte Penal Internacional.

2.5.5 Lo que nosotros proponemos

Es de conocimiento que tenemos el nuestro Código Penal, al menos tres causas de justificación que protegen de antijuricidad al comportamiento desplegado por el personal de la policía nacional.

Nuestra propuesta la plasmamos en un proyecto de ley, el cual anexamos al presente informe de tesis; y se sustenta en que: no tiene ningún sentido valorar la vinculación entre el imputado y los graves y fundados elementos de convicción a afectos de, eventualmente, dictar prisión preventiva, *máxime*, cuando advertimos la presencia de una conducta o circunstancia eximente de responsabilidad, ya que contamos con tres causales de exención de la pena. Si no hay lugar a determinar responsabilidad penal porque el ordenamiento penal la exceptúa, entonces no tiene razón de ser calificar una aparente responsabilidad del imputado y su vinculación criminal con los elementos recabados por el Ministerio Público. Estas, afirmaciones, sin embargo, no niegan la posibilidad de un debate previo a efectos de determinar el objeto que se priorizará en la audiencia.

Algunos sectores podrían decir que no se pueden eximir al personal policial de toda posibilidad de prisión preventiva, ya que, esta medida cautelar, como su propio nombre lo dice, es cautelar, protectora, instrumental y provisional; es la excepción a la regla la afectación de la libertad personal mientras no exista declaración de responsabilidad dictada en una sentencia judicial firme. A ello, sin embargo, añadimos que, el personal policial, son en su mayoría servidores públicos, ellos son parte del Estado, parte del



gobierno, esa sola condición es suficientes para descartar una eventual ausencia en el proceso penal. Sin contar que en su mayoría, incluso los que son funcionarios públicos de esta institución, cuentan con domicilio conocido, arraigo familiar y obviamente, trabajo conocido. No sería prudente atribuirles peligro de fuga u obstaculización, salvo en casos muy excepcionales.

2.5.6 En el fuero militar policial la discusión del obrar en el cumplimiento de un deber dentro del tratamiento de la prisión preventiva

Caso del suboficial PNP Norvil Gonzales Silva

Informe de la Oficina de Comunicación Social del Ministerio del Interior

La inspectoría General del Ministerio del Interior identificó a los efectivos policiales que habrían cometido excesos el pasado jueves 30 de octubre, durante el desalojo de una vivienda, ordenado por la jueza del Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, Carme Araujo, y que culminó con la muerte de Fidel Flores Vásquez

La Comisión Especial de Investigación, integrada por civiles, entregó al titular del sector: Daniel Urresti Elera, la relación de dichos agentes, que son: Coronel PNP Arturo German Carbajal Bellido, Comandante PNP, Pedro Jorge Carmona Reyes, SO3 PNP Norbil Gonzales Silva y SO3 PNP Franklin Lincoln Esquio Farro Torres.

También el SO3 PNP Engles Melgarejo Criollo, SO3 PNP Alejandro Rodríguez Llanos, SO3 PNP Edinson Manuel Siguas Alata y SO3 Orlando Pastor Sangay.



Los referidos policías habrían incurrido en sanciones graves y muy graves, tipificadas en el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, que afectan gravemente la imagen institucional y que conforme a la norma disciplinaria en referencia, serían sancionados con su pase a situación de retiro (...)

Como consecuencia de las acciones realizadas conforme a la pericia correspondiente se ha corroborado que la munición que produjo el fallecimiento del ciudadano Fidel Flores Vásquez contenía perdigones de plomo, razón por la cual, se está realizando la investigación correspondiente para determinar la procedencia de la misma y la consecuente responsabilidad policial por su uso indebido.

Así mismo, se ha tomado conocimiento que el fiscal del Fuero Militar Policial competente, Capitán EP Emiliano Fernández Díaz, ha iniciado investigación preliminar en sede fiscal en torno a los presuntos delitos de función, en los que habría incurrido el personal policial. A su vez, la Procuraduría Pública de Asuntos Judiciales del MININTER, a cargo de César Augusto Segura, ha solicitado la detención preventiva del personal policial involucrado.

Prisión Preventiva

Por Jenny Isabel Inga:

Nueve meses de prisión preventiva para el efectivo policial Norvil Gonzales Silva dictó la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, por el disparo de 60 perdigones a cuatro metros de distancia contra Fidel Flores Vásquez (62) en el violento desalojo que le costó la vida.



Esta decisión fue tomada luego de que el representante de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa de Cajamarca, Jhony Alcalde, presentara argumentos para que el efectivo policial siga el proceso judicial por la muerte del fallecido padre de siete hijos, desde un penal.

Asimismo, se iniciará una investigación judicial a los demás efectivos del orden implicados en el fatal desalojo del pasado treinta de octubre.

La Sala Penal de Apelaciones dispuso solicitar a la Policía Militar les dé todas las facilidades para trasladar al efectivo procesado del Centro de Internamiento de la PNP de puente Piedra (Lima) a un penal ordinario y, desde allí afronte el proceso judicial en su contra.

El colegiado, que estuvo presidido por el Magistrado Feliciano Vásquez Molocho, fue integrado por los magistrados Jorge Fernando Bazán Cerdán y Elard Zavalaga.

En tanto el abogado de la familia, Jimmy Carmona, sostuvo que el Ministerio Público tendría que solicitar la prisión para todos los efectivos que participaron en el desalojo, incluidos los jefes policiales.

ACATARON. El ahora revelado jefe del Frente Policial Cajamarca, Jorge Gutiérrez dijo que advirtió a la jueza que no había garantías para el desalojo. Sin embargo, se procedió con la orden. Según el Nuevo Código Procesal Penal, son los jueces que dan las órdenes para que la policía actúe. “Ella ordenó que se prosiga a todo costo”, refirió en aquel entonces.



Al respecto, la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Cajamarca abrió investigación a esta jueza por presunto abuso de autoridad y omisión de funciones.

Según el certificado de necropsia, el difunto falleció por un traumatismo torácico por un proyectil de arma de fuego, los perdigones no se dispersaron, pues fueron disparados a escasos metros de la víctima. (Jenny Isabel Inga, 2014).

Condena de seis años a sub oficial

El sub oficial de la Policía Nacional, Norvil Gonzales Silva, fue sentenciado a seis años de prisión e internado en el Penal de Huacariz, luego de que el Juzgado Penal Colegiado Supranacional de Cajamarca lo declaró culpable de homicidio calificado por la muerte de ciudadano Fidel Flores ocurrida en el año 2014, cuando con otros agentes intentaron desalojarlo de su casa.

Los magistrados Daniel Holguín Morán, Germán Merino Vigo y Mario Abanto Quevedo decidieron sentencia, tras evaluar las pruebas de balística y videos. Además de le ordenó el pago de 100,000.00 de reparación civil a favor de los deudos.

Los hechos:

El día 30 de octubre del 2014, un grupo de agentes de la Policía Nacional acataron la orden judicial de desalojo contra la familia de Fidel Flores Vásquez, un mecánico con siete hijos, quien resistió en el techo de su casa la intervención. En el lugar, no sólo se encontraban los agentes del orden, sino un grupo de personas que intentaban también desalojar a su familia. Según la evidencia fílmica, el mecánico Fidel Flores se aferró desde el techo de su vivienda de dos pisos. Desde ahí, intentó evitar el ingreso de



un grupo de policías y repeler las piedras de un grupo de personas que intentaban desalojarlo. Cuando la policía cercó el lugar, uno de los agentes, identificado como Norvil Gonzales Silva disparó contra Fidel Flores, quien cayó abatido y murió minutos después desangrado. Todo el hecho quedó registrado en video, tanto el momento de la confrontación, el disparo, como la persuasión de Fidel Flores horas antes a las autoridades para que no se produzca la intervención. Estos videos sirvieron para probar la agresión policial.

El caso del alférez PNP Carlos Ramos Colque

Escrito por: JESUS POMA ZAMUDIO

La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Carlos Israel Ramos Colque (STC 2050-2002-AA/TC) marca un hito en la historia del procedimiento administrativo disciplinario policial, pues al tener carácter exhortativo, obligó directamente a modificar el inquisitivo régimen disciplinario existente en esos tiempos.

Como antecedente, debe tenerse en cuenta que con fecha 13 de febrero del 1998 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 0009-97-IN que aprobaba el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, disponiendo que entraría en vigencia al día siguiente de su publicación. Pero oh! Sorpresa! Solo se publicó la norma que autoriza su aprobación, más no su contenido. Siendo así, estábamos ante una clara vulneración del derecho de publicidad del derecho a la publicidad de las normas, prescrito en el artículo 51 de nuestra Constitución Política; situación que fue advertida por la sentencia que comento.



En ese sentido, teníamos al frente un régimen Disciplinario Oculto, conocido por unos pocos, que dejaba a la mayoría de servidores policiales de ese entonces, prácticamente ciegos, sordos y mudos ante las arbitrariedades que podían cometer sus superiores. No contaban con un procedimiento preestablecido para la imposición de sanciones (leves, graves y muy graves, violando su derecho a la defensa, pues no se contemplaba la interposición de recursos impugnatorios

Desarrollo del Caso:

El Alférez PNP Carlos Israel Ramos Colque, a través de su hermana Flor de María Ramos Colque, interpone acción de amparo ante el Poder Judicial, al haber sido sancionado con su pase a situación de retiro. Recordemos que no es hasta octubre del año 2003 cuando recién se autoriza la inscripción de los Miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, a fin de que puedan obtener su Documento Nacional de Identidad; razón por la cual, del caso expuesto, es la hermana del servidor policial quien demanda, pues éste no contaba con documento de identidad.

Continuando con el comentario, el precitado oficial PNP fue sancionado de forma disciplinaria por los mismos hechos hasta en tres oportunidades. Inicialmente el tres de enero de 1999 con 15 días de arresto simple y el cuatro de octubre del 2000 con pase a situación de retiro por medida disciplinaria. Esta sanción se materializa en la Resolución Ministerial 5444-2000-IN/PNP, la misma que es impugnada a través de acción de amparo, peticionando se declare inaplicable y en consecuencia su incorporación al servicio activo, con la totalidad de sus derechos, beneficios, goces y preeminencias de acuerdo al grado al grado que ostentaba.



Dicha demanda es declarada fundada en primera instancia, siendo revocada en segunda instancia, por lo que recurre al Tribunal Constitucional, con fecha dieciséis de abril, emite pronunciamiento renovando la resolución de segunda instancia y declarando fundada la demanda, disponiendo la reincorporación del demandante al servicio activo. De igual modo, exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, para que en un plazo razonable, adecúen el Decreto Legislativo N° 745 (Ley de situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y Decreto Supremo N° 0009-97-IN/PNP Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP – A los fundamentos expuestos en la sentencia en cuestión

Alcances del artículo 168° de la Constitución

En la Administración Policial siempre se han escuchado este tipo de argumentos, “La PNP se rige por sus propios reglamentos”, “Esa norma no se aplica para la PNP”, “esa norma solo rige para los civiles, entre otras frases, unas más hilarantes que otras”.

Sin embargo, como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, “no se puede considerar a la Policía Nacional como un bloque, aislado de la Constitución”. No es la institución policial, un ente ajeno a la norma constitucional. Cuando una persona decide regresar a las filas de la PNP, no deja de ser ciudadano peruano, no renuncia a su condición de ser humano, con todos sus derechos y obligaciones. No es más, pero tampoco es menos. Si bien, la jerarquía castrense a la que se encuentra sometido, puede restringir ciertos beneficios o deberes, establecer un régimen especial de labores, un procedimiento especial para sancionar las inconductas funcionales, estos deben seguir procedimientos de acorde a las garantías contempladas en la Carta Magna.



El artículo 168° precisa que “Las Leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, especialidades, la reparación y el empleo y noman la disciplina de las “FFAA y la PNP”. En ese sentido, nuestra carta magna le otorga un tratamiento diferenciado a los miembros del instituto policial (no inferior, ni mucho menos superior, simplemente distinto). A razón de tal precepto, un policía podrá someterse a un horario de labores superior a 48 horas, podrá ser removido de su centro de labores por “necesidad de servicio”, tendrá que cumplir comisiones de servicio o destacados fuera de la circunscripción de su centro laboral habitual, no percibirá un pago por turno nocturno u horas extras, tampoco tendrá derecho a la sindicalización y todas sus peticiones se harán de manera individual (observando el conducto regular); entre otras restricciones propias de la función policial.

Por otro lado, respecto a la disciplina policial, esta se mantiene acorde con una estructura basada en grados y jerarquías, como vínculo de subordinación en cuanto a las órdenes verbales o escritas; encontrándose plasmados los detalles en una ley de régimen personal y norma que prescribe el régimen disciplinario.

En ese punto, en relación a la sentencia en cuestión, el Procurador Público del Ministerio del Interior, fundamenta su contestación de en el artículo 168° de la Constitución Política del Estado, agregando que la sanción impuesta al alférez PNP Carlos Ramos Colque, guarda las formalidades establecidas en el Decreto Legislativo N° 745 “Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional y Decreto Supremo 0009-97-IN (Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP). Pero muy acertadamente el Tribunal Constitucional Precisa que no se puede hablar de legalidad de una sanción cuando esta vulnera los principios constitucionales, en especial alusión al “ne bis in ídem” que se aplicaba a los



servidores policiales, cuando de un día para otro, se elevaban las sanciones, conforme al “criterio” de cada superior jerárquico.

El arresto de Rigor como sanción administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales.

El artículo 2° numeral 24 de, literal f) prescribe “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades en caso de flagrante delito”. Para realizar el análisis correspondiente al caso expuesto debemos centrar nuestra atención en el término “nadie”. Y es que durante la década de los noventa y al amparo del Decreto supremo N° 0009-97-IN se cometieron una serie de excesos. Uno de ellos por ejemplo se traduce en la privación de la libertad que sufrían los servidores policiales cuando eran sancionados administrativamente por inconductas funcionales (arresto simple y arresto de rigor. Así pues el arresto simple era definido como el que impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción, en la Unidad donde presta servicios o donde lo señale la Superioridad, sin menoscabo del servicio que deba cumplir” (art. 108 del Decreto Supremo 0009-97-IN) y el arresto de rigor como el que “impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción en un ambiente especial de instalación policial indicada por la Superioridad, cumpliendo tareas señaladas específicamente, (art. 109° de la misma norma) .

En ese contexto me encuentro totalmente en desacuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuando menciona que no resulta inconstitucional cuando menciona que un superior jerárquico pueda privar de su libertad a un subordinado motivado por una sanción administrativa, fundamentándose que en este caso estamos en una



“restricción de la libertad” y no ante una detención propiamente dicha, intentando justificar su interpretación en la disciplina que debe imperar en la función policial.

Habría que preguntarles a los magistrados del Tribunal Constitucional si estar encerrado en un ambiente durante quince días y quince noches sin realizar actividad alguna, por no caer en gracia al superior jerárquico, no significa estar privado de la libertad. Dejemos de lado los tecnicismos. Es blanco o es negro. Hay privación de la libertad o no. ¿El policía está en el recinto, obligado o por su libre albedrío?

¿Disciplina policial? ¿Jerarquía castrense? ¿Acaso en esos tiempos no existía el fuero militar Policial? Institución que por ley sí tiene facultades jurisdiccionales para privar de su libertad a un miembro de la PNP O FFAA. No puede ser posible que el máximo intérprete de la Constitución avale la vulneración de un derecho fundamental llamado libertad, intentando justificarla señalando que resulta necesaria para preservar la disciplina castrense.

Arresto de rigor y violación del principio de legalidad

“Solo por acción u omisión, tipificado previamente en la ley, puede sancionarse a una persona” Eso significa que solo en una norma con rango de ley pueden plasmarse en infracciones administrativas, situación que no sucedió con el Decreto Legislativo N°745, pues en el no estuvieron prescritas las infracciones y sanciones en que podían estar incurso los servidores policiales en la comisión de inconductas funcionales, hecho que sí se contempló en el Decreto Supremo N°0009-97-IN. Es decir, las infracciones administrativas fueron legisladas en una norma de rango inferior, violando de esa manera el principio de legalidad. En consecuencia, estamos frente a una norma inconstitucional.



En ese sentido la Ley N° 27444, en su art. 246.1° dice sobre el principio de legalidad que “solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de la libertad.

Nos encontramos pues, frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora sólo pueden ser abordados mediante normas con rango de ley. Queda absolutamente vedado que una norma sublegal o de complemento indispensable, asignar a una persona de Derecho Público la competencia sancionadora o señalar qué sanciones puedan aplicar sobre los administrados en sede administrativa.

Es por ello que posteriormente mediante la Ley N° 28338, Ley 29356, Decreto Legislativo N° 1150, Decreto Legislativo N°1193, Decreto Legislativo N°1230 y el fallido Decreto Legislativo N° 1268 se ha venido promulgando normas que contemplan el régimen disciplinario, todas ellas con rango de ley, dejando los reglamentos para cuestiones procedimentales de la ley, así como los detalles no contemplados por en ésta

Cabe señalar que conforme se ha señalado líneas arriba, las infracciones disciplinarias no pueden encontrarse contempladas en normas que no poseen rango de ley, mucho menos en instrumentos de gestión tales como memorándums, órdenes telefónicas, oficios, resoluciones ministeriales o directorales.



Arresto de rigor, sanción simple y derecho a la defensa

En el caso del alférez PNP Carlos Israel Ramos Colque, se tiene que la norma reglamentaria por la cual es sancionado inicialmente con arresto simple y luego con pase a la situación de retiro (por los mismos hechos) no contemplaba un procedimiento preestablecido para la aplicación de tales sanciones, incluso tampoco prescribía los recursos administrativos que podían imponer los administrados; constituyendo ello una clara vulneración al derecho a la defensa en el procedimiento disciplinario. Hasta tal punto llegaba la arbitrariedad en esos tiempos. Se constataba la infracción y se aplicaba la sanción. No había lugar a reclamos. Sólo quedaba la posibilidad de recurrir al Poder Judicial.

Podemos concluir que la sentencia del caso del Alférez Carlos Ramos Colque, recaída en el expediente N°2050-2001-AA/TC, constituye un punto de quiebre en el régimen disciplinario en los miembros de la Policía Nacional del Perú, puesto que reconoció que los servidores de la PNP son también ciudadanos peruanos, con derecho a un debido a un debido procedimiento en sede administrativa, dejando de lado que por la aplicación de la disciplina castrense, se le podría restringir dicho derecho. (POMA ZAMUDIO, 2019)

2.5.7 La discusión del obrar en el cumplimiento de un deber en el tratamiento de la prisión preventiva

Nosotros sostenemos que una vez descrita y fundamentada la adecuación de todos los elementos fácticos al supuesto típico previsto en la norma penal sustantiva, pasamos a exponer acerca de las causas de justificación como segundo paso para la determinación de responsabilidad penal una vez satisfecho el requisito de la tipicidad en sentido estricto.



Sin embargo, resulta cuestionable que pasemos horas de audiencia debatiendo sobre los elementos de convicción de una eventual conducta típica, (juicio de tipicidad) a sabiendas que existe una causa de justificación que exime de responsabilidad al imputado (obrar en cumplimiento de un deber). No estamos en un juicio oral. El debate del primer presupuesto material de la prisión preventiva se basa expresamente en una alta probabilidad (elementos fundados y graves) de que el imputado está vinculado a la comisión de un delito. Aquí la norma no nos habla de un juicio de tipicidad, Sino más bien, de forma más genérica, de una probable **responsabilidad penal** que debe ser corroborada con elementos concretos y fundados, que produzcan una sospecha grave. Entonces aquí, notamos la discusión de una aparente responsabilidad penal (*fumus delicti comissi*); que debe ser examinada de forma práctica y evitando discusiones que “*sui generis*” pueden resultar innecesarias y hasta perniciosas ante clara advertencia de un comportamiento factico, típico o no, contemplado en una eximente normativa.

El caso que abarcamos, obrar en cumplimiento de un deber jurídico por parte del personal policial, esto es el uso de la fuerza, para repeler, suprimir o evitar una situación de riesgo o peligro; debe ser prioridad al momento de calificar presupuesto: graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado (...). Toda vez que se trata de evitar en lo posible, de no poner freno a la función policial y seguir salvaguardando los bienes jurídicos de la comunidad encargado constitucionalmente a esta institución pública tan importante. Esto, sin embargo, no significa dejar a un lado los eventuales juicios de tipicidad y culpabilidad, toda vez que, podrían existir de manera tendenciosa o equivocada, una adecuación típica o de otra índole, errónea, con fines punitivos, obstruccionistas, dilatorios; incorporando ilegalmente o ignorando elementos de



convicción indispensables para la averiguación de la verdad respecto de la determinación de responsabilidad penal.

Citando un artículo de Francisco Celis Mendoza Ayma:

Errados juicios de tipicidad, causas de justificación y exculpación

Nociones previas

En una audiencia de prisión preventiva el abogado espera su turno para proponer su tesis defensiva y postula una legítima defensa. No le interesa debatir el hecho típico porque considera que si existen elementos de convicción fundados y graves. El juez impertérrito, le pregunta, le preguntaba si va a cuestionar los elementos de convicción; el abogado responde que no, y manifiesta que propondrá para el debate la existencia de una legítima defensa y los elementos de convicción vinculados a ésta. El juez, con un gesto de extrañeza decide que será en el juicio oral, donde se debatirá la concurrencia de la legítima defensa.

Situaciones similares se producen todos los días en los diferentes escenarios judiciales donde se discute la prisión preventiva. Así se aprecia una práctica generalizada que centra el debate en la audiencia de la prisión preventiva solo los elementos de convicción del delito.

El objeto de debate en la audiencia de prisión preventiva

El artículo 268.1 del Código Procesal Penal establece como un presupuesto que existan graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. La exigencia de la norma procesal es clara, en una audiencia de prisión preventiva se debate todos los estrados analíticos del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.



El hecho típico es aquel que reúne las características definidoras de un tipo. Es típico porque cada uno de los elementos del tipo tiene su referencia fáctica. El hecho típico es conocido también como constitutivo. Pero, el hecho típico, por sí, no configura el delito o hecho punible; en efecto, el hecho típico es parte del delito.

El Ministerio Público tiene la carga de imputar los fácticos y elementos de convicción que correspondan a un hecho típico. El objetivo de la audiencia de prisión preventiva es propuesto por el Ministerio Público. Así, tiene la carga de formular la imputación concreta y de presentar los elementos de convicción que corroboren sus proposiciones fácticas. Puede ser que la defensa no cuestione el hecho típico, que esté conforme con estos; pero, propone como objeto de debate la concurrencia de una causa de justificación o exculpación. El objeto de debate se define en la audiencia de prisión preventiva con la propuesta de la defensa de una eventual concurrencia de una causa de justificación o exculpación (...).

No obstante, es práctica generalizada centrar el debate solo en el hecho típico. Se alude judicialmente el debate sobre la eventual concurrencia de una causa de justificación o de exculpación; con la justificación de que es un “tema de fondo o de mérito” y que será debatido en el juicio oral. Esa es una interpretación sesgada y unilateral, pues afecta el derecho a la defensa del imputado, al afrontar una situación tan grave como una prisión preventiva.

Imputación y falsos juicios de tipicidad

El Ministerio Público, en atención al principio de objetividad, debe calificar los hechos conforme a las características que presente; en efecto, además de la carga de afirmar y



describir los hechos, debe calificarlos correctamente. O, desde otro enfoque, el Ministerio Público es titular de la acción penal, por tanto, tiene la atribución de calificar los hechos; y, conforme a esa calificación tiene la carga de proveer los fundamentos fácticos de la imputación.

Sin embargo, la práctica presenta problemas relacionados a la calificación jurídica gravosas y hechos mutilados:

- El Ministerio Público tiende a calificar los hechos con una calificación más gravosa, para superar el presupuesto material de la prognosis superior a los cuatro años y, configurar la variable de la gravedad de la pena, como factor condicionante del peligro procesal; así, un hecho que conforme a sus características configura un delito de hurto, sin embargo es calificado como robo por su mayor penalidad; un delito de atentado contra el pudor es calificado como delito contra la indemnidad sexual, por su mayor gravedad.
- El Ministerio Público, no considera todos los elementos fácticos que se desprenden de los actos de investigación y recorta fácticos para calificarlos de manera más gravosa. Esta práctica es más insidiosa que la primera, pues se amolda la realidad a la necesidad de superar la prognosis de la pena y la gravedad de la pena con fines de encierro preventivo.

El primer problema de calificación más gravosa es de control viable, pues los hechos están propuestos en el requerimiento de prisión preventiva y, si la calificación no corresponde, entonces se debe exigir al Ministerio Público los hechos configuradores de esa calificación; si no proporciona hechos fácticos, entonces no tiene objeto de debatir los elementos de convicción que no corresponden a hechos no propuestos por el Ministerio Público (...)



El segundo problema es más insidioso, pues el Ministerio Público, no consideró la información que obran en los recaudos de la carpeta fiscal; intencionalmente recorta fácticos para adecuarlos a una calificación con pena más gravosa. En este supuesto es preciso revisar si de los recaudos existen otros fácticos que configuren otros hechos a los que corresponden otra calificación jurídica; en este caso, el juez tiene que considerar éstos fácticos, pues aparecen de los recaudos. La consecuencia varía según el caso:

- i) Si los hechos presentados en su integridad dan lugar a calificación jurídica que tenga atribuida una pena privativa de libertad que no supere los cuatro años, entonces el debate concluye.
- ii) Si los hechos correctamente presentados y calificados tiene previsto una pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, entonces el debate debe proseguir.

Causa de justificación o exculpación

El objeto de debate se centra con la postulación de una oposición o resistencia a configurada por un supuesto de atipicidad, una causa de justificación o exculpación. El imperativo y necesidad de debate de los niveles analíticos de la teoría del delito se funda en lo siguiente

- i) Una exigencia normativa prevista en el art. 268.1 del Código Procesal Penal, que establece como presupuesto la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la existencia de graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo;



- ii) Las necesidades prácticas, que presentan situaciones en que no está en cuestión la realización del hecho típico, ni gravedad de los elementos de convicción, pues la defensa ha propuesto una causa de justificación, especificando una legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio regular de un deber, etc.

También se delimita el objeto de un debate con la propuesta de una causa de exculpación, inimputabilidad, error de prohibición, error de comprensión, estado de necesidad inculpable, miedo insuperable. A propósito del proceso inmediato se pudo apreciar que muchos jueces se sometían a discusión, en la prisión preventiva, el estado de inimputabilidad del caso de grave alteración de la conciencia por ingesta de bebidas alcohólicas, porque consideraban que era una cuestión de fondo que debía debatirse en el juicio oral; esta apreciación es del todo errada, porque la exigencia de elementos de convicción abarca las proposiciones fácticas de todos los estratos analíticos del delito.

El debate respecto de una causa de justificación no es una cuestión de fondo o de mérito, cuyo debate se reserva para el juicio oral; en efecto, la calificación jurídica de fácticos, no corresponden también a los niveles analíticos de la antijuricidad y culpabilidad; y, deben debatirse para afirmar o negar la concurrencia de fundados y graves elementos de convicción de un delito, especialmente si se trata del cumplimiento de un deber jurídico.

Además, a toda calificación jurídica le corresponde el marco penal previsto por el dispositivo legal. Empero, la calificación de hechos considerados como causa de justificación tiene como objeto la exención de responsabilidad, por tanto, el hecho será típico, antijurídico, pero no culpable. Por otro lado, si los hechos califican como



eximente incompleta, le corresponde una disminución de la pena. Claro está, que la calificación jurídica determina el marco punitivo necesario para determinar la gravedad de la pena.

2.5.8 Caso Elvis Miranda

En el caso Miranda, según la versión de una testigo de excepción, se presenta los fácticos siguientes:

a) La declaración de la testigo presencial de los hechos Rocío del Pilar García Córdova; quien refiere de manera textual lo siguiente:

“Cuando salí a ver lo que sucedía, veo a un muchacho que corría y detrás de él había un policía corriendo y un patrullero que iba siguiendo a una moto taxi, y veo que el patrullero que iba siguiendo una moto taxi, y veo que el policía perseguía al chico haciendo disparos al aire, en ese momento escucho el último disparo y veo que el joven levanta sus brazos dobla su pierna y cae haciendo una media vuelta para terminar boca arriba en la tierra, pudiendo observar que éste tenía sangre en el pecho, al momento que el joven cae al piso el policía lo mira, da la vuelta y regresa a ver a su compañero(...) no socorre al muchacho que estaba tirado ensangrentado, yo me acerco al joven que estaba tirado en la arena, siendo la primera persona que lo auxilió, él no tenía arma, no tenía nada”.

Conforme a esa versión los hechos califican como homicidio. Empero, podría postularse que se habría configurado la causa de justificación, esto es el cumplimiento del deber. Pero el cumplimiento del deber que justifica una conducta típica requiere que se produzca en el contexto de una obligación impuesta, sin exceder los límites del deber. En el caso, el deber está limitado por el art. 8 del D. Leg. 1186, que establece reglas del uso excepcional de la fuerza letal. Pero del fáctico no aparece que el fallecido haya realizado una conducta que



ponga en riesgo la vida o integridad de una u otras personas, concomitantes con su huida. Pero el efectivo policial asumía que obraba “cumpliendo un deber”. Se habría configurado, pues, una causa putativa de justificación, esto es, un error de prohibición indirecto. Por tanto, el debate pudo centrarse a nivel analítico de culpabilidad, para determinar si se configuró ese error indirecto, si era invencible o vencible: en el primer supuesto con el efecto jurídico de la exención de la pena y conclusión del debate; o, en el segundo supuesto con efecto de disminución prudencial de la pena, y de proseguir con el debate de los otros supuestos.

Si el propio Director de Defensa Legal de la Policía, un general del máximo rango, expresa a los medios de comunicación que *“si el delincuente ante un disparo al aire no obedece a la orden, se le tiene que disparar. Tenemos que quitarnos ese chip de que el policía es abusivo. O es el delincuente o es la sociedad”*, entonces el mensaje que asumen los subalternos es que matar en las circunstancias ut supra, sería solo el cumplimiento del deber, sin considerar los límites previstos en el artículo 8 en mención. Con ello, muchos efectivos policiales asumirán que pueden hacer uso de su arma cualquiera que sea el contexto y sin los límites previstos en la ley. Así internalizan ese mensaje anti normativo y con ello podrían incurrir en un error de prohibición indirecto, configurado como un “cumplimiento putativo de un deber.

Cualquiera sea la opción de calificación jurídica del comportamiento de Miranda, lo importante es destacar como objeto de debate de la audiencia de prisión preventiva, una causa de justificación incompleta, o una putativa de justificación –error de prohibición indirecto – que configura la necesidad o tema probatorio.



La referencia al caso Miranda permite apreciar la necesidad la necesidad de debatir la calificación de los hechos que corresponden a todos los estratos analíticos del delito. Sin embargo, delimitado el objeto del debate en causa de justificación, se presenta un problema con relación a los elementos de convicción que deben ser sometidos a debate. Así, por un lado se tiene a quienes asumen que los únicos elementos de convicción serán sometidos a contradictorio son los que obran en la carpeta fiscal; empero, la otra opción es que los elementos de convicción pueden ser los propuestos y presentados por la defensa recién al inicio de la audiencia.

Esta última opción es más razonable, dado que la carpeta fiscal contiene recaudos elaborados por el Ministerio Público para construir su caso; y por la brevedad del tiempo, en supuestos de flagrancia, la defensa del imputado no tuvo la posibilidad de realizar actos defensivos ni incorporar información para sustentar su versión de los hechos; por tanto, es necesario otorgar la posibilidad de incorporar esa información defensiva, pues optimiza el contradictorio y con ello, una mayor aproximación a la verdad. (Ayma, 2019).

Sinopsis del Caso: Elvis Miranda

- El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Castilla, en la región Piura, dictó 7 meses de prisión preventiva para el suboficial PNP Elvis Joel Miranda Rojas, quien el último domingo abatió a un presunto delincuente durante una intervención policial.



- La Tercera Sala Penal de Apelaciones de Piura ratificó la medida de prisión preventiva por 7 meses contra el suboficial PNP Elvis Miranda, quien es investigado por haber abatido a un presunto delincuente en la región Piura.
- La defensa del policía presentó un habeas corpus para que continúe siendo investigado en libertad y fue la Corte Superior de Junín, mediante la Sentencia de Habeas Corpus N°003-2019. Exp. N°00423-2019, la que declaró fundado el recurso. Con lo cual Elvis Miranda Rojas quedó en libertad.
- La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Castilla que despacha la fiscal Lilia Consuelo Del Pilar Castillo Chirinos, presenta su requerimiento de acusación pidiendo una pena de veinte años de pena privativa de libertad efectiva y una reparación civil de S/.80,000.00 soles

Esta sentencia cita lo resuelto por los anteriores órganos jurisdiccionales de la siguiente forma: **Sentencia de primera instancia.** - *El juez no cumple con motivar sobre la alegada legítima defensa (...)* Sentencia de segunda instancia.- Señala que “*el arraigo laboral no tiene la entidad que garantice que el agente no vaya a incurrir en esa conducta*” (fuga); pero no señala el por qué. Este supuesto no está regulado en el artículo 269° del Código Procesal Penal. El imputado no tuvo la voluntad de someterse a la investigación al no ponerse a disposición de su comando, sino que fue detenido; pero la sala omite desarrollar y contrastar la forma en cómo se detuvo a Elvis Miranda.

Definitivamente comprobamos con este ejemplo, que no existe en el Perú un adecuado tratamiento de la prisión preventiva por múltiples razones: No se tiene en cuenta el deber jurídico impuesto por la norma en el caso concreto: “cumplimiento de un deber” por parte del efectivo policial. Así también, no se considera su condición de servidor público, trabajador estatal, que por obvias razones cuenta con arraigo laboral y domiciliario. La



Sala Penal omite desarrollar, como se realizó la detención de Elvis, pese a que fundamenta su fallo en una falta de voluntad del imputado para someterse a la investigación. Confirmándonos una vez más que en nuestro país, la prisión preventiva es la regla y no la excepción y que no se respeta el actuar en cumplimiento de un deber por parte del personal policial que actúa por mandato ciudadano y es el único servidor que protege efectivamente a los ciudadanos en el territorio nacional.



CAPITULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El presente trabajo tuvo como resultado la comprobación de la hipótesis a través de la recolección de información efectuada. Es así que, el planteamiento del tema que desarrollamos lo hemos abordado porque existe la necesidad de uniformidad de criterios sobre el tratamiento de la prisión preventiva al personal de la Policía Nacional en el cumplimiento de su deber, el cual, tiene escaso tratamiento práctico a nivel nacional e internacional. En lo que se refiere a los antecedentes extranjeros, encontramos que no existen casos similares al problema que planteamos. El hallazgo a nivel nacional se hizo posible después de una búsqueda y análisis predominante, con el propósito de encontrar los resultados de la investigación, de tal manera que tenga base o fundamento para proponer criterios que den una respuesta eficaz al problema. El escenario principal donde nace este problema es la etapa de investigación preparatoria y especialmente en la audiencia de prisión preventiva. Un mal planteamiento del requerimiento fiscal de prisión preventiva y un tratamiento judicial que no fundamenta su decisión y se enterca en prevalecer un juicio de tipicidad anticipando el animus puniendi prematuramente sobre una eventual causa de antijuricidad como el cumplimiento de un deber por parte del personal policial.



CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusión

El uso de la prisión preventiva en caso del personal de la Policía Nacional del Perú, recibe un inadecuado tratamiento manifiesta y comprobadamente, toda vez que, los efectivos policiales actúan en estricto cumplimiento de su deber. Esto queda demostrado en primera y segunda instancia a partir del caso del sub oficial Elvis Miranda. La conducta es normalmente típica, mas no antijuríca. Además tenemos en cuenta que la norma establece un tipo legal que impone un deber jurídico para el personal policial y ambos son deberes que no se pueden oponer entre sí; los dos tienen rango constitucional y no se puede indisponer a la función policial para desproteger a la sociedad de su protección garantizada en el primer artículo de nuestra Ley Fundamental. Para convertirlo en adecuado, tenemos que hacer un juicio pausado de antijuricidad y culpabilidad a efectos de determinar si el agente ha obrado en cumplimiento de su deber y también, si hizo, o no, abuso de su deber jurídico.

Recomendación

Nosotros recomendamos que, de advertirse una probabilidad de eximente por cumplimiento de un deber jurídico en caso del personal de la policía nacional, tenemos que atender este supuesto normativo antes de evaluar la adecuación típica del hecho fáctico.

Debemos tener en cuenta que, a efectos de calificar el cumplimiento de requisitos para imponer prisión preventiva al personal policial, se debe incorporar los siguientes requisitos: que, de encontrarse al procesado como efectivo policial, la exigencia de la



motivación cualificada; debe ser más estricta. Atendiendo a los siguientes criterios que proponemos a continuación:

1. Si durante una persecución, el efectivo cumplió con advertir de forma legible que hará uso de la fuerza, y pese a ello, el sujeto no detiene su huida o ataque, el policía tiene la facultad de usar la fuerza causando una lesión, en caso este uso resulte el único medio idóneo para reducir al sujeto.
2. Si, de cumplirse las circunstancias del numeral 1 el policía, durante la huida ocasiona una lesión grave y producto de ello, la muerte, se aplicará la eximente incompleta o imperfecta: reducción de la pena privativa de libertad de la pena conminada por debajo del mínimo legal o pena suspendida.
3. Si se cumplen las circunstancias del numeral 1 y 2, pero la fuerza policial fue ejercida motivada por una agresión o puesta en peligro inminente y manifiesto, se aplicará la eximente perfecta.

Si no se cumple la advertencia policial del numeral 1; además de no existir peligro inminente y el efectivo policial produce una lesión grave o muerte al ciudadano producto del uso de la fuerza y pudo evitarse usando otro medio para reducir al sujeto, entonces no se aplicará ninguna eximente perfecta ni imperfecta; y el ilícito será investigado como un delito común, con las reglas del proceso común.

Estos supuestos establecidos en estos criterios serán de observancia primordial y obligatoria a efectos de calificar la existencia o no de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con la comisión del delito, evaluados para determinar la imposición de una prisión preventiva u otras que restrinjan la libertad ambulatoria del procesado.



BIBLIOGRAFIA

- Arbulú, V. (2015). *Derecho Procesal Penal, un enfoque Doctrinario y Jurisprudencial Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ayma, F. C. (07 de febrero de 2019). *Legis.pe*. Obtenido de <http://legis.pe/prision-preventiva-miranda-errados-juicios-titpicidad-causas-justificacion-exculpacion/>
- Becerra, C. (19 de enero de 2019). *El Peruano*. Obtenido de <https://elperuano.pe/noticia-veintiun-policias-fueron-asesinados-delincuentes-74885.aspx>
- Blume, E. (12 de abril de 2019). Prisión Preventiva: Muchos Jueces omiten interpretación del TC. <https://www.tvperu.gob.pe/noticias/politica/prision-preventiva-muchos-jueces-omiten-interpretacion-del-tc-segun-blume>. (T. Perú, Entrevistador)
- Burgoa, I. (2009). *El nuevo Proceso Penal*. En P. S. Velarde. Lima: Idemsa.
- Caso Fortunado Feliz Utrilla Aguirre, EXP. N° 2029-2005 (PHC/TC 2005).
- Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión del cumplimiento de sentencia. Sentencia del 20 de marzo del 2013 (Tribunal Constitucional 2013).
- Caso Suárez Resero vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).
- Caso: Gabriel Olando Vera Navarrete, STC Exp. N° 2798-04-HC/TC (Tribunal Constitucional).
- Castro, C. S. (20 de junio de 2019). *laley.pe*. Obtenido de <https://laley.pe/art/8083/cesar-san-martin-explica-cuales-son-los-presupuestos-de-la-prision-preventiva>
- DELTA, G. (21 de Noviembre de 2014). *Diariocorreo.pe*. Obtenido de <http://www.diariocorreo.pe/amp/peru/prision-preventiva-para-policia-546499/>
- Dextre, P. (s.f.). Obtenido de boletin derecho UPSJB:
https://www.google.com/search?source=hp&ei=BEr5XLHrPJCp5wLEilbABw&q=causas+de+justificacion+.pe&oq=causas+de+justificacion+.pe&gs_l=psy-ab.12..0i22i30l10.799.13213..13549...6.0..0.275.5384.0j32j1.....0....1..gws-wiz.....0..0i131j0j0i10j33i160j0i13j0i13i3
- EMPRESA CENTRO MEDIC AYACUCHO S.R.L., EXP. N.º 00074-2012-Q/TC (Tribunal Constitucional del Perú 18 de marzo de 2014).
- GALBAN, C. (10 de Marzo de 2019). *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/jueces-estarian-prohibidos-dictar-mandato-detencion-militares-policias/>
- Jenny Isabel Inga. (21 de noviembre de 2014). *diariocorreo.pe*. Obtenido de <https://diariocorreo.pe/peru/prision-preventiva-para-policia-546499/?ref=dcr>
- Jiménez, M. R. (2013). *Lineamientos de aplicación de la prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Martín, C. S. (1999). *Derecho Procesal Penal. Volumen II*. Lima: GRIJLEY.