

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

Pablo Sánchez Velarde

Sumilla: I. Cuestiones preliminares. II. Naturaleza de la prisión preventiva. A. ¿Qué es la prisión preventiva? B. Principios aplicables a la prisión preventiva. C. Presupuestos de la prisión preventiva. 1. Presupuestos de las medidas cautelares. 2. Presupuestos para la prisión preventiva en el CPP de 2004. D. Procedimiento para la imposición de la prisión preventiva. E. Duración de la prisión preventiva. F. Impugnación del mandato de prisión preventiva. G. La incomunicación. H. La cesación o variación de la prisión preventiva. I. Problemas de aplicación en el trámite de la prisión preventiva.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Si bien el CPP de 2004 significa un mejoramiento en la afirmación de derechos y garantías de las personas sometidas a un proceso penal, también es cierto que debe ser aplicado de forma coherente con sus principios; sin dejar de lado el deber de proteger los bienes jurídicos indispensables para una convivencia pacífica.

Esto implica, en el ámbito penal, perseguir y sancionar a quienes afecten dicha convivencia pacífica.

El CPP de 2004 preve la prisión preventiva como medida de coerción procesal más sensible y de mayor intensidad, pues supone la restricción de la libertad personal. Ciertamente y de manera legítima, se pueden plantear serios cuestionamientos a la imposición de la mencionada medida, tanto a nivel de su legitimidad teórica como práctica. A nivel teórico, se suele discutir si es realmente una medida de coerción procesal de carácter personal o si se trata de un adelantamiento de la sanción punitiva. De admitirse esto último, se produciría un total resquebrajamiento de unos de los principios rectores del proceso penal: la presunción de inocencia. Ahora bien, no puede negarse que el origen de tal cuestionamiento teórico es la práctica misma; es decir, la forma como los órganos judiciales solicitan (Ministerio Público) y aplican (Poder Judicial) la prisión preventiva.

Nuestro país no es ajeno al proceso de reforma de la justicia penal que vivió América Latina en los últimos veinte años. El tránsito de un proceso penal de corte mixto predominantemente inquisitivo a uno de corte acusatorio es beneficioso. La prisión preventiva, tal como dicen los profesores Cristian Riego y Mauricio Duce¹, antes de los procesos de reforma, era utilizada ampliamente, llegando a erigirse como la principal respuesta de muchos ordenamientos jurídicos frente a la comisión de delitos, situación que se traducía en un alto índice de presos sin condena. Esa realidad obligo a que muchos países modifiquen su regulación normativa y la práctica de la prisión preventiva.

En el CPP de 2004 —a diferencia del C de PP de 1940—, la metodología para imponer la prisión preventiva es la del sistema de audiencias; vale decir, un sistema ágil y respetuoso de los derechos fundamentales de la persona imputada. La importancia de este cambio se refleja legislativamente con la puesta en vigencia, a nivel nacional, de los artículos 268, 269, 270 y 271 del CPP de 2004. En estas disposiciones, se regulan los presupuestos materiales, los criterios de determinación del peligro de fuga y de obstaculización, la audiencia y la resolución de la prisión preventiva, a mérito de la primera disposición complementaria final de la ley 30076.

1 Riego & Duce, 2008, p. 68.

II. NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva se ubica dentro de las medidas cautelares² —o de coerción procesal, como las denomina el CPP de 2004³—, las cuales cumplen función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal: determinación de la realidad del hecho delictivo y atribución de responsabilidad penal por este hecho a una persona.

Como es evidente, para que se cumplan dichos objetivos ineludiblemente debe recorrerse el camino del proceso penal desde la atribución inicial de responsabilidad penal hasta la sentencia penal firme. Durante este tiempo, la persona imputada goza del derecho a la presunción de inocencia; es decir, no puede considerársele culpable hasta que judicialmente se le demuestre su culpabilidad mediante una sentencia de condena firme. La prisión preventiva no supone un adelantamiento de la condena que eventualmente cumpliría el imputado en caso de ser hallado culpable, puesto que no tiene naturaleza sancionatoria; sino estrictamente procesal o cautelar.

En el proceso penal, necesariamente se deben tomar ciertas precauciones para asegurar el éxito del mismo, en relación con la eventual ausencia del imputado en el proceso o sus actos tendientes a obstaculizar la investigación y así perjudicar la actividad probatoria. En otras palabras, para asegurar que emita una sentencia judicial firme y que esta sea efectivamente ejecutada. Y como ya lo hemos adelantado, la prisión preventiva, como medida cautelar de carácter personal, cumple esta función de aseguramiento.

-
- 2 Gimeno Sendra define a las medidas cautelares como aquellas medidas judiciales que tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia (Gimeno Sendra, 2004, p. 481). A este conjunto de medidas, San Martín (2003, p. 1072) las denomina «medidas provisionales» y las define como: «[...] los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones prejudiciales que el imputado podrá realizar durante el transcurso del proceso de declaración». Asimismo, les otorga funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas-coercitivas. En efecto, las medidas de coerción, tal y como han sido diseñadas en el CPP de 2004, cumplen las funciones mencionadas; pues buscan: a) asegurar la eventual sentencia condenatoria; b) impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria; y c) evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares.
 - 3 Debe tenerse en cuenta que el CPP de 2004 ubica a la prisión preventiva como una medida de coerción procesal en razón a lo extensivo del término «coerción», puesto que también se incluye en dicha sección el título referido a la incautación, la cual posee finalidades distintas a las estrictamente cautelares.

Para Ramos Méndez, lo único que autoriza esta medida cautelar de tipo personal es la «necesidad de garantizar la sujeción de una persona al proceso penal». En este sentido, afirma:

[...] en la medida en que esa disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser, ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución y hay que proceder con suma cautela en su aplicación. Si además se tiene en cuenta que la pena principal en el proceso penal es la privación de la libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada. El riesgo lo asume necesariamente el sistema de medidas cautelares en el proceso penal, pero estableciendo requisitos que hay que respetar escrupulosamente⁴.

La característica fundamental de las medidas cautelares es su *instrumentalidad*, porque no tiene una finalidad en sí misma; sino que está vinculada a la causa principal. El conjunto de medidas de coerción existe en función al proceso penal.

A. ¿Qué es la prisión preventiva?

El nuevo código denomina «prisión preventiva» a la llamada «detención judicial» de la legislación anterior. Se trata de la medida coercitiva o cautelar de mayor gravedad en el proceso penal, pues importa la privación de la libertad del imputado mientras dure el proceso o hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación.

La libertad constituye uno de los derechos más preciados por la persona o, como lo señala Burgoa, es la condición indispensable para que el individuo desarrolle su personalidad⁵. Por ello es que la misma Constitución establece el derecho de la persona no solo a elegir el lugar de residencia, sino «a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial» (artículo 2.11). Con razón, Eto Cruz manifiesta que la «libertad personal no solo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotora de todo procesado, sino también una dimensión objetiva, que comporta diversos deberes a cargo del Estado, entre los cuales se encuentra el de prever un orden normativo dirigido a hacer posible que la dimensión subjetiva de la libertad personal no sea perturbada en su disfrute y ejercicio»⁶.

4 Ramos Méndez, 2000, p. 173.

5 Burgoa Orihuela, 1985, p. 19.

6 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 6201-2007-PHC/TC-Lima, del 10 de marzo de 2008 (caso Moisés Wolfenson Woloch, fundamento 10 del voto singular del Magistrado Eto Cruz).

Tratándose de la libertad como derecho fundamental, su restricción no podía ser concedida a otra autoridad diferente de la jurisdiccional, en los casos y bajo los requisitos previstos en la ley. De allí que se le deba aplicar excepcionalmente y que su finalidad sea de asegurar tanto la presencia física del imputado a las diligencias judiciales que la autoridad investigadora o juzgadora determine, como la de asegurar la ejecución de la pena. Se trata de una medida excepcional y a la que debe recurrirse luego de examinar la posibilidad de imponer otra menos gravosa.

La misma ley establece que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa *autorización legal* y que se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan elementos de convicción. Se le usara «por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva» (artículo 253.3). Es de señalar que el legislador introduce un nuevo objetivo de naturaleza preventiva al prever que también se les aplicará cuando sea necesario evitar el peligro de *reiteración delictiva*; lo que exige la evaluación judicial para conocer de la posibilidad de la comisión de un nuevo delito que involucre al imputado.

B. Principios aplicables a la prisión preventiva

A la medida de prisión preventiva, obviamente, le son aplicables los principios procesales que inspiran a las medidas cautelares, principios que nacen de la Constitución y los convenios o pactos internacionales relacionados con los derechos fundamentales de la persona⁷.

En virtud al principio de legalidad, la prisión preventiva solo puede ser impuesta, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas para su adopción (artículo 253.1). No cabe una medida coercitiva o cautelar fuera del marco del respeto a los derechos humanos. Asimismo, esa medida cautelar se aplica de forma excepcional; es decir, cuando fuera absolutamente indispensable para los fines del proceso penal, de tal manera que la autoridad jurisdiccional debe de considerar en primer orden la comparecencia simple.

La medida de prisión preventiva debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal existente, puesto que ello es lo que fundamenta su adopción. Además, como el resto de medidas cautelares, está sujeta a la regla *rebus sic stantibus*;

7 Daes, 1990, pp. 148 y ss. En este estudio, se señala los siguientes: principio de legalidad, principio del imperio del derecho, principio de respeto a la dignidad del individuo, principio de que los derechos y libertades son absolutos y de que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones, principio de igualdad y no discriminación, principio de ser oído públicamente y con las debidas garantías y principio de publicidad.

es decir, debe aplicarse por el tiempo estrictamente necesario para alcanzar sus fines y, en todo caso, hasta lograr los fines del proceso. Las medidas cautelares no son definitivas, sino provisionales; lo que significa que en cualquier fase procesal o una vez concluido el proceso cesan o se convierten en definitivas mediante otras formas procesales⁸.

Según el principio de *suficiencia probatoria*, la adopción de las medidas coercitivas se decide con sustentación de elementos probatorios vinculados principalmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. El legislador utiliza la frase «suficientes elementos de convicción» para referirse al cúmulo de pruebas que debe fundamentar el mandato judicial. La resolución que contiene el mandato de prisión preventiva exige ser fundamentada acorde con la norma constitucional y los requisitos que la ley establece. Por ello se exige, bajo sanción de nulidad, que contenga la exposición breve de los hechos, la mención de las normas transgredidas, la finalidad que se persigue, los elementos de convicción que sustentan la medida, el tiempo de duración y los controles de ejecución (artículo 254).

La prisión preventiva, como el resto de medidas de coerción, solo es dictada por el órgano jurisdiccional, a pedido del fiscal o las partes, antes o durante el proceso⁹. Asimismo, puede ser objeto de modificación por la autoridad jurisdiccional, sea de oficio, a pedido del fiscal o de las partes, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición.

C. Presupuestos de la prisión preventiva

1. Presupuestos de las medidas cautelares

Básicamente, existen dos presupuestos que la doctrina reconoce y que son de suma utilidad para marcar los lineamientos básicos en la adopción de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El primer presupuesto es el humo o apariencia de buen derecho¹⁰, es la razonada atribución del hecho punible a una persona y que, al igual que el primer

8 Cafferata Nores (2005, p. 201) sostiene que la prisión preventiva solo puede autorizarse por cierto tiempo: el imprescindible para tramitar y concluir el proceso en que se la ha dispuesto bajo el único argumento y con el único propósito de cautelar sus fines.

9 Al Ministerio Público se le reconoce alguna medida de coerción, como la orden *conducción compulsiva*.

10 Gimeno Sendra lo identifica con: «[...] la apariencia y justificación razonada del derecho subjetivo, en el proceso penal» (2010, p. 319) y que estriba en la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada.

supuesto, se debe de sustentar en suficientes elementos de convicción. Este primer presupuesto está representado por la imputación motivada y verosímil; vale decir, por la atribución de responsabilidad penal por ciertos *concretos* hechos delictivos en oposición a una *concreta* persona¹¹.

El *periculum in mora* o peligro en la demora es la imperante necesidad de conjurar el riesgo derivado del retraso del procedimiento que pudiera provocar la ineficacia de la resolución definitiva¹².

Entre los presupuestos formales para la imposición de las medidas cautelares y, por ende, de la prisión preventiva, figuran: la descripción breve de los hechos, la finalidad específica de la medida, los elementos de convicción (prueba) que lo sustenta y el tiempo de duración de la medida.

2. Presupuestos para la prisión preventiva en el CPP de 2004

La nueva ley procesal, en su artículo 268.1, establece los presupuestos para que el juez decida la prisión preventiva:

- *Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.* La ley exige la necesidad que tiene el juez de evaluar los elementos de convicción (prueba) que acompaña el fiscal en su pedido, de tal manera que sirvan para sustentar la imposición de la medida. Lo que supone que la labor investigadora preliminar debe relacionar al imputado con la comisión del delito. En caso de existir suficiencia probatoria sobre el delito, pero sin vinculación con el imputado, no se satisface este presupuesto. La disposición procesal no hace distinción de participación delictiva (autor, cómplice primario o secundario, instigador). Es el *fumus boni iuris* de la prisión preventiva. También es del caso señalar que esta medida de coerción procede tanto por la comisión de delito doloso como culposos.
- *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.* Al igual que la legislación anterior, nos encontramos con la probabilidad de pena a imponer mayor a cuatro años que pueda merecer el imputado. Se trata de posibilidad de pena en atención al delito que se imputa y de los elementos de convicción (prueba) existentes. El análisis y razonamiento judicial debe llevarlo a determinar, en vía de probabilidad

11 Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2011, p. 267.

12 Ídem.

y con las pruebas que presenta el fiscal, la pena que podría imponer al imputado. No se trata de un prejuzgamiento, no solo porque el juez que lo dicta no será el juez del juicio, sino de una prognosis de pena de naturaleza temporal, útil solo para decidir sobre la prisión preventiva. En consecuencia, no se trata de la pena conminada prevista en el código penal para cada delito, sino de poner énfasis en la consideración del juez sobre la pena que podría aplicarse sobre la base de la prueba existente.

- *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).* Este apartado exige la verificación del peligro procesal que debe de estar ausente para evitar la medida de coerción. El legislador ha considerado importante establecer las dos manifestaciones del peligro procesal y los criterios que deben de observarse en cada caso: peligro de fuga y de obstaculización.

Como se puede advertir, el peligro procesal, en sus dos manifestaciones reguladas en el CPP de 2004, tiene carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez¹³. A nuestro criterio, esta denominada discrecionalidad se presenta no tanto al momento de estimar los criterios para determinar el peligro de fuga o de obstaculización de la actividad probatoria, puesto que estos ya se encuentran descritos en la norma procesal; sino al momento de estimar acreditados o no los mismos. Claro está que la enumeración de estos criterios no es exhaustiva (*numerus clausus*); pero ciertamente constituye un avance el hecho de incluirlos en el texto normativo.

El peligro de fuga se encuentra en relación con la posibilidad que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y se imposibiliten el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, este peligro, en términos positivos, supone el aseguramiento de la comparecencia del imputado para determinar, en palabras de Ascencio Mellado, el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal¹⁴.

Con respecto a los criterios para determinar el peligro por temor de fuga del imputado, el artículo 269 del CPP de 2004 establece los siguientes:

- *El arraigo¹⁵ en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades*

13 Ver Torres Carrasco, 2011, p. 353.

14 Ascencio Mellado, 1987, p. 104.

15 Podemos extraer dos importantes conclusiones sobre el tema del arraigo como criterio para determinar el peligro de fuga en el proceso penal. La primera, que el arraigo no es un

para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Estos criterios permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes, está en condición de fugar de la acción de la justicia. Así, por ejemplo, si el imputado comienza a vender sus bienes o sus familiares empiezan a salir del país o se van de viaje, se puede presumir que hay peligro de fuga. También se considera el hecho de que el imputado tenga las facilidades para fugar u ocultarse, circunstancias que pueden relacionarse con la naturaleza de su trabajo, medios económicos, medios de transporte, etc. Es el caso del imputado o sus familiares que realizan trámites para la adquisición de pasaporte o pasajes.

- *La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento*¹⁶, que constituye un elemento de mucha carga subjetiva (y que se encuentra más en la esfera del imputado), dado que el delito que se le imputa prevé al imputado una sanción penal muy severa. Lo que puede generar afán de eludir la acción judicial, como sucede en los delitos de homicidio calificado o agresión sexual de menores, en donde la pena a imponer resulta ser una razón de temor y de posible fuga.
- *La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.* En relación a la redacción original, este apartado fue modificado por la ley 30076, solo en términos cosméticos, puesto que se sigue manteniendo el criterio de la gravedad del daño causado y la actitud

concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos; es decir, las expresiones «existencia» o «inexistencia» de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental e impone ponderar la calidad del arraigo, por ende, no existe ninguna razón jurídica ni legal para entender que la presencia de algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. Y la segunda, que el arraigo familiar, domiciliario y laboral no constituyen propiamente presupuestos materiales de la prisión preventiva, son solo tipologías referenciales de apreciación razonada o parámetros destinados a guiar el análisis del riesgo de fuga o de obstaculización; vale decir, el arraigo no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso se encuentra asegurado, máxime si existen otras circunstancias propias del caso concreto que justifican razonable y proporcionalmente el dictado de prisión preventiva (conclusiones de Romero Palacios, 2013).

16 Del Río Labarthe (2008, p. 53) sostiene que la prognosis de pena debe ser siempre analizada desde la perspectiva del peligro de fuga; es decir, debe estar en función del análisis cautelar. En sus propias palabras, expresa: «Este análisis ya no parte de una presunción vinculada al límite penológico, sino que requiere de una análisis concreto. Y no solo un análisis vinculado a la prognosis de pena en el caso concreto —eso también ocurre en el límite penológico— sino a la reacción que puede ocasionar en determinada persona la posible pena a imponer».

del imputado frente a ello. De modo que si el imputado no adopta una actividad voluntaria de reparar el daño causado, esto puede ser un indicio de concurrencia de peligro de fuga. Ahora bien, la inclusión de este criterio de índole civil para la concurrencia del peligro de fuga es cuestionado, debido a la introducción de un elemento ajeno a la punibilidad¹⁷, más aún cuando el imputado alega inocencia en la sustanciación del proceso penal.

- *El comportamiento procesal del imputado o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.* Constituye un criterio a considerar la conducta procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello, resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal. Lo contrario sucede cuando el imputado intente fugar al momento de la intervención policial, incluso repeliendo la intervención la fuerza pública.
- *La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma.* En la redacción original del artículo 268 del CPP de 2004, este elemento se consideraba como presupuesto material para imponer la prisión preventiva¹⁸; sin embargo, la ley 30076 lo incluye como un criterio para determinar la concurrencia del peligro de fuga.

Por otro lado, con respecto al peligro de obstaculización de la actividad probatoria, es válido mencionar que San Martín Castro¹⁹, le niega la naturaleza

17 Torres Carrasco, 2011, pp. 367 y ss.

18 Ver artículo 268 del CPP de 2014 (Presupuestos materiales):

1. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:
 - a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
 - b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
 - c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).
2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, *la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma*, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad [resaltado y subrayado nuestro].

19 San Martín, 2003, p. 1132.

cautelar y solo le atribuye funciones aseguratorias de la prueba, que válidamente justifican la imposición de la prisión preventiva²⁰.

Para determinar el peligro de obstaculización de la actividad probatoria, el artículo 270 del CPP de 2004 estatuye que se debe tener en cuenta «el riesgo razonable de que el imputado»:

- *Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.* El peligro radica en el hecho de que el imputado en libertad pueda incurrir en alguna de las acciones señaladas. Naturalmente deben existir elementos materiales de juicio para establecer que el imputado podrá alcanzar estos objetivos.
- *Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.* Cabe analizar en este apartado la posibilidad de que el imputado pueda influir en sus coprocesados, agraviados o testigos para que depongan, informen indebidamente o no cumplan con los mandatos judiciales.
- *Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.* El legislador ha previsto la posibilidad de que el imputado pueda utilizar a terceros a fin de que procedan a ejercer influencias en las personas indicadas en el apartado anterior.

D. Procedimiento para la imposición de la prisión preventiva

Conforme a la regulación procesal, corresponde al Ministerio Público pedir al juez la prisión preventiva del imputado, para lo cual deberá acompañar los elementos de prueba necesarios. De allí que el juez «atendiendo a los primeros recaudos» apreciará la concurrencia de los presupuestos que establece la ley. Consecuentemente, la prisión preventiva no procede de oficio ni a petición de parte, solo a pedido del Fiscal, lo que no se contrapone con la facultad del juez a *variar* la medida “aún de oficio”» (artículo 255.2).

Como se aprecia, el pedido de prisión preventiva lo hace el fiscal; no se incluye a la parte agraviada. Por lo general este requerimiento se hace conjuntamente con la comunicación al juez sobre el inicio de la investigación preparatoria. No es necesario que el fiscal haya solicitado antes la detención preliminar.

El juez de la investigación preparatoria cita a una audiencia judicial dentro de las 48 horas de producido el requerimiento fiscal, bajo responsabilidad. Es obligatoria la concurrencia del representante del Ministerio Público, así como

20 Maier, 1989, pp. 274 y ss.; Horvitz Lenon & López Masle, 2002, pp. 409 y ss.

la del imputado y su defensor; si este no asiste, «será reemplazado por el defensor de oficio» (artículo 271.1). En estos casos, el juez actúa inmediatamente y cita a las partes a la diligencia para escuchar sus posiciones. La citación al imputado obedece a la necesidad de ser escuchado antes de la decisión judicial, pero su presencia es relativa. La Corte Suprema se ha pronunciado respecto a la prescindencia del imputado a la audiencia judicial²¹.

De acuerdo a la ley procesal, el juez dictará resolución en la misma audiencia sin necesidad de postergación alguna. Ello se justifica por la naturaleza de la medida y la afectación de la libertad personal del imputado, además de la inmediatez de la decisión.

Se prevé la posibilidad de que se imponga medidas disciplinarias contra el fiscal y el defensor si por su causa se frustra la audiencia. Asimismo, el juez incurre en responsabilidad funcional si no realiza la diligencia dentro del plazo establecido (artículo 271.2). También se establece que si el imputado no asiste a la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio.

Si el juez no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva, puede optar por imponer una medida de coerción menos intensa, como la comparecencia restrictiva o simple.

La ley exige que la resolución que dicte el juez sobre la medida de prisión preventiva deba ser especialmente motivada, «con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes» (artículo 271.3).

E. Duración de la prisión preventiva

Conforme a su naturaleza, la prisión preventiva tiene sus límites temporales: su plazo no excederá de nueve meses y, cuando se trate de procesos complejos, el plazo límite será de dieciocho meses (artículo 272). En esta última hipótesis, ha de estimarse que el caso que se investiga debe haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados, agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente.

21 En efecto, en la casación 01-2007, Huaura, del 26 de julio de 2007, se establece lo siguiente: «No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal —si lo hubiere señalado—, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente detenido [...]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido [...] o porque sencillamente no quiere hacerlo [...], la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio».

La consecuencia natural del vencimiento del plazo señalado sin haberse dictado sentencia de primer instancia es la *inmediata* libertad del imputado por mandato judicial, sea de oficio o a pedido de la parte, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado en la sede judicial. Por ejemplo, el impedimento de salida del país, la detención domiciliaria e incluso aquellas relativas a restricciones como: obligación de no ausentarse de la localidad, prohibición de comunicarse con personas determinadas y pago de caución económica (artículo 273).

En cuanto al límite temporal de la prisión preventiva, es importante resaltar que, mediante la ley 30076, se modifica la institución de la prisión preventiva. Antes de la modificatoria, el inciso 1 del artículo 272 prescribía: «Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, 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». Ahora bien, con la modificatoria, el texto normativo se lee de la siguiente manera: «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». Dos son los extremos importantes de la modificación. En primer lugar, se agrega que la dificultad no está referida solamente a la investigación, sino que incluye también al proceso²² (etapa intermedia y juzgamiento); en segundo lugar, que el peligro procesal no se restringe únicamente al peligro fuga, sino al peligro de obstaculización de la actividad probatoria.

Corresponde al fiscal requerir la prolongación de la prisión preventiva, debiendo el juez de la investigación preparatoria citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia del fiscal, el imputado y su defensor. Luego de haber escuchado las partes, podrá dictar resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las setenta y dos horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que hace el fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la documentación

22 Tal como lo señala Vásquez Rodríguez: «en el trámite procesal, la experiencia y práctica procesal demostraron que usualmente la prolongación de la prisión preventiva podía presentarse de manera tardía, casi al término de la investigación, en la etapa intermedia, e incluso, en no pocos casos, en la etapa de juzgamiento, ya sea en dicha etapa propiamente dicha o en el lapso existente entre el dictado del auto de enjuiciamiento y la fecha de citación del juicio oral» (2013, p. 33).

sustentatoria; asimismo, tendrá en cuenta la posición del defensor e incluso oír al imputado.

También se ha regulado el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación, estableciéndose que en tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta (artículo 274.4).

Es necesario señalar que, para efecto de cómputo del plazo, no se tendrá en cuenta el tiempo que el proceso sufriera *dilaciones maliciosas* de parte del imputado o su defensa. En los casos donde se declare la nulidad de lo actuado y se disponga nuevo auto de prisión preventiva, «no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución»; lo que puede ser cuestionable si se tiene en cuenta la efectividad de la restricción de la libertad y el hecho que amerita la nulidad no proviene del imputado o su defensor. El mismo criterio se sigue tratándose de los casos anulados en el fuero militar que pasan a la jurisdicción ordinaria, computándose el plazo «desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva» (artículo 275.1 y 2).

F. Impugnación del mandato de prisión preventiva

El auto que resuelve la prisión preventiva puede ser impugnado dentro del plazo de tres días de notificado. El juez concederá la apelación en un solo efecto; elevará lo actuado dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La sala penal resolverá previa vista de la causa con citación al fiscal superior y al defensor del imputado, dictando la resolución en la audiencia o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, bajo responsabilidad (artículo 278), entendiéndose la realización de una audiencia para escuchar la opinión del fiscal y el defensor del imputado. Si la sala resuelve la nulidad de la resolución de prisión preventiva, devolverá lo actuado al juzgado de origen o dispondrá que pase a otro juez para que emita nueva resolución.

En el caso de apelación de la resolución que decide el requerimiento de *prolongación de la detención*, será vista por la sala superior dentro de las setenta y dos horas siguientes de recibido el expediente, con citación del fiscal superior y del defensor del imputado y resuelta el mismo día o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, bajo responsabilidad (artículo 278.2).

G. La incomunicación

Para tratar el tema de la incomunicación, hay que partir necesariamente de la Constitución y los derechos que asisten al imputado. El artículo 2.24.g de la

Constitución dice: «Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida».

La incomunicación del imputado es una medida accesoria y acumulativa a la medida coercitiva de prisión preventiva; además, es una medida carente de finalidad cautelar, pues su razón de ser es la propia prisión preventiva. La incomunicación obedece a la necesidad de evitar la perturbación de la investigación preparatoria de un delito grave. Esta medida se debe de adoptar en los casos absolutamente necesarios y en donde la entrevista o comunicación del detenido con otras personas pueda afectar dicha investigación. Ortells Ramos afirma que la incomunicación evita el peligro de alteración de las fuentes de prueba, consistente en que el imputado indique a personas que se hallan en libertad de qué modo deben manipularse aquellas para ajustarlas a la versión de los hechos ofrecida en sus declaraciones²³.

La incomunicación del imputado con prisión preventiva puede ordenarse por mandato judicial siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de un delito grave (artículo 280). El juez dictará resolución motivada, la que no podrá exceder de diez días; esta no impide la libre conferencia entre el defensor y el detenido preventivo y será puesta en conocimiento de la sala penal respectiva.

La incomunicación no es absoluta, ya que en la ley se prevé que el detenido incomunicado tiene derecho a leer diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión; tampoco tendrá obstáculos para recibir sus alimentos (artículo 281).

H. La cesación o variación de la prisión preventiva

También se establece el derecho que tiene el imputado de pedir al juez la cesación de la prisión preventiva si estima que las causas que motivaron la misma han desaparecido, o pedir la sustitución por otra medida menos intensa que se prevé para la comparecencia, si los presupuestos anteriores han disminuido (artículo 283). Para Ortells Ramos, se trata de una modalidad de modificación y extinción de las medidas cautelares, pues la posterior modificación de los presupuestos permite la de las medidas en ella fundadas²⁴.

La autoridad judicial se pronunciará previa realización de una audiencia con la concurrencia del fiscal, el imputado y su defensor. Para resolver la cesación, tendrá

23 Ortells Ramos, 1994, p. 460.

24 *Ibidem*, p. 444.

en cuenta la existencia de *nuevos elementos de convicción* (prueba) que demuestren que ya no concurren los motivos que determinaron la imposición de prisión y que hagan necesaria una medida de comparecencia. En este sentido, podrá ser importante la declaración de nuevos testigos, de coimputados, las pericias o nuevas pruebas documentales que lo favorezcan, incluso podrían considerarse la confesión sincera y los casos de colaboración eficaz. Para decidir la sustitución de la medida de prisión preventiva, el juez tendrá en cuenta, además, las características personales del imputado, el tiempo de detención y el estado del proceso.

El Tribunal Constitucional ha establecido que, ante la solicitud de la cesación: «[...] la justicia ordinaria debe evaluar la subsistencia de las condiciones que posibilitaron el dictado de la prisión preventiva, para ello si analizará si existen *nuevos elementos de convicción* que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición, y que resulta necesario sustituirla por la medida de comparecencia [...]. Es decir, que se haya desvanecido alguno de los presupuestos previstos en el artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal [...]»²⁵.

I. Problemas de aplicación en el trámite de la prisión preventiva

Si bien las modificaciones a la normativa de la prisión preventiva no generan mayor inconveniente, sí se aprecia que la entrada en vigencia a nivel nacional de los artículos 268, 269, 270 y 271 del CPP de 2004 —que regulan los presupuestos materiales, los criterios de determinación del peligro de fuga y de obstaculización y la audiencia y resolución de la prisión preventiva—, sí generan dudas; no en relación a su aplicación inmediata, sino con el trámite que se sigue luego que ya se ha impuesto la prisión preventiva, en especial con el tema del trámite de la impugnación de la misma.

Estos problemas, surgen en aquellos distritos judiciales en donde no se encuentra vigente el CPP de 2004; en razón a que de manera equivocada se entiende que, estando vigente los artículos que regulan el trámite de la prisión preventiva (artículo 271), también deben estar vigentes las normas relativas a su impugnación. Empero, dicho criterio es errado; puesto que solo mediante ley se puede poner en vigencia procedimientos y mediante la ley 30076 no se puso en vigencia a nivel nacional las normas relativas a la impugnación de la prisión preventiva. Por tanto, en aquellos distritos judiciales donde no se encuentra vigente el CPP de 2004, al trámite de la impugnación de la prisión preventiva no se deben aplicar las normas en él consignadas, sino lo dispuesto en el C de PP de

25 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 04232-2011-2007-PHC/TC-Lima, del 12 de marzo de 2012 (fundamento jurídico cuarto).

1940. Si bien en estos casos coexistiría la aplicación de dos códigos (en primera instancia, el CPP de 2004 y, en el trámite de la apelación, el C de PP de 1940), se puede postular la aplicación directa de los principios de oralidad y contradicción a la vista de la causa de la prisión preventiva, obviamente con los plazos y en la forma prevista en el CPP de 2004. Igual tratamiento (aplicar las normas del C de PP de 1940 en aquellos distritos judiciales donde no se encuentra vigente el CPP de 2004) se debe dispensar con respecto a las otras instituciones afines a la prisión preventiva, tales como: incomunicación, cesación o variación.

Ahora bien, la Fiscalía de la Nación, en su función de dirigir la política institucional, aprobó la directiva 002-2013-MP-FN con la finalidad de unificar los criterios de interpretación y aplicación de los artículos 268, 269, 270 y 271 del CPP, básicamente en aquellos distritos judiciales donde no se encuentra en vigencia totalmente el CPP de 2004, a merito de su puesta en vigencia en todo el territorio nacional, en virtud de la ley 30076. Ahora bien, el hecho que se haya incluido dentro de esta directiva el punto V.3, «Apelación del mandato de detención», no implica que se ponga en vigencia el articulado sobre impugnación del CPP de 2004, sino únicamente regula la intervención de las fiscalías superiores cuando se ha impugnado dicho mandato, obviamente con las normas vigentes. Asimismo, en el trabajo fiscal, debe tenerse en cuenta la directiva 005-2012-MP-FN que también se refiere al tema.

El Poder Judicial no es ajeno a estos esfuerzos de unificación de interpretación de las normas relativas a la aplicación de la prisión preventiva, puesto que en septiembre de 2011 publicó la resolución administrativa 325-2011-P-PJ, que contenía una circular sobre prisión preventiva.

Todos estos esfuerzos hechos respecto a la regulación de la prisión preventiva y a su aplicación son fructíferos por estar orientados a mejorar la administración de justicia penal con el debido cuidado de respetar los derechos fundamentales. Sin embargo, progresos concretos en esta dirección requieren contar con las condiciones personales y materiales suficientes, así como la voluntad política judicial de sostener dichos esfuerzos.