

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL REQUISITO DE PROPOCIONALIDAD QUE EXIGE LA SENTENCIA
CASATORIA N° 626 – 2013 – MOQUEGUA Y SU RELACIÓN CON EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL
DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO – 2016**

TESISTAS:

JAVIER EFRAÍN CALIXTO MORALES
JHOAN DANILO TALENAS ESPINOZA
JOSEPH OLIVER TALENAS ESPINOZA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

HUÁNUCO PERÚ

2019

DEDICATORIA

A Dios por su gracia divina; a mi ejemplar y amada madre Mercedes, a mi noble guía padre Auberto, a mis hermanos por sus consejos y apoyo incondicional, a mis demás familiares; asimismo, a las personas cercanas que fueron parte de mi vida para alcanzar esta meta.

JAVIER E. CALIXTO MORALES

A Dios por su infinita sabiduría, a mis padres Oyiver y Elia, hermanos Joseph, Jerico, Jean Pierre y a mi señora Fiorella por el incansable apoyo y consejos que me dieron

JHOAN D. TALENAS

A Dios por su gran amor, a mis padres Oyiver y Elia por ser los pilares fundamentales en mi vida, por su absoluto amor y apoyo, a mis hermanos Jhoan, Jerico, Jean Pierre y Estefanie por formar parte de mi vida, a mi novia Vanessa, por su apoyo incondicional.

J. OLIVER TALENAS

AGRADECIMIENTO

Agradecemos en primer lugar a Dios por bendecirnos para llegar hasta donde hemos llegado, porque hiciste realidad nuestro sueño anhelado, convertirnos en profesionales.

A nuestra UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN por darnos la oportunidad de estudiar y ser profesionales.

A los profesores, porque todos han aportado con un granito de arena en nuestra formación profesional.

A todas las personas que han formado parte de nuestra vida universitaria y profesional a las que nos encantaría agradecer por su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en todo momento.

Un agradecimiento muy especial merece la comprensión, paciencia y el ánimo recibidos de nuestra familia y amigos.

A todos ellos, muchas gracias

RESUMEN

Una de las formas de privar la libertad con contenido distinto a la pena, es mediante la prisión preventiva para someterlo tanto a una investigación como a un proceso penal al investigado y según el Art. 268 del Código Procesal Penal, sólo puede imponerse cuando concurren tres presupuestos: los graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con los hechos; además se debe efectuar una prognosis de la pena probable, y el peligro procesal, es decir el riesgo de fuga o de obstaculización, (San Martín Castro, 2012: 256).

No obstante, mediante la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua en calidad de precedente vinculante, es decir, de aplicación obligatoria de todos los jueces del Perú, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido dos requisitos adicionales que corresponden a la proporcionalidad y duración de la medida de prisión preventiva, lo que ha generado una serie de consideraciones respecto a que si estos dos requisitos adicionales, sólo refieren al contenido de la motivación y fundamentación de la medida y que pueden ser subsumidos en los tres requisitos mencionados, o que mediante esta sentencia casatoria se ha modificado el artículo ya precitado, y por ende esta sentencia habría modificado la norma afectando el Principio de Legalidad

En este contexto se han formulado el siguiente problema general: ¿Cuál es la relación existente entre el requisito de proporcionalidad que exige la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua y el principio de legalidad de la prisión preventiva en el Distrito Judicial de Huánuco – 2016?; y los siguientes problemas específicos: ¿Cuáles son los criterios de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua para establecer el requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva?, ¿En qué medida el requisito de proporcionalidad de la prisión preventiva de acuerdo a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 - Moquegua modifica los requisitos de valoración para la prisión preventiva?, y ¿En qué medida el requisito de proporcionalidad de la

Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, se viene aplicando como presupuesto material de la prisión preventiva en el distrito judicial de Huánuco 2016?

Para el desarrollo de la presente tesis se han utilizado los siguientes métodos: deductivo, dogmático y sociológico; se ha logrado contrastar la hipótesis general considerando que el 100.0% la muestra conoce el contenido y alcances del Art. 268 del Código Procesal Penal y la sentencia Casatoria.

El 100.0% de la muestra establece que el presupuesto de proporcionalidad ya se valora en su conjunto cuando se analizan los tres presupuestos del Art. 268 del Código Procesal Penal, el 80.0% de jueces y el 90.0% de fiscales confirma que el presupuesto adicional de proporcionalidad de la medida que dispone la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua ha modificado el Art. 268 del Código Procesal Penal vulnerando el principio de legalidad, pues para sustentar o requerir la prisión preventiva, y para fundamentarla, ya no se recurre al Artículo 268 del Código Procesal Penal que es la ley o norma que la fundamenta, sino a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua.

Arribándose a las siguientes conclusiones: se logró conocer los criterios de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua; para establecer que el requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva pueden ser valorados y subsumidos en los presupuestos materiales de la prisión preventiva contenidos en el Art. 268 del Código Procesal Penal; y se ha logrado determinar que el requisito de proporcionalidad de la prisión preventiva en los procesos con sentencia casatoria ha modificado el Artículo 268 del Código Procesal Penal, pues se tiene que tener en cuenta y aplicar de modo obligatorio los fundamentos de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua.

Palabra claves: Proporcionalidad, prisión preventiva, casación, principio de legalidad

ABSTRACT

One of the ways to deprive freedom with content other than punishment, is through preventive detention to subject both an investigation and criminal proceedings to the investigated and according to Article 268 of the Code of Criminal Procedure, can only be imposed when there are three budgets: the serious and well-founded elements of conviction that link the accused with the facts; in addition, a prognosis of the probable penalty must be made, and the procedural danger, that is to say, the risk of flight or obstruction, (San Martín Castro, 2012: 256).

However, through the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua as a binding precedent, that is, of mandatory application of all judges in Peru, the Supreme Court of Justice has established two additional requirements corresponding to proportionality and duration of the measure of preventive detention, which has generated a series of considerations that if these two additional requirements, only refer to the content of the motivation and justification of the measure and that can be subsumed under the three requirements mentioned, or that by means of this casatoria judgment the aforementioned article has been modified, and therefore this sentence would have modified the norm affecting the Principle of Legality

In this context, the following general problem has been formulated: What is the relationship between the requirement of proportionality required by the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua and the principle of legality of preventive detention in the Judicial District of Huánuco - 2016 ?; and the following specific problems: What are the criteria of the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua to establish the additional requirement of proportionality of the personal coercive measure of preventive detention ?, To what extent the requirement of proportionality of the prison preventive according to the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 -

Moquegua modifies the assessment requirements for pretrial detention ?, and To what extent the proportionality requirement of the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua, has been applied as material budget of the preventive prison in the judicial district of Huánuco 2016?

For the development of this thesis the following methods have been used: deductive, dogmatic and sociological; it has been possible to contrast the general hypothesis considering that 100.0% of the sample knows the content and scope of Article 268 of the Code of Criminal Procedure and the Casatoria judgment.

100.0% of the sample states that the proportionality budget is already assessed as a whole when the three budgets of Art. 268 of the Criminal Procedure Code are analyzed, 80.0% of judges and 90.0% of prosecutors confirm that the additional budget of Proportionality of the measure provided by the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua has modified Article 268 of the Code of Criminal Procedure violating the principle of legality, as to support or require pretrial detention, and to substantiate it, it is no longer resorted to Article 268 of the Criminal Procedure Code that is the law or norm that grounds it, but to the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua.

Arriving at the following conclusions: it was possible to know the criteria of the Casatoria Sentence N ° 626 - 2013 - Moquegua; to establish that the additional requirement of proportionality of the personal coercive measure of preventive detention can be valued and subsumed in the material budgets of the preventive detention contained in Article 268 of the Criminal Procedure Code; and it has been determined that the requirement of proportionality of pretrial detention in proceedings with casatoria has modified Article 268 of the Code of Criminal

Procedure, since the grounds of the Casatoria Sentence N ° must be taken into account and applied in a mandatory manner. 626 - 2013 - Moquegua.

Keyword: Proportionality, preventive detention, cassation, principle of legality

ÍNDICE

Dedicatoria	Pág. I
Agradecimiento	II
Resumen	III
Abstract	V
Índice	VIII
Introducción	X
Capítulo I. Marco Teórico	
1.1. Revisión de estudios realizados	01
1.2. Conceptos fundamentales	02
1.3. Definición de términos básico	35
1.4. Hipótesis	39
1.5. Sistema de variables	40
1.6. Objetivos	41
1.7. Determinación de la población	41
1.8. Muestra	42
Capítulo II. Marco Metodológico	
2.1. Métodos	45
2.2. Tipo de investigación	45
2.3. Enfoque	45
2.4. Nivel	45
2.5. Diseño	46
2.6. Esquema	46
2.7. Técnicas e Instrumentos para recolección de datos	46
2.8. Procesamiento y presentación de resultados	47

Capítulo III. Discusión de Resultados	
3.1. Presentación de Resultados	48
Tabla N° 01	48
Tabla N° 02	51
Tabla N° 03	54
3.2. Contratación de Hipótesis General	57
Conclusiones	59
Sugerencias	61
Bibliografía	63
Anexos	64
Matriz de consistencia	
Cuestionario	
Guía de análisis	
Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua	

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es importante y se justifica porque desde que se expidió la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, la prisión preventiva requiere de la existencia de cinco presupuestos, siendo que existe la necesidad de establecer la relación que existe entre el requisito adicional de proporcionalidad, que ha establecido la indicada sentencia, con el Principio de Legalidad, afectándolo de algún modo, por corresponder a la modificación de la norma procesal penal, o es que tal presupuesto adicional puede y debe ser subsumidos dentro de los tres ya conocidos en el Artículo 268 del Código Procesal Penal, además podrá servir como antecedentes para futuras investigaciones.

El tema que se trata en la presente investigación, por corresponder a la aplicación de la ley y de una sentencia casatoria que es vinculante a nivel nacional, el proyecto de investigación tiene repercusión nacional, sin embargo, por factores tanto económicos como de tiempo, solo nos centraremos a tomar datos y muestras en la Región Huánuco.

La presente tesis ha sido elaborada de acuerdo al Reglamento de grados y títulos de la UNHEVAL del modo siguiente; en el Capítulo I se ha desarrollado el marco teórico, en el que se han consignado los antecedentes; la investigación bibliográfica, las hipótesis, variables, indicadores, objetivos, la población y muestra; en el Capítulo II se ha desarrollado el marco metodológico, donde se han consignado los métodos, las técnicas e instrumentos empleados; en el Capítulo III se ha consignado los resultados obtenidos en tablas y gráficos, además de una explicación por cada uno de ellos; se ha contrastado la hipótesis general; luego se ha desarrollado las conclusiones y las sugerencias.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Revisión de estudios realizados

A Nivel Regional

Tesis: La prisión preventiva judicial y la vulneración al derecho constitucional de la presunción de inocencia del investigado en el Distrito de Padre Abad Ucayali, 2014 – 2014, autora: Gabriela Marleni Serrano Vega. Para la obtención del grado de magister en Derecho. Mención Derecho Procesal por la UDH – 2015. Tesis en la que se concluye que la prisión preventiva es una medida cautelar personal que afecta muchos derechos entre ellos la presunción de inocencia, por ende, tiene que existir suficiencia de elementos de convicción que sustenten sólo de modo excepcional esta medida.

Además, se ha realizado una búsqueda en la biblioteca de la Universidad Hermilio Valdizán y no han hallado investigaciones respecto al tema tratado en la presente investigación; del mismo modo se ha efectuado una búsqueda por internet y tampoco se han encontrado tesis relacionados al tema.

A Nivel Nacional

Tesis: Prisión preventiva y presunción de inocencia. Autores. Efraín Vicente Zavaleta Corcuera y Elmer Roger Calderón Moreno. Para la obtención del título de abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, 2014. Tesis en la que concluye que al dictar la medida cautelar de prisión preventiva, el juez sólo tiene en cuenta la posibilidad que el imputado sea el presunto autor del delito atribuido, ello sustentado a la suficiencia inicial de elementos de

convicción que lo vinculan con los hechos (autor o partícipe), y ello no vulnera la presunción de inocencia, ni es una condena anticipada, ya que con esta medida lo que se busca es asegurar la presencia del imputado durante la investigación y juicio oral, además incluso puede variar la prisión por una medida menos gravosa.

A Nivel Internacional

Tesis: Análisis de la prisión preventiva. Autora. Antonia Belmares Rodríguez, para obtener el Grado de Maestro en Ciencias Penales, por la Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003, Tesis en la cual la autora concluye que: si bien formalmente la prisión preventiva no es una pena, materialmente si lo es porque existe privación de la libertad, cuya justificación es asegurar la presencia del imputado en el proceso, y si bien la ley establece que es excepcional, en la realidad su uso es indiscriminado, además que los plazos no se cumplen pues siempre existe exceso; y si el sujeto es absuelto no existe ningún tipo de resarcimiento a quien lo sufrió, por otro lado cuando el sujeto es condenado, este tiempo sólo computa la prisión, pero no para la equivalencia por trabajo o estudio, por que el procesado privado de su libertad no puede computar estos plazos.

1.2. Conceptos fundamentales

1.2.1. La prisión preventiva. Es un acto procesal dispuesto de una resolución jurisdiccional, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, porque mediante la adopción de esta

medida cautelar se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, es un prematuro estadio procesal en el que no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia que obliga a 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 (Del Río Labarthe, 2008: 21).

Reátegui Sánchez, (2006:59) explica que a la forma de encarcelar a las personas para asegurar los objetos dentro de un proceso penal, la doctrina y la jurisprudencia lo han denominado indistintamente detención judicial, encarcelamiento preventivo, prisión cautelar Víctor Burgos Mariño, (2002: 3); expone que existe un interés público para la efectiva realización de los juicios orales y, en consecuencia, dicho interés influye en la realización de todas los actos procesales que tienen lugar en la etapa de investigación, ya que la actividad investigadora persigue reunir la prueba para llevar a cabo el juicio oral, así como la actividad coercitiva también se emplea para garantizar la realización del juicio oral. Uno de los cambios sustanciales en la práctica procesal de la prisión preventiva, es sustituir el fin de la prisión preventiva es la futura condena y se impone su uso tan solo para garantizar la presencia del imputado en el juicio oral.

En los distritos judiciales que viene aplicando el Código Procesal Penal se ha suscitado una serie de interpretaciones respecto a esta medida gravosa. En la práctica se asientan algunos criterios, pero también hay otros que no han sido debidamente dilucidados.

Puesto que el Ministerio Público es el único autorizado o facultado para requerir esta medida extrema, uno de los requisitos que es difícil (o muy difícil) de superar es el peligro procesal, porque muchas veces en las detenciones flagrantes al imputado solo le queda

negar los cargos o guardar silencio, pues son los testigos o algunos videos o fotos que abonan la imputación vienen a sustentar los fundados y graves elementos de convicción; del mismo modo, por la naturaleza del delito el pronóstico de pena va a superar el límite mínimo. Entonces el fiscal debe sustentar convincentemente que el imputado tiene peligro procesal, bien por no tener el arraigo, o bien por la gravedad de la pena que pueda imponerse, entre otros. En algunos casos, los jueces, “por la intensidad de los hechos”, por adolecer de antecedentes penales y por algunas circunstancias de atenuación y los principios de proporcionalidad y razonabilidad, han procedido a no conceder la prisión preventiva requerida.

La Prisión Preventiva, es una medida cautelar de carácter coercitivo, personal y provisional que afecta la libertad personal durante un breve periodo de tiempo. La decisión judicial de ordenar la prisión preventiva a un imputado por la presunta comisión de un delito, se hace con el fin de garantizar que el proceso que se le sigue no se vea obstaculizado, interrumpido o demorado de alguna forma. Ello no significa un adelanto de la condena, es decir, que no se está recluyendo al imputado porque se crea que su responsabilidad es evidente, esta medida tiene como justificación la necesidad de una pronta reacción del Estado frente al delito. También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.

La prisión preventiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 268 del Código Procesal Penal será dispuesto por el juez de investigación preparatoria, previo requerimiento fundamentado formulado por el ministerio público; para su imposición se ha previsto la realización de la audiencia, que se llevará a cabo dentro de las cuarenta ocho

horas siguientes al requerimiento y se celebrará con la concurrencia del fiscal, del imputado y su abogado defensor.

Por ser la libertad uno de los más importantes derechos de la persona, solo puede ser restringida por disposición judicial, en marco del presente proceso penal, por ello se establece que el mandato debe ser escrito y motivado, es decir una resolución judicial con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la detención. Esta orden, indudablemente, la cumplirá la Policía Nacional que está obligado a poner al detenido a disposición del juez, dentro de las 24 horas o en el término de la instancia.

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el juez de la investigación preparatoria en contra del imputado, en virtud de tal medida se restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé.

Su aplicación es ampliamente cuestionada por estar en contradicción con el principio constitucional de la presunción de inocencia.

“la prisión provisional, admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme que justifique. Consiste en la total privación al inculgado de su derecho a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal”.

El antecedente legislativo de esta regulación la encontramos en el Código Penal Procesal de 1991 y pese a que entro en vigencia desde ese año, dicha medida ha continuado

imponiéndose arbitrariamente, violando los derechos constitucionales y agravando así los problemas del sistema penitenciario.

1.2.2. Regulación actual: Está regulado por los artículos 268 y siguientes del Código Procesal Penal con el nombre de prisión preventiva según ese nombre tiene las siguientes características:

Es facultativo el artículo 268 del Código Procesal Penal no es una norma imperativa, sino facultativa y deja a criterio del juez para que basado en la ley y los derechos, determine la imposición de la prisión preventiva, luego de un juicio de razonabilidad.

Requiere de resolución fundamentada 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 protección de la prisión preventiva, la cual se llevará a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal, el imputado y el defensor, quien en caso de inasistencia podrá ser reemplazado por el defensor público.

El auto que dispone el mandato de detención debe ser siempre motivado, esto quiere decir que se debe describir sumariamente el hecho o los hechos que la motivan, indicar las normas transgredidas, exponer los elementos probatorios con que se cuenta que se justifiquen la medida y citar la norma procesal aplicable. Asimismo, el imputado debe estar plenamente identificado e individualizado (con sus nombres y apellidos, edad, lugar y fecha de nacimiento, nombre de sus padres), para evitar las detenciones por homonimia. Si el juez de la investigación preparatoria no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

Está sujeto a plazos la detención es una medida excepcional y por ello está limitada en el tiempo, no tiene duración indefinida, la prisión preventiva según lo dispuesto por el

artículo 272 no durara más de nueve meses, pero tratándose de procesos complejos, no durara más de dieciocho meses al respecto hay que tener en cuenta la jurisprudencia constitucional:

“el colegido, en relación a la complejidad del asunto, ha constituido en reiterada jurisprudencia que para su valorización, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados , o algún otro elemento que permita concluir, con alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.”

Al vencimiento del plazo al haberse dictado la sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretara la inmediata libertad del imputado, debiendo dictar las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refiere los numerales 2) al 4) del artículo 288; siendo lo dispuesto en el artículo 273 del Código Procesal Penal.

Esta disposición tiene directa relación con el derecho de ser juzgado en un plazo razonable. Respecto a lo cual el Tribunal Constitucional se ha pronunciado.

“es preciso señalar que el derecho al ´plazo razonable, si bien no se encuentra regulado expresamente en el texto de la Norma Fundamental, se encuentra acogida en el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial , establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra

ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de origen civil, fiscal o de cualquier otro carácter.” (Taboada Pillco, 2009: 511)

1.2.3. Los requisitos: Son tres los presupuestos que el juez debe tener en cuenta para ordenar la detención: suficiente de elementos de prueba, pena probable superior a cuatro años y peligro procesal

Suficiencia probatoria: Resulta necesario que el juzgador aprecie de los recaudos e investigaciones realizados que se acompañan a la denuncia, una suficiencia de elementos de prueba acerca de que efectivamente el hecho punible ha tenido lugar en la realidad, y que también se cuente con elementos de prueba que vinculen al sujeto con el evento criminal, sea en su condición de autor o partícipe. Nótese y adviértase que tratan de actos de investigación y no actos de prueba. Decimos esto porque muchas veces hemos escuchado a la defensa, al fiscal al juez mencionar que obran o no pruebas en la investigación preparatoria, y ello genera una equivocada apreciación de creer que, rebatiendo dichos actos de investigación, se puede lograr que no se cumpla con este primer requisito, lo que genera que se entre a una discusión exhaustiva de las declaraciones, que si hubo o no contradicciones, desnaturalizando, desde nuestra óptica, la finalidad de la audiencia de prisión preventiva. De ahí que dichas audiencias están demorando más que un juicio oral.

No se puede desarrollar un debate profundo del elemento de convicción, pues ello implicaría hacer ya un debate sobre el tema de fondo, es decir, sobre la culpabilidad, lo que traería consigo la desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva. Además, no habría las condiciones para ello, pues dichos elementos de convicción son solo actos de

investigación que dan cuenta de hechos, los que no están fijados de forma definitiva, el debate profundo corresponde al juicio oral, sobre actos de prueba que fijan de forma definitiva los hechos (Burgos Mariño, 2010: 85); Los elementos de convicción son actos de investigación, tanto de la Policía como de la Fiscalía, que sustentan la existencia verosímil de la imputación de un hecho delictivo a una determinada persona; es decir, son elementos de convicción de cargo que son llevados a la audiencia, como sustento probatorio del requerimiento de prisión preventiva.

Prognosis de la pena: El juez debe hacer una prognosis de la pena en caso que la causa llegue hasta la sentencia sin variación alguna, durante el estadio del proceso en el que se analice la posibilidad de imponerse la detención. Y el presupuesto se da por cumplido cuando pronostica que la pena probable a imponerse sea superior a cuatro años de privación de libertad. Adviértase que la ley no se refiere al máximo o mínimo de la pena establecida para el delito (pena conminada), sino a la pena que puede merecer el agente merced al razonamiento jurídico, teniendo en cuenta el marco legal abstracto (identificación de la pena conminada para el delito abierto), el marco legal concreto (relación de la sanción conminada

En la parte especial del código penal con la parte general, como tentativa, error de prohibición, complicidad, etcétera); La prisión preventiva está condicionada a una sanción legal que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor, superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias relacionadas a la realización del hecho punible.

La existencia de este presupuesto no está referido a la pena fijada por ley para el delito, sino al análisis preliminar que tendrá que realizar el Juez para considerar la pena probable, que implica un acercamiento, un cálculo a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida y que será la regla al momento de aplicar la prisión preventiva. El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar a un nivel razonable la probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. Es decir, el Juez debe valorar el caso concreto y no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Peligro procesal: El tercer presupuesto recoge dos hipótesis; cuando citado al imputado intenta eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o trata de perturbar la acción probatoria (peligro de entorpecimiento); la existencia de suficientes elementos probatorios debe entenderse en el mismo sentido que en el requisito referido al hecho criminal y la participación del imputado en el delito, es decir, como la probabilidad de realización de un comportamiento que representa peligro procesal. (Urquiza Olaechea, 2009: 85)

En cuanto a la calificación de peligro de fuga, así como del peligro de obstaculización, el Código Procesal Penal es sabio al señalar pautas para un mejoramiento entendimiento de estas:

Peligro de fuga. Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades, y las facilidades para abandonar fácilmente el país o permanecer oculto: los criterios son disimiles para

considerar el arraigo, lo cierto es para tal es el imputado que debe probar su situación real, por ejemplo al señalar que tiene arraigo laboral, deberá no solo decirlo sino probarlo de alguna manera, y en todo caso debe ser un arraigo convincente. Algunos señalan que tienen arraigo familiar, aportando con las partidas de matrimonio y de nacimiento de los hijos; sin embargo, luego el fiscal, con las indagaciones verifica que el investigado tenía procesos de alimentos a favor de los mismos hijos que aducía, o en otras que están separados de su pareja. En cuanto al arraigo domiciliario, es también frecuente que indican varios domicilios, y si bien ello no es ilegal ni irregular, porque el código civil lo permite, sin embargo, lo que se debe establecer es el lugar efectivamente ha venido viviendo u ocupando, y no basta con acreditar con una constancia firmada por el teniente gobernador o juez de paz que muchas veces solo firma a ruego y no constata, sino que materialmente debe acreditar que vive en un lugar. Otro supuesto es cuando el imputado cuenta con los recursos económicos como para poder fugar a otro país o algún lugar, que le permite vivir a escondidas sin ningún problema, ello debido a su solvencia económica.

La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento: sin duda alguna, este es un indicio de peligro de fuga, puesto que, como todo ser humano, es natural un instinto de defensa y de protección, frente a una medida grave como cadena perpetua o que el tipo pena contenga una pena más allá de diez o quince años.

La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a el: son raro los casos en los que el imputado, en las primeras diligencias, repare en cierto modo daño causado, sea económicamente o apoyando en resarcirlo; sucede que más de las veces el imputado niega rotundamente los cargos pese a que existen elementos de la vinculación con el delito.

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a una persecución penal: esto indica que, en otro proceso, el mismo imputado no haya cumplido con las reglas de conducta o se encuentre con algún tipo de emplazamiento (haya sido declarado reo contumaz).

Peligro de obstaculización. Para calificar el peligro de obstaculización, se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado.

Destruirá, modificara, ocultara, suprimirá o falsificara elementos de prueba: puede que el imputado conozca al lugar de algún medio de prueba y estando libre, puede a proceder a destruirlo.

Influiría para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comparten de manera desleal o reticente: sucede con frecuencia en los delitos de violación sexual, donde el imputado es un familiar o persona conocida que pueda tener cierta influencia en la víctima o en su familiar para poder variar su declaración, ocurre que el imputado ordena a otros amenazar al agraviado. Tampoco se descarta que el agraviado varié su declaración en beneficio del imputado porque este le ha entregado algún dinero.

Induciría a otros a realizar tales comportamientos; si dicha actividad delictiva es el modus vivendi del imputado, cuando este libre va a influenciar para que otros cometan dicha actividad delictiva. Como sucede comúnmente en los delitos de robo.

1.2.4. Celebración y resolución en audiencia: Una de las novedades que trae este modelo procesal, y que forma parte del sistema de la oralidad, es que para que el juez de la investigación preparatoria resuelva el pedido o requerimiento de parte del representante del Ministerio público sobre la prisión preventiva, se tiene que convocar a una audiencia

pública, en mérito al principio de publicidad y contradicción se dispone lo más conveniente.

De este modo, el juez de la investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, realizara la audiencia para determinar la procedencia o no de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor, el defensor del imputado que no asista será remplazado por el defensor público.

Para el trámite de la audiencia, rige en lo que fuera pertinente lo dispuesto en el artículo 8, esto es, como es el fiscal quien ha solicitado o requerido la imposición de esta medida coercitiva personal, es el quien inicia con los argumentos orales, para luego a pasar a sustentar el abogado de la defensa, donde luego de escucha a las partes el juez de la investigación preparatoria dictara la resolución en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El juez de la investigación preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. Del mismo modo, el fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia.

Pero si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado defensor, según sea el caso. En este último supuesto, sebera ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes la conclusión de la audiencia.

El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.

El juez de la investigación preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva, optara por la medida de comparecencia restrictiva o simple, según el caso.

La forma producida en nuestro sistema procesal penal, y sobre todo tratándose de la medida coercitiva más tradicional y por su puesto más delicada como la prisión preventiva, permite la realización de una audiencia oral para el tratamiento de cuestiones derivadas de esta medida de coerción. Su incorporación esta movilizada por la intención de favorecer la contradicción al momento de resolver sobre cuestiones de trascendencia procesal como la prisión preventiva y, en general las medidas de coerción y sus modalidades que afectan gravemente determinados derechos o los priva de determinados bienes jurídicos que el mismo sistema penal se encarga de protegerlos.

La introducción de la audiencia regulada en el artículo 271 del Código Procesal Penal es el modo de garantizar la oralidad que se impregna en el modelo de corte acusatorio, donde, sin duda, ha tenido como finalidad más relevante la de permitir la contradicción en el dictado de medidas precautorias, además de imponer un modo público la revisión sobre la vigencia de las medidas cautelares por la trascendencia que estas tienen para los sujetos del proceso y por su puesto para toda la comunidad.

En la práctica se aprecia una serie de situaciones, a saber:

El tiempo del fiscal para sustentar su requerimiento debe ser breve, salvo que se trate de varios imputados en cuyo caso deberá sustentar su pedido uno por uno; no obstante, no resulta práctico ni eficaz que se tenga que exponer con mucha minuciosidad y la audiencia se prolongue más que una audiencia preliminar o el propio juicio oral. Sin duda han sucedido casos, pero la tendencia es ir afinando y que, por la práctica, se vayan reduciendo dichas audiencias. De igual manera, la defensa debe limitarse a cuestionar los puntos que el fiscal ha sustentado y que pueda contradecir. No es de buen litigante saber que no se tiene argumentos e insistir en ello.

Si son varios los imputados, y se concede un tiempo prudencial para cada abogado defensor, el fiscal tendrá el mismo tiempo. El juez debe hacer respetar la igualdad procesal, tal como así lo establece el artículo 1.3 del Título preliminar del Código Procesal Penal, que prescribe que las partes intervendrá en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución y en el código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

El requerimiento escrito del fiscal de la prisión preventiva debe estar debidamente fundamentado o basta con solicitarlo con un oficio.

Participa el Abogado del agraviado.

El debate lo inicia el fiscal, quien sustentara su pedido, y luego le corresponde a la defensa.

Debe ingresarse profundamente en dicho debate sobre el tema de fondo, esto es, cuestionar la declaración del agraviado y de los testigos, como que han entrado en contradicción o no han señalado en detalle los hechos.

1.2.5. Impugnación de la prisión preventiva: Contra el auto que dispone la prisión preventiva procede el recurso de apelación (artículo 278) que podrá interponerse en el plazo 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 y será resuelta por la sala superior que se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado. La decisión debidamente motivada expedirá el día de la vista de la cusa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad. Si la Sala Superior declara la nulidad de prisión preventiva. Ordenara que el mismo u otro juez dicten la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 271.

Duración de la prisión preventiva: El artículo 272 del Código Procesal Penal, con relación a la duración de la prisión preventiva, establece que esta no durara más de nueve meses (proceso no complejo). Pero tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durara más de dieciocho meses. Al respecto, es necesario remarcar que se entiende como procesos complejos cuando; a) requiere la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos. c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del estado.

Ahora bien, la imposición de la prisión preventiva al imputado no es eterna; sabemos que pueda variar, pero antes de que ello ocurra y al vencerse su duración y no se haya dictado sentencia en primera instancia, el juez, de oficio o a solicitud de las partes, decretara la inmediata libertad del imputado, sin su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2 al 4 del artículo 288. Esta medida es adecuada y justa porque el imputado privado de su libertad no puede perjudicarse, menos aún por causas ajenas a su voluntad, y la salida que regula la normativa procesal es de justicia.

1.2.6. Prolongación de la prisión preventiva: No obstante, puede ocurrir que durante la tramitación del proceso penal concurren una serie de circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la 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 solicitarle al juez antes de su vencimiento. Es una facultad del juez prolongar la prisión preventiva más allá de los 9 meses, siempre y cuando el pedido a pedido del fiscal se presenta: a) circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, b) la posibilidad que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; las cuales no deben ser consideradas como obligatorias ni automáticas para prolongar la prisión preventiva a dieciocho meses, (Amoreti Pachas, 2008: 342). Por ello se considera la hipótesis: a) cuando se presenta una serie de circunstancias que importen una especial dificultad en el proceso y que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia.

Pablo Sánchez Velarde (2009: 342), sostiene que la ley también mantiene la institución de la prolongación de la prisión preventiva solo cuando concurren “circunstancias que

importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia”, fijándose una prolongación de dieciocho meses. Puede interpretarse que esta prórroga pueda ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumado al plazo máximo anterior daría un total de treinta y seis meses.

Neyra Flores, (2010: 525), sustenta que el artículo 272 señala que la prisión preventiva puede durar 9 meses en procesos considerados no complejos y dieciocho meses en procesos complejos, estos plazos pueden ser prolongados por un plazo no mayor de dieciocho meses (artículo 274.1), lo que significa que un proceso no complejo tiene un máximo de duración 27 meses y el proceso complejo de treinta y seis meses.

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 representante del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autores, decidirá en ese mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes, bajo responsabilidad.

La resolución que se pronuncia 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.

El artículo 275 del Código procesal Penal considera que no se tendrá en cuenta para el computo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufriera dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa. El computo del plazo, cuando

se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerara el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución, en los casos en que se declare la nulidad de los procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computara desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

Ahora bien, 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. El juez deberá poner en conocimiento de la sala penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación de la prisión preventiva.

Según el artículo 274 cuando concurren circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación y el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor de dieciocho meses, el requerimiento debe ser formulado por el fiscal antes del vencimiento del plazo, el juez de la investigación preparatoria se pronunciara previa la realización de una audiencia, que se llevará a cabo dentro del tercer día, con la asistencia del Representante del Ministerio Público, del imputado y su defensor, una vez escuchado los asistentes y a la vista de los autos, el juez decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.

1.2.7. Cese de la prisión preventiva: Tal como se aprecia en el artículo 283 del Código Procesal Penal, se reconoce el derecho del imputado a solicitar la cesación de la prisión

preventiva y una posible sustitución de la prisión preventiva por una medida de comparecencia, las veces que lo considera oportuno; sin embargo dicha potestad conferida al imputado tiene una serie de limitaciones no solo formales, sino también materiales, referidos, en esencia, a la existencia de nuevos elementos de convicción que desvirtúen los fundamentos que dieron origen a la imposición de la prisión preventiva (Burgos Mariño, 2010: 156)

Planteado el cese de la defensa, el juez de la investigación preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274 (prolongación de la prisión preventiva). Ahora bien, 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.

Muchas veces lo requieren porque han logrado, por ejemplo, recabar luego de varios meses una constancia domiciliaria o de trabajo y estas muchas veces difieren de los datos que proporcionaron primigeniamente. Si se cumpliera con los nuevos elementos de convicción que pudieran enervar los presupuestos primigenios que sirvieron para dictar la prisión preventiva. Rara vez sucede que el fiscal adecue el tipo penal cuya pena determine hacer una prognosis de la pena inferior a los cuatro años, pero si ello es así, puede cesar la prisión preventiva. Puede ocurrir también que, en una investigación de violación sexual, se alcance la prueba de ADN y no sea compatible con el imputado.

Para la determinación de la medida sustitutiva si fuera ese el caso el juez tendrá en consideración, adicionalmente lo siguiente:

Las características personales del imputado: esto está relacionado con el comportamiento en el proceso y la naturaleza del delito cometido.

El tiempo transcurrido desde que se dictó la prisión preventiva hasta el pedido de cese.

El estado de la causa: esto es, en qué etapa se encuentra el proceso, bien en investigación preparatoria o en etapa intermedia.

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

El imputado y el Ministerio Público podrán imponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de 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.

1.2.8. Impugnación y revocatoria de la prisión preventiva: Contra el auto de prisión preventiva procede el recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días hábiles. El juez de la investigación preparatoria elevará los actuados dentro de las 24 horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo.

La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del fiscal superior y del defensor

del imputado. La decisión, debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad.

Si la Sala declara nulidad del auto de prisión preventiva, ordenara que el mismo juez u otro dicten la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 271 (audiencia de 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 citara a una audiencia para decidir sobre el requerimiento fiscal. La audiencia se celebrará con quienes hayan concurrido. El juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las 48 horas de su celebración.

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

La revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, responde al principio de reformabilidad de las medidas cautelares, esto es que puedan ser modificadas en el curso del proceso dependiendo de: (Sánchez Velarde, 2009: 735)

En el primer caso, posibilita la agravación de la medida cautelar por desobediencia al mandato judicial, por ejemplo, cuando el imputado incumple alguna regla de conducta señalada en la orden de comparecencia con restricciones.

Es de precisar que la revocación en los casos de comparecencia restrictiva no solo se produce cuando se incumple las restricciones impuestas ese es su supuesto específico, sino

cuando no se concurra a las citaciones que se cursen al imputado para la realización de las diligencias procesales en las que resulte necesaria su presencia, puesto que este es el supuesto común y propio de toda medida de comparecencia. El cumplimiento de las restricciones es un *quid pluris* en atención al mayor peligro procesal adicional a la obligación comuna todos los imputados con orden de comparecencia de asistir a las diligencias del proceso. (San Martín Castro, 2003: 1166)

1.2.9. Prisión preventiva con incomunicación

Explicación y antecedentes: El artículo 280 se encarga de regular esta forma de prisión preventiva. La incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva procede si es indispensable para el establecimiento de un delito grave. No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

La resolución que la ordena se emitirá sin trámite alguno, será motivada y puesta en conocimiento a la Sala Penal. Contra ella procede el recurso de apelación dentro del plazo de un día. La Sala Penal seguirá el trámite previsto en el artículo 267.

El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticas de libre circulación y difusión. Recibirá sin obstáculo los alimentos que le es enviada.

Vencido el término de la incomunicación señalan en la resolución, cesara automáticamente.

Las modalidades de la prisión preventiva son dos: la ordinaria o comunicada y la excepcional o incomunicada. La primera es la situación ordinaria durante la cual el

detenido puede disfrutar de los derechos reconocidos en la ley. Es por tanto la regla general o el modo habitual de acordar la detención, en cuya virtud, se ordena el internamiento del inculcado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el código de Ejecución Penal. La prisión preventiva incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de la prisión preventiva, es una forma agravada de cumplimiento de la prisión preventiva, pues supone la restricción de ciertos derechos del detenido, particularmente de aquellos que le permiten un contacto con el exterior con el objeto de evitar que se ponga en peligro de investigación.

En suma, la incomunicación tiene como objeto el impedir que el imputado mantenga un contacto verbal o escrito con terceros, para evitar el entorpecimiento de la investigación.

Su finalidad es evitar frustración del éxito del proceso, impedimento que el imputado preso se confabule con terceros, lo que se intenta conseguir su aislamiento y supresión de la comunicación con el exterior. Tal finalidad, sin duda alguna, no es cautelar, sino que tiene una finalidad accesoria que no explica por si sola el fenómeno cautelar, pero ligada a la función más general de aseguramiento del proceso y que solo adquiere sentido en la prisión incomunicada (San Martín Castro, 2003: 1141)

Por otro lado, Sánchez Velarde, (2009: 1141), señala que la finalidad de esta medida radica en evitar, se obstaculice la acción de la justicia en la actividad investigadora del delito, mediante la alteración de las huellas del delito, la desaparición de elementos probatorias o la afectación de las fuentes de prueba, por medio de comunicaciones con personas ajenas al proceso.

Concepto. Bien dice Ore Guardia (1996: 249); que la incomunicación es la medida coercitiva de mayor gravedad que se dicta en un proceso penal. Es un rezago del sistema inquisitivo por medio del cual se mantiene aislado al imputado de toda comunicación exterior, reviste esta medida cautelar de su naturaleza personal, toda vez que luego de habersele privado la libertad al inculpado se le impide el contacto con su familia u otras personas, a excepción de su abogado; Por lo demás, la adopción de esta medida estriba en esclarecer un delito grave, donde el contacto inmediato con otras personas podría poner en riesgo la investigación.

La detención por flagrancia: Concepto la detención es la privación de la libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso y recibirse su declaración, cuando se aprecia que no obedecerá la orden de citación o intentará entorpecer la investigación.

También puede tenerse como una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísimo, que puede adoptar la autoridad judicial al momento de la apertura del proceso e incluso posterior a ella, luego de que se haya ordenado el mandato de comparecencia.

La detención policial: Desde la vigencia de derogada Constitución Política de 1979 la detención policial de una persona solo procede en dos hipótesis:

Cuando es sorprendido en flagrante delito y en virtud de una orden judicial.

De conformidad con el artículo 259 del Código Procesal Penal la policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrancia delito, es decir, cuando el agente es sorprendido en el preciso momento en que está cometiendo el delito; la doctrina, la

jurisprudencia y la legislación nos da una definición de lo que es flagrancia. Rodríguez Sol, sostiene que el adjetivo “flagrancia” deriva de del latín fragas, que significa “quemar” o “arder”, por tanto “flagrancia” es propiamente lo que está ardiendo, en el sentido, en el sentido de aquello que se presenta a la percepción sensorial de modo equivoco. En ese sentido se habla de flagrancia delito, cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto. (Rodríguez Sol, 2010: 110)

1.2.10. Principio de legalidad

Antecedentes: Su formulación en latín (nullum crimen, nulla poena sine lege) no data de muy antiguo, y en todo caso, su origen no está en el derecho romano. La significación y los límites del principio de legalidad son mejor comprendidos si se tiene en cuenta la menara como surge y evoluciona. (Hurtado Pozo, 2005: 50)

En la época de las monarquías el sistema judicial era absoluto, todo estaba en manos del Rey, quien delegaba su poder a uno de sus funcionarios y en los señores Feudales. Su sistema se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional, por el desorden y la multiplicidad de leyes y por una gran arbitrariedad debido a los innumerables privilegios para castigar que gozaban los señores feudales y en particular, por el derecho del rey o por sus representantes para castigar sin observar procedimiento alguno. El soberano directo o indirectamente decidía y ordenaba ejecutar los castigos, el absolutismo imperaba. En esta época la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, y que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales y como consecuencia de ello los crímenes de lesa majestad divina eran las más graves.

Frente a éste poder absoluto y arbitrario del Rey surge a mediados del siglo XVIII un fuerte movimiento social inspirado y fomentado por filósofos, políticos, juristas y magistrados, cuyo objetivo era controlar de modo más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado. Con esta finalidad se consideró indispensable dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas. Se trató pues de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar.

La teoría del contrato social constituye el fundamento ideológico de este nuevo movimiento en la cual el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas por las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone, el más pequeño delito lo ataca en su totalidad y, toda la sociedad, comprendido el infractor está presente en la más pequeña sanción.

El castigo Penal es concebido aquí como una función general de todos los miembros de la sociedad. La teoría del contrato social es llamada corriente contractualista, siendo sus máximos representantes Tomas Hobbes y Locke. Esta corriente sostenía que los hombres en un determinado momento eran libres, en ese estado de naturaleza no había normas, vivían un constante miedo, el hombre era malo por naturaleza y en algún momento estos señores deciden suscribir un contrato social, un ente, lo que Hobbes denomina el gran Leviatán (Estado), éste no se justifica por sí mismo, todos los hombres renunciaban a sus derechos para darle al Estado. Locke, en cambio decía que, en el estado de naturaleza, el hombre no es tan malo, no es un ser malo como señalaba Hobbes, es un ser bueno por naturaleza y a afectos de preservar ese estado de felicidad deciden suscribir un contrato social y crear el

Estado, agrega que el hombre nunca renuncia a sus derechos, los antepone frente al Estado. Esta teoría señala que el Estado surge de un contrato social para garantizar el orden, la paz y la seguridad, el Estado no puede intervenir en las relaciones entre los particulares sino hay lesión al orden, la paz y la seguridad.

Así Beccaria sostenía que las principales consecuencias respecto a la justicia Penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijadas las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de éste poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social; sostenía también que ningún magistrado (que es parte del contrato social) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad, los jueces no pueden consiguientemente, aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo pretexto de celo o de bien público.

El principio de Legalidad en su sentido actual, se derivó de un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fue competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto, contrato social, en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular. (Mir Puig Santiago, 2005:115)

Su consagración legislativa se realizó en la época moderna, con la formación de los Estados, y especialmente con la constitución norteamericana de 1776 (Virginia, Maryland)

y con la declaración francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, pues expresamente señala su Art. 8 que la ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada, aquí nace básicamente el principio de Legalidad constitucionalmente protegido. Los antecedentes anteriores como la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan sin Tierra, de 1215 y la Constitutio Criminalis Carolina Germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad, el primero es básicamente una garantía procesal y no excluía a la costumbre y la segunda no prohibía la analogía contra el reo. Podemos concluir pues que a partir de la ideología liberal impulsada por la ilustración y consagrada políticamente a partir de la revolución francesa, se concibe al principio de legalidad como un límite del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.

Concepto: El principio de legalidad o Primacía de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, de lo que depende la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del

individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. La excepción es cuando el Parlamento concede al Ejecutivo facultades para legislar sobre determinada materia.

Esta relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley esta generalmente establecida en una democracia en el llamado ordenamiento jurídico y recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal.

En el derecho penal rige respecto de los delitos y las penas, postura originariamente defendida por Cesare Beccaria. Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de derecho penal basándose en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley.

La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

1.2.11. Elementos: pueden entenderse al texto literal y a su significado material:

La legalidad en sentido formal: implica, en primer término, la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular mediante una ley los delitos y las penas, no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial pueden crearse normas

penales tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes que han de ser Orgánicas en los casos en que se desarrollen Derechos Fundamentales y libertades públicas.

La legalidad en sentido material: implica una serie de exigencias, que son:
Taxatividad de la ley: las leyes han de ser precisas, ésta exigencia comporta las siguientes consecuencias:

a) La prohibición de la retroactividad de las leyes penales, como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sea más favorable para el reo.

b) La prohibición de que el Ejecutivo/Administración dicte normas penales.

c) La prohibición de la analogía en materia penal (generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida)

d) La prohibición de creación judicial de normas penales.

e) La prohibición de que la materia penal se regule por normas consuetudinarias (no son fuentes del Derecho Penal). En el sistema penal peruano, el principio de legalidad, de acuerdo al código penal en su artículo II del Título Preliminar establece que "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella".

Asimismo, conforme a la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2, Inciso 24.d prescribe que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley; de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

La única fuente formal del derecho penal es la ley y sólo ésta puede crear los delitos y sus penas. Sin embargo, "no se crea que la ley dentro de nuestro sistema jurídico es la única fuente de derecho; muy por el contrario, con ella conviven la jurisprudencia (de acuerdo a la ley orgánica del poder judicial, las Salas Supremas deben publicar sus fallos), la costumbre, los principios generales del derecho (la constitución establece que no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley) y la misma doctrina. Lo que sucede es que la ley prevalece sobre ellas en jerarquía e importancia, vinculando directamente las decisiones de los jueces y de los tribunales judiciales y administrativos. En nuestro sistema jurídico el imperio de la ley es mucho mayor que las demás fuentes del Derecho, pero no por ello es la única fuente".

1.2.12. Garantías del principio de legalidad: A nivel doctrinal se acepta de forma prácticamente unánime que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación, que se traducen en la exigencia de formulación clara y sin ambigüedad de la ley penal *nullum crimen sine lege certa*, la prohibición de retroactividad de leyes que castigan nuevos delitos o que agraven su punición *nullum crimen sine lege previa*, la prohibición de la costumbre como fuente de delitos y penas *nullum crimen sine lege scripta* y prohibición de analogía en tanto perjudique al reo *nullum crimen sine lege stricta*.

Nullum crimen sine lege certa: La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea los tipos penales han de redactarse con la

mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez.

Nullum crimen sine lege previa: La garantía de *lex praevia* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; en tal sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro; por regla general hasta que sea derogada), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores); garantizando al ciudadano que una acción no sancionada como delito al momento de su comisión no podrá ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta. Con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión del delito y que agraven la situación jurídica del imputado. La referida prohibición presenta su excepción, en materia penal, cuando favorece al reo, evitando el castigo o la agravación de una conducta que la sociedad ha decidido dejar sin reproche o atenuar el mismo.

Nullum crimen sine lege scripta: Esta garantía erige a la ley como única fuente de creación del delito y excluye a la costumbre como fuente para calificar una conducta como delito. La costumbre puede, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales. Debe precisarse que no se trata de cualquier tipo de ley, sino de aquella que cumpla los requisitos previstos para su validez.

Nullum crimen sine lege stricta: La garantía de *lex stricta* impone un cierto grado de precisión en la formulación de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo; exigiéndose que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. La función de garantía de la ley penal en su faceta de prohibición de la analogía comprende todos los elementos del precepto penal que determinan su contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, es decir, los elementos del tipo del injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y anulación de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones.

1.2.13. Recurso de casación

Concepto y características: El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema. A lo largo de la historia este recurso extraordinario de casación de mecanismo de control de legalidad, paso a ser también a uno de control constitucional. Por eso el inc. 1 del art. 429 establece como causal de casación la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material.

Según San Martín Castro (2012:502) tiene las siguientes características: Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala penal de la Corte Suprema, es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones y por motivos estrictamente tasados, regidos además un comprensible rigor formal, no constituye una tercera instancia, porque no enjuicia las pretensiones de las partes, sino sobre el error

padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia y por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal.

Fines o funciones de la casación La doctrina señala que tiene cuatro finalidades esenciales: La defensa del derecho objetivo o control normativo o función monofiláctica: está referido a la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, la unificación de la jurisprudencia, perfila la necesidad de contar con un único órgano casatorio ius constitutionis. función de control de logicidad, que está referido al control de la construcción lógica de las decisiones jurisdiccionales, denominándose a los errores de logicidad como errores in cogitando y la función dikelogica, referido a la justicia al caso concreto (ius litigatoris).

1.3. Definición de términos básicos

Imputado: Sujeto a quien se le imputa o atribuye la comisión de un hecho delictivo.

Juez: Funcionario del Poder Judicial que recibe un mandato a nombre de la Nación que es el de impartir justicia sujeto a la Constitución y la Ley, es decir con independencia.

Fiscal: Funcionario del Ministerio Público, que por mandato constitucional se encarga de la investigación del delito y de ser titular de la acción penal pública.

Proceso penal: Es el conjunto de pasos o procedimientos que establece al modo cómo, desde el que se tiene la noticia de un hecho criminal, el mismo que transcurre desde la investigación, el proceso, el juzgamiento y la sentencia.

Principio de Legalidad: Es un principio definitorio del proceso penal, se refiere a que los delitos y las penas deben estar debidamente establecidos por la ley. Solo la ley determina las conductas delictivas y sus sanciones. en el derecho penal es a la par que el debido proceso un principio matriz, el principio de los principios, y a la vez una garantía y un derecho fundamental de cada uno. Comprende dos dimensiones: formal y material. La legalidad formal implica la emisión de normas jurídicas adoptadas por el órgano legislativo según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado, dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Ello implica que las mismas sean dictadas en función del bien común. En virtud de ello, los Estados deben abstenerse de tipificar penalmente las actividades que son propias de la promoción y protección de los derechos humanos. Por otra parte, la dimensión material del principio de legalidad implica que los tipos penales están formulados sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son los elementos o factores que les distinguen de otros delitos comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales.

Recurso de Casación: Es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, posibilita a dicha sala casatoria ejercer control normativo respecto a lo resuelto por instancias de mérito, control normativo referido tanto a las disposiciones de naturaleza sustantiva como de naturaleza procesal. Tiene como fin el control de la correcta interpretación y aplicación del derecho positivo tanto sustantivo como adjetivo, la unificación de la jurisprudencia nacional en asuntos penales, el control de la lógica en la motivación de las resoluciones judiciales; la preeminencia de la doctrina

jurisprudencial, especialmente las que contiene precedentes vinculantes, la función pedagógica que necesariamente debe imprimir en sus decisiones la sala de casación en lo penal; estas finalidades tienen como sustento principal propugnar la vigencia del principio de igualdad y accesoriamente la búsqueda de la seguridad jurídica, ya que se persigue, que las normas sean interpretadas y aplicadas de ser el caso, de la misma manera en casos similares; asimismo garantiza tutela de garantías constitucionales, sean estas de carácter procesal; logicidad en la motivación, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros o sustantiva principio de legalidad y derecho a la intimidad.

Requisito de Proporcionalidad: El requisito de proporcionalidad es un parámetro o exigencia que consiste en realizar una debida motivación y fundamentación respecto del por qué la medida que se está requiriendo es proporcional.

Principio de proporcionalidad: según el artículo 253° del Código Procesal Penal es considerado como un principio que debe regir en todas las medidas de coerción procesal. Es un principio general de rango constitucional que tiene como finalidad controlar todo acto de los poderes publicos en los que pueda verse lesionado los derechos fundamentales.

Test de Idoneidad: idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin . Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

Test de Proporcionalidad: La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación . Conforme a ésta:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.

Test de Necesidad: Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio , esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios

idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

1.4. Sistema de Hipótesis

Hipótesis General

HG Existe relación entre el requisito adicional de proporcionalidad que exige la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua que vulnera el Principio de Legalidad de la prisión preventiva en el Distrito Judicial de Huánuco - 2016

Hipótesis específicas

HE1. Los criterios de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua que amparan la aplicación del requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva, pueden ser valorados y subsumidos en los presupuestos materiales de la prisión preventiva contenidos en el Art. 268 del CPP.

HE2. El requisito de proporcionalidad de la prisión preventiva de acuerdo a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 - Moquegua ha modificado el Artículo 268 del Código Procesal Penal que establece tres requisitos de valoración para la prisión preventiva

HE3. El requisito de proporcionalidad de la prisión preventiva de acuerdo a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua se viene aplicando como presupuesto procesal de la prisión preventiva en el distrito judicial de Huánuco 2016.

1.5. Sistema de variables – dimensiones e indicadores

Variables	Conceptualización	Dimensiones	Indicadores
VARIABLE INDEPENDIENTE V1. Proporcionalidad de la prisión preventiva contenida en la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua	CONCEPTUALIZACIÓN El requisito de proporcionalidad que exige la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, es un parámetro o exigencia que consiste en realizar una debida motivación y fundamentación respecto del por qué la medida que se está requiriendo es proporcional; según el artículo 253° del Código Procesal Penal es considerado como un principio que debe regir en todas las medidas de coerción procesal, a su vez el reconocido jurista alemán Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales señala que abarca tres sub-principios o test (examen): el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..	DIMENSIONES Valoración de la prisión preventiva. Idoneidad de la prisión preventiva. Necesidad de la prisión preventiva.	INDICADORES Presupuestos Ponderación entre libertad y privación de libertad Plazos máximos Actividad probatoria
VARIABLE DEPENDIENTE V2. Principio de legalidad de la prisión preventiva en los procesos con sentencia casatoria	CONCEPTUALIZACIÓN El principio de legalidad es un derecho y garantía que legitima el sistema penal y que además es el límite al jus puniendi, ya que sólo que la ley ha determinado, para el proceso penal es lo que debe aplicarse	Constitución Política del Estado Legalidad de las medidas limitativas de derechos. Presupuesto materiales de prisión preventiva	Derecho a la Libertad Personal Ley Jurisprudencia Graves y fundados elementos de convicción Prognosis de pena Peligro procesal <ul style="list-style-type: none"> • Peligro de fuga • Peligro de obstaculización

1.6. Objetivos

Objetivos generales:

OG. Analizar la relación existente entre el requisito de proporcionalidad que exige la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua y el principio de legalidad de la prisión preventiva en el Distrito Judicial de, Huánuco - 2016

Objetivos específicos:

OE1. Conocer los criterios de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua para establecer el requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.

OE2. Determinar que el requisito de proporcionalidad de la prisión preventiva de acuerdo a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua ha modificado el Artículo 268 del Código Procesal Penal que establece tres requisitos de valoración para la prisión preventiva

OE3. Determinar que se viene aplicando en la actualidad el requisito de proporcionalidad establecido en la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua como presupuesto procesal de la prisión preventiva en el distrito judicial de Huánuco 2016.

1.7. Determinación de la población

El universo estuvo conformado por todos los Jueces Penales (JIP, JU y de Apelaciones) que laboran en Huánuco, que son 22 según datos ofrecidos por la Corte Superior de Justicia de Huánuco a diciembre del 2017; y todos los Fiscales en lo penal (Adjuntos, Provinciales y Superiores), que trabajan en Huánuco, los que ascienden a 80, según datos proporcionados

por la Oficina de Administración de la Sede del Ministerio Público de Huánuco a diciembre del 2017.

Se contó además con una población de 100 Cuadernos de Prisión Preventiva tramitados durante el 2016 en el Distrito Judicial de Huánuco.

1.8. Muestra

La obtención de la muestra fue no probabilística al azar, por ende, se tomó el 25% de cada población, por ende, fue lo siguiente:

Muestra de Sujetos

Sujetos	Cantidad
Jueces Penales	05
Fiscales Penales	20

Muestra de Elementos

Elementos	Año	N° Cuaderno de Prisión Preventiva
1	2016	1159 – 2016 – 72
2	2016	2356 – 2016 – 15

3	2016	1342 – 2016 – 12
4	2016	3594 – 2016 – 93
5	2016	1456 – 2016 – 11
6	2016	4121 – 2016 – 34
7	2016	1145 – 2016 – 13
8	2016	0356 – 2016 – 1
9	2016	1204 – 2016 – 93
10	2016	6712 – 2016 – 71
11	2016	0901 – 2016 – 15
12	2016	2312 – 2016 – 11
13	2016	0209 – 2016 – 13
14	2016	0592 – 2016 – 45
15	2016	3457 – 2016 – 11
16	2016	3109 – 2016 – 10
17	2016	04812 – 2016 – 11
18	2016	5103 – 2016 – 31

19	2016	0813 – 2016 – 15
20	2016	0753 – 2016 – 10
21	2016	1700 – 2016 – 1
22	2016	1753 – 2016 – 5
23	2016	4192 – 2016 – 15
24	2016	3976 – 2016 – 11
25	2016	0934 – 2016 – 13

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1. Métodos

Los métodos que se han utilizado fueron el deductivo, porque partimos de lo general hacia lo particular; el método dogmático por se ha efectuado un análisis de la normatividad vigente, además del método sociológico porque el Derecho es una ciencia social, en cuanto tiene injerencia en la ciudadanía, (Hernández S., 2014, p. 135)

2.2. Tipo de investigación:

El tipo de investigación fue aplicado porque buscó generación del conocimiento con aplicación directa a los problemas de la sociedad; además cuantitativa porque se han medido las variables que han permitido la comprobación de las hipótesis por medio de la estadística, (Cazau, 2006, p. 81)

2.3. Enfoque:

El enfoque de la presente investigación fue cuantitativo porque se han medido los indicadores de casa variable para contrastar las hipótesis, (Cazau, 2006, p. 75)

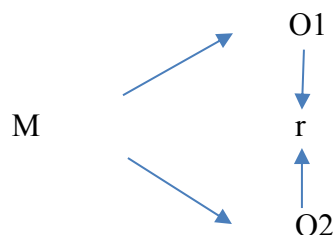
2.4. Nivel:

Descriptivo correlacional, porque se ha escrito la realidad observada y se ofrece una solución a los problemas planteados, (Hernández S., 2014, p. 161)

2.5. Diseño:

No experimental porque los investigadores no han manipulado las variables, sólo las han observado cómo se presentan en la realidad, (Cazau, 2006, p. 78)

2.6. Esquema:



2.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para la recolección de la información se ha utilizado la técnica de recolección de datos desde fuentes primarias y secundarias, se utilizó las siguientes técnicas e instrumentos:

Variable 1:

Encuesta: Se ha aplicado la encuesta a la muestra, la misma que consistió en un instrumento que corresponde a un cuestionario, debidamente estructurado con preguntas politómicas cerradas, para medir la consideración u opinión de la muestra (jueces y fiscales) respecto a los presupuestos de la prisión preventiva y la incorporación del presupuesto de proporcionalidad mediante la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua

Variable 2

Observación de casos: Se han analizado los cuadernos de prisión preventiva correspondiente al año 2016, para efecto se va ha utilizado el instrumento de la Guía de Análisis, con la finalidad de determinar de modo objetivo la aplicación del nuevo presupuesto de proporcionalidad en las audiencias de prisión preventiva, como lo dispone la sentencia casatoria vinculante N° 626 – 2013 – Moquegua.

2.8. Procesamiento y presentación de datos

Los datos obtenidos fueron debidamente tabulados tanto de las Guías de Análisis como de las Encuestas, para tal efecto de va ha utilizado el programa estadístico correspondiente, los resultados a los que se arribaron se han presentado en tablas y gráficos, además de un análisis por cada uno de ellos.

CAPÍTULO III

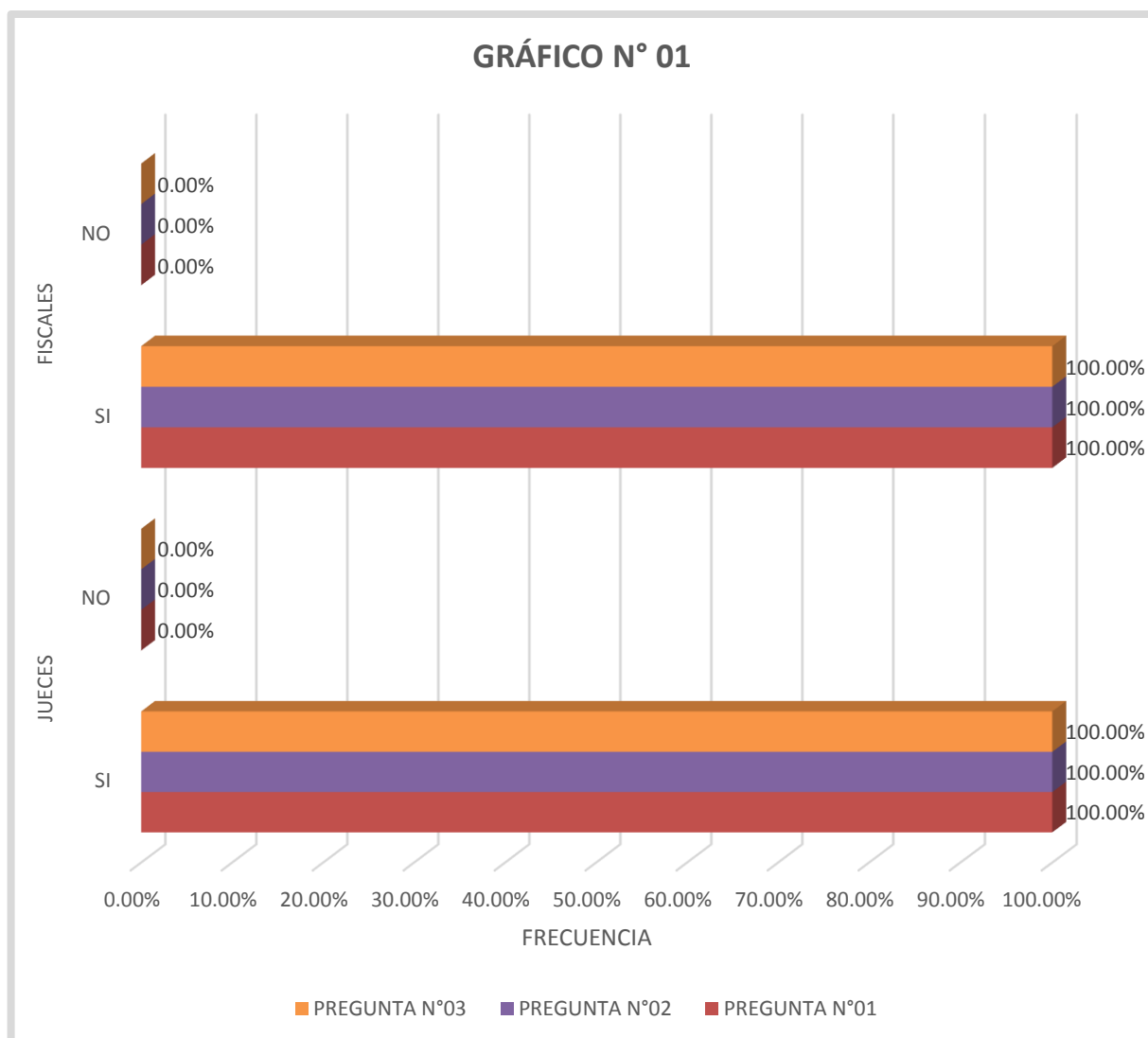
DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1. Presentación de resultados

Tabla N° 01

PREGUNTAS	FRECUENCIA							
	JUECES				FISCALES			
	SI		NO		SI		NO	
	f	%	f	%	f	%	f	%
¿Conoce Ud. cuál es el fundamento jurídico de la medida cautelar de prisión preventiva?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%
¿Considera Ud. que los tres presupuestos que establece el Art. 268 del CPP para la procedencia de la prisión preventiva son los correctos?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%
¿Conoce Ud. los alcances de la Sentencia Casatoria 626 – 2013 – Moquegua?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%

Fuente: muestra encuestada



Análisis de Resultados

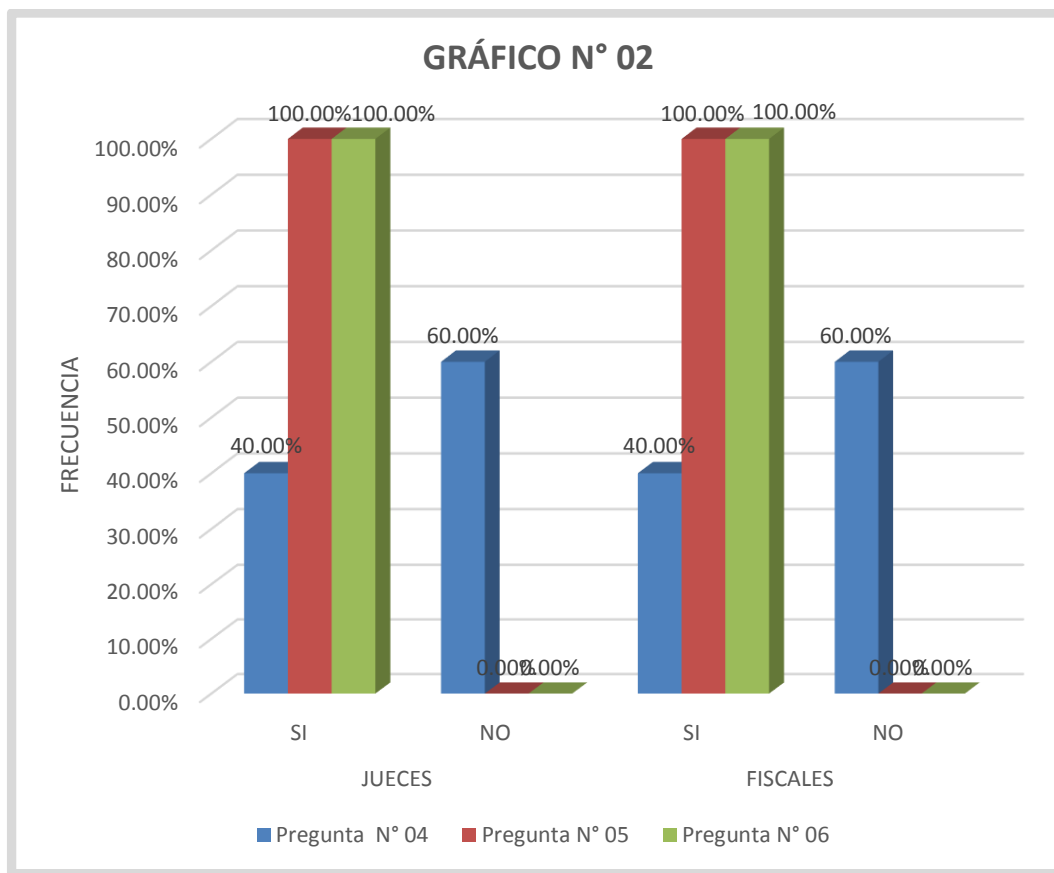
La primera tabla y gráfico nos muestra los resultados obtenidos de la aplicación de la encuesta a la muestra, a la primera pregunta tanto el 100.0% de jueces y fiscales, de modo correcto han afirmado que conocen el fundamento jurídico de la medida cautelar de la prisión preventiva, que corresponde a asegurar la presencia del imputado durante la etapa de la investigación preparatoria y juicio oral, evitando su fuga; a la segunda pregunta el

100.0% de la muestra conformada por los jueces y fiscales han respondido que los presupuestos considerados en el Art. 268 del CPP, (graves y fundados elementos de convicción, pronóstico de pena y peligro procesal) que se valoran en los trámites de prisión preventiva son los correctos; y también, de modo correcto el 100.0% de la muestra conformada por jueces y fiscales, han respondido que conocen los alcances de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, lo que es lógico ya que esta sentencia es vinculante y por ende, de aplicación obligatoria.

Tabla N° 02

PREGUNTAS	FRECUENCIA							
	JUECES				FISCALES			
	SI		NO		SI		NO	
	f	%	f	%	f	%	f	%
¿Considera que el fundamento adicional que dispone de modo vinculante la sentencia referida en la pregunta anterior, sobre la PROPORCIONALIDAD de la medida es correcto?	02	40.0%	03	60.0%	08	40.0%	12	60.0%
¿Considera Ud. que el elemento PROPORCIONALIDAD ya se valora en su conjunto cuando el Fiscal sustenta su pedido y el juez lo resuelve, se determinará ante la valoración de los tres presupuestos primigenios?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%
¿Considera Ud. que volver a pronunciarse por la PROPORCIONALIDAD de la medida de prisión preventiva, es redundante en la valoración que debe efectuarse conforme al Art. 268 el CPP?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%

Fuente: muestra encuestada



Análisis de Resultados

La segunda tabla y gráfico nos muestra los siguientes resultados, a la cuarta pregunta, para el 40.0% de la muestra conformada por jueces y fiscales, consideraron que el fundamento adicional sobre la proporcionalidad que dispone la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, para valorar la prisión preventiva en el correcto; por su parte para el 60.0% de los Jueces y Fiscales este nuevo fundamento no es el correcto.

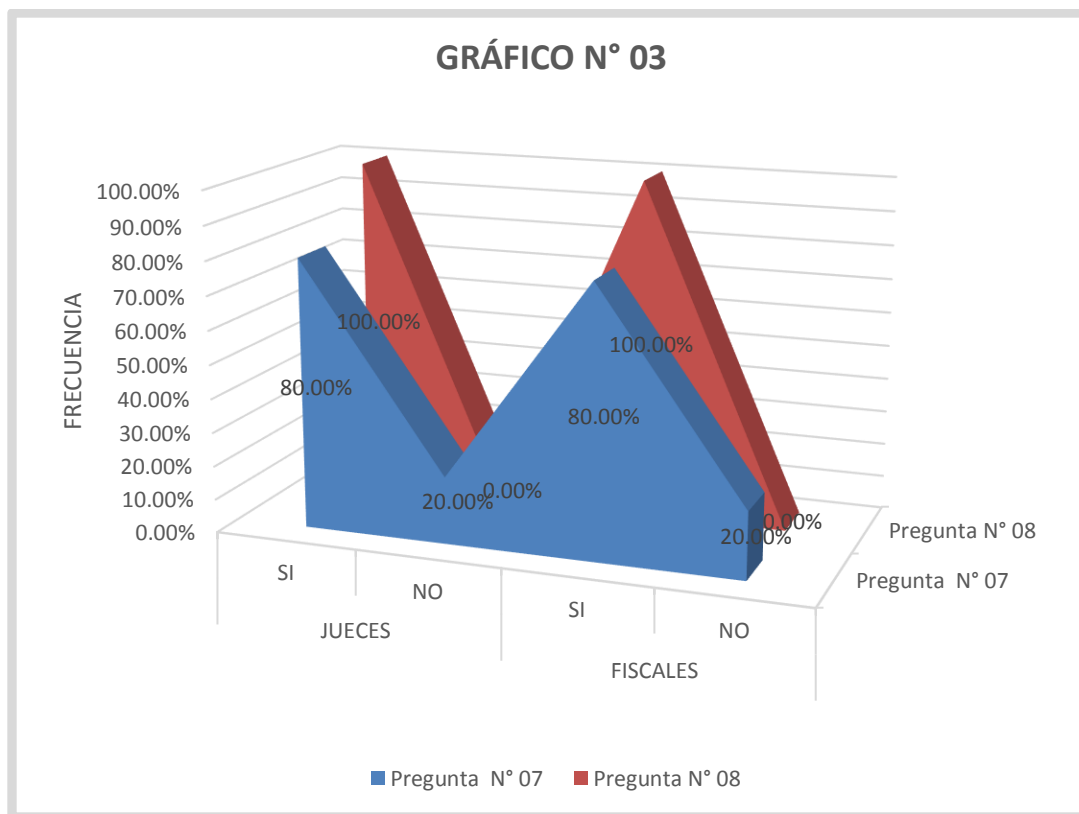
A la quinta pregunta, con mucho sentido y de modo correcto el 100.0% de la muestra ha admitido que el presupuesto de la proporcionalidad ya se valora en su conjunto en los tres presupuestos primigenios que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal, cuando el

fiscal sustenta el pedido y el juez lo resuelve, por ende la proporcionalidad se encuentra intrínseca en los presupuestos establecidos en la ley, por ende, y de modo correcto a la sexta pregunta el 100.0% de la muestra conformada por jueces y fiscales, consideran que volver a pronunciarse por la proporcionalidad de la medida, resulta redundante en la valoración que debe efectuarse de acuerdo al Art. 268 del Código Procesal Penal.

Tabla N° 03

PREGUNTAS	FRECUENCIA							
	JUECES				FISCALES			
	SI		NO		SI		NO	
	f	%	f	%	f	%	f	%
¿Considera Ud. que la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua que añade el presupuesto de PROPOCIONALIDAD de la medida de prisión preventiva, que es vinculante, ha modificado el Art. 268 del CPP?	04	80.0%	01	20.0%	18	90.0%	02	10.0%
¿Considera Ud. la aplicación vinculante (obligatoria) de los fundamentos de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, para el requerimiento y aplicación de la prisión preventiva afecta el Principio de Legalidad que inspira del Derecho Procesal Penal?	05	100.0%	0	0.0%	20	100.0%	0	0.0%

Fuente: muestra encuestada



Análisis de Resultados

La tercera tabla y gráfico nos ha proporcionado los siguientes resultados, a la séptima pregunta con mucho sentido lógico y de modo correcto el 80.0% de la muestra conformada por jueces y el 90.0% de los fiscales coinciden en afirmar que el añadir un presupuesto adicional de proporcionalidad de la medida, mediante la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, la misma que al ser vinculante y de aplicación supletoria, ha modificado el Art. 268 del Código Procesal Penal

En el mismo sentido, a la octava pregunta, el 100.0 % de la muestra conformada por jueces y fiscales, ha considerado de modo correcto que esta modificación al Art. 268 del Código Procesal Penal, mediante una sentencia casatoria, al obligar a los fiscales y jueces, tener en

cuenta un nuevo presupuesto para el requerimiento y determinación de la prisión preventiva afecta el principio de legalidad.

3.2. Contratación de Hipótesis General

Al iniciar el trabajo de investigación formulamos la siguiente hipótesis general: Existe relación entre el requisito adicional de proporcionalidad de la prisión preventiva la misma que vulnera el Principio de Legalidad en los procesos con sentencia casatoria del Distrito Judicial de Huánuco – 2016.

A la luz de los resultados obtenidos se ha logrado contrastar la hipótesis general, pues es correcto afirmar que a raíz de la publicación de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, la misma que es vinculante y por ende de aplicación supletoria, la misma que ha establecido que en los requerimientos de prisión preventiva y al fundamentar la misma, por parte de Fiscal y Juez, respectivamente que se amplía también a todos los operadores jurídicos, la presencia obligatoria de dos presupuestos adicionales como lo son la Proporcionalidad y la Duración de la medida, siendo que ello es así y considerando que la muestra conoce el contenido y alcances del Art. 268 del Código Procesal Penal que dispone los requisitos de la prisión preventiva, además de conocer los alcances de la sentencia casatoria; 100.0% de la muestra.

Al respecto cabe precisar que sólo para el 40.0% de la muestra jueces y fiscales, el presupuesto adicional de proporcionalidad, que debe valorarse en los trámites de prisión preventiva es el correcto; pero para una gran mayoría esto no es así, teniendo en cuenta que el presupuesto de proporcionalidad ya se valora en su conjunto cuando se analizan los tres presupuestos que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal, por ende es redundante volver a ser sustentado y analizado como un nuevo presupuesto adicional, como lo ha establecido el 100.0% de la muestra.

En tal sentido, de los resultados se confirma que el presupuesto adicional de proporcionalidad de la medida que dispone la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua ha modificado el Art. 268 del Código Procesal Penal, así lo confirmó el 80.0% de jueces y el 90.0% de fiscales lo que ha vulnerado el principio de legalidad, pues para sustentar o requerir la prisión preventiva, y para fundamentarla, ya no se recurre al Artículo 268 del Código Procesal Penal que es la ley o norma que la fundamenta, sino a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua.

CONCLUSIONES

Primera Conclusión

Se logró establecer que desde la expedición de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, esto es desde el 30 de Junio del 2015, como doctrina jurisprudencial vinculante, se exige al fiscal considerar en su requerimiento escrito de prisión preventiva, además de los tres presupuestos que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal, la proporcionalidad de la medida, que abarca tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad; en ese sentido, la valoración y análisis de dicho presupuesto adicional por el juez; lo cual se relaciona con la vulneración al principio de legalidad que implica la división de poderes del estado; es decir, la ley penal formalmente aprobada que sigue rigurosamente el procedimiento legislativo debe emanar exclusivamente del Poder Legislativo, siendo la única fuente formal del Derecho Penal y solo puede ser derogada por otra ley.

Segunda Conclusión

Se logró llegar a conocer que los criterios que establece la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua; respecto del requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva resulta redundante, pues sus fundamentos se encuentran intrínsecamente establecidos en el contenido de los presupuestos que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal: elementos de convicción fundados y graves elementos de convicción, pronóstico de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad y peligro procesal, pues una medida será proporcional en la medida que concurren los tres presupuestos que la norma dispone; por lo tanto pueden ser valorados y subsumidos en los presupuestos materiales de la prisión preventiva conforme lo corroboraron el 100% de la muestra 05 jueces y 20 fiscales (Ver Tabla N° 2)

Tercera Conclusión

Se ha llegado a determinar que el requisito de proporcionalidad como presupuesto material adicional a lo establecido en el Art. 268 del Código Procesal Penal, que debe valorarse en las audiencias y resoluciones de prisión preventiva, a partir de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua de carácter vinculante para todos los casos de prisión preventiva; ha modificado el citado artículo de la norma procesal penal, por lo tanto ha afectado el Principio de Legalidad en su dimensión formal que señala que las normas jurídicas solo pueden ser emanadas por el órgano legislativo por razones de interés general así también lo confirmó el 80.0% de los 05 jueces y el 90.0% de los 20 fiscales encuestados (Ver Tabla N° 3)

Cuarta Conclusión

Desde la expedición de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua, se viene aplicando en todos los casos de prisión preventiva, a la fecha cinco presupuestos, es decir los tres que ya se venían teniendo en cuenta, de acuerdo al Art. 268 del Código Procesal Penal, a los que se adiciona la proporcionalidad y duración de la medida pues para sustentar o requerir la prisión preventiva y para fundamentarla, en la práctica ya no se recurre al Artículo 268 del Código Procesal Penal que es la ley o norma que la fundamenta, sino a la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua (Ver Tabla 4).

SUGERENCIAS

Primera Sugerencia

Se sugiere al Poder Judicial, revisar la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua considerando vigésimo cuarto, del 30 de Junio del 2015, a efectos que la misma no tenga la calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, es decir, que su aplicación no sea exigible a los operadores jurídicos en todo el país, en la medida que los dos presupuestos adicionales, entre ellos la proporcionalidad, vulnera el principio de legalidad de la prisión preventiva, pues además de los tres presupuestos que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal se tiene en cuenta la proporcionalidad de la medida, que abarca tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Segunda Sugerencia

Se sugiere que los criterios que establece la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua; respecto del requisito adicional de proporcionalidad de la medida coercitiva personal de prisión preventiva, no sea exigible, en todos los casos de prisión preventiva pues es redundante, ya que sus fundamentos se encuentran intrínsecamente establecidos, subsumidos y valorados en el contenido de los presupuestos materiales de la prisión preventiva que establece el Art. 268 del Código Procesal Penal: elementos de convicción fundados y graves, pronóstico de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad y peligro procesal.

Tercera Sugerencia

Se sugiere que una norma jurídica como es el caso del Art. 268 del Código Procesal Penal que establece tres requisitos de valoración para la prisión preventiva, no sea modificada por la sentencia casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua ya que ello afecta el principio de legalidad. Los magistrados de la Corte Suprema cumplen un rol importante en el desarrollo de la jurisprudencia, sin embargo, deberían garantizar el principio de legalidad de las normas jurídicas en un estado democrático de derecho, la seguridad jurídica y la división de poderes del estado.

Cuarta Sugerencia

Se sugiere la no exigencia del criterio de proporcionalidad como presupuesto material de la prisión preventiva contenido en el fundamento vigésimo cuarto de la Sentencia Casatoria N° 626 – 2013 – Moquegua. No se trata de que el fundamentar o motivar la proporcionalidad de la prisión preventiva constituya de por sí un nuevo requisito o presupuesto material para su imposición, sino que es un deber que tiene tanto la parte requirente (representante del Ministerio Público) como del Juzgador que ha de imponerla, y que dicho sustento debe hacer interpretando de manera sistemática con otras normas que consagra la Constitución y el propio Código Procesal Penal, los cuales más allá de ser normas rectoras que deben considerarse al requerir la imposición de esta medida de coerción, constituyen el sustento del principio de proporcionalidad el cual le es inherente también a cualquier otra medida.

BIBLIOGRAFÍA

- Amoreti Pachas, M. (2008). *Prision preventiva*. Lima: Magna Ediciones.
- Burgos Mariño, V. (2002). *El proceso penal peruano, una revision sobre su constitucionalidad*. *Revista peruana de doctrina & jurisprudencias penales*, 3. Lima: Gaceta Jurídica
- Burgos Mariño, V. (2010). *La prision preventiva en el nuevo codigo procesal peruano*. Lima: Palestra.
- Burgos Mariño, V. (2010). *La prision preventiva en el nuevo codigo procesal penal*. Trujillo: Blg.
- Cazau, P- (2006). *Introducción a la investigación de ciencias sociales*. 3° Ed. Buenos Aires: Uteg.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano teoria y practica de su implementacion*. Lima: Palestra.
- Del Rio Labarthe, G. (2008). *La prision preventiva en el nuevo codigo procesal penal*. Lima: Ara.
- Eguiguren Praeli, F. (2002). *El derecho a la libertad personal: contenido restricciones y proteccion frente a detenciones arbitraria*. Lima: Ara.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación científica*. 6° Edición. Ciudad de México. Mc. Hill Editores.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y litigacion*. Lima: Idemsa.
- Ore Guardia, a. (1996). *Manual de dercho procesal penal*. Lima: Alternativas.
- Reátegui Sánchez, J. (2006). *En busca de la prision preventiva*. Lima: Jurista.
- Rodriguez Sol, L. (2010). *Registro domiciliaria y prueba ilicita*. Granada: Comares.
- Rosas Yataco, J. (2013). *Tratado de derecho procesal penal volumen I*. Lima : Instituto Pacífico SAC
- San Martin Castro, C. (2003). *Derecho procesal pena volumen II*. Lima: Grijley.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Taboada Pilco, gG (2009). *Jurisprudencia y buenas practicas en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Reforma S.A.C.
- Urquizo Oleachea, j. (2009). *Detención (academia de la magistratura)*. Lima: Idemsa.

ANEXOS