



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo

**CURSO “MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL NUEVO
CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

**Elaborado por el
Dr. Roberto Cáceres Julca**

2017

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Pedro Gonzalo Chávarry Vallejos
Presidente del Consejo Directivo

Dr. César Hinojosa Pariachi
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Héctor Lama More – Consejero

Dr. Jorge Salas Arenas – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dr. Ernesto Lechuga Pino - Director General

Dr. Luis Alberto Pacheco Mandujano - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Martín Navarro Gonzales

El presente material del Curso “Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal”, ha sido elaborado por el Dr. Roberto Cáceres Julca para la Academia de la Magistratura, en julio de 2016.

PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ

SILABO

NOMBRE DEL CURSO "Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal."

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Actualización y Perfeccionamiento.
Horas Lectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Roberto Cáceres Julca

II. PRESENTACIÓN

Las medidas de coerción procesal son un conjunto de facultades que tiene los sujetos legitimados, para incoar una medida que limita de derechos fundamentales del imputado en el caso de las medidas coercitivas personales, tales como la libertad, el trabajo, la salud, o en el caso de las medidas coercitivas reales, tal como el patrimonio, etc., que afecten al imputado u al tercero civil responsable.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Conoce y analiza los alcances, limitaciones de las medidas de coerción personal y real; así como los principio y derechos que inciden en la valoración de una medida de coerción, teniendo en cuenta los presupuestos materiales de dichas medidas, que luego el discente aplicara en su quehacer profesional.

Capacidades Terminales:

- Diferencia la utilidad y pertinencia que corresponde a cada medidas de coerción acorde a la finalidad cautelar para la cual se pretende su imposición.

- Identifica el momento procesal oportuno para la solicitud de una medida coercitiva.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>Primer capítulo: El principio de proporcionalidad</p> <p>I. I. El principio de idoneidad I. II. El principio de necesidad I. III. El principio de proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p>Segundo capítulo: El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales.</p> <p>I.I. Elementos que debe contener el auto que declara fundada una medida de coerción procesal.</p> <p>Tercer capítulo: El Derecho fundamental a la presunción de inocencia</p> <p>I.I. La regla de tratamiento procesal del imputado.</p>	<p>Para el desarrollo del Curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.</p>	<p>Aprecia la importancia de los fundamentos constitucionales de las medidas de coerción.</p>
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luis Castillo Cordova. 2) Contra la Inocencia. Alberto Bovino. 3) La libertad personal en el sistema interamericano. Alberto Bovino 4) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014 		

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>Primer capítulo: La detención domiciliaria</p> <p>I.I. Casos en los que procede la detención domiciliaria</p> <p>A. Enfermedad grave</p> <p>B. Madre gestante</p> <p>I. II. Lugar donde debe cumplirse la detención domiciliaria</p> <p>I.III. Presupuestos constitucionales de la detención domiciliaria</p> <p>I.IV. Presupuestos materiales de la detención domiciliaria.</p> <p>A. Apariencia del delito</p> <p>B. El peligro procesal</p> <p>Segundo capítulo: El impedimento de salida del país</p> <p>I. Presupuestos constitucionales</p> <p>II. Presupuestos materiales del impedimento de salida del país</p> <p>A. Apariencia del delito</p> <p>B. Peligro Procesal: Peligro de fuga</p> <p>B.1. El tiempo de avance del proceso como</p>	<p>Para el desarrollo del Curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.</p>	<p>Aprecia la importancia del conocimiento de las medidas coercitivas personales.</p>

<p>elemento a valorar para decretar el impedimento de salida del país C. Prognosis de pena mayor de 4 años.</p> <p>Tercer capítulo: III. La prisión preventiva</p> <p>I. La argumentación de los presupuestos materiales A. Fundados y graves elementos de convicción B. La prognosis de la pena C. El peligro de fuga D. El arraigo E. La gravedad de la pena como sustento del peligro de fuga F. La magnitud del daño causado G. La pertenencia a una organización criminal.</p> <p>II. El plazo razonable de la prisión preventiva.</p> <p>III. Cesación de la prisión preventiva</p> <p>III.I. Presupuestos de la cesación de la prisión preventiva</p>		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Casación Penal N° 631-2015-Arequipa. • Exp. N° 0171-2012-87-1401-SP-PE-01-Sala Apelaciones Ica 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay. San Martín Castro, César.</p>		

- 2) La verificación coercitiva. La confirmación, demostración y convicción respecto de la peligrosidad procesal del imputado. Diego Dei Vecchi.
- 3) Límites normativos a la prisión preventiva. Diego Camaño Viera.
- 4) La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gonzalo Del Río Labarthe
- 5) Casación 626-2013-Moquegua.
- 6) Circular sobre prisión preventiva N° 325-2011.

UNIDAD III: MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>Primer capítulo: Fundamento de las medidas coercitivas reales</p> <p>I. Definición y contenido de las medidas coercitivas reales</p> <p>I.I. Clasificación de las medidas coercitivas reales</p> <p>I.II. Componentes que forman el quantum de la medida de coerción real</p> <p>II. Clases de medidas cautelares reales</p> <p>1. La Caución</p> <p>A. 1. La calidad de la caución</p> <p>A. 2. El <i>quantum</i> de la caución</p> <p>A. 3. Parámetros que el juez debe considerar para determinar el <i>quantum</i> de la caución</p> <p>A. 4. Clases de caución</p> <p>A. 5. Presupuestos materiales de la caución</p> <p>A. 6. La</p>	<p>Para el desarrollo del Curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.</p>	<p>Aprecia la importancia del conocimiento de las medidas de coerción real.</p>

<p>contracautela</p> <p>A. 7. Revocación de la comparecencia con restricciones por incumplimiento del pago de la caución</p> <p>2. El embargo.</p> <p>B. 1. Características</p> <p>B. 2. Formas de embargo</p> <p>3. La Incautación</p> <p>C. 1. Clases de Incautación</p> <p>1. Incautación instrumental o cautelar.</p> <p>2. La incautación conservativa</p> <p>C. 2. Presupuesto materiales de la incautación sin autorización judicial</p> <p>C. 3. Devolución o entrega del bien o cosa incautada.</p>		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Casación Penal N° 631-2015-Arequipa. • Exp. N° 0171-2012-87-1401-SP-PE-01-Sala Apelaciones Ica 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) Presupuesto de las Medidas Cautelares Reales. Coral Aranguena Fanega.</p>		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pág. 10. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>
- ARANGUENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español. Editorial J. M Bosch Editor, Barcelona, 1991
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, pág. 130.
- BERIZONCE, Roberto Omar. "Fin social del proceso y la importancia de los hechos". En Los hechos en el proceso civil. Director MORELLO, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003.
- CASTILLO, CÓRDOVA. Luis. "Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención". Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 137, abril 2005.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge. El embargo de bienes. José M. Bosch, Barcelona, 1957
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116". En Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 18, diciembre 2010.
- D' ÁLBORA, Francisco, J. Código Procesal Penal de la Nación. Ley N° 23.984 Anotado, Comentado y Concordado, 6° Edición. Editorial Lexis Nexos- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- DE HOYOS SANCHO, Monserrat. La detención por delito. Editorial Arazandi, Navarra, 1998.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores, Lima, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Cándido, GARBERI LLOBREGAT, José. Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia. Tomo IV. Editorial José María Bosch. Barcelona, 2000
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex, Madrid, 2004.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Las obligaciones básicas de los jueces. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona, 2005.
- HIGHTON Elena, GREGORIO, Carlos y ÁLVAREZ Gladys. "Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes". En Revista de Derecho de Daños, 2004-3, Determinación Judicial del daño-1, Santa Fe, 2005.
- KIELMANNOVICH, Jorge L. medidas cautelares. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
- LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. En: La criminalidad organizada. "Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos". Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001, Madrid.
- LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. "Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988". Derecho Procesal XXI Jornada Iberoamericana. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2008.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión preventiva. Límites constitucionales. Editorial Grijley, Lima, 2016.
- MARTEL CHANG, Rolando. "Medidas cautelares en el proceso civil. Algunas reflexiones sobre el Código y la praxis judicial". Actualidad Jurídica Tomo 156, noviembre 2006. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. Proceso Penal y Libertad. Editorial Aranzadi. Navarra, 2008.
- MORA INZQUIERDO, Ricardo, SANCHEZ PRADA, María. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. Bogotá, 2007.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. "La coerción real y las consecuencias civiles ex delito". Revista Derecho y Sociedad N° 13 año IX, III etapa, Lima, junio 1998.
- ORÉ SOSA, Eduardo. Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado. Artículo disponible en:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

- PELÁEZ BARDALES, Mariano, El Proceso Cautelar, Editorial Grijley, Lima, 2005
- PICO I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías. La abstención y recusación. Editorial José María Bosch Editor. Barcelona, 1998.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- RIVAS Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho peruano. Jurista Editores, Lima 2005.
- RIVERA BURGOS, César. “La caución como supuesto de procedibilidad de las medidas cautelares y no de ejecutabilidad. Un enfoque constitucional”. REAE Jurisprudencia, Año III, N° 36, junio 2011, Ediciones Caballero Bustamante, Lima 2011.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, Tomo I.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2006
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Correlación y desvinculación en el proceso penal. Derecho procesal penal”. III Congreso Internacional 2005. Universidad de Lima.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: "Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño". Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rj/bases/guia1/gord.htm>
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito”. *Ius et veritas*, año XII, N° 25, noviembre 2002, Revista Editada por los Alumnos de la PUCP, Lima, 2002.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Responsabilidad civil y proceso penal: algunos aspectos procesales de la reparación civil. En Responsabilidad Civil, Tomo II, a cura de Juan Espinoza, VVAA, Editorial Rodhas, Lima, 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación”. *Ius et veritas* Año IX, N° 19, Lima, diciembre, 1999.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. “La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional Español. Los casos, fáciles, difíciles... trágicos”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho N.º 9, Madrid, año 2005/2006.
- VASQUEZ ROSI, Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal II, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997.

- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger "La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica: comentarios al precedente N° 120-2014-PCNM". En: Balance y desafíos a 20 años de funcionamiento. Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, 2015.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.
- Exp. N° 661-97-HC/TC. Lima 25 de setiembre de 1999.
- Exp. N° 1260- 2002-HC/TC. Lima 09 de julio del 2002.
- Exp. N° 2404-2003-HC/TC. Arequipa, 05 de agosto de 2004.
- Exp. N° 0731-2004-HC/TC. Lima, 16 de abril de 2004
- Exp. N° 1257-2005-PHC/TC. Lima, 13 de abril de 2005.
- Exp. N.° 1805-2005-HC/TC. Lima, 29 abril de 2005.
- Exp. N.° 6712-2005-PHC/TC. Lima, 20 de enero de 2006.
- Exp. N.° 2440-2007-PHC/TC, Lima, 25 de julio del 2007
- Exp. N.° 6201-2007PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008
- Exp. N° 02989-2012-PA/TC. Ayacucho. Lima, 14 de diciembre de 2012.
- Sala Penal Permanente. Segunda Sala Penal Especial. Exp. N.° AV. 03-2008-A. Lima, 25 de Julio de 2008
- Sala Penal Permanente RN N° 3100-2009. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011
- R.N. N° 3380-2006-ANCASH. Lima, 28 de enero de 2008, Vocal Ponente: Salas Gamboa, Gaceta Penal, N° 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2010
- RN N° 3182-2012-Callao, Lima, 7 de mayo de 2013, Sala Penal Transitoria, Ponente San Martín Castro. Fundamentos quinto y sexto
- Casación Civil N° 2544-97- Lima, El Peruano, 16 de agosto de 2000
- Casación Civil N° 2684-2001-Lima, 18 enero 2002, en: Jurisprudencia civil, Editora Normas Legales, 2002, Trujillo, Tomo I
- Casación Civil N.° 1438-99-Lima, El Peruano 30 de octubre de 2000
- Casación Penal N° 52-2009-Arequipa, Lima, 13 de julio de 2010
- Casación Penal N° 626-2013-Moquegua del 30 de junio de 2016
- Expediente N.° 2007-0015 Fl.31, 22 de enero de 2007
- Exp N° 2029-00-A-Lima, 26 de setiembre de 2000. En Actualidad Jurídica N° 143, octubre 2005
- Exp. 046-2005-A. Lima, 31 de octubre de 2005, Tercera Sala Penal Especial.
- Exp. N° 00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 27 de abril de 2011 Sala Penal de Apelaciones de Lima
- Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012 Sala Penal de Apelaciones Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, fundamento décimo séptimo
- Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116, fundamento jurídico 8.
- Reglamento de Cadena de Custodia, Resolución N° 729-2006-MP-FN, Lima 15 de julio de 2006.
- Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 325-2011-P-PJ- Circular sobre Prisión Preventiva.
- Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 029-2011-SP-CS-PJ- Disposiciones sobre la medida de detención domiciliaria en el proceso penal.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, párrafo 41.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenez López, Sentencia del 4 de julio de 2006.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal” en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas – Sede Lambayeque. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: La violencia, violencia de género y violencia contra los miembros del entorno familiar, y estrategias de prevención y sanción de los actos de violencia contra la mujer y los miembros del entorno familiar desde un punto de vista multidisciplinario.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar las Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal, acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Las medidas de coerción procesal son un conjunto de facultades que tiene los sujetos legitimados, para incoar una medida que limita de derechos fundamentales del imputado en el caso de las medidas coercitivas personales, tales como la libertad, el trabajo, la salud, o en el caso de las medidas coercitivas reales, tal como el patrimonio, etc., que afecten al imputado u al tercero civil responsable.

Lo trascendente es que las medidas de coerción, es no son sanciones anticipadas, que tengan por finalidad causar una afectación irreversible a los derechos del sujeto pasivo de la acción, sino buscan prevenir acciones tendientes evitar obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión o a no hacer efectivo el pago de la reparación civil.

En este contexto el discente no debe plantearse las medidas de coerción como si fueran un mecanismo para facilitar la investigación, sino como una alternativa extrema, que se aplica cuando el sujeto pasivo denote una conducta obstruccionista impida la emisión de un pronunciamiento de fondo u haga infectivo el pago de la reparación civil.

INDICE

Presentación.....	11
Introducción.....	12
UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL	14
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	
Preguntas Guía.....	20
PRIMER CAPITULO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	21
I.I. EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD.....	22
I.II. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD.....	22
I.III.EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	23
SEGUNDO CAPITULO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	24
I.I. Elementos que debe contener el auto que declara fundada una medida de coerción procesal.....	26
TERCER CAPITULO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	29
I.I. La regla de tratamiento procesal del imputado.....	29
Resumen.....	31
Lecturas obligatorias.....	
Casos.....	
UNIDAD II: MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL.....	34
Preguntas Guía.....	35
PRIMER CAPITULO: LA DETENCIÓN DOMICILIARIA.....	36
I.I. Casos en los que procede la detención domiciliaria.....	37
A. Enfermedad grave.....	37
B. Madre gestante.....	41
I.II. Lugar donde debe cumplirse la detención domiciliaria.....	41
I.III. Presupuestos constitucionales de la detención domiciliaria.....	42
I.IV. Presupuestos materiales de la detención domiciliaria.....	46
A. Apariencia del delito.....	46

B. El peligro procesal.....	47
SEGUNDO CAPITULO: EL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS.....	49
I. Presupuestos constitucionales.....	49
II. Presupuestos materiales del impedimento de salida del país.....	52
A. Apariencia del delito.....	52
B. Peligro Procesal: Peligro de fuga.....	53
B.1. El tiempo de avance del proceso como elemento a valorar para decretar el impedimento de salida del país.....	54
C. Prognosis de pena mayor de 4 años.....	54
TERCER CAPÍTULO: III. LA PRISIÓN PREVENTIVA	55
I. La argumentación de los presupuestos materiales.....	55
Fundados y graves elementos de convicción.....	63
B. La prognosis de la pena.....	65
C. El peligro de fuga.....	67
D. El arraigo.....	68
E. La gravedad de la pena como sustento del peligro de fuga.....	69
F. La magnitud del daño causado.....	70
G. La pertenencia a una organización criminal.....	71
II. El plazo razonable de la prisión preventiva.....	72
III. Cesación de la prisión preventiva.....	76
III.I. Presupuestos de la cesación de la prisión preventiva.....	78
Resumen.....	
Lecturas obligatorias.....	
Casos.....	
UNIDAD III: MEDIDAS DE COERCIÓN REAL.....	91
Preguntas Guía.....	
PRIMER CAPÍTULO: FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES.	93
I. Definición y contenido de las medidas coercitivas reales.....	93
I. Clasificación de las medidas coercitivas reales.....	95
II. II. Componentes que forman el quantum de la medida de coerción real.....	96
II. Clases de medidas cautelares reales.....	103
A La Caución.....	103
A. 1. La calidad de la caución.....	105

A. 2. El <i>quantum</i> de la caución.....	106
A. 3. Parámetros que el juez debe considerar para determinar el <i>quantum</i> de la caución.....	107
A. 4. Clases de caución.....	108
A. 5. Presupuestos materiales de la caución.....	108
A. 6. La contracautela.....	110
A.7. Revocación de la comparecencia con restricciones por incumplimiento del pago de la caución.....	112
B. El embargo.....	114
B. 1. Características.....	115
B. 2. Formas de embargo.....	118
C. La Incautación.....	123
C. 1. Clases de Incautación.....	124
1.- Incautación instrumental o cautelar.....	125
2.- La incautación conservativa.....	129
C. 2. Presupuesto materiales de la incautación sin autorización judicial.....	134
C. 3. Devolución o entrega del bien o cosa incautada.....	135
Resumen.....	
Lecturas obligatorias.....	
Casos.....	

UNIDAD I

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los principios y derechos que inciden en la valoración de una medida de coerción?
2. ¿Cómo intervienen los principios y derechos en la valoración de las medidas de coerción?

PRIMER CAPITULO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad es una regla que “ofrece una estructura argumentativa que orienta el razonamiento allí donde existen diversas alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar en cuenta todos los argumentos materiales a favor y en contra del juicio de validez de la norma adscrita que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad; norma que a su vez señala el contenido *ius* fundamental que resulta vinculante (...) bajo circunstancias del caso”.¹

Este principio constitucional se encuentra consagrado en el artículo 200°, último párrafo de la Constitución cuando prescribe que:

“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la *proporcionalidad* del acto restrictivo”.

Su configuración expresa como presupuesto para la imposición de toda medida cautelar, se desarrolla en el segundo párrafo del artículo 253° del Código Procesal Penal. En el ámbito de las medidas coercitivas el principio de proporcionalidad además de imponer como exigencia que la restricción del derecho se encuentre entre los supuestos que la ley permite aplicar, comporta como exigencia que se escoja de entre ellas, la que más se ajusta al caso en concreto en un momento espacial y temporal determinado.

El análisis de una medida coercitiva desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, exige una triple evaluación de sus tres sub principios, que se entrelazan entre sí de forma copulativa: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios y derechos constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

“Así una medida que afecta un derecho constitucional será proporcionado sólo si supera los tres mencionados juicios; o dicho de otro modo, la medida será constitucional sólo si es una medida adecuada, necesaria y equilibrada”.² Lo anotado representa que el juicio de proporcionalidad debe comportar la evaluación de las tres reglas o sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación que en conjunto forman el principio de proporcionalidad.

¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, pág. 130.

² CASTILLO, CÓRDOVA. Luis. “Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención”. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 137, abril 2005, pág. 163..

I.I EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD

El principio de idoneidad es una *regla de decisión* y comporta la elección de aquella medida cautelar que sobresalga por su eficacia para cautelar los fines del proceso, pero que a su vez sea la que restringe en menor medida los derechos del procesado que se pretenden limitar.

“La idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo (la medida cautelar) y el fin que justifica dicho tratamiento”.³ De este modo la imposición de una medida de coerción será adecuada al fin procesal, si contribuye a obtener el resultado que se pretende (sujeción del imputado al proceso), si no lo hace o se aleja de él, es inidóneo por comportar una mayor afectación a los derechos fundamentales de lo permitido constitucionalmente.

En otros términos no es suficiente alegar o identificar un derecho fundamental protegido, sino que es necesario explicitar porque es necesario que la limitación que sufre el derecho a la libertad u otro derecho es apropiado para lograr el fin cautelar que justifica su restricción.

I.II. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

El principio de necesidad es una *regla de decisión* que parte de la concepción de que la determinación de una medida cautelar en particular, debe primero observar la no existencia de una medida alternativa de similar o igual efectividad de aquella que se pretende imponer, si existiera esta, debe elegirse aquella que comporte una menor lesión a derechos que se pretende restringir.

Así el sub-principio de idoneidad consiste en evaluar todas las medidas cautelares efectivas y elegir de entre aquella medida alternativa menos gravosas, pero que a su vez sea la más eficaz de las analizadas. Lo anotado significa que “se trata de una regla comparativa, pues en su aplicación no basta con examinar aisladamente el contenido de la medida objeto de examen, sino que obliga a la búsqueda de medidas alternativas suficientemente idóneas para la consecución del fin pretendido, de entre ellas, solo se afirmará necesaria la menos gravosa para el derecho afectado por la intervención, por lo que esta manera se obtiene la máxima eficacia de los derechos fundamentales limitados. No es bastante con la eliminación de las medidas excesivamente gravosa, más aún, es necesario excluir todas aquellas medidas que no sean las menos lesivas de todas las que presentan la aptitud suficiente para la realización del fin”.⁴

³ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 142.

⁴ DE HOYOS SANCHO, Monserrat. La detención por delito. Editorial Arazandi, Navarra, 1998, págs. 68, 69.

I.III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

"La proporcionalidad *strictu sensu* es una regla valorativa, ponderativa y material, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de limitación".⁵

Éste sub-principio implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido por la norma procesal, lo que supone armonizar el sacrificio de forma que sea adecuado e indispensable para sujetar al imputado al proceso.

Dicho de otro modo, la proporcionalidad en estricto sentido exige como justificación jurídica para imponer detención domiciliaria, que esta sea menos aflictiva a otras alternativas, por lo que el medio empleado (medida de coerción) y el fin que se pretende lograr (sujetar al imputado al proceso) son dos variables que deben estar en armonía.

⁵ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ibidem, pág. 150.

SEGUNDO CAPITULO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El derecho a la motivación se encuentra previsto en el artículo 139.5° de la Constitución, cuando señala:

“La motivación escrita de todas las resoluciones en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustente”.

Asimismo la motivación de las resoluciones judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139.3° de la Constitución y en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental y una garantía procesal de toda persona por la cual los jueces y tribunales de justicia los actos de decisión requieren para ser legítimas argumentación sobre la cual se construya una solución al problema planteado.

La motivación jurídica se extiende a las bases fácticas, jurídicas y probatorias en que se apoya la decisión que se ha tomado. “Existen dos tipos de justificaciones, por un lado una justificación interna y, por el otro, una justificación externa. En la primera, la argumentación lógica se encuentra, fundamentalmente, implícita, pues la labor justificativa de una decisión se basa en un silogismo jurídico. En la segunda, se parte de que tanto la premisa normativa como la fáctica presentan dudas, por lo tanto, es preciso presentar argumentaciones adicionales a favor de las premisas, o sea, argumentaciones materiales y dialécticas”.⁶ Mientras que la argumentación es la forma de expresar, manifestar y de defender el discurso justificativo.

En expresión de la Corte Suprema:

“La motivación de las resoluciones debe ser ordenada, fluida y lógica, acorde a las reglas del razonamiento o buen pensar lo que también es presupuesto de garantía de un debido proceso”.⁷

Los mismos presupuestos son exigidos desde la perspectiva jurídica, al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho de motivación implica que en los considerandos de la resolución debe quedar perfectamente claro el razonamiento lógico jurídico por el cual se llega a una determinada conclusión. En ella deben constar los fundamentos de hecho y de derecho que de manera suficiente y razonada lleven al fallo”.⁸

⁶ VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. “La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional Español. Los casos, fáciles, difíciles... trágicos”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho N.º 9, Madrid, año 2005/2006. pág. 208.

⁷ Casación Civil N.º 1438-99-Lima, El Peruano 30 de octubre de 2000.

⁸ Exp. N.º 6712-2005-PHC/TC. Lima, 20 de enero de 2006.

Ahora bien la motivación permite comprobar que la actividad judicial ha sido legítima. Es legítima cuando esta comporta un cause formal y material.

a) Es formal cuando la resolución se materializa como producto de un determinado procedimiento. Esto significa que la medida de coerción debe ser impuesta por juez competente e imparcial.

b) Es material o sustantivo cuando el contenido de la resolución está justificado en base a la legalidad vigente, es decir, al sistema de fuentes del derecho, en cuya cúspide se encuentra la Constitución (principios como proporcionalidad, razonabilidad, presunción de inocencia, etc.), y las otras normas de derecho que correspondan aplicar al caso en concreto además del Código Procesal Penal (Acuerdos Plenarios, Ejecutorias Supremas Vinculantes, Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 325-2011-P-PJ- Circular sobre Prisión Preventiva, Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 029-2011-SP-CS-PJ- Disposiciones sobre la medida de detención domiciliaria en el proceso penal, etc.) y de las cuales se pueda identificar cual ha sido el juicio lógico que fundado en criterios jurídicos razonables, ha presidido la articulación o subsunción del hecho concreto en el precepto normativo aplicado.

Las medidas de coerción exigen una razonamiento expreso, que delimite el objeto de debate y que precise e individualice la existencia de cada uno de los presupuestos materiales y constitucionales a los que se refiere la norma procesal, por lo que la fundamentación es exigible tanto para la imposición de una medida cautelar, como para su desestimación, modificación, sustitución o revocación.

Se trata de una motivación reforzada exigible constitucionalmente, al respecto la Corte Suprema señala que:

“(...) las medidas de coerción personal son el ejercicio de la violencia Estatal formalizada dirigida a la restricción de la libertad de la persona humana formalmente imputada de un delito con el objeto de alcanzar los fines del proceso y esencialmente garantizar la presencia del imputado en el proceso (por lo que) el rigor de la motivación de la medida de coercitiva decidida aumenta”.⁹

Para que una resolución se encuentre motivada, es necesario que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, además debe permitir el control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. No es exigible una determinada extensión o intensidad o alcance de la motivación, o una respuesta detallada a cada argumento, ni una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha

⁹ Sala Penal Permanente. Segunda Sala Penal Especial. Exp. N.º AV. 03-2008-A. Lima, 25 de Julio de 2008.

llevado al juez a adoptar su decisión, basta que la resolución conste de modo claro cuál ha sido la concreta interpretación y aplicación del Derecho.

La motivación de toda medida de coerción como ya ha sido anotado requiere un razonamiento individualizado respecto de los presupuestos en que se sostiene su dictado, este es producto de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales que se presentan en el caso en concreto.

Este razonamiento parte de dar por válido temporalmente una de las dos pretensión en juego, la Fiscal que busca limitar un derecho fundamental en aras de salvaguardar el adecuado curso del proceso y de la defensa, que busca evitar o limitar en la mayor medida posible los efectos criminógenos que una medida de coerción ocasionaría en su patrocinado.

I.I. Elementos que debe contener el auto que declara fundada una medida de coerción procesal

Corresponde al juez decidir si los hechos puestos a debate fundamentan tal o cual pretensión o resistencia, el cual debe plasmarse en la resolución judicial conforme lo establece el artículo 254°.2 del CPP bajo sanción de nulidad. De esta se requiere:

a) Descripción sumaria de los hechos incriminados. MONTERO AROCA afirma que "admitido es que el hecho es el elemento determinante de la configuración del objeto del proceso y que el mismo no puede dejar de presentarse desde una cierta perspectiva jurídica, pues incluso el inicio de la fase del procedimiento preliminar depende de que se considere que ese hecho puede ser delictivo (...)".¹⁰ El hecho procesal se trata de un relato claramente circunscrito e identificado como un hecho pasado ocurrido en el mundo natural en todos sus contornos.

El Fiscal es quien determinara los marcos por la que se desarrollara la investigación y el proceso y ello supone congruencia entre los hechos investigados y la norma objeto de subsunción, comportando concordancia entre el núcleo fáctico esencial y el jurídico.

b) Los elementos de convicción. El juez debe evaluar la suficiencia de la imputación, en especial la verosimilitud y credibilidad de los indicios y/ o de los elementos probatorios. El análisis concreto de la situaciones fácticas que ameritan la imposición de una determinada medida cautelar se extiende a una evaluación de cada supuestos material que individual y conjuntivamente se presente vinculando lógicamente a la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan. Proceso Penal y Libertad. Editorial Aranzadi. Navarra, 2008, pág. 331.

c) Las finalidades que se persiguen con la imposición de una determinada medida coercitiva.- Toda medida cautelar que pretenda restringir válidamente el derecho a la libertad ambulatoria o a la disposición patrimonial debe ser capaz de responder a las siguientes interrogantes:

- ¿Por qué y para que se priva o limita la libertad ambulatoria del imputado?
- ¿Cuál es el beneficio que el proceso penal obtiene restringiendo la libertad del procesado?
- ¿Cuál es el riesgo relevante que se persigue evitar?
- En qué elementos se funda el criterio razonable que amerita la adopción de la medida cautelar?

La necesidad de responder a las preguntas precitadas deviene de que la imposición de una medida de coerción requiere de una motivación reforzada, supuesto que se presenta cuando se limitan o coartan derechos fundamentales, en estos casos se hace necesaria un tipo de justificación que permita a los justiciables conocer las razones del sacrificio de su derecho, su justificación posibilita la defensa del justiciable afectado tanto por vía ordinaria como por vía constitucional.

Si se responde las preguntas anotadas aunque sea someramente nos encontraremos ante una justificación fáctica válida que permitirá ingresar a analizar la fundamentación jurídica.

d) La fijación del término o de duración de la medida coercitiva. Se debe determinar el marco temporal de la imposición de la medida de coerción acorde a los supuestos máximos que permite la ley.

e) El respaldo legal y constitucional que ampara las pretensiones puestas a debate. El juez debe realizar un análisis de forma y de fondo sobre si el razonamiento propuesto se adecua o no dentro de los marcos de interpretación que permite la norma invocada. Al respecto la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 20132 incorpora un último párrafo en el artículo 286° del CPP que señala:

"(...) el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión".

Se trata de una cláusula que exige una motivación reforzada, tanto si impone la medida coercitiva personal o real pretendida, como si declara infundado la pretensión cautelar.

La adopción de cualquier medida coercitiva debe contener un juicio ponderado y congruente sobre la concurrencia de los presupuestos materiales y del fin constitucionalmente legítimo que se persigue.

La adecuación debe entenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, delimitado por los elementos subjetivos-partes, y objetivos- causa de pedir y *petitum*.

El fundamento jurídico que se exponga debe integrar la normatividad vigente del sistema jurídico, lo que comporta su consonancia o coherencia¹¹ con el ordenamiento jurídico en su conjunto, para ello se puede utilizar como parámetro interpretativo los Acuerdos Plenarios, las Ejecutorias Supremas Vinculantes, la Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 325-2011-P-PJ- Circular sobre Prisión Preventiva, la Resolución Administrativa de la Corte Suprema de Justicia N° 029-2011-SP-CS-PJ- Disposiciones sobre la medida de detención domiciliaria en el proceso penal, las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional (Exp. N° 3711-2004-HC/TC-Lima referido a los criterios de duración de la prisión preventiva, Exp. N° 2496-2004-PHC/TC-La Oroya referido a los límites a la libertad personal) entre otras que surjan y sean aplicables a una medida de coerción.

¹¹ La coherencia es el discurso lógico reflejado en la pretensión o en la decisión judicial.

TERCER CAPITULO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este derecho constituye el fundamento de las garantías judiciales al establecer un estado jurídico favorable a todo justiciable, por el cual debe ser tratado como inocente hasta que exista una sentencia firme que determine lo contrario; “para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”.¹²

El tratamiento de no culpable se realiza desde que el justiciable es investigado hasta que exista una sentencia firme o una decisión que tenga la calidad de firme. Este derecho fundamental se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, en el artículo 2.24° literal “e” cuando señala:

Que toda persona tiene derecho, a la libertad y a las seguridades personales. En consecuencia:

“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Este derecho fundamental se desarrollada en concretas garantías en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.
2. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

I.I. La regla de tratamiento procesal del imputado

El derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de tratamiento se configura como un criterio informador respecto de la forma y el modo en que debe ser tratado el sujeto pasivo del proceso, el imputado.

Se identifica así la prohibición de considerar al imputado como culpable hasta la sentencia condenatoria firme, siempre que esta se sustente en la

¹² D’ ÁLBORA, Francisco, J. Código Procesal Penal de la Nación. Ley N° 23.984 Anotado, Comentado y Concordado, 6° Edición. Editorial Lexis Nexos- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 25.

convicción judicial de culpabilidad del acusado, por tanto, durante el proceso rige una presunción *iuris tantum* a favor del imputado.

“Con respecto a la presunción de inocencia se ha señalado anteriormente (STC 01382-2006-PHC/TC, FJ 2) que “parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia está vinculado también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada mediante una mínima actividad probatoria”.¹³

“Como regla de tratamiento del imputado, la presunción de inocencia prescribe cualquier forma de anticipación de pena y obliga a plantearse la legitimidad de la prisión provisional. Como regla de juicio impone la asunción de pautas operativas propias de la adquisición racional de conocimiento y de la argumentación racional, por parte del investigador policial y procesal y del juez. Y asimismo precisa exigencias en materia de estatuto profesional de todos estos operadores”.¹⁴

La relación entre el derecho a la presunción de inocencia en su regla de tratamiento con las medidas de coerción, implican que toda medida de coerción parte de que el imputado es inocente, por lo que el instrumento cautelar no puede ser impuesta como pena, sanción adelantada o para evitar que se cometa nuevos delitos, solo es posible imponerla como mecanismo de protección del proceso, para evitar el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. “En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y además podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia”.¹⁵

Como dice BOVINO “el principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida”.¹⁶

¹³ Exp. N.º 2440-2007-PHC/TC, Lima, 25 de julio del 2007.

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pág. 10. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En torno a la jurisdicción. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 255.

¹⁶ BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D´Albora. BERTOLINO, Pedro, J, BRUZZONE Gustavo A. Editorial Lexis Nexos. Abededo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 209.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- Los principios y derechos constitucionales encuentran contenido al momento en que se produce la valoración de los presupuestos materiales, ingresan al análisis de la pretensión cautelar para moderar la misma o para imponer limitación la intensidad con que declare fundada la pretensión cautelar.
- Es un componente indispensable de toda medida coercitiva que se plantee, debata los principios y derechos constitucionales conjuntamente con los presupuestos procesales.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Cómo funciona el sub principio de necesidad en la imposición de una medida de coerción?

2) ¿Cómo funciona la regla de tratamiento del derecho a la presunción de inocencia en la imposición de una medida de coerción personal?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luis Castillo Cordova.
- 2) Contra la Inocencia. Alberto Bovino.
- 3) La libertad personal en el sistema interamericano. Alberto Bovino
- 4) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD II

MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es una medida de coerción personal?
2. ¿Cuáles son los presupuestos materiales de la prisión preventiva?
3. ¿Cómo se determina el plazo razonable de la prisión preventiva?

PRIMER CAPITULO: LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Se trata de una medida cautelar que afecta la libertad personal del individuo, impidiendo al imputado auto determinarse por su propia voluntad mediante la limitación del espacio físico en que puede transitar, de modo que se encuentre circunscrito a residir dentro de la localidad en que ejerce competencia el juzgado o la Sala que impone la detención domiciliaria.

Esta medida cautelar busca evitar el peligro de entorpecimiento de las investigaciones o de los actos de búsqueda de medios de pruebas¹⁷ "a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia".¹⁸

Para la Corte Suprema:

"La detención domiciliaria, fáctica y jurídicamente, se sitúa en una escala inmediatamente inferior a la detención judicial preventiva- es una medida de coerción intermedia, de nivel superior- porque importa la privación de la libertad personal, que incluso puede relativizarse aún más, en condiciones menos gravosas que la detención o la prisión".¹⁹

"El Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una restricción del derecho a la libertad personal en el arresto domiciliario; sin embargo, de ninguna manera puede equipararse a una detención preventiva o al cumplimiento de una pena privativa de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario".²⁰

Como se aprecia la detención domiciliaria se aplicaba solo en casos tasados, que favorecen a determinados procesados a los que se refiere el artículo 290°.1 del Código Procesal Penal.

I.1. Casos en los que procede la detención domiciliaria

Tal y como lo establece el artículo 290° del Código Procesal Penal:

1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

a. Es mayor de 65 años de edad.

¹⁷ "(...) el arresto domiciliario es una medida cautelar y no una sanción punitiva". Fundamentos del Magistrado Eto Cruz. Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

¹⁸ Exp. N.º 0731-2004-HC/TC. Lima, 16 de abril de 2004.

¹⁹ RN N.º 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría.

²⁰ Fundamentos de los votos singulares de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. Exp. N.º 6201-2007PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

- b. Adolece de una enfermedad grave o incurable.
- c. Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.
- d. Es una madre gestante.

2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución -pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273° al 277° del Código Procesal Penal.

5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez -previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

La norma establece un catálogo de casos en donde es admisible imponer detención domiciliaria, sujeto a que no exista peligro de fuga u obstrucción probatoria, conceptos que en extenso desarrollamos cuando se trata la prisión preventiva por lo que nos remitimos a dicho capítulo para una explicación detallada, a continuación desarrollamos los más trascendentes del artículo 290°.1 del CPP:

A. Enfermedad grave

Se trata de un concepto médico de naturaleza indeterminada, por el cual ciertas circunstancias objetivas y subjetivas concurren en la persona del imputado que deterioran su salud produciendo un debilitamiento del sistema natural de defensa del organismo o de aquellos que regulan el medio interno, y cuyo origen pueden ser de naturaleza casi siempre es fisiológica o mental y que en muchos casos se agrava por la edad, el estado físico, el sexo, el entorno u otros factores que pongan que se presenten en el caso concreto.

Estamos pues ante un catálogo abierto de enfermedades de diversa naturaleza y origen, por el cual nos remitimos a la clasificación de enfermedades graves elaborado por el Gobierno de Navarra²¹:

- a) Oncología: 1. Leucemia linfoblástica aguda. 2. Leucemia aguda no linfoblástica. 3. Linfoma no Hodgkin. 4. Enfermedad de Hodgkin. 5. Tumores del Sistema Nervioso Central. 6. Retinoblastomas. 7. Tumores renales. 8. Tumores hepáticos. 9. Tumores óseos. 10. Sarcomas de tejidos blandos. 11. Tumores de células germinales. 12. Otras neoplasias graves.
- b) Hematología: 13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida). 14. Neutropenias constitucionales graves. 15. Hemoglobinopatías constitucionales graves.
- c) Errores innatos del metabolismo: Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves). 17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC). 18. Desórdenes de los ácidos orgánicos. 19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves). 20. Alteraciones glicosilación proteica. 21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosa) 22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodisplasia punctata, adenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves). 23. Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear.
- d) Alergia e inmunología: 24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral. 25. Asma bronquial grave. 26. Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos. 27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T. 28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos. 29. Otras inmunodeficiencias: a. Síndrome de Wiscott-Aldrich, b. Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia), c. Síndrome de Di George, d. Síndrome de Hiperlg E, e. Síndrome de IPEX, f. Otras inmunodeficiencias bien definidas. 30. Síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación.
- e) Psiquiatría: 31. Trastornos de la conducta alimentaria. 32. Trastorno de conducta grave. 33. Trastorno depresivo mayor. 34. Trastorno psicótico. 35. Trastorno esquizoafectivo.

²¹<http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/29BF73C4-56DB-4D60-B9EB-700A62CC501E/194492/ANEXOenfermedadesgravesprestacionhijosconcancer1.pdf>

- f) Neurología: 36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central. 37. Traumatismo craneoencefálico severo. 38. Lesión medular severa. 39. Epilepsias: a. Síndrome de West, b. Síndrome de Dravet, c. Síndrome de Lennox-Gastaut, d. Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, e. Síndrome de Rasmussen, f. Encefalopatías epilépticas, g. Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas, h. Otras epilepsias bien definidas. 40. Enfermedades autoinmunes: a. Esclerosis múltiple, b. Encefalomiелitis aguda diseminada, c. Guillain-Barré, d. Polineuropatía crónica desmielinizante, e. Encefalitis límbica, f. Otras enfermedades autoinmunes bien definidas. 41. Enfermedades neuromusculares: a. Atrofia muscular espinal, b. Enfermedad de Duchenne, c. Otras enfermedades neuromusculares bien definidas. 42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones). 43. Accidente cerebrovascular. 44. Parálisis cerebral. 45. Narcolepsia-cataplejia.
- g) Cardiología: Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar. 48. Otras cardiopatías congénitas graves. 49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves. 50. Cardiopatías con disfunción cardiaca y clase funcional III-IV. 51. Trasplante cardiaco.
- h) Aparato respiratorio: 52. Fibrosis quística. 53. Neumopatías intersticiales. 54. Displasia broncopulmonar. 55. Hipertensión pulmonar. 56. Bronquiectasias. 57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico: a. Proteinosis alveolar, b. Hemosiderosis pulmonar, c. Sarcoidosis, d. Colagenopatías. 58. Trasplante de pulmón. 59. Otras enfermedades respiratorias graves.
- i) Aparato digestivo: 60. Resección intestinal amplia. 61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal). 62. Diarreas congénitas graves. 63. Trasplante intestinal. 64. Hepatopatía grave. 65. Trasplante hepático. 66. Otras enfermedades graves del aparato digestivo.
- j) Nefrología: 67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo. 68. Trasplante renal. 69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida. 70. Síndrome nefrótico del primer año de vida. 71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente. 72. Tubulopatías de evolución grave. 73. Síndrome de Bartter. 74. Cistinosis. 75. Acidosis tubular renal. 76. Enfermedad de Dent. 77. Síndrome de Lowe. 78. Hipomagnesemia con hipercalciuria y nefrocalcinosis. 79. Malformaciones nefrourológicas complejas. 80. Síndromes polimalformativos con afectación renal. 81. Vejiga neurógena. 82. Defectos congénitos del tubo neural. 83. Otras enfermedades nefrourológicas graves.
- k) Reumatología: 84. Artritis idiopática. 85. Lupus eritematoso sistémico. 86. Dermatomiositis. 87. Enfermedad mixta del tejido conectivo. 88.

Esclerodermia sistémica. 89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves). 90. Otras enfermedades reumatológicas graves.

- l) Cirugía: 91. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneoestenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc. 92. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc. 93. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía antirreflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc. 94. Cirugía nefro-uroológica: malformaciones renales y de vías urinarias. 95. Cirugía del politraumatizado. 96. Cirugía de las quemaduras graves. 97. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bífida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas. 98. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos, etc. Cuidados paliativos: 99. Cuidados paliativos en cualquier paciente en fase final de su enfermedad.
- m) Enfermedades infecciosas. 100. Infección por VIH. 101. Tuberculosis. 102. Neumonías complicadas. 103. Osteomielitis y artritis sépticas. 104. Endocarditis. 105. Pielonefritis complicadas. 106. Sepsis.
- n) Endocrinología: 107. Diabetes Mellitus tipo I.

Además de estos tipos de enfermedades consideramos posible la aplicación de esta medida cautelar, en aquellos supuestos en que está en peligro inminente la salud o la vida del imputado²² ello en aplicación de los principios *pro homine* y de humanidad, en cualquier otro supuesto, es de plano nulo.²³

²² "Que, atendiendo también al Principio de Humanidad considero que se debe aplicar lo dispuesto en el artículo doscientos noventa numeral uno acápite c), con respecto a la detención domiciliaria que establece que cuando una persona que sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, una persona que se encuentra herida de bala con las consecuencias que se han mostrado y con el informe médico considero que no puede señalarse que exista un peligro de fuga por estar su desplazamiento en cuestión". Ejecutoria Superior, Sala penal permanente. Considerando tercero. Voto discordante del magistrado Víctor Raúl Reyes Alvarado. Expediente N.º 2007-0015 Fl.31, 22 de enero de 2007.

²³ "(...) en esta Audiencia se introdujo la información no cuestionada por ninguna de las partes respecto a que el imputado es una persona de 75 años, cuya edad también debe ser tomada en consideración al momento del dictado de una medida

B. Madre gestante

El artículo 290°.1 del CPP literal “d” establece que se puede conceder detención domiciliaria a aquella mujer que está en estado de gestación comprobada, esto significa que al momento de la solicitud de imposición de medida de coerción, la mujer debe estar en alguna de las fases del embarazo.

Asimismo, debe cumplirse con acreditar la inexistencia de peligro procesal: peligro de fuga o de obstrucción, de no cumplirse con estos presupuestos materiales corresponde al juez determinar si la imputada puede ser puesta en custodia de una organización pública o privada o de una casa transitoria de arresto domiciliaria como por ejemplo es el local de Santa Bárbara en la ciudad de Lima.

En caso de no darse las condiciones que eviten el peligro procesal, los jueces deben disponer que el INPE brinde facilidades a la madre para acudir a un centro médico a efectos de que el menor sea sujeto de una diagnóstico e ulterior tratamiento.

I.II. Lugar donde debe cumplirse la detención domiciliaria

La detención domiciliaria puede adoptar varias modalidades²⁴ según el lugar donde se ejecute la medida cautelar:

- a. Se cumple en el domicilio del imputado.- La persona del imputado deberá permanecer en su residencia habitual, pero también puede ser cumplido en un ambiente acondicionado como lugar de residencia y de trabajo.

Es importante tener en consideración que en ciertos delitos cometidos contra miembros de la familia nuclear, como casos de violencia familiar, feminicidio, violación sexual, entre otros a las que se refiere la Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia N° 029-2011 que a continuación citamos:

coercitiva de carácter personal de mucha mayor intensidad que la de comparecencia simple”. Ejecutoria Superior, Sala Penal Permanente, Huacho, 2 de mayo de 2007, resolución 3.

²⁴ La Directiva N° 029-2011-SP-CS-PJ de fecha 31 de marzo de 2011 consigna en el numeral segundo: “Que, desde la propia prescripción normativa, se entiende que la detención domiciliaria puede adoptar varias modalidades. Según el lugar donde se ejecute la restricción de la libertad persona, puede ser en el domicilio particular del imputado o de otra persona, como en un domicilio institucional de una persona jurídica pública o privada, en especial de la autoridad policial. En atención a los mecanismos de control de la medida, es de distinguir la detención domiciliaria bajo control particular o policial”.

“Quinto.- Que, (...) en los procesos por hechos cometidos en un contexto de violencia familiar, deberá el Juez evaluar de manera puntual la situación con la finalidad de evitar que el imputado –que a la vez es agresor- cumpla la detención domiciliaria en el domicilio en el que también reside la víctima del agresor (cónyuges, ex cónyuges, ascendiente, descendiente, etc.). En tales casos línea de coherencia normativa corresponde invocar como fundamento la Ley 26260 (Ley de Protección de la violencia familiar), que desarrolla un conjunto enunciativo de medidas de protección entre las que son de destacar el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma”.

- b. Se cumple en el domicilio de otra persona natural o jurídica.- En aquellos casos en que el imputado no tenga domicilio en el radio urbano de competencia del juzgado, o teniendo domicilio sea imposible su permanencia en él, o sea difícil el control de la permanencia en el domicilio, la defensa del imputado puede proponer el domicilio de un familiar, un amigo, su pareja o de alguna institución pública o privada en que pueda permanecer el tiempo en que se encuentra bajo el marco temporal de la medida coercitiva.

Si existiera incertidumbre respecto de la seguridad del lugar en que habrá de domiciliarse o respecto a que de otorgársele permiso de trabajo pueda aprovecharse de él para intentar sustraerse de la acción de la justicia, se debe agregar a la detención domiciliaria medidas cautelares reales, tales como la caución o el embargo, entre otros de tipo real que aplicadas sirvan como pautas de cumplimiento que aseguren la efectivización de detención domiciliaria.

De ser insuficiente las medidas cautelares reales o de no poder ser aplicadas estas, podrá ordenarse conjuntamente las medidas cautelares personales de arraigo o de impedimento de salida del país; en este último caso deberá ordenarse al procesado la entrega de su pasaporte, de contar con él, y que será reservado junto con el resto de efectos del expediente; con noticia de esta circunstancia a la Policía Nacional y a las autoridades migratorias a efectos de que no pueda tramitar uno sustituto y no se le permita el egreso del territorio nacional.

I.III. Presupuestos constitucionales de la detención domiciliaria

El Tribunal Constitucional²⁵, nuestra jurisprudencia ordinaria y la doctrina en general han establecido que cualquier injerencia en los derechos

²⁵ “El Tribunal Constitucional en la STC N.º 1565-2002-HC/TC Asunto Héctor Chumpitaz Gonzáles señaló que “(...) La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora,

fundamentales del justiciable deben respetar los principios y derechos constitucionales, pues estos constituyen presupuestos para entender en qué casos está justificado o no la restricción limitada y temporal de un derecho personal o material.

El Tribunal Constitucional ha establecido que:

“(…) la detención domiciliaria, se encuentra sometida a los criterios subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a fin de evitar la arbitrariedad de la decisión”.²⁶

La sentencia anotado recoge una serie de principios que es necesario individualizar en la aplicación del mandato de detención domiciliaria, a esta tarea les dedicamos las siguientes líneas.

a. El principio de proporcionalidad.- Este principio tiene directa injerencia en la determinación de la detención domiciliaria, de modo que influye en cuanto al lugar, el tiempo y el modo en que se cumple la medida.

El mantenimiento de la detención domiciliaria debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello denota que la detención domiciliaria, se dictara y mantendrá en la medida estrictamente necesaria y proporcional a los fines procesales que persigue con su dictado, de esta forma se de marca las injerencias legítimas que soporta el imputado mientras que dure el mandato judicial. Este principio está compuesto a su vez por tres sub- principios los mismos que deben estar presentes en el test de proporcionalidad de la siguiente forma:

i. El sub-principio de adecuación.- Éste sub-principio determina que el mandato de detención domiciliaria, este legitimado y que tenga la capacidad cumplir el objetivo cautelar para el que fue impuesto.²⁷ De esta forma el juicio de idoneidad requiere que la detención domiciliaria sea la única capaz de entre todas las pueden ser aplicadas que sujete de forma eficiente al imputado

cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”.

²⁶ Exp. N° 0731-2004-HC/TC. Lima, 16 de abril de 2004.

²⁷ “A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo”. Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.

al proceso, evitando una posible sustracción de ella (adecuación cualitativa), debe asimismo ser impuesta acorde a las necesidades del momento, si éstas cambian, entonces su naturaleza cautelar pierde sentido, ya sea porque no es necesaria o porque su intensidad resulta excesiva a la luz de nuevos elementos probatorios (adecuación cualitativa).

ii. El sub-principio de necesidad.- "El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista".²⁸

Se manifiesta cuando no existe otro medio alternativo, que sea menos lesivo de la libertad que la detención domiciliaria. Desde esta perspectiva, se analiza tanto la idoneidad del medio alternativo como su menor grado de afectación de la libertad.

En tal sentido no solo se evalúa si la medida se encuentra legalmente prevista, sino que además de ello se debe escoger, la alternativa menos gravosa para la libertad de tránsito.

De esta forma, si existen otras medidas restrictivas para la protección del fin cautelar, de cuando menos igual eficacia y de menor injerencia en el derecho a la libertad, tendría que declararse vulnerado el principio de proporcionalidad por incumplimiento de este sub-principio.

iii. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.- El principio de proporcionalidad en sentido estricto es uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, prescribe que cualquier medida cautelar, comporte la aplicación de un juicio de ponderación entre el fin perseguido con ella y el derecho fundamental que se pretende lesionar; de esta forma, medio y fin deben estar constantemente en equilibrio, lo contrario acarrea un exceso y por tanto una lesión a un atributo inherente, que deberá ser corregido inmediatamente ya sea de oficio o pedido de parte.

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental a la libertad, constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, por lo que resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión

²⁸ Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.

Desde esta perspectiva, este sub-principio, implica que la intensidad de la detención domiciliaria sea cuando menos equivalente al grado en que se afecte la libertad del imputado. Se trata por ello de una comparación de dos intensidades: la realización del fin de la medida cautelar y la afectación del derecho fundamental a la libertad; si no existe equilibrio la medida cautelar carece de proporcionalidad.

b. El derecho de motivación.- La motivación del auto que decreta detención domiciliaria, constituye tanto un presupuesto formal, como constitucional, por lo que en esencia se trata de un control de la relación directa entre la norma procesal que el juzgador declara aplicable para dictar la detención domiciliaria y el auto que la decreta, en ella se determinará el carácter con que fue impuesta, las medidas de seguridad que el caso concreto requiera, los permisos de trabajo y otras actividades permitidas, así como los espacios y tiempos que tales derechos requieran para efectivizarse.²⁹

En concreto la motivación de esta medida coercitiva ha de explicar: “a) las razones por las que estima procedente el recurso a la tutela de este género (ha de exponerse, en definitiva, por qué se entiende concurrente los presupuestos materiales de la tutela cautelar penal) y además b) las razones por las que se estima necesaria la medida finalmente impuesta al sujeto (esto es, habrá de explicarse el juicio de proporcionalidad llevado a cabo)”.³⁰

De igual modo, el derecho a la motivación obliga a exteriorizar la aplicación de los principios de razonabilidad y legalidad que fueron utilizados para sustentan la imposición de dicha medida cautelar, por lo que ante una incongruencia entre éstos y los presupuestos formales que alteren de modo decisivo los términos en que se impone el mandato de

²⁹ “En el caso de medidas serias de restricción de libertad es evidente que lo que al procesado le importa conocer, a efectos de poder efectuar su defensa y pretender rebatir el razonamiento de la judicatura, no son las razones por las que no se dictó una medida más restrictiva, sino, justamente, los motivos por los que no se optó por una menos restrictiva de la libertad. En buena cuenta, la motivación debe estar orientada a informar al procesado cuáles son las circunstancias y condiciones inherentes a su caso que hacen necesaria la restricción. Desde luego, tampoco resulta suficiente pretender justificar la detención domiciliaria describiendo la finalidad por la que se dicta (en el auto apertorio se señala: “Dicto: Mandato de comparecencia con detención domiciliaria (...) con el fin de garantizar la sujeción (...) al proceso, así como para evitar su fuga o la perturbación de la actividad probatoria”. Una debida observancia del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige no solo la precisión del propósito de la medida, sino que también es imprescindible señalar las razones que justifican, en el caso concreto, su dictado, es decir, describir qué hechos, actos o comportamientos del afectado ponen en peligro el fin constitucional que justifica el dictado de la medida cautelar”. Exp. N° 2404-2003-HC/TC. Arequipa, 05 de agosto de 2004.

³⁰ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Ibidem., págs. 188, 189.

detención domiciliaria, se incurre en un vicio de incongruencia en la resolución judicial.

c. El derecho a la presunción de inocencia.- Este derecho es lesionado, cuando el mandato de detención domiciliaria se sustentan en una apreciación subjetiva, tal sería el caso, de que su dictado sea materializado por razones de «*suma gravedad*» de los cargos imputados, esto implica una subjetivización respecto de los presupuestos materiales que determinan la existencia del peligro procesal, por tanto, no se condicen y menos aún pueden sustentar la imposición de esta medida coercitiva.³¹

I.IV. Presupuestos materiales de la detención domiciliaria

Condición exigida para imponer detención domiciliaria es el garantizar el cumplimiento de la medida a través de la evitación del riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatorio, conforme lo señala el artículo 290°.2 del Código Procesal Penal.

Desde el punto de vista normativo la detención domiciliaria tiene un valor instrumental en relación a los objetivos considerados como centrales en el ámbito práctico y que son: evitación del peligro de fuga o de entorpecimiento.

En concreto, la medida coercitiva deben preservar la estabilidad del proceso, es decir, que el efecto de que el imputado permanezca en detención domiciliaria no debe interrumpir el accionar de los diversos agentes de investigación en la búsqueda e incorporación de elementos y medios de prueba, tampoco debe representar un peligro u obstáculo para la efectividad de acciones conjuntas del binomio policía-fiscalía, objetivo considerado como valioso en el contexto específico del Derecho.

A. Apariencia del delito

Se trata de un presupuesto material consistente en la posibilidad de que la imputación penal deducida por el Ministerio Público sea razonablemente cierta, así la verosimilitud del derecho como presupuesto que condicional la admisibilidad de la detención domiciliaria apunta a la posibilidad de que los hechos imputados puedan ser con probabilidad ciertos.

³¹ “Fluye de autos que el análisis de la medida de detención domiciliaria dictada contra el favorecido se justificó en la seriedad de los cargos del imputado, así como en la “*suma gravedad*” que ellos revisten. Tales argumentos, por sí solos, no se conducen con los elementos objetivos que pueden concluir en la determinación del peligro procesal. Justificar las restricciones a la libertad bajo presunciones de orden criminal, esto es, sobre la base de la gravedad de los delitos imputados, resulta, a todas luces, atentatorio al principio de presunción de inocencia que debe informar todo proceso penal”. Exp. N.º 1805-2005-HC/TC. Lima, 29 abril de 2005.

La apariencia del delito viene constituido por un juicio de probabilidad, sobre el hecho imputado, la calificación jurídica aproximativa y sobre la posible responsabilidad penal del imputado contra quien se acuerda la medida de coerción. No basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, se exige que los hechos abarquen los elementos de espacio, tiempo y circunstancia, para poder identificar razonablemente, que el sujeto pasivo de la medida de coerción, es autor o partícipe de un hecho punible, esto es lo que se denomina sospecha sustantiva de responsabilidad.

B. El peligro procesal

Conforme anotamos fundamento cautelar de toda medida coercitiva es el peligro en la demora, que en el ámbito del proceso penal adquiere nombre propio: peligro procesal, y que a su vez está conformado por el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento probatorio.

El artículo 290°.2 del Código Procesal Penal señala que:

“La medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición”.

El artículo 290°.2 del Código Procesal Penal incorpora como presupuesto material dos posibles causales o acciones imputables al justiciable que pueden afectar el curso normal del proceso penal. Así el peligro procesal viene representado por el de entorpecimiento de la actividad probatoria o del peligro de fuga o de evasión del imputado del proceso que, consecuentemente, haría imposible en su día la ejecución de la presumible pena a imponer.³²

a) Peligro de fuga.- El peligro de fuga se deriva del posible retraso que tendría la emisión de una sentencia penal si el imputado materializa algún acto que ponga en peligro la continuación del proceso, en tal sentido la duración de los proceso obliga a asegurar la persona del imputado con la finalidad esencial de lograr su presencia en el juicio oral o, lo que es lo mismo, para evitar que se frustre el proceso.

³² “Que, significa la posibilidad de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga), u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), es decir basta que se cumpla con alguno de dichos presupuestos para establecer que existe peligro procesal, en el presente caso en atención de a pena mínima de 25 años, que se podría aplicar al imputado en caso sea encontrado responsable, (269.2) y la importancia del daño resarcible, dado el bien jurídico lesionado que corresponde a la indemnidad sexual de una menor de 16 años de edad, cuya actitud del imputado es negar los cargos, por tanto tampoco existe posibilidad de resarcimiento, en consecuencia existe un peligro latente por parte del imputado para eludir la acción de la Justicia, que en su momento de producirse hará imposible el juzgamiento”. Resolución N.º 02, Sala Superior Penal Permanente, Huacho, 7 de mayo de 2007.

“El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país (...)”.³³

La posibilidad de imponer detención domiciliaria por peligro de fuga depende de que el sujeto pasivo del proceso realice acciones que puedan crear un riesgo de frustración procesal, para ello debe observarse la aptitud y actitud que el imputado exteriorice.

No cualquier conducta cumple con concreta un riesgo de frustración procesal, como es el peligro de fuga, debemos prestar atención en particular a la capacidad que el imputado o terceros vinculados a su persona detentan para que pese a que tenga domicilio conocido, trabajo, familia, dejara todo ello en procura de mantener su libertad.

Problema complejo se presenta, pues centra nuestra atención en los siguientes elementos:

- i. Acceso a recursos propios o de terceros que le faciliten la huida o el mantenerse oculto. Dispone de condición económica facilita la libertad de movimiento y permite eludir la acción de la justicia, constituyéndose en un factor que puede facilitar mejores condiciones de huida o de ocultamiento.
 - ii. Se evalúa si dispone de mecanismos propios o de terceros. En este ámbito se evalúa conocimientos especiales, habilidades o capacidades que permitan al imputado desligarse con mayor o menor facilidad del lugar donde se encuentra procesado.
 - iii. Se evalúa si los recursos o mecanismos que se le atribuyen dispone el imputado son suficientes para que pueda huir u ocultarse. Esto significa que no basta con que una persona tenga la capacidad económica o que cuenta con herramientas o capacidades que le permita huir u ocultarse, sino que debe evaluarse el grado de no satisfacción que le causara el mantenerse oculto, para ello se analiza sus condiciones físicas, psíquicas, su edad, su estado civil, o de convivencia, su condición y estatus social, su profesión, etc., estos factores son importantes al momento de que el imputado decida alterar o variar su situación procesal.
- b) Peligro de entorpecimiento probatorio.- El entorpecimiento probatorio es aquella circunstancia propiciada por el imputado o por terceros que tengan por finalidad el evitar o cuando menos minorizar la capacidad del Ministerio Público para encontrar incorporar o actuar fuentes o elementos de prueba a la investigación.

Para determinar el peligro del entorpecimiento de la investigación o de los actos de prueba, se debe evaluar el grado de peligrosidad del delito

³³ Exp. N° 1257-2005-PHC/TC. Lima, 13 de abril de 2005. Asunto Benavides Morales.

por el cual se investiga, la presencia de otros coimputados, sus vínculos y posibles influencias que pueda generar en terceras personas, la mala fe procesal de las defensas de los procesados y todo otro posible acto del que se pueda inferir razonablemente afectación real al proceso.

Es de notar que estos posibles hechos deben juzgarse conforme al juicio objetivo de una persona razonable, teniendo como parámetros los hechos de la imputación, el comportamiento del procesado, los medios probatorios, las situaciones concretas que se presentan en el proceso, y la expectativa inicial de una sentencia favorable o desfavorable dado el momento en que es evaluado la presencia del peligro procesal.

Así no basta con el simple temor o aprensión del Fiscal de la Investigación Preliminar sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados en sus posibles consecuencias. Dicho de otro modo debe presentarse indicios respecto a un daño eminente al proceso, de modo que si este peligro no existe, no se justifica el dictado de la detención domiciliaría.

SEGUNDO CAPITULO: EL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS

El impedimento de salida del país es una de las modalidades de la comparecencia con restricciones, es entendida como “aquella medida dispuesta por el órgano jurisdiccional, que contiene la afectación de derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal”.³⁴ En estos casos, el imputado goza de un derecho restringido a la libertad transito circunscrito a la localidad en la que habita.³⁵

Este mandato cautelar tiene la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, por lo que el órgano jurisdiccional sólo puede adoptar esta medida cautelar a pedido del Fiscal, siempre que existan elementos de juicio suficientes que permitan razonablemente inferir que el inculpado se sustraerá del proceso penal cuando la situación en el proceso le sea desfavorable.

Esto significa que para la imposición particular de esta medida de comparecencia con restricciones, es indispensable evaluar la existencia del peligro fuga, que es un elemento integrante del peligro procesal, tal como está previsto en el artículo 295° del Código Procesal Penal. De esta forma se busca sujetar imputado, pero también de un testigo importante a efectos de que colabore con la indagación de la verdad.

I. Presupuestos constitucionales

La existencia del peligro procesal no puede presumirse, menos aún alegarse, es necesario realizar un *test* que permita concluir que dadas las características particulares del caso concreto, el imputado evadirá o no la justicia, para ello se debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio sobre la probable existencia de un peligro de evasión y que genere la necesidad de una medida de coerción de esta naturaleza.

El *test* en mención debe aplicar los principios constitucionales tratados en el primer módulo, en particular las siguientes:

- a. El principio de proporcionalidad.- “El principio de proporcionalidad exige que las restricciones a los derechos fundamentales previstas por el ordenamiento positivo sean adecuadas a los fines legítimos

³⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Lima, 2004, pág. 743.

³⁵ “Dicho impedimento de salida deberá ser dictado atendiendo a la naturaleza de dicha medida y a las necesidades que existan al interior de un proceso, las cuales pueden ir graduándose de acuerdo con su desarrollo y/o al latente peligro procesal que evidencie que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En ese sentido, el juez, dentro de dicha graduación, puede llegar incluso a dictar la orden de detención del acusado, máxima restricción a la libertad individual”. Exp. N.º 1790-2005-PHC/TC. Lima, 4 de mayo de 2005.

a los que se dirijan y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos. En consecuencia, es dable afirmar que dicho principio es una técnica para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales frente a los órganos de poder del Estado”.³⁶

De esta forma debe examinarse:

- i. El sub-principio de idoneidad o adecuación.- Este sub- principio comporta que el impedimento de salida del país, sea el único medio que fuera capaz de evitar o de asegurar que el imputado no evadirá la acción de la justicia. Así esta medida de coerción será legítima si su restricción se encuentra adecuadamente justificada en razones de hecho como de derecho.
- ii. El sub-principio de necesidad.- “En lo concerniente al principio de necesidad, es relevante que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser la última *ratio*, de modo que si el fin se puede lograr razonablemente a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse estos otros medios”.³⁷

El juicio de la necesidad en este mandato exige que esta alternativa no represente la más gravosa a los derechos fundamentales del imputado, (la libertad, la salud, el trabajo, etc.) de esta forma puede darse el caso de que el imputado necesite salir del país, porque requiere un tratamiento médico o que como producto de sus actividades laborales, sea para él frecuente ausentarse por un determinado tiempo del país, en estos casos se debe aplicar otras medidas que garanticen el regreso del imputado, tales como una fianza que sea lo suficientemente significativo como para compelerlo a sacrificar una posible restricción de su libertad y así permanecer durante el devenir del proceso.

- iii. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.- Este principio exige una ponderación de los intereses en juego: de un lado los fines del proceso que se pretende cautelar y del otro la libertad y el otro derecho fundamental en conflicto, así se debe establecer si el sacrificio que se pretende imponer amerita la lesión a los derechos fundamentales del imputado, y

³⁶ Voto de los jueces Gustavo Bruzzone y Jorge Luis Rimondi expresado en la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, c. 30.219 “G., Lidia M. Excarcelación, tentativa de homicidio” Interloc. N.º 3/110. Buenos Aires, 13 de diciembre de 2006.

³⁷ LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988”. Derecho Procesal XXI Jornada Iberoamericana. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2008, pág. 344.

en particular sí hacen aceptable los efectos colaterales, por ello si la negativa de conceder un permiso de salida del país no resulta equitativa con el impedimento de salida del país, deberá considerársele como contraria del principio de proporcionalidad.

- b. El derecho de motivación.- Este derecho comporta que la resolución que decreta la imposición de este mandato cautelar, se sustente en la subsunción de los hechos a los presupuestos materiales del peligro procesal, haciendo particular énfasis en la determinación de la presencia del peligro de fuga, así el juzgador debe plantear los problemas técnicos que acarrearía para el proceso, si no se impusiera dicha medida cautelar o establecer las posibles consecuencias que acarrearía la concesión del permiso de salida del país, con un criterio que exprese en su razonamiento la aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de legalidad.

II. Presupuestos materiales del impedimento de salida del país

A. Apariencia del delito

El impedimento de salida del país responde a la existencia de un hecho punible debidamente identificado en la disposición de formalización de investigación preparatoria, el cual puede fundarse en indicios o elementos probatorios.

Si se trata de indicios o presunciones o elementos de prueba, estos deben tener la capacidad de relacionar al imputado con el hecho punible, se exige una explicación precisa de la relación de causalidad entre los hechos denunciados y el tipo penal cuya comisión se le atribuye.

Los indicios o elementos probatorios deben incidir en cada uno de los elementos del tipo, si bien las medidas coercitivas “(...) se pueden mantener en presunciones, éstas deben de hacerse dentro de un límite razonable, atendiendo a la gravedad de los hechos que pueden afectar otros derechos, por lo que emerge el juicio de proporcionalidad o ponderativo, sobre todo a la hora de valorar los actos fronterizos entre la fase preliminar del proceso y el proceso mismo, como puede ser las medidas cautelares, es decir, si en esta fase hay una manifestación en sí mismo del juicio de culpabilidad o realmente no hay prejuzgamiento en relación con la fase ulterior del proceso”.³⁸

³⁸ ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. VAAA. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 385.

B. Peligro Procesal: Peligro de fuga

El peligro en la demora o *periculum in mora*, implica la necesidad de acceder a una medida preventiva, ante la eminencia de un daño ocasionado por la demora en resolver la pretensión penal, lo que traería como consecuencia un estado de insatisfacción del derecho sobre el que se discute en el juicio de mérito.

En el ámbito del proceso penal, el peligro que la demora del proceso genera adquiere un predicado concreto llamado: peligro procesal que está compuesto a su vez por el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento.

En el caso que la medida coercitiva de impedimento de salida del país está se vincula con el «peligro de fuga» que se proyecta sobre aquellas circunstancias, antecedentes y concurrentes al momento de la solicitud la medida coercitiva, por lo que está ligada con las actitudes y valores del procesado, su ocupación o profesión, sus bienes, sus vínculos familiares, su arraigo sólido y todo otro factor complementario adecuado que permita concluir que eludirá la acción de la justicia utilizando el método del ocultamiento o la fuga.

El peligro de fuga requiere de la apreciación de las circunstancias que incidan sobre un posible acto de elusión del imputado, los elementos probatorios o indicios, deben ser analizados dentro de un marco razonable y objetivamente particularizado.

Para determinar si una persona es un riesgo para el proceso debemos evaluar las características del caso, en especial la relación de causalidad entre los hechos, el grado de participación del imputado y su actuación personal, su capacidad económica, sus vínculos con la localidad en que reside, etc.

Otra vertiente a examinar es la capacidad que posee el imputado para poder de ser el caso sustraerse de la acción de la justicia, ya sea fugando o escondiéndose, en este ámbito se debe prestar atención desde dos perspectivas:

- ii. Disponibilidad de recursos.- Para que una persona se mantenga en la clandestinidad o traspase las fronteras del país requiere de capacidad económica, requiere estar en condiciones físicas que le permitan afrontar el proceso de fuga o de ocultación, requiere contar con vínculos que lo sostengan por el tiempo necesario para que pueda adaptarse a su nuevo entorno.

iii.El estado anímico.- El estado anímico de una persona es un factor a considerar, no todo aquel que puede fugarse lo hará, pues se requiere de una motivación especial que lo aliente a dejar a la familia, su trabajo, sus bienes, por lo que es necesario formular un juicio de ponderación entre los costos que representa dejar aquellos vínculos que lo unen con el lugar donde habita, frente a las ventajas que podría obtener el sustraerse del proceso.

B.1. El tiempo de avance del proceso como elemento a valorar para decretar el impedimento de salida del país

El avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad que recaen sobre el imputado, de modo que el órgano jurisdiccional debe meriturar las circunstancias que se presenten en el caso concreto. Caben pues dos supuestos:

a) Peligro de fuga u ocultación aumenta a medida que la investigación avanza.- Es posible que la investigación por su grado de avance se halle mejor construida, ya sea producto de la generación o descubrimiento de los elementos o medios probatorios relevantes, que estos nuevos elementos den mayor grado de verosimilitud a la hipótesis fáctica, restringiendo el conjunto de hipótesis que valen la pena considerar, en primer lugar a la propuesta por la Fiscalía como la más coherente entre un conjunto de alternativas interpretativas relevantes.

b) Peligro de fuga u ocultación disminuye a medida que transcurre el tiempo de la investigación.- El transcurso del tiempo puede producir que la generación o descubrimiento de los elementos o medios probatorios que desvirtúen la imputación, o que permita reinterpretar los elementos probatorios que dan apoyo a la hipótesis fiscal, como medios de prueba de no culpabilidad compatible con la tesis de la inocencia propuesta por la defensa.

C. Prognosis de pena mayor de 4 años.

El artículo 295°.1 del CPP señala que tiene que tratarse de un delito sancionado con una pena privativa de libertad mayor de 4 años, esto implica entre otras cosas que la pena abstracta tiene que ser cuando menos de 4 años.

Al analizar el caso debe considerarse una proyección de la posible pena concreta, de modo que se debe estar atento a aquellos elementos que individualicen la pena (Art. 46° del CP) minorando la responsabilidad penal, los casos de tentativa (Art. 16° del CP), los casos de responsabilidad atenuada (Art. 20° del CP), los casos de responsabilidad restringida por edad (Art. 22° del CP), etc.

En síntesis el impedimento de salida del país es una medida coercitiva de carácter personal, que sólo se justifica cuando existen un cúmulo de elementos que determinen razonable y objetivamente que el procesado rehuirá la acción de la justicia, para ello es necesario establecer la presencia real del peligro de fuga, que se manifiesta a través de la conducta asumida por el procesado, de los vínculos que lo sujetan al país, tales como la presencia de sus vínculos afectivos, lazos familiares, bienes muebles o inmuebles, trabajo; entre otros elementos de cualquier naturaleza que de modo racional puedan establecer la materialización o no del peligro de fuga u ocultamiento.³⁹

³⁹ “En cuanto al extremo de la impugnación a la regla de conducta impuesta al procesado, consistente en no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del juzgado, aparece que por razones laborales requiere ausentarse del domicilio en el que reside, por lo que ha solicitado los permisos respectivos, conforme aparece en fojas 1469, 1485, 1502 y 1506. Teniendo en cuenta la conducta procesal asumida desde que se iniciaron las investigaciones preliminares, su calidad de cómplice secundario; y a fin de no afectar su derecho al trabajo, el colegiado considera procedente dejar sin efecto la restricción indicada”. 3° Sala Penal Especial. Exp. N.° 021-20004-A. Lima, 28 de noviembre de 2005.

TERCER CAPITULO: LA PRISIÓN PREVENTIVA

LLOBET RODRÍGUEZ señala que “la prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad”.⁴⁰

En este contexto la discusión sobre si el imputado debe permanecer en libertad o privarse temporalmente de ella, resulta trascendente no sólo para él sino para aquellas personas vinculadas al imputado que pueden sufrir con la aplicación de esta medida de coerción.

I. La argumentación de los presupuestos materiales

La Casación N° 626-2013-Moquegua de fecha 30 de junio de 2015 establece doctrina jurisprudencia sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comissi*, pena probable, peligro procesal- peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva, así se indica en el considerando décimo séptimo que:

“(…) la argumentación por las partes de los **presupuestos materiales** se hagan punto por punto, señalados en el artículo 268 del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar **que requieren o se oponen**; así captaran íntegramente sobre cada uno y contradecirán íntegramente la **información todo lo argumentado**, presupuesto por presupuesto, el Juez **podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal** y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia”.

Esto lo vuelva a reiterar en el fundamento vigésimo cuarto la Casación N° 626-2013-Moquegua, al indicar que:

“(…) el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia de fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilita que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en

⁴⁰ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión preventiva. Límites constitucionales. Editorial Grijley, Lima, 2016, pág. 27.

cada uno de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro”.

Los presupuestos materiales son “el *fumus commisi delicti*- razonada atribución del hecho punible a una persona determinada- o *periculum in mora* (tratándose de medidas de coerción personales: *periculum libertatis*- indicios posibles de conducta disvaliosa del imputado, siempre para con el proceso (peligrosismo procesal), concretadas en los peligros de fuga o de entorpecimiento probatorio evaluable según el caso en concreto”.⁴¹

El principio de legalidad procesal exige se cumplan El artículo 268°.1 del CPP señala que podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar **la concurrencia** de los siguientes presupuestos:

- i. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- ii. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- iii. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

La exigencia de todos los presupuestos materiales se denomina criterio de concurrencia, se trata de una exigencia normativa, por el cual deben necesariamente justificarse, argumentarse y acreditarse de cada presupuesto de manera individual y conjuntiva, constituyendo presupuestos de fundabilidad de la medida coercitiva.

La exigencia de justificación es recogida por la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, Precedente de evaluación de la calidad de decisiones del 28 de mayo de 2014 establece en el numeral 11 que:

“Las resoluciones y dictámenes fiscales deben ser ordenados, claros, llanos y caracterizados por la brevedad en su exposición y argumentación. (..) Se trata más bien que sea suficiente, es decir, que se analicen y discutan todas las pretensiones, hechos controvertidos, o

⁴¹ RN N° 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría.

las alegaciones jurídicas de las partes con el carácter de relevantes. Se deben evitar párrafos o argumentos redundantes, fórmulas de estilo o frases genéricas sin mayor relevancia en la solución del problema planteado; así como la mera glosa o resumen de todas las pruebas practicadas en las fases del proceso, sin efectuar el razonamiento probatorio correspondiente”.

Esto se traduce en una argumentación de cada punto de las circunstancias fácticas que se consideren responde a los aspectos o cuestiones relevantes, como indica ZVALETA RODRÍGUEZ “la correcta delimitación de los puntos controvertidos y la exigencia legal de que el juez se pronuncie sobre cada uno de ellos al momento de sentenciar, por tanto incidente en una adecuada redacción de la resolución. La idea es que cada cuestión tenga un apartado, en donde el juez dé respuesta a dicha cuestión con argumentos suficientes y sólidos, refutando, de ser el caso, los argumentos contrarios a la posición que adopta”.⁴²

El considerando décimo octavo de la Casación N° 626-2013-Moquegua del 30 de junio de 2016, dispone que:

“Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatara los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponde a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficacia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y en el caso concreto, están obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente”.

El uso de la palabra por parte de los sujetos procesales es un acto de comunicación procesal que tiene por objeto trasladar al juez y a la contraparte de la petición formulada, que se declare fundada o infundada la misma o en su defecto procedente o improcedente, para ello el Ministerio Público y la defensa deben incorporar junto con sus argumentaciones fácticas, lo jurídicamente pertinente, es decir, deberán invocar en aquello

⁴² ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger “La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica: comentarios al precedente N° 120-2014-PCNM”. En: Balance y desafíos a 20 años de funcionamiento. Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, 2015, pág. 122.

que corresponda y sea congruente con sus argumentos la jurisprudencia sobre la materia, por ejemplo la Casación N° 1-2007-Huaura del 26 de julio de 2007, la Casación N° 631-2015-Arequipa del 21 de diciembre de 2015, la Casación N° 626-2013-Moquegua de fecha 30 de junio de 2015, entre otras ejecutorias supremas o superiores relevantes, las sentencia del Tribunal Constitucional, del mismo modo debe tener en consideración la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ- Circular sobre prisión preventiva de fecha 13 de setiembre del 2011 emitida por la Presidencia del Poder Judicial, la Directiva N° 002-2013-MPFN “Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal del 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076”, así como la doctrina que sobre la materia se ha escrito.

Sin embargo la invocación de la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso, no significa remisión a la doctrina y jurisprudencia, pues esto constituiría motivación tacita, la que no es aceptable en un debate oral, porque no justifica en forma expresa e inequívoca como los argumentos jurídicos se aplican para el caso concreto.

Lo acotado implica desde la perspectiva de la audiencia de prisión preventiva, una exigencia para el juez consistente en que este debe dirigir el debate centrado en la discusión en que se oralice lo referente a cada presupuesto procesal fáctica y jurídicamente, esto implica que no puede asumir una posición a favor de ninguna de las partes, esto implica la prohibición de un rol activo como puede ser el suplir a una parte de oficio, recordemos que (...) la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad”.⁴³ Este plano de igualdad se refiere a la igualdad de armas, por el cual cada parte tiene la posibilidad de alegar su propio derecho y que este sea valorado por el órgano jurisdiccional.

Esta función del juez se traduce en una actividad de control, informado por el principio de imparcialidad objetiva que garantiza una posición neutral frente a las pretensiones de las partes, de modo que no le corresponde realizar actos de averiguación que generen incriminaciones o inculpaciones aunque sea indiciaria, pues puede provocar prejuicios e impresiones respecto del imputado, más si le corresponde el realizar el contraste de la información proporcionada por el Fiscal y la defensa a efecto de analizar las concretas características de los argumentos y su conexión, relación y coherencia con los elementos probatorios invocados, para dar por cumplido el presupuesto material en debate.

Asimismo cumple el juez una función correctiva evitando la incorporación de pretensiones alternativas en la audiencia de prisión preventiva, como la exclusión de prueba prohibida, alegaciones a la vulneración la imputación necesaria, nulidades, excepciones, cuestiones previas o cualquier generación de un incidente, pues al tener estas vías propias, no puede

⁴³ PICO I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías. La abstención y recusación. Editorial José María Bosch Editor. Barcelona, 1998, págs. 26, 27.

contaminarse el debate con temas aunque relevantes deben ser planteados y resueltos en incidente aparte, en aplicación de principio legalidad⁴⁴ o taxatividad por el cual el debate se centra en la discusión de la existencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

De igual modo, surge el deber del juez de invocar a las partes a que cumplan con principio de complitud, que les exige como carga procesal, el deber de oralizar los argumentos relativos a cada presupuesto procesal en debate, sin que sea posible omitir o dar por sentado presupuesto procesal alguno en especial a quien trae la pretensión, el Fiscal quien es el que debe argumentar cada presupuesto procesal, bajo sanción de improcedencia de la pretensión.

A la defensa del imputado también se le aplica la carga de procesal sobre aquellos hechos que contradice o se opone con la finalidad de anular la pretensión del Fiscal, a través de alegaciones fácticas en las que debe expresar las razones propias del hecho constitutivo, por tanto, se le exige oralizar lo pertinente a los puntos que rebate, siendo facultativa su intervención en lo referido a los acápites en los cuales se allana, o de manera tácita da por sentado lo afirmado por el Fiscal, rige en puridad las reglas de la carga dinámica, por el cual a la parte que alega un hecho, tiene la carga de argumentar en extensión, intensidad y alcance suficiente los argumentos en que sostiene el proceso intelectual que ha construido para sustentar su pretensión y el fundamento jurídico que lo nutre, delimitado por los elementos subjetivos- partes, y objetivos- causa de pedir y petitum; en caso de omitir justificar su pretensión, es que esta se dará por no argumentada y probada, por tanto, la pretensión debe ser declarado infundada.

Cabe precisar que si alguna de las partes obvia algún punto propuesto a debate, el juez está facultado a exhortar a la parte a que si lo considera pertinente oralice la misma, sino lo hace precluye su oportunidad, esto significa, la pérdida del turno o periodo asignado para postular sus argumentos, con ello se busca impedir que una de las partes, oculte información a la otra parte, para presentarlo en último momento, con la finalidad de procurar una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quien no habría podido rebatir eficazmente, afectando su derecho a la contradicción.

Surge una carga procesal para el Fiscal por exigencia del principio acusatorio de delimita el hecho punible, es decir, de relatar los hechos⁴⁵ y la

⁴⁴ “Que un principio determinante, y base del debido proceso, es el de legalidad procesal, reconocido en el artículo I, apartado dos, del Título Preliminar del NCPP. La ley es la que en primer lugar informa y es la fuente primordial del ordenamiento procesal penal. Si esta define acabadamente la situación procesal pertinente, si no existen lagunas jurídicas, entonces, no cabe acudir a otra norma en vía supletoria o de integración analógica”. Casación N° 52-2009-Arequipa, Lima, 13 de julio de 2010, considerando quinto.

⁴⁵ “el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *ius* o *crimen*, ya que el sistema acusatorio gravita no en la calificación jurídica, ni menos aún en la pena propuesta,

participación del imputado en cuanto tenga relevancia jurídica penal, esto significa que debe describir las circunstancias fácticas de tiempo, modo y lugar imputadas en la DFIP, cuya consecuencia implica “respetar los hechos – los articulados y conducentes– significa simplemente atenerse con fidelidad a su devenir real, tal como se han exteriorizado en las concretas circunstancias del caso, acertando en el juicio histórico”.⁴⁶

La determinación de los hechos exige que: los elementos incontrastables del hecho se fijen por el Fiscal, así como que éste construya sobre los elementos valorativos, preposiciones a discutir por las partes, y que son planteadas al juez de la investigación preparatoria y cuestionadas por la contraparte, a efectos que determine la verosimilitud del hecho.

La importancia del hecho histórico, salta a la vista, pues sin la determinación del hecho punible, la identificación del dolo o la culpa, la antijuridicidad y otros elementos que conforman un tipo penal determinado, no pueden establecerse claramente, si previamente no hay identificación del hecho. Por ello, el relato histórico debe evitar el uso de términos jurídicos o la asignación de cualidades jurídicas que reemplacen al hecho imputado en todo o en parte, tampoco es suficiente atribuirle tal o cual conducta o cualidad, se requiere que estas afirmaciones estén conectadas con la descripción fáctica de un concreto comportamiento humano y no de la asignación de una cualidad jurídicamente disvaliosa, pues ello no determina el contenido del hecho histórico, siendo insuficiente para identificar y diferenciar los elementos que conforman el núcleo fáctico de aquellos accesorios, lo que dificultaría establecer una relación fluida entre hecho y norma, entre objeto de valoración y valoración del objeto; por tanto, la consecuencia de la inobservancia de la indeterminación del hecho, es que no se cumpla con el principio de imputación necesaria, la cual debe ser alegado en la vía procesal correspondiente, ni bien la defensa del imputado tenga conocimiento de la DFIP, no pudiendo ser invocado en la audiencia de prisión preventiva, como lo indica la Casación N° 626-2013-Moquegua.

Las oraciones deben ser estructuras de manera despersonalizado sin expresiones retóricas, frases o términos jurídicos, palabras rebuscadas o elementos argumentales o de persuasión, menos aún transposiciones temporales, estereotipadas que vulneran el derecho a la motivación cuando no atiendan al núcleo de la pretensión de las partes, o cuando la utilización del formato tipo no coincida con el objeto de la pretensión, en otros términos el hecho histórico debe presentarse de manera limpia, clara y precisa de modo que permita determinar el perfil de la pretensión de forma ininterrumpida, con un esquema cronológico sólido.

sino en el hecho delictivo, en el hecho calificado”. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Correlación y desvinculación en el proceso penal. Derecho procesal penal”. III Congreso Internacional 2005. Universidad de Lima, pág. 180.

⁴⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. “Fin social del proceso y la importancia de los hechos”. En Los hechos en el proceso civil. Director MORELLO, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003, pág. 53.

No debe omitirse el núcleo del relato histórico, es decir el desarrollo de la relación que está constituido por la conformación o desenvolvimiento de las circunstancias que integran el cuadro presentado y en el que se debe incluir las posibles modificaciones que se producen por la integración de nuevos elementos que en el caso en concreto se presenten.

Por último, se requiere la conclusión que colocan al acto o actos realizados por comisión, omisión o por comisión por omisión como antijurídicas y de las que surge la lesión al bien jurídico y la responsabilidad penal en base a la situación jurídica preexistente.

En síntesis la exposición de los hechos debe expresarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la acción u omisión en las que resultó lesionado un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. En este ámbito se requiere que se conjugue en un todo inescindible: sujeto imputado, tiempo, modo y lugar.

Desde una perspectiva jurídica se debe describir la acción u omisión imputada, de manera ordenada, congruente y completa, se trata de una exigencia procesal de carácter fundamental, que se materializa en una garantía consistente en que deben estar acreditadas en elementos de prueba el hecho constitutivo, mientras que la defensa le incumbe demostrar el hecho impeditivo, modificativo o extintivo, esto es, alguna causal para que la solicitud de prisión preventiva se desestime.

La calificación jurídica del hecho procesal comporta una descripción de la conducta prohibida, esto es una exigencia del principio de *lex certa*, es decir del mandato de determinación, de certidumbre de la conducta prohibida (*nullum crimen, nulla poena sine certa lege*), por ello es preciso que la DFIP identifique su contenido y la estructura del bien jurídico de relevancia penal afectado. Es decir, que se hagan expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige el tipo penal invocado. Se trata en otros términos de una descripción técnica del tipo penal en el cual se subsume la conducta.

“La subsunción consiste, dicho en otros términos metafóricos usuales, en afirmar que un caso determinado cae bajo la suposición o supuesto de hecho de un enunciado que es jurídico. Aunque también puede ser descrita de la manera siguiente: la subsunción consiste en describir un caso determinado afirmando un enunciado jurídico”.⁴⁷

En este ámbito, los términos expresados no requieren necesariamente que sean enunciados en vocablos coloquiales, pues se dirigen a diferencia que los facticos hacia el abogado defensor, es decir a la defensa técnica, por

⁴⁷ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Las obligaciones básicas de los jueces. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona, 2005, pág. 214.

tanto, es este último quien deberá traducir el lenguaje jurídico y corroborar si se ha realizado o no una adecuada subsunción del hecho procesal.

Como indica la Casación N° 626-2013-Moquegua, considerando décimo séptimo:

“No será sólida aquella argumentación (judicial o fiscal) que no se pronuncie sobre las alegaciones o tesis que refuten la que es acogida en la resolución, dictamen o disposición fiscal. El lugar común en la justificación de las decisiones judiciales y fiscales que no se motive sobre las hipótesis alternativas o las alegaciones orientadas a la desacreditación de las pruebas o de los órganos de prueba. Toda motivación debe cumplir con el principio de complitud (...)”

A. Fundados y graves elementos de convicción

El artículo 268°.1 literal “a” del Código Procesal Penal prescribe como primer requisito de toda medida cautelar el *fumus comissi delicti* o apariencia del delito. Se denomina *fumus delicti comissi*, al hecho imputado y a la calificación jurídica propuesta por el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en términos de verosimilitud sobre la existencia del hecho y la participación del procesado.

SAN MARTÍN CASTRO citando a ORTELLS RAMOS, señala que consta “de dos reglas. *La primera regla* está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. *La segunda regla* está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que «un indicio racional de criminalidad»; el *plus material* es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”.⁴⁸

Ahora bien el considerando vigésimo sexto de la Casación N° 626-2013-Moquegua indica:

“Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rij/bases/guia1/gord.htm>, pág. 34.

imputación que tenga una probabilidad cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado”.

La Circular sobre prisión preventiva establece en el fundamento segundo que:

“(…) es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos - del material instructorio en su conjunto -, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad).”

Agrega el considerando vigésimo séptimo de la Casación N° 626-2013-Moquegua que:

“Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, sólo que exista un alto grado de probabilidad, de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria, valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos)”.

Como puede observarse se exige un conocimiento objetivo y razonable sobre los hechos relevantes con contenido penal, esto es, la fundada atribución de un hecho punible sustentada en un grado de probabilidad suficiente como para dar fiabilidad a la pretensión requerida, por lo que no es la certeza sobre los hechos imputados lo que se busca, sino la verosimilitud del derecho, esto es la presencia de una credibilidad objetiva y seria que descarte una imputación maliciosa respecto del relato de hechos, o temeraria respecto del grado de imputación y cuestionable por falta de medios de prueba que la sustenten.⁴⁹

La verosimilitud se acredita mediante prueba indiciaria, así lo indica el considerando vigésimo octavo de la Casación N° 626-2013-Moquegua cuando acota:

⁴⁹ Como dice DEL RÍO LABARTHE “(…) la probabilidad se diferencia de la posibilidad (suficientes elementos según el CPP de 1991) en que ésta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza (vinculada a la sentencia condenatoria), de que ésta se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis. El NCPP asumir una posición muy similar a la del ordenamiento español, la cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza pero nunca idéntico”. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores, Lima, 2008, pág. 43.

“Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En el caso que el Fiscal se base en prueba indicaría, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad N° 1912-2009-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco”.

Los indicios mínimos son aquellos que establecen la participación en el delito, entendidos como todo rastro o vestigio que nos permita presumir la participación del imputado sujeto a la acción penal. Estos indicios permiten establecer las circunstancias fácticas capaces de determinar la vinculación del imputado con el delito que se le atribuye. Sobre estos se construye la imputación.

La exigencia prevista por el Código Procesal Penal va más allá del aspecto cuantitativo, esto es, que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados, sino que por imperio de la norma procesal se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito, esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos.

La afirmación de la verosimilitud del delito no solamente puede determinarse a través de indicios, sino que también mediante elementos convicción, entendido estos últimos como elementos probatorios. Ahora bien cuando el literal a) del artículo 268°.1 del CPP señala que deben de existir fundados y graves elementos de convicción, debe interpretarse en el sentido que se prefieren indicios o elementos probatorios de calidad respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados para estimar razonablemente la comisión de un delito, antes que la cantidad de indicios o elementos de prueba.⁵⁰

Por último debe tenerse en cuenta el considerando vigésimo noveno de la Casación N° 626-2013-Moquegua señala que:

“Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por

⁵⁰ “El NCPP asumir una posición muy similar a la del ordenamiento español, la cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza pero nunca idéntico”. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ibidem, pág. 43.

ambas, y si esta última está sólidamente fundamentada hará decaer el *fumus delicti comissi*”.

La acreditación de la verosimilitud del hecho está sujeta a los actos de contradicción que formula la defensa del imputado, sino construye argumentos que tienda a desvirtuar su verosimilitud, el juez puede hacer un control del mismo desde la razonabilidad del hecho imputado.

B. La prognosis de la pena

Cuando el Fiscal propone la imposición de prisión preventiva, es una exigencia procesal que se identifique la pena abstracta y la proyección de la pena concreta. Esto significa que “cuando el NCPP dispone que debe valorarse la pena a imponer, queda claro que exige una prognosis de la sanción. El Juez no solo debe revisar la pena conminada, debe analizar, además, cuál es la pena probable (pena concreta). Un análisis de la norma obliga a descartar la prisión preventiva en los casos que la pena conminada en su extremo máximo no supere los 4 años de pena privativa de libertad. Pero incluso cuando la misma supere dicho límite, debe valorarse si en el caso en concreto, la gravedad del delito es suficiente para elegir una pena superior a los 4 años. Para ello se deben tener en cuenta elementos distintos de la pena conminada, factores que califican la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho (arts. 45 y 46 del CP)”.⁵¹

Es por ello que el considerando trigésimo de la Casación N° 626-2013-Moquegua nos recuerda que la pena a fijarse se sujeta a los establecido en el principio de lesividad y proporcionalidad,⁵² además se precisa los criterios para establecer la prognosis de la pena en el considerando trigésimo primero de la Casación precitada al acotar:

“El artículo 45-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley numero treinta mil sesenta y seis establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior, será sobre la base de tres factores: a) Circunstancias generales atenuantes y agravantes, incorporados por la Ley citada, b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (artículo quince del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad

⁵¹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ibidem, págs. 48, 49.

⁵² “Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no sólo tiene que ver con la pena fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previsto en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, que causan de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley”.

restringida por edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal) y los segundos agravantes por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis -A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis -B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis -C del Código Penal), uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis -D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito de masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), artículo real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecido en artículo cuarenta cinco del Código Penal y las formulas del derecho premial como la confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz- Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otras circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución”.

Por último la Casación N° 626-2013-Moquegua indica que no corresponde aplicar prisión preventiva, si la pena sería suspendida, que podría suceder cuando la pena es menor de cuatro años.

C. El peligro de fuga

El artículo 269 del Código Procesal Penal, identifica como peligro de fuga: El arraigo, la gravedad del delito, la importancia del daño resarcible y el comportamiento del imputado.

El peligro de fuga es un elemento del peligro procesal, que amerita un juicio de ponderación, por el *a quo* respecto de la posibilidad concreta de que el procesado conociendo el grado de imputación penal que le afecta, se sienta tentado a sustraerse de la acción de la justicia, al prever una posible condena efectiva de prisión. Para determinar en qué casos es posible hacer una valoración razonable de la presencia del peligro de fuga en la conducta del procesado es necesario, examinar en cada caso en particular elementos tales como el carácter de los hechos que se le atribuyen los que a su deben estar basados en suficientes elementos indiciarios o probatorios, así como las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial.

Al examinar el peligro de fuga debe apreciarse las particulares condiciones del imputado, que permitan con cierta verosimilitud determinar, la existencia de una probable fuga ello resultará de una valoración de la naturaleza del hecho punible de “una apreciación o valoración del juez en función a los recaudos de la causa y a las características personales y sociales del autor”⁵³ pero sobre todo, de las condiciones de arraigo del procesado.

SAN MARTÍN CASTRO, afirma que el peligro de fuga, “se reconduce a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste,

⁵³ Ejecutoria Suprema Exp. N° 1945-93. Lima, 17 de setiembre de 1993.

circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado- referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes- y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales e incompencia del imputado al llamamiento judicial” .⁵⁴

D. El arraigo

Por arraigo se entiende las condiciones propias de cada imputado que lo sujetan a un determinado espacio geográfico. Se determinan estas condiciones estableciendo un vínculo entre el procesado, las razones familiares o materiales que inciden en su permanencia en la localidad.

La Casación 361-2015-Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, precisa en el considerando sexto:

“(…) los alcances del arraigo en el país pueden valorarse desde los lazos familiares que mantiene en el exterior (...) Sin embargo esta situación tiene que ser apreciada caso por caso. (...) Solo podría afirmarse la persistencia del peligro de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento o en su caso, la condena correspondiente. Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención, desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría una discriminación por razón de nacionalidad. En efecto cuando se acredite indubitadamente que un extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que consten razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo”.

Debe examinarse el vínculo con la familia (dentro de ella si tiene hijos o personas a su cargo), su profesión u oficio, su estabilidad laboral, domicilio fijo, e incluso su reputación, la existencia de bienes propios en el país y todo otro elemento objetivo que permita entender al juzgador que si el procesado rehuyera la acción de la justicia, la afectación que se causara a su persona sería más grave, que si se sujetara al proceso.

Agrega la Casación 361-2015-Arequipa en el considerando noveno:

“Que otros criterios relevantes del riesgo de fuga, que no caben presumirlos, están en relación a la moralidad del imputado, están relacionados a la moralidad del imputado, las acusaciones personales y del caso. Éste carece de antecedentes penales- así lo han reconocido los autos de merito, no

⁵⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay, pág. 629.

huyo al iniciarse las diligencias preliminares, e incluso, ya abierta éste viaje y regreso al país para someterse al procedimiento de investigación (...).”.

Debemos concluir que debe analizarse con particular minuciosidad el peligro de fuga, si realizado una evaluación integral de las circunstancias existentes se determina que:

- i. El imputado no tiene domicilio conocido o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajos asentados en el país; o
- ii. Las facilidades para abandonar el país ya sea como producto de las relaciones que mantenga con residentes de otros países que puedan facilitar los medios, condiciones o ayudarlo a preparar y ejecutar la huida o para permanecer oculto del imputado, no existen *per se*, estos elementos no pueden afirmarse de manera abstracta, se requiere un razonamiento individualizado basado en elementos de prueba o indicios racionales que explique su existencia.
- iii. Las circunstancias que incidan en la movilidad del imputado tales como su salud, conexiones con otros países y medios económicos y materiales. Por último dentro de este ámbito puede considerarse la edad del imputado pues esta puede ser un elemento a valorar en caso sea necesario determinar el arraigo.

Asimismo cabe puntualizar que “el riesgo de ocultamiento se torna insuficiente pasado cierto plazo, pues disminuye en la medida que se dilata la detención, ya que el lapso de ésta será computado a efecto del cumplimiento de la eventual pena”.⁵⁵

E. La gravedad de la pena como sustento del peligro de fuga

El artículo 269.2 del Código Procesal Penal establece como un elemento de valoración del peligro procesal la gravedad de la pena abstracta, se trata de una proyección que hace juez de la investigación preparatoria de la pena privativa de la libertad final que impondría el juez unipersonal o el colegiado en caso condene al imputado.

La gravedad de la pena abstracta para aludir al efecto que puede generar en el imputado la prisión preventiva, debe medirse por un conjunto de factores como: la carga psíquica de una posible sentencia condenatoria con pena efectiva grave y los subsecuentes actos que genere el sujeto para sustraerse de la acción de la justicia en términos concretos, no basta con argumentar un pronóstico de conducta futura, pues estaremos en una mera expectativa que no justifica este presupuesto material, cuya consecuencia

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, párrafo 41.

en caso de ser aceptada la convertiría en una pena anticipada o en una medida de seguridad.

Al respecto el Tribunal Constitucional tiene señalado que:

“La medida coercitiva no debe justificarse solo en la prognosis de pena, pues ello supondría invertir el Principio de Presunción de Inocencia por el de criminalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que pueden tomarse en cuenta tanto el argumento de la seriedad de la infracción como la severidad de la pena para analizar el riesgo de evasión del detenido, sin embargo, al aplicarla se puede desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola en un sustituto de la pena privativa de la libertad”.⁵⁶

En similar sentido la Casación N° 626-2013- Moquegua en el considerando cuadragésimo tercero acota que:

“(…) de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también la sustenten, así como ocurre con el arraigo”.

F. La magnitud del daño causado

La Casación N° 626-2013- Moquegua en el considerando cuadragésimo octavo indica que el concepto de magnitud del daño causado:

“La única forma de interpretación no lesiva a los derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer”.

Esto se condice con el considerando quincuagésimo que precisa:

“(…) atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal”.

Lo acotado hay que entenderlo como que la magnitud del daño causado es un elemento vinculado directamente a la gravedad del delito, y la actitud asumida por el imputado para repararlo, sin embargo surge la pregunta, que sucede en aquellos casos en que no sea posible repararlo, en tales casos, se debe presumir el peligro de fuga, la respuesta es negativa, pues existen bienes jurídicos cuya vulneración una vez cometida no puede ser compensada, piénsese en un delito de homicidio, violación sexual, etc., en estos casos, corresponde su análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y razonabilidad de la conducta asumida en el proceso penal.

⁵⁶ Exp. N° 1260- 2002-HC/TC. Lima 09 de julio del 2002.

G. La pertenencia a una organización criminal

El considerando quincuagésimo octavo respecto de la Casación N° 626-2013-Moquegua, indica que:

“Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, pertenencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización”.

“La organización criminal o delincuencia organizada en sentido estricto, no es sinónimo de banda criminal o delincuencia asociativa en sentido amplio”. Determina una serie de diferencias entre unas y otras: en las bandas el delito viene determinado por el autor, en la organización criminal lo impone el cliente, se planifica y racionaliza el hecho delictivo al milímetro; en las bandas las persona que lo integran responden a un número reducido con un fundamental papel de las relaciones personales, en las organizaciones sucede lo contrario, es decir, se sustituyen e intercambian sus componentes; las bandas tienen una vida muy breve, en las organizaciones se perpetúan los dirigentes y la propia estructura sobre el propósito puntual delictivo; la organización criminal tiene una fuerte jerarquía, códigos de conducta y estabilidad organizativa, cuestión que no sucede en las bandas; y finalmente, las bandas poseen un ámbito geográfico local, sin embargo el crimen organizado suele actuar a nivel internacional”.⁵⁷

El crimen organizado está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficios y/o para obtener influencia política o social⁵⁸. Asimismo, es indiferente que los delitos cometidos por el crimen organizado sean fines en sí mismos o medios para obtener beneficios patrimoniales o para coaccionar o corromper a los funcionarios o servidor públicos.⁵⁹

La Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, publicada el 20 de agosto del 2013 en el Diario Oficial El Peruano, como señala ORE SOSA, destierra el uso de los términos agrupación criminal (art. 152 inc. 8 CP), organización delictiva o banda (art. 179 inc. 7 CP), organización ilícita (art. 318-A lit. “b” CP) y asociación delictiva (art. 257-A inc. 1 CP), todos los cuales quedan

⁵⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex, Madrid, 2004, pág. 64.

⁵⁸ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013, pág. 615.

⁵⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. **En:** La criminalidad organizada. “Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”. Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001, Madrid, pág. 121.

sustituidos por la denominación organización criminal, pues el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo.⁶⁰

La Ley contra el Crimen Organizado en el artículo 2.1 señala que organización criminal es:

“(...) a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves”.

ORE SOSA, precisa que “aquellas agrupaciones o asociaciones, por más organizadas que fuesen, que no se dediquen a la perpetración de delitos graves deben quedar fuera, como ocurre con aquellas organizaciones criminales que se dediquen a la comisión de meras faltas. También podemos dejar fuera de un concepto estricto de organización criminal, a los grupos terroristas; más allá de que teleológicamente no estén dirigidos a la consecución de un beneficio económico o que no hayan sido comprendidos por la Ley 30077, la confrontación con el Estado, cuando no la búsqueda de su destrucción o del socavamiento de sus estructuras, hace que merezcan un tratamiento –aunque similar– diferenciado frente a otras organizaciones criminales. Por último, como ya señalara en su momento el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, los supuestos de coautoría o coparticipación evocan un concierto criminal donde el proceder delictivo es circunstancial, mas no permanente; de este modo, no resultan afines a una organización criminal caracterizada por una estructura organizacional estable y con un proyecto delictivo que perdura en el tiempo. Por esta misma razón, deben quedar al margen del concepto de organización criminal las comúnmente denominadas «bandas», pues estas carecen propiamente de una estructura organizacional estable, siendo más bien, una mera conexión de personas para la comisión de delitos, desde luego, con cierto grado de planificación y estabilidad que las distinga de la simple coautoría”.⁶¹

II. El Plazo razonable de la prisión preventiva

La posibilidad que el órgano jurisdiccional tiene de aplicar las medidas coercitivas como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan la libertad. Este trato implica establecer un plazo razonable para que un ciudadano acusado de un delito sea procesado y condenado contado

⁶⁰ ORE SOSA, Eduardo. Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado. Artículo disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

⁶¹ ORE SOSA, Eduardo. Ibidem.

desde la fecha de aprehensión del imputado; por tanto, la extensión temporal del proceso está fijado por la ley de un modo previo, preciso y categórico, como toda limitación a las libertades fundamentales.⁶²

“Los presupuestos de la prisión preventiva se encuentran legislados en el artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal y el plazo de duración del mismo es de nueve meses, y que tratándose de procesos complejos, el plazo límite de prisión preventiva es de dieciocho meses. Esta prolongación en su caso será solicitado por el señor Fiscal de la investigación preparatoria, el mismo que será resuelto en audiencia pública dentro de tercer día de presentado, bajo responsabilidad”.⁶³

El primer párrafo del artículo 272° del Código Procesal Penal señala el límite máximo de la prisión preventiva en 9 meses para procesos comunes, este plazo constituye un parámetro objetivo respecto de la permanencia del imputado en reclusión.

En términos de Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Un “(...) límite de tiempo (que) tiene como objeto proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema”.⁶⁴

El plazo máximo que establece la norma procesal constituye una “la limitación temporal (que) se encuentra establecida no en el interés de la justicia sino en el del acusado”.⁶⁵ Asimismo constituye un parámetro de razonabilidad al “expresar una exigencia de equilibrio entre una justicia administrativa sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada ni sumaria”.⁶⁶

El segundo párrafo del artículo 272° del Código Procesal Penal establece que en casos de procesos complejos el plazo máximo de prisión preventiva es de 18 meses. En estos casos lo que se evalúa son factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, el alcance de la

⁶² Por ello se dice que “el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maqueda. Sentencia del 17 de enero de 1995, párrafo 25.

⁶³ Ejecutoria Superior. Sala permanente. Expediente N.º 2007-29-FL67, 13 de febrero de 2007. Considerando segundo.

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 12/96, párrafos 76, 77.

⁶⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 35/96, párrafo 70.

⁶⁶ TROCKER, Nicolo. “Nuevo artículo 111 de la Constitución, el proceso justo en materia civil, perfiles generales”. Revista Trimestral de Derecho y Proceso Civil. N.º 2. Milán, 2001, pág. 407.

actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o imputados, la seguridad⁶⁷ especial que amerite un particular proceso⁶⁸ debido a la gravedad del tipo penal⁶⁹ y algunos otros elementos propios de cada caso, que objetivamente permitan calificar un determinado proceso como complicado.⁷⁰

Asimismo "una forma coherente de entender el supuesto del plazo especial por complejidad del proceso, y limitar el peligroso abanico de posibilidades que genera, es asumir que el criterio de complejidad suponga conjunción de las circunstancias consistente en:

- Pluralidad de imputados y pluralidad de agraviados; y,
- Pluralidad de imputados en el que el agraviado sea el Estado (...)"⁷¹

Por su parte el artículo 274°.1 del Código Procesal Penal indica que es posible la prolongación del plazo de prisión preventiva hasta 18 meses en casos de procesos no complejos, cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

Como nos recuerda VASQUEZ VASQUEZ "los presupuestos para que la prolongación del plazo de detención sea válidamente emitida son: Que en el proceso existan circunstancias que importen una especial prolongación

⁶⁷ "La seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "[...] en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar" (Informe N.º 2/97)". Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.

⁶⁸ El Tribunal Constitucional considera "(...) que la seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención". Exp. N.º 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.

⁶⁹ "Se realiza precisiones en torno al artículo 137º del Código Procesal Penal. Además, se señala que cuando en casos excepcionalísimos, el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y de la sociedad en su conjunto, el juez podrá disponer la prolongación del plazo de detención más allá de 36 meses hasta el máximo permitido por ley, mediante resolución debidamente motivada". Exp. N.º 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.

⁷⁰ En lo atinente a "la complejidad del asunto, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que "para su valoración 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 un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil". Exp. N.º 549-2004-HC/TC. Lima, 21 de enero de 2005.

⁷¹ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. "Plazo y suspensión de la detención judicial". Revista Actualidad Jurídica. Tomo 97. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, diciembre 2001, pág. 73.

de la investigación; y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia (...) la especial dificultad, no está referido a la pluralidad de imputados o agraviados, circunstancias que determinan en la norma la aplicación del plazo especial de detención por complejidad del proceso. La especial dificultad o prolongación de la investigación puede entenderse referida por ejemplo a la necesidad de realizar informes periciales complejos e inusuales que ameriten recopilación abundante de muestras y multiplicidad de exámenes, o cuando para cumplir con el objeto del proceso sea necesario recabar información en el extranjero; situación que producen la necesidad de una considerable prolongación de la investigación judicial”.⁷²

Cabe precisar que no es posible solicitar la prolongación de la prisión preventiva basado en la actitud negligente del órgano funcional, pues “la dilación indebida del proceso no imputable al beneficiario de la acción no puede ni debe afectarle; por lo que la deficiencia administrativa (ello) (...) viola los derechos del encausado reconocidos en el apartado c) del tercer párrafo del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles que garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas. (Así) la medida preventiva privativa de la libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece el artículo 1° y el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado”.⁷³

En tal sentido la ampliación del plazo inicial de la prisión preventiva requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello y ha de adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado. Ello resulta concordante con lo expresado por el Tribunal Constitucional que ha señalado que:

“El inciso 24 del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal, el cual tiene un doble carácter. En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Exp. N.º 1091-2002-HC/TC), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales.

⁷² VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. “Plazo y suspensión de la detención judicial”. Op. cit., pág. 74.

⁷³ Exp. N.º 110-99-HC/TC. Lima, 22 de junio de 1999.

Es por ello que la determinación del plazo razonable de detención no puede tomar en consideración únicamente la presunción de inocencia y el derecho a la libertad del procesado, sino que la constitucionalidad de la prisión provisional encierra el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, como una manifestación negativa del derecho a la libertad personal”.⁷⁴

En síntesis, los supuestos previstos por el artículo 274° del Código Procesal Penal son:

- a. El plazo máximo de prisión es de 9 meses, en casos complejos será de 18 meses, estos plazos pueden ser duplicados en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, o espionaje, o de procesos de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados o en agravio de igual número de personas.
- b. El plazo máximo de prisión preventiva puede ser prolongado por un plazo igual siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, pero, no es suficiente que el proceso haya sido declarado complejo, sino que es además necesario que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia, ello tiene que estar fundamentado en auto debidamente motivado a solicitud del Fiscal y con conocimiento al inculpado.

Cumplido los plazos máximos corresponde que el órgano jurisdiccional varíe la medida cautelar, decretando la libertad del imputado, cuidando si el caso lo amerita de imponer comparecencia sin restricciones u otra medida cautelar que cumpla con sujetar al procesado, si es que persiste el peligro procesal.⁷⁵

III. Cesación de la prisión preventiva

CESANO indica que “(...) el cese de la prisión preventiva es un procedimiento devolutivo del derecho de libertad, que procede en los casos en que una persona sometida a proceso ha sido privada de misma como medida asegurativa. Pero esta libertad se devuelve con ciertas sujeciones o cauciones (...) destinadas a lograr la comparecencia del justiciable a la causa toda las veces que fuera necesario, siendo revocable, por las causas que la misma ley establece y que, en lo esencial, se vinculan

⁷⁴ Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.

⁷⁵ “Que, la recurrente fundamenta su pedido señalando que su patrocinado fue detenido el veintisiete de enero del año dos mil seis, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio – Hurto Agravado, habiendo sido dictado en su contra la medida coercitiva de prisión preventiva no durara más de 09 meses, siendo el caso que su patrocinado se encuentra más 09 meses con prisión preventiva sin que se hay dictado hasta la fecha sentencia, ante lo cual, solicita su libertad inmediata por exceso de carcelería en aplicación del artículo 273 del Código acotado”. Ejecutoria superior. Sala permanente. Resolución N.º 2, Huaura, 2 de abril de 2007. Considerando segundo.

con situaciones que implican el quebrantamiento de los compromisos contraídos”.⁷⁶

La cesación persigue que culmine la prisión preventiva, a través de la variación de la misma por alguna otra modalidad de comparecencia, esto es, comparecencia con restricción o comparecencia simple.

La cesación es consecuencia del principio de variabilidad, que exige cambiar la prisión preventiva, por otra cuya gravedad es menor, si las circunstancias fácticas que permitieron la imposición de la prisión preventiva se han modificado en el caso en concreto.⁷⁷

Precisa BARONA VILAR que “la variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas)”⁷⁸, esto último comporta que se revoque la medida cautelar. Este cambio puede ser para que se imponga una medida más aflictiva de la libertad o restrictiva del patrimonio, si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo⁷⁹, o de lo contrario puede consistir en una degradación hacia una medida menos aflictiva, pero también la cautelar puede ser revocada (alzarse) aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones, si los iniciales indicios y/ o medios de prueba han sido valorados con mayor rigor

⁷⁶ CESANO, José Daniel. “Cesación de la prisión preventiva”. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 520.

⁷⁷ Al respecto la Corte Suprema señala: “que una de las características de las medidas de coerción es su variabilidad o provisionalidad, es decir, su sometimiento a la cláusula *«rebus sic stantibus»*, de modo que su permanencia o modificación, en tanto perdure el proceso penal declarativo, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio que hicieron posible su adopción. Tal característica, que está en la propia naturaleza de tales medidas y del proceso que las expresa, explica que la Ley Procesal prevea diversos mecanismos para transformar, esto es, modificar, sustituir, alzar o corregir una medida de coerción, en tanto y en cuanto varien los presupuestos materiales- según su entidad, alcance o modo de expresión- y circunstancias que determinaron su imposición: *fumus commisi delicti*- razonada atribución del hecho punible a una persona determinada- o *periculum in mora* (tratándose de medidas de coerción personales: *periculum libertatis*- indicios posibles de conducta disvaliosa del imputado, siempre para con el proceso (peligrosismo procesal), concretadas en los peligros de fuga o de entorpecimiento probatorio evaluable según el caso en concreto”. RN N° 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría

⁷⁸ MONTERO AROCA Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. En Derecho jurisdiccional, Proceso civil. Tomo II. 13° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, pág. 673.

⁷⁹ “En el presente caso como lo ha reconocido la defensa del imputado en la vista de la causa no existe nuevos elementos de convicción que permita variar la medida de prisión preventiva decretada, toda vez que con fecha 20 de septiembre del año 2005, se emitió auto repertorio de instrucciones contra el imputado decretando la medida cautelar de comparecencia con restricciones que al ser impugnado por el Fiscal con fecha 08 de marzo del año 2006 la sala mixta de esta corte revoco dicha medida y lo reformo por mandato de detención preventiva lo que actualmente se conoce como prisión preventiva”. Ejecutoria superior. Sala permanente. Cuaderno N.º 27-2007, 28 de febrero de 2007. Párrafo 04.1.

de que los que una investigación preparatoria más sosegada ha permitido o cuando en el curso de la fase intermedia se determina una menor responsabilidad penal de la que se imputo, o cuando los elementos probatorio sean insuficiente para acreditar la presunta responsabilidad penal.

III.I. Presupuestos de la cesación de la prisión preventiva

La cesación requiere que se cumpla lo establecido en el artículo 283 del Código Procesal Penal que en su tercer párrafo indica:

"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".

El término central para entender la cesación es: *nuevos elementos de convicción*, esto se refiere a elementos de prueba y excepcionalmente a medios de prueba, cuya carga acreditativa recae sobre la defensa del imputado, por lo que es a ella la que le corresponde presentar la documentación necesaria que permita sostener que han desaparecido los presupuestos materiales alegados para imponer prisión preventiva, esto es, el peligro de fuga o de entorpecimiento.

Al respecto la Casación N° 391-2011-Piura estableció como doctrina jurisprudencial, fundamento jurídico 2.9 que:

"La cesación de la prisión preventiva requiere de una nueva reevaluación pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben de incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto sino se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva. Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable".⁸⁰

Como puede observarse se exige carga de la prueba, la cual debe tener un contenido doble: cuantitativo y cualitativo.

En su contenido cuantitativo exige nuevos actos de investigación realizados por el Ministerio Público a pedido de la defensa del imputado u de oficio, u en su defecto aportaciones de parte que alteren el cuadro probatorio que fue sustento para imponer la prisión preventiva.

Asimismo *nuevos elementos de convicción* exige actos de investigación o elementos de prueba o indicios que converjan como conclusión objetiva que él presupuesto invocado respecto de los presupuestos procesales

⁸⁰ Casación Penal N° 391-2011-Piura. Sala Penal Permanente, Lima 18 de junio de 2013.

alegados: apariencia del delito, apariencia del delito, peligro de fuga o peligro de entorpecimiento ya no se presentan o existen dudas sobre su permanencia.

La carga de la prueba asignada a la parte solicitante es un estándar probatorio muy alto, en tanto exige que presente elementos o medios de prueba, sobre lo siguiente:

A. Apariencia del delito

La apariencia del delito es la identidad que debe existir entre un hecho calificado como delito y el tipo penal invocado desde la perspectiva de los elementos probatorios o indicios.

SAN MARTÍN CASTRO citando a ORTELLS RAMOS, señala que la apariencia de delito se manifiesta en la concurrencia “de dos reglas. La *primera regla* está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. La *segunda regla* está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que «un indicio racional de criminalidad»; el *plus material* es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”.⁸¹

Al respecto CESANO indica que “los nuevos elementos de convicción incorporados desvirtúen la estimación inicial que permita la vinculación del imputado (en carácter de autor o partícipe) con la comisión del delito”.⁸² Esto se traduce en cualquiera de los siguientes supuestos:

- i. El hecho delictivo no es típico. Esta labor técnico jurídico consistente en buscar, requerir e incorporar información que desvirtúe que la conducta imputada es típica, que se presenten causas de justificación o que la conducta no sea culpable.

⁸¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rj/bases/guia1/gord.htm>., pág. 34.

⁸² CESANO, José Daniel. “Cesación de la prisión preventiva”. Ob. cit., pág. 534.

- ii. "Que dichas pruebas permitan formular una calificación jurídica más benigna que la realizada al disponer el mandato de prisión preventiva; de manera que tal que, la nueva subsunción permita, ahora, al tribunal conjeturar la imposición de una pena privativa de libertad no superior de cuatro años".⁸³
- iii. Se acredite documentalmente que el imputado no participo en el hecho que se le atribuye. Se trata de establecer que el hecho o la acción típica no puede atribuirse al investigado, ya sea porque no es el sujeto imputado, por ejemplo casos de homonimia, o que se acredite la imposibilidad que el sujeto pueda ser el autor o cómplice del delito atribuido, ya sea porque acredite que se encontraba en un lugar distinto al momento de la ocurrencia de los hechos, no tenía las habilidades, conocimientos especializados necesarios y exigidos por el tipo penal.
- iv. Causas o factores que influyeron en la realización del hecho delictivo no pueden atribuirse al imputado, porque no existe una conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo, o porque de la comprobación de la acción del procesado no puede objetivamente imputársele la producción del resultado. (imputación objetiva: Principio de confianza, prohibición de regreso, imputación a la víctima, etc.).

Debemos precisar que se trata de actos probatorios distintos a los ya existentes, esto implica, que necesariamente debe ser nueva información que altera sustancialmente la presencia de algunos de los presupuestos de la prisión preventiva.

Como precisa la Casación Penal N° 391-2011-Piura los actos de investigación iniciales que vinculan al imputado con el proceso han desaparecido o se han minorizado en un nivel tal que hace improbable que el imputado fuera participe en el delito que se le atribuye (el imputado ha acredita que no estaba en la ciudad cuando se cometió el delito) o que el delito se cometiera, ya sea porque fuera de imposible consecución (homicidio sobre un cadáver) o porque nuevos actos de investigación dan cuenta que el delito no se cometió (por ejemplo se atribuye homicidio, apareciendo la supuesta víctima viva o se imputa peculado y se presenta la norma que permite el uso de los recursos públicos para el fin en que fue utilizado).

El segundo ámbito es cualitativo, esto implica que los elementos de prueba tienen que tener la calidad probatoria para alterar las

⁸³ CESANO, José Daniel. *ibidem*, pág. 534.

condiciones en que fue planteada la existencia del hecho y las circunstancias de su comisión.

Esto implica que los nuevos actos de investigación o la aportación de elementos de prueba documental tienen capacidad para subvertir el valor probatorio otorgado a los actos de investigación con los cuales el Fiscal solicitó la prisión preventiva. Por lo que puesta en duda la apariencia del delito (*fomus commissi delicti*), trae como consecuencia el cambio de la prisión preventiva por otra medida de coerción de menor lesividad. Cabe recordar que el artículo 268°.1 el literal “a” del Código Procesal Penal prescribe como primer requisito de toda medida cautelar que el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria proponga un hecho punible que en términos de verosimilitud afirme la existencia del hecho y la participación del procesado.

Corresponde en tal sentido que el juez realice una evaluación de la pretensión de cesación de prisión preventiva que consta de dos tipos de análisis. Un primer análisis parte de la comprobación de la existencia de elementos o medios de prueba suficientes desvirtúen de forma razonable la vinculación del imputado con el hecho punible, esto se puede lograr a partir de la existencia de testigos, peritos o documentos que apreciados en conjunto permitirán realizar un juicio valorativo respecto de la inicial solides de las imputaciones propuestas en la hipótesis fiscal, de modo que apreciados en conjunto estos datos subsecuentes convengan el Juez de la Investigación Preparatoria que alterado el cuadro probatorio se alteran los hechos imputados.⁸⁴

A. El peligro de entorpecimiento

El peligro de perturbación u obstaculización de la actividad probatoria debe ser entendido como el accionar del imputado o de terceros vinculados a su persona, que tiene por fin entorpecer, alterar o cuando menos hacer mucho más difícil la búsquedas de las fuentes de prueba o la incorporación de los medios de prueba al proceso penal.

“Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado puede ocasionar la desaparición de futuras fuentes de

⁸⁴ “El juez puede dictar mandato de detención, si existen suficientes elementos de prueba que vinculen al inculpado con el hecho que se le imputa, si la sanción a imponerse supera los cuatro años de pena privativa de libertad y, en razón de sus antecedentes, considere que el procesado tratará de eludir la acción de la justicia o perturbará la actividad probatoria. Tanto el primero como el tercero de los supuestos aludidos permiten una apreciación subjetiva del juzgador, pero el segundo de los requisitos mencionados es meramente objetivo y debe considerarse lo expresamente señalado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las conductas delictivas que contempla”. Exp. N.º 1945-93-Lima, 28 de octubre de 1994.

prueba, o en su caso la alteración de su veracidad”.⁸⁵ Es de notar que se exige que la probable obstrucción probatoria sea relevante en términos de limitar o cuando menos hacer difícil el esclarecimiento de los hechos imputados por parte del Fiscal de la Investigación Preliminar.

ASENCIO MELLADO apunta que “ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una *capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba*, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta.

En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso. Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y solo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse”.⁸⁶

B.1. Elementos probatorios que deben afirmarse para desvirtuar el peligro de obstaculización

El artículo 270° del Código Procesal Penal establece los supuestos que constituyen peligro de obstaculización, son estos los que deben ser rebatidos por la defensa incorporando nuevos elementos de prueba para poder afirmar la no presencia de este presupuesto material, esto son:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

Este presupuesto hace referencia a una probable actividad del imputado basado en su disposición material para eliminar,

⁸⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores, Lima, 2008, pág. 60.

⁸⁶ ASENCIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales. V.V.A.A. Palestra Editores, Lima, 2005, págs. 27, 28.

malbaratar, manipular, destruir u ocultar fuentes o medios de prueba que lo vinculen directa o indirectamente con la imputación. "Dicha conexión puede venir dada por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado (que indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos), la situación social y familiar o las conexiones que el sujeto tenga con otros países, si se estima que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba".⁸⁷

Desde esta perspectiva la expresión razonablemente hace referencia a una "probabilidad inferencial" pero objetiva en términos probatorios (elementos probatorios o indicios) que son indicativos de un alto grado de apoyo que las premisas referidas a la frustración procesal prestan a la hora de determinar en el caso concreto el grado de credibilidad racional respecto del peligro de obstaculización.

Así para establecer si efectivamente esto es posible, se debe determinar que fuentes o medios de prueba relevantes se encuentran mantenidos en peligro real, para ello identificado el acto procesal en que se sostuvo este presupuesto, se debe analizar si el imputado o terceros vinculados a su persona, mantiene aún la capacidad de impedir que se aporte prueba documental o alterar la misma.

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

El término influir hace referencia a la ascendencia que tiene el imputado sobre sus coprocesador, testigos o peritos, a efectos de incitar que estos últimos cooperen, participen, respalden o apoyen la posición del imputado con el fin de favorecerlo sabiendo que los hechos que narran son falsos, esto puede darse producto de la coacción, presión, inducción, amedrentamiento, amenaza o intimidación que sufre el coimputado, testigos o peritos para que informen falsamente.

Asimismo se puede presentar la situación contraria que la influencia del imputado está destinada a que el coimputado, los testigos o peritos se comporten de manera desleal, entendido esto, como aquella actitud tendiente a encubrir, proteger o esconder datos objetivos respecto de la participación del procesado en el hecho imputado.

El imputado puede también influir a efectos de que el coimputado, los testigos o peritos que declaren respecto de la participación del procesado en el hecho imputado, lo haga de manera reticente, ya

⁸⁷ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ibidem, pág. 126.

sea demorando su participación como testigos o tomando una actitud evasiva, esquivada, ambigua, imprecisa o confusa.

La determinación de que el procesado pueda influir directa o indirectamente en sus coprocesadores, testigos o peritos debe evaluarse a la luz del comportamiento del procesado antes, durante y después de concluida la investigación preparatoria.

Ahora bien, la cesación que cuestiona la inexistencia de riesgo para la fuente de prueba- testimonial- debe centrar su atención a que ya no existe riesgo para el acto procesal o que este es irrealizable o indeterminado, pues este se realizó con normalidad, para ello la defensa del imputado debe participar en tales actos, con la finalidad de interrogar al testigo u perito sobre la inexistencia de intervención de su patrocinado o de un tercero que tuviera la finalidad de evitar que declare o que declare cosa distinta a lo que conoció u que fue presionado para que declare exculpando a su patrocinado u la pérdida de recursos o medios por parte del imputado tendientes a alterar o influir en otros procesados, testigos o peritos, a través de actos propios o por terceros, a la luz de las condiciones personales del procesado como puede ser el grado de ascendencia, influencia o de poder que podría ejercer sobre terceros.

Esto se debe conjugar con la etapa procesal en que nos encontremos al momento de solicitar la cesación, pues si la posibilidad de incorporar elementos probatorios ha precluido, el peligro de obstrucción de la actividad probatoria se minimiza.

3. Inducirá a testigos, peritos o coimputados a realizar comportamientos obstruccionistas o actos de no colaboración con el esclarecimiento de los hechos

La inducción, incitación o instigación a que otros cometan actos de sustracción de la persona del imputado o de obstrucción probatoria debe observarse a partir la ascendencia del imputado sobre terceros, esta puede ser producto de la posición de poder o de influencia que ostenta en una organización, empresa o institución en cuanto le permita ordenar a sus subordinados o personas dependientes de su persona la destrucción, alteración u ocultamiento de fuentes o medios de prueba.

Podemos concluir que por peligro de obstaculización se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento o influenciado a otros a que actúen en su nombre entorpecerá la averiguación de la verdad en alguna de las modalidades previstas por el artículo 270° del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo la prisión preventiva vinculada al peligro de obstaculización tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable para tener por cumplida su finalidad

cautelar-procesal, ello desde la perspectiva de la cesación implica analizar en qué momento procesal nos encontramos, si la organización delictiva es activa, si los integrantes se mantiene en la clandestinidad, si los actos probatorios han sido realizados sin inconvenientes, etc.

B. Peligro de fuga

El peligro de fuga que se refiere a la posibilidad de que el imputado, evite no someterse al proceso, eludiendo o burlando la acción de la justicia, mediante la fuga o el ocultamiento. La dimensión o ámbito que se pretende proteger es el riesgo probable que el imputado se mantenga oculta o fuge del país.

La ponderación de este presupuesto material debe considerar la falta de arraigo, la proximidad del juicio oral, la confirmación o firmeza del procesamiento, naturaleza del delito y la pena abstracta y su proyección sobre la pena concreta, entre otras razones objetivas de las que se pueda deducir fundadamente la posible.

El artículo 269° del Código Procesal Penal modificado por Ley N° 30076 describe en amplitud lo que se debe entender por peligro de fuga. Así por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.⁸⁸

En tal sentido “el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que (...) viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado”.⁸⁹

Corresponde a la defensa la actividad probatoria de incorporar información que desvirtúe que el presunto riesgo afirmado, ya no existe, ya sea porque se ha proporcionado nueva información sobre la situación procesal del imputado, que disminuye el riesgo de fuga, o actos de investigación que afirmen que no optará por rehuir o pasar a la clandestinidad, ya sea porque presente la documentación

⁸⁸ “Si el Colegiado al expedir la resolución que dicta mandato de detención no precisa adecuadamente la presencia del peligro procesal, al no haber anotado los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado ni tampoco haber precisado en qué consistiría la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso; corresponderá revocar el mandato de detención y dictar un mandato de comparecencia”. R. N. Exp. N.° 86-97, Lima, 26 de noviembre de 1997.

⁸⁹ GIMENO SEDRA, Vicente, MORENILLA ALLARD, Pablo, TORRES DEL MORAL, Antonio, DÍAZ MARTINEZ, Manuel. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Colex, Madrid, 2007, pág. 447.

pertinente que acredite domicilio conocido, trabajo, pero sobre todo su vocación de afrontar el proceso penal.⁹⁰

⁹⁰ "Que, en el nuevo modelo procesal penal, también se establece el derecho que tiene el imputado de pedir al Juez de la investigación preparatoria la cesación de la prisión preventiva si estima que las causas que motivaron la misma han desaparecido o pedir la sustitución por otra medida más intensa que se prevé para la comparecencia si los presupuestos anteriores han disminuido; siendo regulado dicho instituto en el artículo doscientos ochenta y tres del código procesal penal, que si bien es cierto, puede ser solicitado las veces que el imputado considere pertinente o cuando lo crea conveniente, también es cierto que el mismo se encuentra sujeto a presupuestos taxativamente previstos en la norma acotada, vale decir, cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron la prisión preventiva y resulten necesarios sustituirla por la comparecencia restringida, en el presente caso, como se ha indicado no se han aportado nuevos hechos que hayan conllevado a que los actos de investigación hayan revertido tal circunstancia, por lo que dicha resolución no se encuentra arreglada al dispositivo antes anotado". Ejecutoria Superior, Sala penal permanente. Considerando tercero. Expediente N.º 31-2007-FL.69, 21 de marzo de 2007.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

- Las medidas de coerción personal afectan la libertad personal sujetan al imputado al proceso, sin que quepa desnaturalizar su finalidad cautelar y usarla como una herramienta punitiva.
- Estamos ante herramientas de uso excepcional que busca garantizar la eficacia de la decisión final por lo que sólo plantearse y concederse en la medida estrictamente necesaria para garantizar eficazmente la finalidad cautelar.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿En qué consiste la peligrosidad procesal?

2) ¿Cuáles son los supuestos en qué se puede alegar peligro de fuga?

5) ¿Cuál es la diferencia entre peligro de fuga y de entorpecimiento?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay. San Martín Castro, César.
- 2) La verificación coercitiva. La confirmación, demostración y convicción respecto de la peligrosidad procesal del imputado. Diego Dei Vecchi.
- 3) Límites normativos a la prisión preventiva. Diego Camaño Viera.
- 4) La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gonzalo Del Río Labarthe
- 5) Casación 626-2013-Moquegua.
- 6) Circular sobre prisión preventiva N° 325-2011.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- Casación N° 631-2015-Arequipa
- Ejecutoria Superior Ica, Exp. N° 00171-2012-87-1401-SP-PE-01

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD III.

MEDIDAS DE COERCIÓN REAL



PREGUNTAS GUÍA

- 1) ¿Cuáles son los fundamentos de las medidas de coerción real?
- 2) ¿Cuál es la clasificación de las medidas de coerción real?.
- 3) ¿Cuáles las clases de embargos?

PRIMER CAPÍTULO: FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES

I. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES

SAN MARTÍN CASTRO señala que “una definición de medidas cautelares reales más acorde con las consecuencias jurídicas económicas del delito sería la siguiente: Son aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre bienes jurídicos patrimoniales, están funcionalmente ordenadas a hacer posible la efectividad de las consecuencias jurídicas económicas de la infracción penal, a declarar en la sentencia condenatoria”.⁹¹

El Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 señala en el fundamento décimo sexto que “las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal”.

Las medidas coercitivas que cautelan las consecuencias civiles *ex delicto* tienen por finalidad asegurar, conservar y/o custodiar el patrimonio⁹² del imputado o del tercero civil responsable⁹³, proyectándose al cumplimiento de las obligaciones patrimoniales en caso de una posible sentencia condenatoria, pero también se proyectan al cumplimiento del pago de la multa, de las costas procesales y de los gastos ocasionados durante el proceso.

Las medidas de coerción real están destinadas al efectivo cumplimiento de la reparación civil, cuyos alcances se encuentran establecidos en el artículo 93° del Código Penal y comprenden: la restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor, la indemnización de los daños y perjuicios.

⁹¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito”. *Ius et veritas*, año XII, N° 25, noviembre 2002, Revista Editada por los Alumnos de la PUCP, Lima, 2002, pág. 312.

⁹² “Las medidas cautelares reales personales son aquellas medidas procesales del Órgano Jurisdiccional que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, a declarar en su día la sentencia”. ARANGUENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español*. Editorial J. M Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 119.

⁹³ SAN MARTÍN CASTRO señala que “la responsabilidad civil se extiende, a título de responsabilidad civil indirecta, al denominado tercero civil responsable, que es quien por una relación de derecho civil, ajena al Derecho Penal y por ende impune, debe responder por los daños causados por el autor directo- en función a sus relaciones con el autor de la infracción penal o con el propio acto delictivo- Es la llamada responsabilidad civil *extra delicto*”. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Responsabilidad civil y proceso penal: algunos aspectos procesales de la reparación civil*. En *Responsabilidad Civil*, Tomo II, a cura de Juan Espinoza, VVAA, Editorial Rodhas, Lima, 2006, pág. 30.

En buena cuenta las medidas de coerción real deben su objeto a fines directos del proceso penal como son:

- a) "El objeto de las medidas cautelares es tratar de conservar el derecho en sí mismo y en su identidad o el bien en su individualidad e integridad independientemente de que su pérdida o afectación pueda ser resarcida y con más razón si se advirtiera que, por insuficiencia o debilitamiento patrimonial, el resarcimiento resulta imposible o dudoso".⁹⁴
- b) Evitar la libre disponibilidad de los bienes patrimoniales por parte del imputado o terceros que lo detenten a través de actos de frustración como son el embargo, la orden de inhibición el secuestro, el depósito, la ministración provisional, entre otros, salvaguardando de este modo las posibles consecuencias patrimoniales del delito.⁹⁵
- c) Evitan que se pierda la virtualidad o eficacia de una posible sentencia condenatoria durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.
- d) Es un mecanismo alternativo a la imposición de las medidas de coerción personal, como es el caso de la caución que se encuentra relacionada con la comparecencia con restricciones.
- e) En casos como la incautación es un medio para evita la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos.
- f) Es un mecanismo que permite la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito. Precisamos que los dos últimos supuestos están regulados bajo la institución procesal denominada, medidas anticipadas,⁹⁶ regulada por el artículo 312° del Código Procesal Penal.

⁹⁴ RIVAS Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho peruano. Jurista Editores, Lima 2005, pág. 43.

⁹⁵ Las medidas cautelares reales tienen por misión asegurar un conjunto de bienes en los cuales posteriormente se hará efectiva la responsabilidad pecuniaria que se derive del delito.

⁹⁶ Artículo 312 del Código Procesal Penal. El Juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

Esta actividad se denomina coerción procesal porque restringe o suspende temporalmente el ejercicio de los derechos patrimoniales del justiciable en aras de asegurar el desarrollo y el resultado del proceso.

I.I. Clasificación de las medidas coercitivas reales

El Código Procesal Penal establece dos clases de medidas de coerción: las de naturaleza personal y las de naturaleza real. “Podemos clasificar las medidas de cautela real de la siguiente manera: por un lado las destinadas al aseguramiento de la actividad, investigativa y probatoria y, por otro, las medidas que cautela la ejecución de las consecuencias civiles *ex delicto*. Las medidas cautelares orientadas al aseguramiento de la actividad probatoria tienen por función conservar en su estado inicial cualquier bien, objeto y en general todo elemento de prueba para que puedan ser incorporados y valorados por el órgano jurisdiccional en el momento pertinente, y puedan así servir de eficaz sustento de la sentencia”.⁹⁷

El Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 señala “como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación:

- a. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.
- b. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización”.⁹⁸

Para SAN MARTÍN CASTRO, “las medidas cautelares en sede penal dan lugar a procesos cautelares: i) asegurativos (embargo), en los supuestos de multa y reparación civil; ii) conservativos (incautación o secuestro cautelar), iii) innovativos y satisfactorios (suspensión de la actividad contaminante y de clausula temporal de establecimiento, así como la recuperación cautelar del bien usurpado y destrucción de cultivos)”.⁹⁹

Lo importante de esta clasificación es la orientación asegurativa que se pretenda dar a la medida de coerción real a solicitar, es decir, lo que en concreto se pretenda con ella a corto, mediano y a largo plazo, de ello dependerá la permanencia o variación de la medida cautelar, es por ello que la elección de la medida cautelar debe ser razonable para garantizar la eficacia futura de la sentencia.

⁹⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. “La coerción real y las consecuencias civiles *ex delicto*”. Revista Derecho y Sociedad N° 13 año IX, III etapa, Lima, junio 1998, pág. 124.

⁹⁸ Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, fundamento décimo séptimo.

⁹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito”. Ob. cit., pág. 312.

I.II. Componentes que forman el quantum de la medida de coerción real

Es de observar que existe relación directa entre el objeto de la medida cautelar real y lo que se pretende cautelar, dígase responsabilidad pecuniaria derivada del delito o del pago de las costas, por lo que es necesario individualizar cada uno de estos conceptos:

- 1) El daño resarcible.- Comprende la indemnización por la conducta dolosa o culposa que ocasiona el delito, conforme lo establece el artículo 1969° del Código Civil. Este ámbito de responsabilidad es concordante con lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, en la que se individualiza el daño en:
- 2) Daño patrimonial o daño material¹⁰⁰.- Constituido por las lesiones a los derechos patrimoniales del agraviado, el cual se divide en dos categorías:

- i. Daño emergente.- Es el perjuicio por la pérdida o disminución de las cosas afectadas por el delito o de los derechos del agraviado.

El daño emergente se determina a través de una pauta objetiva, como es la afectación económica causada por el daño ocasionado, como consecuencia de este o por la pérdida efectivamente sufrida.

También se puede presentar en casos en los que existe de manera concreta una lesión física y psíquica sufrida por el damnificado.

Del mismo modo, se puede referir a los gastos incurridos en reparar o adquirir un bien en las mismas condiciones del perjudicado por el delito.

- ii. Lucro cesante.- Es el daño que produce *la frustración de la renta o ganancia esperada*. La *pérdida o disminución* de la expectativa económica, que puede

¹⁰⁰ "Esta Corte entra a determinar el daño material, que supone la *pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima* y, en su caso, de sus familiares, y *los gastos efectuados como consecuencia de los hechos* en el caso *sub judice*. A este respecto, fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. *Para resolver sobre el daño material, se tendrá en cuenta los argumentos de las partes, el acervo probatorio, y la jurisprudencia del propio Tribunal*". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenez López, Sentencia del 4 de julio de 2006.

ser actual o futura. Se requiere que sea cierta, no puramente posible.

Así el lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se vio privado el agraviado por la privación del bien lesionado, es decir, por la imposibilidad de utilizar la cosa por un tiempo determinado, si se trata de una lesión, por la pérdida de las expectativas económicas que sean consecuencia directa de la lesión.

Conforme a las reglas que rigen la carga de la prueba el actor civil o en su defecto el Ministerio Público debe postular los parámetros que permitan asegurar la conformación de un perjuicio que exceda las meras molestias o indisposiciones que la carencia del bien o de las lesiones ocasionadas a la cosa pueda ocasionar para el que tiene cierta expectativa de contar con el mismo.

Debemos precisar que el lucro cesante se analiza desde el entorno del agraviado, dado que la lesión recae y se concretiza sobre este.

- 3) Daño extra patrimonial.- SAN MARTÍN CASTRO señala que se trata de la “lesión a la persona en sí misma considerada, estimada en su valor espiritual, psicológico, inmaterial, dentro del cual está el daño moral o el daño a la persona, tales como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por el perjudicado- daño moral subjetivo-, así como también el menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del traumatismo psíquico causado por el hecho punible, que en este caso se denomina- daño moral objetivo”.¹⁰¹
 - i. Daño personal.- Se trata de aquellos gastos generados como consecuencia de la lesión al bien jurídico, y están referido al menoscabo que se produce en la salud, la integridad personal, como un derecho resarcitorio diferente al menoscabo patrimonial y que está compuesta de:
 - Reintegro de gastos médicos y de medicinas.- Se trata de aquellas erogaciones en que incurre el agraviado o sus familiares como consecuencia de las lesiones sufridas por la víctima, este rubro puede vincularse con la cantidad de días internado, los tratamientos y

¹⁰¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Responsabilidad civil y proceso penal: algunos aspectos procesales de la reparación civil. Ob. cit., pág. 30.

análisis y/o estudios anteriores, concomitantes y/o posteriores, la gravedad de las lesiones padecidas, etc.

- Gastos terapéuticos y/o asistenciales futuros y apoyo psicológico.- Ciertas lesiones requieren una terapia para ser reparada o cuando menos para limitar las consecuencias de la lesión o para evitar que la lesión se agrave.
 - En estos casos la secuela de la lesión y la proyección del tratamiento debe ser dictaminado por el médico tratante, dentro de cuyo ámbito se encuentra la asistencia de un equipo terapéutico que puede ser multidisciplinario en atención a la concreta lesión.
- ii. Daño moral.- El daño moral es entendido como el daño sufrido al honor, al prestigio o a la buena reputación de la víctima como producto del accionar del justiciable.

Así hablamos de una lesión o disminución de aquellos bienes que tienen un valor en la vida del ser humano como son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, este tipo de daños es de imposible valoración económica, por lo que no se pueden resarcir sino compensar.

El *quantum* del daño moral debido a su naturaleza, no puede cuantificado materialmente, sino equitativamente. "La equidad en la valuación del daño moral o subjetivo, como sugiere ESPINOZA ESPINOZA, y acepta GÁLVEZ VILLEGAS, siguiendo a la jurisprudencia italiana, puede incorporarse los siguientes elementos o factores: a) gravedad del injusto e intensidad de la intervención del imputado; b) intensidad del sufrimiento de la víctima, teniendo en sus circunstancias personales; c) sensibilidad de la persona ofendida en función a sus características personales; y d) vínculo de parentesco o convivencia".¹⁰²

Como se aprecia los ámbitos comprendidos por el daño moral, pueden ser mayores a las afectaciones que pueda sufrir la persona físicamente o en sus sentidos, abarcar chances, proyectos, inclinaciones, apetencias,

¹⁰² SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Responsabilidad civil y proceso penal: algunos aspectos procesales de la reparación civil. Ob. cit., pág. 39.

frustraciones a proyectos de vida, entre otros factores que pueden ser cuantificados económicamente bajo este rublo.¹⁰³

De este modo, evaluar el daño moral implica tratar de medir el sufrimiento humano, lo que no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativos exactos, sino que es una apreciación no susceptible de ser fijada en conceptos de validez general o de explicación racional.

El «*quantum*» que se puede establecer deriva de juicios de valor, antes que de cálculos matemáticos, para cuya graduación cobra singular relevancia la prudente ponderación del Juzgador; ante la imposibilidad de mensurar en dinero el sufrimiento físico o moral del agraviado, lo cual hace que lleve insito un pronunciado e inevitable subjetivismo.

Aunque no corresponda descartar ningún método o baremo de cálculo de las indemnizaciones por este tipo de daños cuya extensión es tan difícil de someter a un sistema de fijación, el monto a conceder debe reflejar una proyección razonable¹⁰⁴, puesto que la única limitante debe estar dada por lo irrazonable del resultado.¹⁰⁵ Así corresponde entender que el test de razonabilidad que debe hacer el juzgador es un análisis de la proporcionalidad entre los diversos grados de afectación sufridos por la víctima y la reparación que por dicho daño le corresponde afrontar al sentenciado.

Se requiera identificar un perjuicio cierto y relevante que su supresión puede producir en la víctima; por lo que la reparación civil que se pretende obtener será como producto de la pérdida del chance o de la ganancia en la vida del sujeto, así como la frustración futura de esa ganancia.

¹⁰³ La alegría de vivir, la privación del placer sexual, de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar avatares de la existencia, la inclinación al desánimo como producto del delito son factores a tener en cuenta.

¹⁰⁵ La falta de razonabilidad en la decisión del órgano jurisdiccional, es producto de una manifestación irracional o arbitraria de su decisión, ya sea como consecuencia de una carencia de racionalidad latente de la decisión, o como consecuencia de una racionalidad formal; esto implica que el procedimiento de la decisión judicial no se haya desarrollado conforme a derecho, o bien, por una falta de racionalidad material de la norma jurídica empleada al decidir.

“La expresión «valor vida» alude a la pérdida económica que sufre quien dependía de los aportes económicos del causante debiendo descontarse lo necesario para su propia subsistencia, para lo cual es preciso establecer de qué recursos económicos se vio privado frente al deceso, valorando las condiciones personales del muerto y de la persona que pretende ser resarcido”.¹⁰⁶

En estos casos la pérdida de una vida humana de naturaleza, circunstancia dramática para cualquier familia, llevaría al juez a la primera conclusión a la fijación de indemnizaciones dinerarias que, por desmesuradas, cuanto menos representen la idea consistente en que a daños de esta naturaleza, no hay suma de dinero que los repare. Por ello es que, la elección del juez de una suma de dinero destinada a mitigar el daño causado no debe pasar por la pura subjetividad.

Para establecer la cuantía del daño moral¹⁰⁷, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso - produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que, más que cualquier otro rubro, queda sujeto al prudente arbitrio judicial que para fijar un monto estimable razonablemente, ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso como son la prueba actuada de la que se permitan afirmar en concreto cuál era la real posibilidad de beneficiarse de los ingresos eventuales y futuros del bien jurídico vulnerado.

Así el «*quantum*» del daño moral debido a su naturaleza, debe establecerse conforme a una prudente ponderación judicial, sopesando que es un resarcimiento aproximativo y por satisfacción o satisfactorio, donde la moneda se proyecta como medio para obtener goces más o menos compensatorios por los sufrimientos

¹⁰⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, Buenos Aires, 22 de octubre de 003. Ponente Socolosky, Hugo R. y otro c. Secretaría de Inteligencia del Estado y otro. Revista La Ley del 09 de junio de 2004, pág. 10.

¹⁰⁷ Desde la perspectiva de la víctima, son dos los elementos a tener en consideración para fijar la indemnización por este rubro: la naturaleza de chance atribuido al hecho futuro de la ayuda de la persona fallecida y a lo necesario para la propia subsistencia de la aportante. De otro lado, se debe necesariamente valorar que la ayuda del fallecido no es una circunstancia de la vida que permanezca en forma periódica y fija, por cuanto, al menos, también es pronosticable, con el mismo grado de certidumbre, que si se trata de un hijo forme un hogar propio, y que, si se trata de gente de escasos recursos, no alcancen los mismos para mantener el propio y el hogar paterno materno.

experimentados en el pasado, y que se prolongan en una realidad en el futuro y en algunos casos como sería la pérdida de una vida, imposible de reparar.

Como dijimos el daño moral no puede ser cuantificado materialmente, sino equitativamente, corresponde a los jueces el fijar las indemnizaciones por daños aplicando un criterio de comparación, partiendo del máximo daño posible que puede sufrir una persona y allí ir descendiendo.

“Nuestros jueces están en condiciones de cuantificar imparcialmente el perjuicio de modo de ofrecer justicia, igualdad y seguridad jurídica (...) de la comparación de los casos va surgiendo la analogía y consecuentemente mayor racionalidad y homogeneidad.”¹⁰⁸

Se trata de un modo razonable de objetivar, a partir de la valuación de los diferentes formas que adquieren los daños, dado que este método permite, por una parte, adoptar más que criterios de valuación, montos a asignar que han ido ganando aceptación, y, por otro, «jerarquizar» diversos «daños morales», sin perjuicio de las diferenciaciones a apreciar por el juez con base en las particularidades de cada caso que puedan hacer variar, en más o en menos, la reparación a acordar.

Entre estos criterios puede considerarse la situación patrimonial del imputado, las circunstancias atenuantes, si fuera el caso a efectos de establecer un monto equitativo a la gravedad del hecho y la conducta desplegada.

“La equidad en la valuación del daño moral o subjetivo, como sugiere ESPINOZA ESPINOZA, y acepta GÁLVES VILLEGAS, siguiendo a la jurisprudencia italiana, puede incorporarse los siguientes elementos o factores: a) gravedad del injusto e intensidad de la intervención del imputado; b) intensidad del sufrimiento de la víctima, teniendo en sus circunstancias personales; c) sensibilidad de la persona ofendida en función a sus características personales; y d) vínculo de parentesco o convivencia” .¹⁰⁹

¹⁰⁸ HIGHTON Elena, GREGORIO, Carlos y ÁLVAREZ Gladys. “Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes”. En Revista de Derecho de Daños, 2004-3, Determinación Judicial del daño-1, Santa Fe, 2005, pág. 7.

¹⁰⁹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Responsabilidad civil y proceso penal: algunos aspectos procesales de la reparación civil. Ob. cit., pág. 39.

Para la fijación del «*quantum*» que corresponde al daño moral deberá tener en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, relacionada con la falta de solidaridad con respecto al resarcimiento debido a los terceros que fueran víctimas, la que pesa sobre todos los que han participado en la producción del daño. No es necesario que guarde relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio a éste.

4. Las costas procesales.- "El concepto de costas está constituida por el conjunto de gastos efectuados por las partes en un juicio y que constituyen objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia; estableciéndose como principio generalmente aceptado, que la parte vencida totalmente pague el juicio, paga sus gastos y de la otra parte, enunciados en este concepto, la ley hace la siguiente distinción: a) costas procesales, constituida por los gastos judiciales efectuados, y b) costos procesales, comprende el pago de honorarios del abogado de la otra parte".¹¹⁰

Las costas procesales forma parte del daño resarcible, y se encuentra reconocida en el artículo I numeral primero del Título Preliminar del Código Procesal Penal y desarrollada en el libro Sexto, Sección II, en los artículos 497°, 498°, 499°, 501°, 502°, 503° y 504° del Código anotado, que resulta concordante con el artículo 410° del Código Procesal Civil.

En el caso de las costas procesales, si bien esta se determina en concreto con los alegatos finales del actor civil o en su defecto del Fiscal, es posible hacer una proyección sobre el monto a efectos de integrarlo a la cantidad propuesta para ser objeto de medida cautelar real.

5. La multa.- Es un tipo de pena, es decir, se trata de clase de sanción penal de naturaleza pecuniaria establecida en el artículo 41° del Código Penal concordante con los 393°.3 literal "e", 399°.2 y 402°.1 del CPP, configurándose como una consecuencia accesoria del delito.

La multa se determina atendiendo al contenido del injusto y de la culpabilidad, así como a la situación económica del condenado.

Al ser la multa un tipo de sanción penal el titular para pedir se imponga una medida de coerción real será el Ministerio Público pues sobre él recae la pretensión de sanción penal.

¹¹⁰ Casación N° 2544-97- Lima, El Peruano, 16 de agosto de 2000, pág. 5926.

Cada uno de los componentes desarrollados puede formar parte de la cuantía a solicitar como objeto de cautelar individual o conjuntamente por uno o algunos de los sujetos procesales, en cualquier caso deben tomarse en consideración las peculiaridades de cada caso en concreto, apreciándose los mayores a menores perjuicios que se presenten.

II. Clases de medidas cautelares reales

La elección correcta de la medida cautelar real determina su eficacia, el Código Procesal Penal permite elegir entre cinco tipos de medidas de coerción real: 1) Embargo; 2) Inhibición; 3) Incautación; 4) Medidas anticipativas y 5) Medidas preventivas contra la persona jurídica, a desarrollar las principales les dedicamos las siguientes líneas:

1. La Caución

“«Caucionar» proviene del latín «*cautio*» que significa precaver, tomar precauciones para evitar una circunstancia dañosa o perjudicial, la que nos ocupa, es el incumplimiento de las obligaciones procesales por parte del imputado”.¹¹¹

La caución es un medio para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad (fiscal o judicial¹¹²), pero a su vez es un instrumento con el cual el imputado responde en caso de los daños y perjuicios que el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas ocasionen.¹¹³

¹¹¹ VASQUEZ ROSI, Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal II, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, pág. 264.

¹¹² “La caución desarrollada en el artículo 289 del CPP 2004 con la finalidad de lograr la sujeción de las personas a los llamados del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como también para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas”. Exp. N° 61-2012, Resolución del 22 de mayo de 2012. Ponente: Mayta Dorregaray.

¹¹³ “El Código Procesal Penal faculta al favorecido con la libertad provisional ofrecer a cambio de la caución impuesta una garantía suficiente, debiendo entenderse que a quien corresponde considerar de suficiente o no la garantía es al órgano jurisdiccional ...del cuaderno de libertad provisional que se tiene a la vista el beneficiario solicita la sustitución de la caución fijada, ofreciendo en garantía un inmueble; (...) la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia deniega la referida solicitud mediante la resolución cuestionada, por considerar que el procesado cuenta con suficiente capacidad económica para abonar la caución fijada, habiendo arribado a esta convicción basándose en las propias afirmaciones del beneficiado, en el sentido que es propietario de un negocio y de un inmueble y que tiene un ingreso de ocho mil nuevos soles mensuales. La mencionada resolución está debidamente motivada y ha sido expedida en el marco de un procedimiento regular por lo que es de aplicación lo dispuesto en el inciso 2° de la Ley 23506”. Exp. N° 661-97-HC/TC. Lima 25 de setiembre de 1999.

Desde esta perspectiva la caución es una contramedida precautoria que se impone al imputado que no tiene solvencia económica, ya sea como una medida independiente o puede ser combinada con alguna otra medida cautelar.¹¹⁴

La Corte Suprema señala que:

“La caución económica, asociada al peligro de fuga, es propiamente una garantía que tiene como fin asegurar exclusivamente el cumplimiento de las obligaciones o restricciones de la comparecencia, del que se halla en libertad, a los fines del proceso penal-garantizar, en suma, que no eluda o perturbe la acción de la justicia-. Se expresa en la forma de un compromiso o garantía patrimonial de buen comportamiento futuro, cuya insatisfacción origina su ejecución o pérdida. Su sentido sustancial es, pues, disminuir el peligro procesal, en especial el de fuga. Por consiguiente si no se presta la caución es claro que el peligro procesal se actualiza al no existir garantía patrimonial de su cumplimiento-peligro que se entendió bloqueada la caución- y, por tanto, es inevitable que decae la medida garantizada con ella (...)”.¹¹⁵

Acorde con la jurisprudencia podemos afirmar que la restricción patrimonial funge como un mecanismo de sujeción al proceso, que evita o cuando menos limita la potencialidad del imputado para materializar el riesgo concreto de fuga, esto se denomina peligrosidad procesal¹¹⁶, que no es otra cosa que la aptitud y actitud del justiciable para materializar un riesgo de frustración procesal.

Desde esta perspectiva, la caución debe entenderse como la garantía de sujeción al proceso impuesta como una de las variantes del mandato de comparecencia con restricciones, cuando exista evidencias de peligro procesal.¹¹⁷ En ese sentido, su finalidad es de

¹¹⁴ “La caución se fijará solamente cuando se trate de imputados con cierta solvencia económica y consistirá en una suma de dinero que se fijará en la Resolución; y, considerando que la inculpada recurrente se dedica a las labores domésticas, labor diaria por la que no percibe un ingreso económico elevado, es menester rebajar el monto de la caución fijada, en forma proporcional”. Exp. N° 6433-97. Lima 8 de abril de 1998.

¹¹⁵ Sala Penal Permanente. RN Exp. N° 3100-2009, Lima, 17 de febrero de 2010. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro.

¹¹⁶ Así la peligrosidad procesal se refiere a la eventualidad que el imputado realice acciones en perjuicio de las investigaciones o del proceso penal.

¹¹⁷ “La caución económica tiene como objeto exclusivo garantizar que el imputado comparezca a la instrucción para la realización de actos propios de la misma, así como para el logro de los fines del proceso”. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios de Lima. Exp. N° 2854-1998-E. Lima, 14 setiembre de 1998.

neutralizar la presunta elusión de la acción de la justicia que pesa sobre él, al absorber en parte la efectividad asegurativa de las medidas cautelares personales.¹¹⁸

A.1. La calidad de la caución

Calidad es un concepto en el que convergen tres elementos: a) efectividad, el bien tiene que ser capaz de transformarse en dinero que alcance para cubrir el monto establecido como caución; b) eficacia, que el bien realizable lo sea en la menor cantidad de pasos o secuencias; y c) eficiencia, que no medie obstáculo alguno para que el bien en su integridad se convierta en suma líquida.

Para que un bien tenga la calidad necesaria para cubrir el *quantum* establecido como caución, requiere estar rodeado de un conjunto de seguridades. Al respecto la Corte Suprema considera:

“Que, en principio, como regla básica que guía el análisis de la caución real es de reconocer que el bien que se ofrece para garantizar patrimonialmente la caución debe estar dotado de un conjunto de seguridades que permitan, en su día, su ejecución rápida y efectiva. Cualquier debilidad en el bien autoriza al Tribunal a rechazarlo. (...) Pero, no se trata sólo de que se ofrezca un bien libre y de segura ejecución. Lo que la ley procesal nacional exige es que se empoce la cantidad exigida en el Banco de la Nación, o se constituya una garantía patrimonial suficiente a nombre del órgano jurisdiccional hasta por dicho monto, o- si carece de solvencia económica- se ofrezca una fianza personal (...).

Las garantías patrimoniales están claramente definidas en el Código Civil: hipoteca para el caso de los bienes inmuebles y prenda para los bienes muebles, desde luego cumpliendo con todas las exigencias que dicha norma estatuye. (...). Por ende la simple entrega o puesta a disposición judicial de un inmueble, sea cual fuera sus características y estatus jurídico, no cumplen la exigencia legal: éste debe hipotecarse, esto es, debe entregarse una garantía hipotecaria en forma”.¹¹⁹

Conforme se señala si se entrega en garantía para cumplir con la caución un bien inmueble este debe hipotecarse o si se trata de bienes muebles debe prendarse, si se trata de dinero debe realizarse un depósito en el Banco de la Nación a nombre del órgano

¹¹⁸ “La caución está desarrollada en el artículo 289 del CPP de 2004, con la finalidad de lograr la sujeción de las personas a los llamados del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas”. Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 0061-2012, Lima, 22 de mayo de 2012.

¹¹⁹ RN N° 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegria

jurisdiccional, ninguna otra forma esta admitida para cumplir el mando judicial.

Además el bien (mueble o inmueble) que presente el imputado debe tener el valor suficiente para cubrir el monto de la caución impuesta, de tratarse de bienes distintos del dinero requieren una valorización que debe ser presentada por el imputado, de no estar conforme el juez con la valorización presentada puede disponer se realice una tasación de oficio.

A.2. El *quantum* de la caución

El primer numeral del artículo 289° del Código Procesal Penal señala que la caución se:

“Fijará en cantidad suficiente para asegurar (...) (las) obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad”.

El concepto cantidad suficiente, alude a activo, sea bien mueble o inmueble capaz de ser convertido en una suma de dinero que pueda cubrir la expectativa que el juez considera necesarias para garantizar la sujeción del imputado al proceso- evitar riesgo de fuga, así como el cumplimiento de las obligaciones jurídicas fijadas por el juez vinculadas a la obligación de someterse al proceso.¹²⁰

El juez debe primero debe realizar un pronóstico del estado actual de las circunstancias que se le presentan, para luego determinar que obligaciones considera que deben cumplirse, en otros términos debe identificar cuál es su punto de partida y a dónde quiere llegar, es claro que el punto de cosas que persigue - obligaciones y ordenes- deben ser de posible cumplimiento de una perspectiva fáctica como jurídica.

Esto significa que no se puede imponer caución para garantizar el cumplimiento de obligaciones genéricas, indeterminadas o no individualizadas o que no guarden relación con los fines del proceso. Se requiere para imponer caución se determine previamente de la manera más concreta posible, el conjunto de circunstancias jurídicas y fácticas relevantes que justifican su imposición, pues recordemos que

¹²⁰ “Que, la aplicación de la caución obedece a la necesidad de garantizar que el encausado no se aleje del proceso, debiendo de tener en cuenta el juzgador al momento de fijarla, las circunstancias que pueden motivar dicho distanciamiento, tales como la naturaleza del delito y los antecedentes del procesado; siendo proporcional la cantidad fijada a las posibilidades de que existe un riesgo para el proceso; en tal sentido si bien existen elementos que sugieren la comisión del delito sub materia, sin embargo la referida apelada cumplió con apersonarse ante la autoridad policial, y teniendo en cuenta que las mismas (madre soltera y sin actividad económica cierta), se advierte que la caución fijada no se ajusta a la situación económica del apelante, ni las posibilidades de riesgo alguno”. Exp N° 2029-00-A-Lima, 26 de setiembre de 2000. En Actualidad Jurídica N° 143, octubre 2005, pág. 136.

el medio coercitivo- caución- no puede ser un fin en sí mismo, sino que la caución debe adscribirse al fin que se pretende proteger- cumplimiento de obligaciones y ordenes impuesta por el juez.

A.3 Parámetros que el juez debe considerar para determinar el *quantum* de la caución

El artículo 289°.1 segundo párrafo del CPP desarrolla los elementos que deben ser considerados para determinar el «*quantum*» de la caución, indicando al juez los criterios a tener en cuenta para imponer caución¹²¹ como son:

- a. Naturaleza del delito.- La naturaleza del delito se refiere a la gravedad del delito cometido, mientras mayor sea la gravedad del delito imputado, la caución deberá ser mayor, de modo que la caución debe ser directamente proporcional con la gravedad del delito atribuido.
- b. Daño ocasionado.- El daño ocasionado está relacionado con la lesión que sufre el bien jurídico tutelado, se trata de un factor que debe ser valorado en todos los casos, pero en mayor medida en aquellos casos en los que el daño ocasionado requiera asistencia especializada para ser reparado o sea irreparable.
- c. Antecedentes del imputado.- La conducta del imputado en el proceso o en otros es un elemento a considerar para el dictado de una medida cautelar, se trata de un indicio de capacidad comisiva.
- d. Cualquier otra circunstancia.- En todo proceso se presentan situaciones que particularizan el caso analizado, estos factores en tanto tenga incidencia y adquieran por sí mismo un peso que altere las propiedades de los otros elementos (daño ocasionado, antecedentes, naturaleza del delito).

Estas circunstancias no son indeterminables normativamente, por lo que deben ser definidas atendiendo a las circunstancias que se presenten y adquieren validez en atención a su indispensabilidad para analizar el caso en concreto.

¹²¹ “Tercero: para fijar el monto de la caución a imponer, se debe tener en cuenta ciertos criterios, entre ellos la naturaleza de los hechos que se imputan al procesado, los que tiene relación con un probable peligro procesal que no permita cumplir con los fines del proceso; y sus condiciones personales basadas en su posición económica, que conllevan al juzgador a deducir razonablemente que pueda cumplir con la obligación impuesta”. Tercera Sala Penal Especial. Exp. 046-05-A. Lima, 31 de octubre de 2005. Ponente: Castañeda Otsu.

Merece precisarse que el artículo 289°.1 segundo párrafo del CPP establece un marco amplio de elementos a considerar, se trata de una clausula abierta que admite "las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad fiscal o judicial", se trata de uno o algunos los elementos no determinados, salvo en el caso concreto al cual debe asignársele un valor o peso específico, esto implica que se puede aplicar una regla de preferencia utilizada anteriormente en casos similares, o ante una nueva regla que tome en cuenta un nuevo elemento que adquiere una propiedad tangible acorde al caso planteado.

Los elementos precitados constituyen el núcleo mínimo sobre la cual se estructura y construye un procedimiento que culmina con la elección de una solución al conflicto judicial, que utiliza un criterio de preferencia racional cuyo resultado es extrapolable a otros supuestos fácticos individuales posteriores que compartan la mismas circunstancias fácticas y los mismos elementos relevantes.

A.4 Clases de caución

La garantía así expuesta, se puede dividir a su vez en dos tipos:

- a) Caución personal.- Es una suma líquida tangible que deberá ser depositada en una cuenta en el Banco de la Nación a nombre del juzgado o de la Sala Penal respectiva.
- b) Caución material.- Representa "el depósito de bienes o valores mobiliarios-caución pignoratícia- o la afectación de bienes hipotecables-caución hipotecaria-"¹²². Aunque la ley no lo dice, los bienes ofrecidos en caución deben ser tasados para establecer su equivalente en suma dineraria, así mismo el bien o bienes registrables o los valores mobiliarios deben estar libres de gravámenes, porque de lo contrario, no podría efectivizarse la caución de presentarse el caso que el imputado se sustrajera de la acción de la justicia.

A.5. Presupuestos materiales de la caución

Toda decisión restrictiva del derecho a la libre disposición patrimonial, exige una resolución cuya fundamentación no sólo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad

¹²² SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2006, pág. 849.

constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión.

Lo dicho implica que la resolución que determine la medida de coerción procesal debe en cada caso concreto, examinar la concurrencia de los antecedentes fácticos justificativos de esta medida limitativa de derecho, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos que motivan la consecución de estos fines, especialmente el peligro procesal (peligro de fuga) y la apariencia del delito, por lo que el *a quo*, debe motivar expresamente y de forma clara la presencia de los presupuestos concurrente previstos para la medida de coerción que se pretende implementar.

Así nuestro ordenamiento procesal penal, exige para las medidas cautelares de naturaleza real, los mismos presupuestos materiales que para imponer las medidas cautelares de naturaleza personal; en tal sentido no se trata de una potestad autónoma, sino de una vinculada al objeto del proceso y ello implica acreditar de modo concurrente los dos requisitos normativos aludidos, como son:

- a. La apariencia del delito.- El *fomus commisi delicti* o apariencia del delito es un presupuesto fundamental para acordar la tutela cautelar, que se traduce en una valoración provisional de la imputación por medio del cual el órgano jurisdiccional establece si existen indicios racionales de criminalidad y si estos resultan congruentes con el tipo penal imputado.

Desde esta perspectiva “parece claro que el peligro que se quiere contrarrestar no deviene dado por otra circunstancia que no sea la existencia de indicios racionales de criminalidad y, con ellos, el incremento del índice de probabilidad de que un sujeto determinado sea condenado por un delito o falta en cuya comisión se hayan ocasionado daños o perjuicios de índole patrimonial. Así, a mayores dosis de sospecha sobre la realidad del hecho punible y sobre la culpabilidad del inculpado, mayores probabilidades de que el mismo sea declarado responsable civil y, por último, mayor peligro de que durante el proceso pueda intentar constituir una situación de insolvencia patrimonial que le impida, llegado el momento, hacer frente a dicho tipo de responsabilidad”.¹²³

Para la caución es importante que se determine la relación entre el imputado y el hecho que se le incrimina,

¹²³ GIMENO SENDRA, Vicente, Cándido, GARBERI LLOBREGAT, José. Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia. Tomo IV. Editorial José María Bosch. Barcelona, 2000 págs. 505, 506.

pues esta es la base para determinar el grado de participación y la intensidad en la afectación del bien jurídico.

Desde este punto de vista, la procedencia de esta medida de coerción está condicionada a la verificación de este presupuesto material entendida como la apariencia del derecho subjetivo contenido en el título de imputación.

- b. El peligro en la demora.- El peligro que se requiere cautelar, es la posible sustracción del imputado del proceso, por ello la imposición de una caución debe estar supeditada a que la pérdida del monto empozado en calidad de caución sea suficiente oneroso como para constituir un freno a la posible huida u ocultamiento del imputado.
- c. Prognosis de pena privativa de libertad.- La prognosis de pena, si bien representa un elemento importante, no es trascendental por sí mismo, requiere estar vinculado al peligro de fuga, de modo tal que en conjunto es un elemento a valorarse en tanto incida sobre la posibilidad de fuga u ocultamiento del imputado.

Merece anotarse que la prognosis de pena está relacionada con la gravedad del daño causado, por lo que su determinación incidencia sobre la cantidad de la caución.

En conclusión la prognosis de pena privativa de libertad es un requisito coadyuvante del peligro de fuga, por lo que la posibilidad de mayor pena, exige que se le asigne un mayor peso en el análisis para determinar la cantidad de la caución a imponerse.

A.6 La contracautela

El artículo 303°.2 del CPP señala que en los casos en los que el actor civil sea quien solicite el embargo, se exige el pago de una contracautela, se trata de un presupuesto material para poder llevar a cabo la ejecución del embargo.

A estos efectos la contracautela es una contramedida que tiene el propósito reparar los efectos de la ejecución del embargo, equilibrando el desbalance que surge de la situación privilegiada en que se encuentran el actor civil, quien no tiene una parte que se oponga a su pretensión, de modo la caución "no busca reparar derecho alguno sino más bien mantener la coherencia en el sistema

jurídico, subsanando la inicial restricción del derecho de defensa del deudor cautelar”.¹²⁴

La contracautela es un garantía real que tiene por fin el aseguramiento frente a los eventuales daños y perjuicios que el embargo puede causar, la cuantía debe ser fijada en atención al importe de los perjuicios posibles que puede causar el embargo.

Desde esta perspectiva el monto y la graduación de la contracautela responde a la eventual responsabilidad del actor civil, por las costas, los daños y perjuicios, el grado de verosimilitud del derecho invocado¹²⁵ y las circunstancias que se presente en el caso en concreto con abstracción del contenido patrimonial o extrapatrimonial de la pretensión o petición deducida.

El monto de la contracautela no puede ser tan gravosa que torne ilusorio el derecho de quien solicite el embargo, es preferible el equilibrio en acordarla que la parquedad en negarla por exceso o por defecto. “La ley no determina el tipo y monto de la contracautela a prestar, por lo que ello queda librado, en principio a la apreciación judicial, a cuyo fin habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, la gravedad de la medida y el valor presunto de los bienes inmovilizados o afectados por ésta, la que, además deberá ser proporcionada al contenido de la eventual responsabilidad que cubre, pero cuidando a la vez que este presupuesto no se convierta en indebido impedimento u obstáculo para una efectiva tutela del derecho”.¹²⁶

Se trata de una herramienta que es la contracara del embargo, la que si bien por un lado apunta a asegurar un derecho que aún es litigioso, resguarda también para el afectado la efectividad del resarcimiento de los perjuicios que aquélla pudiera inversamente provocarle, y reemplaza, en cierta medida, a la bilateralidad o controversia, normalmente postergada hasta el momento de su traba”.¹²⁷

La parte perjudicada por el embargo puede pedir que se mejore la contracautela, si es el monto requerido como embargo, es mayor al

¹²⁴ RIVERA BURGOS, César. “La caución como supuesto de procedibilidad de las medidas cautelares y no de ejecutabilidad. Un enfoque constitucional”. REAE Jurisprudencia, Año III, N° 36, junio 2011, Ediciones Caballero Bustamante, Lima 2011, pág. 153.

¹²⁵ La verosimilitud del derecho es un factor que se toma en cuenta, a mayor verosimilitud del derecho, como es el caso de flagrancia delictiva, menor será la entidad de la caución que se requiera, del mismo modo será mayor la caución cuando el embargo solicitado sea mayor.

¹²⁶ KIELMANNOVICH, Jorge L. medidas cautelares. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, págs. 56.

¹²⁷ KIELMANNOVICH, Jorge L. medidas cautelares. Ob. cit., págs. 56, 57.

posible perjuicio causado, es decir, sino existe proporción cuantitativa entre el monto caucionado y el monto que se pretenda embargar.¹²⁸

Es de precisar que en caso se declare fundada el embargo, sin que se presente la contracautela o esta sea insuficiente que el juez de oficio o a iniciativa de parte debe intimar al actor civil a que cumpla con la contracautela, bajo apercibimiento de no ejecutar la medida cautelar conforme lo señala el artículo 303°.4 del CPP.

Al respecto MARTEL CHANG señala “la suficiencia o no de la contracautela es un tema que debe evaluar el órgano de aplicación para ordenar la ejecución de la medida cautelar concedida, decisión que siempre quede a criterio del juez. En otras palabras, primero se define si se concede o no la medida cautelar solicitada, y después se analiza si la contracautela ofrecida es o no suficiente. Si el juez se convence de que la solicitud cautelar es inatendible por falta de verosimilitud del derecho o de peligro en la demora, debe rechazar la solicitud, sin entrar a evaluar acerca de la suficiencia de la contracautela. De esta forma, técnica y legalmente es posible que una medida cautelar sea concedida mas no ejecutada, lo que no se hará en tanto no se satisfaga la contracautela que el juez disponga”.¹²⁹

El Código prevé supuestos de exención de contracautela, se trata de supuestos de interpretación restrictiva, que se aplican en aquellos casos en los que el actor civil es una entidad del Estado como pueden ser los Poderes Legislativos, Ejecutivos y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades, incluso a quien se le ha concedido auxilio judicial conforme lo establece el artículo 614° del Código Procesal Civil.

A.7. Revocación de la comparecencia con restricciones por incumplimiento del pago de la caución

El artículo 287°.3 del CPP señala que:

“El imputado que no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el Fiscal o por el juzgador en su caso, se revocara la medida dictando prisión preventiva”.

El artículo precitado es aplicable para la caución al tratarse de una medida de comparecencia con restricciones, este articulado permite que en caso de incumplimiento de pago de la caución, el juez de oficio o a pedido del fiscal previo requerimiento en que se intime al

¹²⁸ No puede incorporarse como fundamento de la caución las posibles costas del proceso, pues la caución no cubre este elemento.

¹²⁹ MARTEL CHANG, Rolando. “Medidas cautelares en el proceso civil. Algunas reflexiones sobre el Código y la praxis judicial”. Actualidad Jurídica Tomo 156, noviembre 2006. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 72.

pago bajo apercibimiento de revocar la medida de comparecencia, deberá revocar la comparecencia con restricciones y le imponga prisión preventiva.

Es de notar que el termino apercibir al cumplimiento de la caución bajo sanción de revocarse la comparecencia con restricciones e imponerse prisión preventiva, es una exigencia para variar la medida coercitiva. La Corte Suprema define los conceptos precitados señalando:

“Que, el requerimiento previo (...) importa, desde una perspectiva literal, un acto judicial de intimación para que se haga o se deje de ejecutar algo. El requerimiento es concebido, entonces, como un acto de la autoridad jurisdiccional para exigir el cumplimiento de algo- que se preste caución económica tal como se fijó en el auto judicial correspondiente-. A los efectos de la prestación de la caución, tal intimación, con la expresa indicación de la consecuencia que traerá aparejada su incumplimiento- que a eso se denomina apercibir (...).”¹³⁰

Es importante aclarar que una vez determinado por el procesado la forma (personal o patrimonial) en que cumplirá el mandato judicial y el bien con el que se garantizara el cumplimiento de la caución, no cabe variar esta, ya sea pidiendo se cambien la calidad o la cantidad de la caución, incluso el ofrecimiento de un bien distinto del prometido, deberá ser sancionado con la variación de la comparecencia por prisión preventiva.

Al respecto la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto señalando:

“Recuérdese que la forma o modalidad de la caución está legalmente prevista, de suerte que no puede existir duda o debate acerca de su cumplimiento: deposito dinerario en el Banco de la Nación, garantía hipotecaria o prendaria según la clase del bien concernido, o en su defecto, fianza en caso de insolvencia del imputado- se trata de figuras previstas en el Código Civil, cuyas normas deben de cumplirse cabalmente-. El imputado no puede reclamar en este caso una decisión para mejorar o reemplazar el bien ofrecido, pues la caución tiene un modo de expresión categórico; su incumplimiento radical en este caso impide una

¹³⁰ RN N° 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegria

posibilidad intermedia. Tampoco puede reclamar un segundo requerimiento que precise los límites de la obligación judicial impuesta, puesto que ese plazo ya se precisó”.¹³¹

B El Embargo

“El embargo es la medida cautelar que tiende a asegurar el resultado del proceso en lo que se refiere a la ejecución de las condenas, pecuniarias; restitución o indemnización civil, multa y costas. Es un gravamen que con esa finalidad recae sobre el objeto, constituyendo un estado de indisponibilidad”.¹³² Así el embargo, como cautela, es protección o aseguramiento de los bienes del embargado.

SAN MARTÍN CASTRO señala que “el carácter o efecto de aseguramiento del embargo se expresa en el hecho de que mantiene o constituye una situación adecuada para que en su momento, pueda hacerse efectiva la sentencia principal, sin obstáculo de difícil superación y con toda plenitud”.¹³³

Desde nuestra perspectiva, podemos conceptualizar el embargo como una medida cautelar real, dictada dentro de un proceso penal por un juez, con el fin de afectar un bien o bienes determinados, limitando las facultades disposición jurídica, con la finalidad de asegura una posible futura ejecución forzada para cubrir de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito¹³⁴ o el pago de las costas procesales.

Así esta medida coercitiva puede ser dictada por el Juez Penal contra los bienes del procesado o del tercero civil responsable, debiendo sujetarse como toda restricción de derechos, a los principios de proporcionalidad y razonabilidad aplicables tanto el monto de lo que será la pretensión del embargo como al bien que se pretenda embargar.

¹³¹ RN N° 3100-2009. Sala Penal Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría

¹³² CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 387.

¹³³ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito”. Ob., cit., pág. 312.

¹³⁴ “Quinto: (...) es necesario precisar que los fines perseguidos por la medida de embargo preventivo no el sometimiento del inculpado al proceso ante una probable evasión de la acción penal, sino más bien el asegurar anticipadamente la eventual responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el procesado; y teniendo en consideración la magnitud del detrimento patrimonial que la conducta del encausado habría afectado a la parte agraviada, este Colegiado estima que el monto impuesto reúne los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. Exp. N° 042-2003-E1. Sala Penal Especial “C”. Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

B.1. Características

Lo que característico del embargo, conforme lo establece el artículo 303° del CPP es la indisponibilidad jurídica del objeto embargado, esto significa, que el sujeto sobre el que recae la custodia del bien (imputado o un tercero) tiene el deber jurídico de abstenerse de todo acto jurídico o físico que tenga por resultado el desapoderamiento del bien, la disminución total o parcial de valor del bien, la destrucción del bien, etc., debe por tanto, evitar poner el riesgo en bien embargado.

Durante el proceso penal los embargos son por regla general preventivos. “El embargo preventivo puede ser entendido como una medida cautelar por la cual se afecta la libre disponibilidad de un bien determinado para asegurar la eventual ejecución ulterior de la sentencia que hubiera de pronunciarse en dicho proceso (...) en virtud del cual el mismo queda sí sujeto o puesto a disposición del juez que lo ordenó y el propietario sometido al deber jurídico de abstenerse de todo acto físico o jurídico que pueda provocar la disminución de la garantía que dicho bien concreta, lo cual no implica que el deudor (imputado) no pueda continuar con el uso normal de la cosa”.¹³⁵

Esto no implica necesariamente desapoderamiento del bien, sino más bien de un límite a la disponibilidad patrimonial, en particular a transferir el bien, ya sea mediante venta, donación, anticresis o cualquier otro medio contractual, que esta sancionada con la nulidad del acto de transferencia.

Así la indisponibilidad jurídica del objeto embargado, no impide por regla general que el titular del bien no lo use, caso como el embargo en forma de inscripción o de depósito (en los casos que el depositario sea el mismo procesado), el embargado tiene disponibilidad de uso y disfrute del bien en tanto no lo deteriore, salvo están los casos de secuestro o que el bien sea entregado en depósito a un tercero.

Es posible que a pedido de parte, el embargo se pueda extender a los productos y cosas accesorias del bien embargado, en estos casos, el embargo puede abarcar los frutos los cuales recibidos por el depositario (un tercero o el propio procesado) deben conservarse, sin que sea posible su uso para fines distintos a la propia conservación del bien. En estos casos los recursos generados por el bien al formar parte del embargo deben consignarse a favor del juzgado o en su caso deben ser depositados en una cuenta de ahorros por el depositario, quien deberá dar cuenta de la custodia de los recursos generados por el bien al juez.

Otra característica del embargo, es que el bien requiere ser individualizado, es decir, que debe practicarse sobre bienes y derechos concretos, excluyéndose cualquier bien indeterminado o cuya efectiva existencia no se ha identificado.

¹³⁵ KIELMANOVICH, Jorge K. Medidas cautelares. Ob. cit., págs. 225, 226.

La elección del bien capaz de cubrir la expectativa patrimonial queda a elección del actor civil o en caso de no haberse constituido este del Fiscal quien sobre la base de la proyección de la reparación civil establecida al momento en que se constituye en parte civil (para los casos del actor civil) o en el caso del Fiscal en el momento en que proyecte el posible perjuicio sufrido por la víctima tiene la carga de proponer el monto y la forma que adquirirá el embargo que considere pertinente, atendiendo al riesgo de pérdida o de frustración o de disminución de valor que pueda sufrir el bien que se pretende embargar.

Es por ello que alrededor del embargo se reúnen un conjunto de actividades procesales y extra procesales, que se presentan como una secuencia: "La primera fase engloba dos tipos de actividades, a saber: la localización y la elección de bienes. La localización de bienes es definida como la actividad que se lleva a cabo para determinar la extensión del patrimonio del ejecutado susceptible de embargo, con el fin de que el Ejecutor pueda elegir luego los bienes sobre que ha de recaer la traba, afectación, dado que toda actividad selectiva precisa anteriormente de un conocimiento de todos los elementos entre los cuales ha de llevarse a cabo la selección".¹³⁶

La elección de los bienes, es un acto procesal guiado por una actividad psicológica, por el cual se elige el bien o los bienes idóneos para cubrir la proyección que se tiene sería la reparación civil, es decir, para asegurar la efectividad de la sentencia. En este contexto el embargo se concibe relacionado a una pretensión de condena.

Se comprende que el embargo como pretensión de parte es la que plantea el monto objeto de embargo, la forma en que este se trabara, ello porque sujetar el patrimonio a la esfera del imputado de la forma más idónea posible, es una circunstancia que debe ser analizada y propuesta en atención a la situación patrimonial del imputado y al contexto procesal en que se pide.¹³⁷

Otro punto importante, vinculado a la ampliación, reducción o sustitución del embargo, o de las garantías adoptadas, cuando un cambio de las circunstancias permitan presumir de la suficiencia del

¹³⁶ CARRERAS LLANSANA, Jorge. El embargo de bienes. José M. Bosch, Barcelona, 1957, pág. 200.

¹³⁷ "Tercero.- Que, una de las funciones del proceso penal es lograr una efectiva reparación del daño causado como secuela del hecho punible, y para cuyo efecto deben adoptarse los mecanismos procesales necesarios, en ese sentido el artículo 94 del Código de Procedimientos Penales faculta al juez trabar embargo preventivo sobre los bienes del inculpado en un monto suficiente que asegure la satisfacción plena del pago de la reparación civil". Exp. N° 042-2003-T1, Sala Penal Especial "C". Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

bien para cubrir la responsabilidad civil, esto es posible conforme lo señala el artículo 305° del CPP.

La ampliación del embargo se presentan en aquellos casos en que existen circunstancias objetivas, posteriores a la imposición del embargo que justifiquen el cambio. Mientras que la reducción se presenta en aquellos casos en los que se acredita la existencia de circunstancias que permitan afirmar que el posible daño ocasionado en menor al inicialmente valorado, por lo que resulta excesivo la medida de coerción real en atención a los nuevos hechos invocados.

La sustitución consiste en la modificación de la medida decretada originariamente por otro u otros de valor equivalente, se hace con la finalidad de evitar posible perjuicios. Corresponde a quien pide la sustitución proporcionar otro bien de igual o mayor jerarquía y que al mismo tiempo no disminuya la garantía que representa, se debe acreditar el valor real de los bienes ofrecidos a cambio, así como su libre disposición a efectos de mantener la seguridad existente.

Las razones que justifican la ampliación o sustitución de una medida cautelar se presentan porque varían las circunstancias que la motivaron, esto se puede presentar porque:

- b. El monto propuesto inicialmente como reparación civil aumente.- Esto puede suceder como producto de elementos no considerados inicialmente, hablamos por ejemplo de pericias que determinen un perjuicio mayor al inicialmente individualizado, o que se descubran otras afectaciones de naturaleza económica descubiertas con posterioridad a la traba de la medida cautelar, etc.
- c. Bien embargado disminuye en valor.- Estamos en casos en los que la elección del bien embargado fue cuantificado a los valores presentes en el momento, los que luego decrecieron ya sea si se trata de títulos valores, en los que como producto de un mercado volátil disminuyen sustancialmente su valor o de bienes inmuebles que sufre alguna disminución en su valor, como producto de una afectación a su integridad, etc.

Así como el embargo puede ser aumentado, el imputado o tercero civil responsable pueden pedir que este se reduzca, porque:

- a. Disminuya la responsabilidad civil.- La responsabilidad civil puede disminuir si, en el curso del proceso se determinan circunstancias de no responsabilidad del imputado, por ejemplo, que la víctima se expuso imprudentemente ante la lesión que le causó afectación al bien jurídico, piénsese los casos de aquellos transeúntes que deciden cruzar por una avenida de alta velocidad, no usando los

puentes peatonales, o el ciudadano que no utiliza las medidas de seguridad obligatorias, establecidas para realizar una determinada actividad, o aquellos casos en que el imputado y la víctima comparten co-responsabilidad por la lesión causada.

- b. Bienes embargados aumenten de valor.- En ciertos casos el bien embargado sufre un aumento significativo de valor, que se manifiesta como permanente, casos de bienes inmuebles, entre otros activos que determinados mediante una pericia.

El pedido de modificación o levantamiento de una medida cautelar es inadmisibles, si no se demuestra que variaron las circunstancias motivante de la resolución cautelar. No se admite como fundamento el solo cuestionamiento de los fundamentos o razones que tuvo el juez para decretarla, pues si no estuvo conforme con la decisión cautelar, pudo apelar la resolución. Es potestades del juzgador graduar la intensidad la clase de embargo, así como la intensidad con que este se aplique acorde a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.¹³⁸

B.2. Formas de embargo

El artículo 303°.1 del CPP nos remite al Código Procesal Civil que en los artículos 642° y siguientes desarrolla las diversas modalidades que puede adquirir el embargo dependiendo del bien o bienes que requieran ser cautelados, los más comunes en materia procesal penal son:

- a. Embargo en forma de depósito.- El embargo en forma de depósito es una medida conservativa según lo establece el artículo 649° del Código Procesal Civil que señala que el obligado será constituido en depositario. El embargado es nombrado como depositario generalmente en aquellos casos en los que los bienes embargados son destinados a una actividad productiva, piénsese en un vehículo utilizado para realizar servicio de taxi, también se lo nombrara depositario en aquellos casos en los que el traslado del bien resulte de difícil consecución, piénsese en maquinaria para la construcción por

¹³⁸ "Quinto.- El colegiado evalúa para resolver la incidencia, la argumentación del inculpado en su expresión de agravios con el delito cometido y las medidas cautelares patrimoniales en función de una prognosis de pena, la misma que no es óbice para que el Órgano Jurisdiccional dicte el embargo preventivo en forma de inscripción de los bienes del procesado, más aún, si del exhaustivo análisis (...) es de apreciarse que no existen vulneración al principio del debido proceso, habiéndose observado debidamente los principios de instrumentación, razonabilidad y proporcionalidad". Exp. N° 042-2003-G1, Sala Penal Especial "C". Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Escobar Antezano.

ejemplo, lo mismo sucederá, si el bien fuese difícil de almacenar o no se contara con la infraestructura para mantener el bien en estado de conservación o no existiera el espacio necesario para almacenar el bien en condiciones que impidan su deterioro.

“El litigante, propietario de los bienes, al ser designado depositario de estos, asume las mismas responsabilidades procesales, civiles y penales que cuando el custodio es un tercero. Como depositario debe mostrar su asentimiento para aceptar el cargo, asumiendo el compromiso de desempeñar bien y con lealtad su función, así como presentar los bienes cuando le sean requeridos. Las circunstancias que el depositario sea a la vez dueño de los bienes embargados, no le exime de pena si los vende o les da otro destino que haga ilusorio el embargo; al igual la entrega de los bienes en depósito no importa reconocimiento de dominio, ni autoriza su uso”.¹³⁹

- b. Embargo en forma de secuestro.- “El secuestro se trata de una forma de embargo, por la cual los bienes u objetos son puestos a custodia de una tercera persona, una entidad pública o privada, esta persona denominada depositario judicial tiene el deber de custodiar y conservar el bien con diligencia, exhibiendo o poniéndolo a disposición del juez cuando este lo requiera”.¹⁴⁰

El secuestro de bienes procede cuando otras formas de embargo no aseguran de por sí el derecho invocado, y siempre que sea indispensable para la guarda o conservación de los bienes objeto de cautela, esto quiere decir que esta medida cautelar tiene carácter asegurativo y conservativo.¹⁴¹

El artículo 643° del Código Procesal Civil señala dos características de esta medida cautelar: la disposición y la entrega al custodia del bien.¹⁴²

¹³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 136.

¹⁴⁰ KIELMANOVICH, Jorge K. Medidas cautelares. Ob. cit., pág. 207.

¹⁴¹ “La desafectación de un bien con desposesión y entrega al custodio, lo que viene a constituir el secuestro judicial, es una medida que se explica en la necesidad de evitar la burla por parte del demandado [...]. La medida cautelar de secuestro solo se dicta cuando se dilucida el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien dándose el secuestro judicial y para asegurar el pago dispuesto, por mandato ejecutivo”. Exp. N° 2774-97, Primera Sala Corporativa Civil Corte Superior de Lima, en: PELÁEZ BARDALES, Mariano, El Proceso Cautelar, Editorial Grijley, Lima, 2005, pág. 883.

¹⁴² “El secuestro judicial consiste en afectar única y exclusivamente –bajo las condiciones descritas precedentemente el bien cuya propiedad o posesión es materia de dilucidación en el proceso principal, mientras que con el secuestro conservativo se puede afectar cualquier bien o bienes del deudor, al ser objetivo es asegurar el pago que se disponga en un mandato ejecutivo”. Exp. N° 716-2005, CSJL, Primera Sala Corporativa Civil, 1 diciembre 2005, en: SGJC.

La jurisprudencia anota que:

“El artículo 643º del Código Procesal Civil señala que la medida de secuestro [...] puede recaer sobre determinado bien, sin hacer distinción que este sea mueble o inmueble, ello no significa que se deba soslayar la naturaleza del bien sobre el que va a recaer la medida cautelar. No puede ser aplicable el secuestro a un inmueble en litigio, pues, para ello el ordenamiento procesal ha regulado el ejercicio de otro tipo de medida, en función a que el inmueble se encuentre inscrito o no tenga esa condición”.¹⁴³

El secuestro conservativo se ejecuta depositando los bienes en un almacén legalmente constituido o designando custodio, en ambos casos deberá permanecer con estricto orden de inamovilidad, pues lo que se pretende es conjurar el peligro de que el bien al ser explotado económicamente pueda depreciarse aceleradamente.¹⁴⁴

El depositario judicial¹⁴⁵ es un sujeto auxiliar del juez que no se encuentra relacionado con las partes por vincula alguno, por lo que no depende de los litigantes y sus relaciones con ellos es indirecta a través de las

¹⁴³ Exp. N° 12364-97, 19 mayo de 1997, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jurisprudencia. Preguntas y Respuestas. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Año 2, N° 19, enero, Lima, 2005, pág. 17.

¹⁴⁴ “El secuestro, como medio de desapoderamiento del bien de la posesión del accionado y su entrega a un custodio, cuando es judicial, debe recaer sobre cosas cuya propiedad es la razón del proceso principal, instaurado o a instaurarse, cuando es conservativo, o sea cuando esa figura sirve de garantía para el resultado del litigio; en nuestra ley procesal no se condiciona que el bien escogido sea el objeto de la pretendida reclamación. Esa interpretación particular que nuestra ley procesal hace de la figura del secuestro, denominándolo conservativo y desligando el bien de su condición natural de identificación con el litigio, limita su ejercicio al proceso ejecutivo y a la existencia del mandato de pago”. Ponentes por mayoría: Álvarez Guillén y Betancour Bossio. Exp. N° 965-95-Lima, Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, 10 septiembre de 1997.

¹⁴⁵ La desafectación de un bien con desposesión y entrega al custodio, lo que viene a constituir el secuestro judicial, es una medida que se explica en la necesidad de evitar la burla por parte del demandado [...]. La medida cautelar de secuestro solo se dicta cuando se dilucida el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien dándose el secuestro judicial y para asegurar el pago dispuesto, por mandato ejecutivo”. Exp. N° 2774-97, Primera Sala Corporativa Civil Corte Superior de Lima, en: PELÁEZBARDALES, Mariano, El Proceso Cautelar, Op. cit., pág. 883.

instrucciones y directivas que le imparte el juez. Sus derechos y obligaciones respecto de los litigantes-propietario de los bienes cautelados, solicitante de la medida- se hacen efectivos mediante decisión del juez.¹⁴⁶

Los derechos del depositante responsable por la conservación, custodia y/ o mantenimiento del bien que le ocasione un costo económico, puede ser reclamado al juez, el mismo que dispondrá que quien solicito la medida cautelar (actor civil y/o el Ministerio Público) abonen el gasto ocasionado, este monto será objeto de un reintegro bajo el concepto de costas procesales.

“El deposito se diferencia del secuestro en los efectos, pues mientras los bienes embargados quedan bajo custodia del propio deudor-propietario, si este ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, por cuanto las cosas afectadas por la medida se ponen bajo custodia de un tercero”.¹⁴⁷

- c. Embargo en forma de inscripción.- El artículo 656° del CPC desarrolla esta modalidad de embargo. “Se trata de una medida que tiene por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes sobre los cuales recae, cuya finalidad se agota con la pura oponibilidad de la sentencia y sin que en ningún caso pueda impedir su disposición o embargo ni acordar prioridades o preferencias respecto de ulteriores anotaciones o de otras medidas cautelares”.

En similar sentido se expresa LEDESMA NARVÁEZ cuando señala que “el embargo en forma de inscripción se orienta a inmovilizar jurídicamente los bienes del deudor para evitar que estos se dispersen. En el caso específico del embargo en forma de inscripción, el bien está registrado y por tanto, en atención al principio de publicidad, se pone en conocimiento *erga omnes* la afectación del bien por un monto determinado. Ello no impide la transferencia del bien, solo comunica la existencia de

¹⁴⁶ “Los depositarios judiciales tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confina a dichos particulares de los bienes o dinero, y que según el inciso del artículo 425 del Código Penal, tienen también la calidad de funcionario público”. R.N. N° 3380-2006-ANCASH. Lima, 28 de enero de 2008, Vocal Ponente: Salas Gamboa, Gaceta Penal, N° 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2010, pág. 184.

¹⁴⁷ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Ob. cit., pág. 136.

la medida cautelar, de tal manera que, quien lo adquiere asume los efectos jurídicos de dicha medida”.¹⁴⁸

“La finalidad de las anotaciones preventivas es publicar situaciones jurídicas aún no consolidadas y proteger transitoriamente cualquier derecho o acción sobre el acto materia de la anotación preventiva”.¹⁴⁹ Se trata así de una inscripción temporal que se realiza para asegurar en el registro el cumplimiento del fallo judicial emitido en el proceso penal.¹⁵⁰

De este modo, la anotación de la medida cautelar busca oponer *erga omnes* y hacer perder la buena fe de todo aquel que pretende adquirir el bien objeto de cautela o aquel en cuyo favor hubiesen de constituirse derechos reales.

La anotación de la medida cautelar no impide la enajenación del inmueble o mueble, pero el nuevo propietario asume las cargas que generen la restitución del bien, si es declarado extinguido el dominio del vendedor.¹⁵¹

Cabe precisar que “los efectos de la inscripción registral de un derecho que se deriva de una anotación preventiva se retrotraen a la fecha y hora de presentación del título que dio origen a dicha anotación”.¹⁵²

Por último como anota la jurisprudencia “el supuesto de anotación preventiva de resoluciones judiciales que no den mérito a una inscripción definitiva, previsto en el artículo 65° del Reglamento General de los Registros Públicos, está referido a

¹⁴⁸ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Ibidem, pág. 146.

¹⁴⁹ Casación N° 2684-2001-Lima, 18 enero 2002, en: Jurisprudencia civil, Editora Normas Legales, 2002, Trujillo, Tomo I, págs. 55, 59.

¹⁵⁰ “La solicitud presentada trata sobre una anotación preventiva, la misma que por su esencia es de carácter temporal y tiene por objeto asegurar en el registro la eficacia de un derecho real que no pueda ser inscrito de forma definitiva, de modo que la seguridad jurídica que persiguen los Registros Públicos está determinada precisamente por la temporalidad de esta inscripción y por el hecho que se haya previsto un plazo de 30 días para que los terceros tomen conocimiento respecto de los inmuebles que serán objeto de saneamiento legal e inclusive formulen oposición judicial si fuera el caso”. Exp. N° 096-95-OCRL/TR, en: Normas Legales, Tomo 237, Trujillo, 1996, pág. J-13.

¹⁵¹ “La anotación preventiva de la demanda, en modo alguno, impide al demandado el ejercicio del derecho de propiedad sobre el bien materia de juicio”. Exp. N° 2299-95. Cuarta Sala Superior de Justicia de Lima. Lima 02 de mayo de 1996.

¹⁵² Resolución N° 199-97-ORLC/TR, en: Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, Tomo X, pág. 357.

aquellas resoluciones no consentidas, por ende no comprende a las sentencias consentidas o ejecutoriadas”.¹⁵³

- d. Embargo en forma de administración de bienes.- El artículo 669° del CPC establece este tipo de embargo busca que las decisiones económicas relativas a una empresa que generan actividades productivas, sean administradas por persona distinta del imputado o del tercero civil responsable, denominado administrador judicial.

El administrador judicial conforme lo establece el artículo 671° del CPC sustituye a los administradores prexistente con iguales derechos y obligaciones, sin embargo requieren de autorización judicial para enajenar o gravar bienes o participaciones de la empresa, o de ésta en otras, o de bienes muebles o cualquier otro que por su importancia o naturaleza requieren de pronunciamiento judicial.

“El custodio de objetos embargados estará obligado a entregarlos, luego de la intimación judicial, bajo apercibimiento de ordenar su detención personal, si no lo entrega los objetos embargados al nuevo custodio. Ello en ejercicio de la facultad coercitiva del juez (inciso 2 del artículo 53° del CPC). Por otro lado, es importante precisar que el segundo párrafo del artículo 649° del CPC establece textualmente, que el custodio «está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente de la intimación del juez». Esto implica que si se notifica al custodio para la entrega de un bien afectado, el día lunes 14, la entrega debe materializarse al día siguiente de notificado, esto es, el martes 15, caso contrario, el custodió tendría que asumir las consecuencias legales que su resistencia genera. Bajo este contexto tampoco es atendible que el custodio justifique su resistencia a la no aplicación del plazo legal a que se refiere el artículo 147° del CPC, para condicionar la entrega del bien entregado en custodia; esto es, que entre la notificación para su actuación procesal y su realización, deban transcurrir por lo menos tres días”.¹⁵⁴

C. La Incautación

En el curso de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria una de las primeras labores de la Policía y/o del Ministerio

¹⁵³ Precedente de observancia obligatoria. I Pleno, Tribunal Registral, 13 y 14 septiembre de 2002, en: El Peruano, Lima, 22 enero 2003, I.3

¹⁵⁴ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. Ibidem, pág. 137.

Público es identificar y asegurar los objetos, instrumentos, materiales o efectos del delito.

La incautación puede realizarlo la Policía y/o del Ministerio Público¹⁵⁵ sin autorización judicial, se trata de casos en los que existe flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, así lo señala el artículo 218°.2 del CPP¹⁵⁶ concordante con el artículo 259° del CPP.¹⁵⁷

La incautación requiere confirmación judicial ex post, que requiere que la acreditación del peligro en la demora, que importa la necesidad de evitar que como producto de la demora que podría generar la autorización judicial para incautar, los bienes cuya incautación se pretende puedan ser alterados, sustraídos o suprimidos por acción del investigado o de terceros interesados.

C.1 Clases de Incautación

Desde la perspectiva de su reintegración o no al patrimonio de su propietario o poseedor, la incautación se divide en: incautación instrumental o cautelar e incautación conservativa.¹⁵⁸

¹⁵⁵ “La incautación instrumental o cautelar en consecuencia es una medida según lo prescribe el artículo 218.2 en concordancia con el artículo 316.1 del Código Procesal del 2004 que puede realizar en casos de urgencia la Policía, el Fiscal o ambos, pero a continuación se requiere la decisión fundamentada de confirmatoria por parte del juez”. Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

¹⁵⁶ El artículo 218.2 del CPP señala que La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

¹⁵⁷ El artículo 259° del CPP señala que existe flagrancia cuando: 1. El agente intervenido es descubierto en la realización del hecho punible, 2. El agente acaba de cometerlo y es descubierto, 3. El agente ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible, 4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

¹⁵⁸ “Se tiene que la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración dual: como medida de búsqueda de prueba y restricción de derechos, - propiamente medida instrumental restrictiva de derechos y como medida de coerción- como una típica función cautelar. En el primer supuesto, su función es principalmente conservativa y luego probatoria en el juicio oral. En el

1. Incautación instrumental o cautelar

La incautación instrumental o cautelar es una medida de aseguramiento procesal cuya función esencial es evitar la desaparición de todos aquellos bienes que puedan servir como material probatorio para acreditar el delito.¹⁵⁹ Al respecto la jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones de Lima considera:

“Que la incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. En relación a los primeros, son los objetos producidos mediante la acción delictiva, entre ellos, las “ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible”.¹⁶⁰

Para SAN MARTÍN CASTRO “el secuestro instrumental, en cuanto medida instrumental restrictiva de derechos, tiene una función esencialmente probatoria. Está radicado en lo que se denomina piezas de convicción, esto es, en los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios que puedan servir de prueba de la realización del delito; y en los bienes objeto del delito y en los bienes obtenidos, vale decir, todo aquello que no puede constituir *instrumenta sceleris*. Queda claro que en la noción de cuerpo de delito, visto desde una perspectiva muy amplia y funcional, comprende todas estas materialidades, de ahí que las leyes

segundo, su función es sustancialmente de prevención de ocultamiento de bienes sujeto a decomiso y de impedimento a la obstaculización de las averiguaciones de la verdad”. Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

¹⁵⁹ “La incautación es una medida limitativa que afecta el derecho de propiedad del titular del bien respectivo, tiene por finalidad asegurar la evidencia que sirva para acreditar el cuerpo del delito y la participación culpable, como los efectos del respectivo delito, que puedan ser objeto de pena de comiso en la sentencia definitiva. La medida recaerá sobre los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medio de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso criminal. La incautación es una medida restrictiva del derecho fundamental a la propiedad reconocida en el artículo 2°, inciso 16° de la Constitución Política del Estado, que resulta indispensable para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, por existir suficientes elementos de convicción del evento criminal y peligro en la demora, la misma que para su validez y eficacia probatoria requiere la estricta observancia de los presupuestos legales establecidos en el Nuevo Código Procesal del 2004 –en adelante CPP”. Exp. N° 2009-2604-25, Trujillo, 8 de junio del 2009, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

¹⁶⁰ Sala Penal de Apelaciones de Lima. Exp. N° 00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 27 de abril de 2011. Ponente Castañeda Opsu.

procesales en este aspecto no reconocen diferencias entre lo instrumental y cautelar”.¹⁶¹

El artículo 316°.1 del CPP señala que serán objeto de incautación *los efectos provenientes de la acción penal, instrumentos y los objetos del delito*. Al respecto el Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 que en su fundamento decimo señala que:

“(…) los bienes u objetos que pueden incautarse-privación de la propiedad de un bien u objeto o su consecuente indisponibilidad y ocupación por autoridad penal, cumple en la mayoría de los casos una doble función: garantiza un eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° del CP y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible- asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba. Como ya quedo expuesto la función que prima en el caso en concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, es por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos a se ha de tener en cuenta el estado de la causa- específicamente, de la investigación-al momento de su imposición y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna a la consecuencia accesoria decomiso”.

El Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 del 16 de noviembre de 2010 identifica en su fundamento octavo bajo la denominación de *instrumentos: los bienes u objetos relacionados con el delito*, así señala que:

“En estricto sentido, se entiende:

A. Cuerpo del delito.- además de la persona- el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquel contra el cual recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos- la droga en el tráfico ilícito de drogas-.

B. Las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, son tanto las denominadas piezas de ejecución, medios u objetos a través de los cuales se lleva a cabo la comisión del hecho punible, como las denominadas piezas de convicción¹⁶², cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que puedan servir para la comprobación de la existencia, autoría, o circunstancias del hecho punible”.¹⁶³

¹⁶¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación”. *Ius et veritas* Año IX, N° 19, Lima, diciembre, 1999, pág. 245.

¹⁶² Las piezas de convicción son todos aquellos objetos que inanimados que pueden servir para probar la realidad de algún hecho con trascendencia para en el proceso y que se han conservado y recogido a disposición del órgano jurisdiccional.

¹⁶³ Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 8.

El cuerpo del delito, es un concepto que engloba a las cosas sobre las cuales se cometió el delito o se haya ejercitado la acción delictiva. También se incluye en este concepto a las personas que fueron objeto del delito o que sufrieron la afectación de un bien jurídico o se ven perjudicadas como consecuencia del delito.

Las cosas relacionadas con el delito denominadas *corpus probatorium* o elementos materiales son evidencias físicas halladas o producidas en el curso de los actos de investigación que tienen interés probatorio al estar relacionadas con la acción delictiva. Así “la evidencia física, es el conjunto de elementos, grande o pequeños, de naturaleza diversa y de varios orígenes, que provienen de la escena, que sirven para objetivar una observación y que siendo su naturaleza diversa y de distintos orígenes, guarda siempre una relación con los hechos investigados (...)”.¹⁶⁴

Un concepto de elementos materiales y evidencias nos lo ofrece el artículo 5° del Reglamento de Cadena de Custodia, Resolución N° 729-2006-MP-FN, Lima 15 de julio de 2006 cuando define que:

“Son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal”.

En este marco los elementos materiales y evidencias pueden ser descubiertos, recogidos y asegurados en el desarrollo del procedimiento de incautación, decomiso, allanamiento, inspección corporal y registro personal en tanto tengan la capacidad de ayudar a establecer los elementos materiales del delito, vincular a un investigado con el presunto hecho delictivo, reconstruir el hecho o el escenario delictuoso, establecer la identidad de la víctima o testigo, permiten asociar o disociar a personas con cosas, sirve como medio de corroboración de testimonios.

En otros términos las evidencias físicas proporcionan una base tangible o alguna indicación del cual es posible formarse un juicio sobre el modo, circunstancia u ocurrencia del hecho delictivo y se clasifican en:

- a) Evidencias testimoniales, denominadas declaraciones preventivas, son testimoniales brindadas en sede policial o fiscal por el investigado o por un testigo después de ocurrido el hecho delictuoso.
- b) Evidencias físicas, se trata de cualquier elemento que sin importar su tamaño pueda ser captado por nuestros sentidos, ya se trate de olores, imágenes, el tacto o el sonido y que tengan la

¹⁶⁴ MORA INZQUIERDO, Ricardo, SANCHEZ PRADA, María. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. Bogotá, 2007, pág. 86.

capacidad de registrar un hecho u circunstancia antecedente, concurrente, inmediato o posterior que permita esclarecer los eventos acaecidos en la escena del crimen.

Las evidencias físicas se clasifican en:

- i. Evidencia física material se trata de todos aquellos elementos contenidos en un soporte físico capaz de representar o dan a entender algo. Dentro de este ámbito tenemos: huellas, impresiones, rastros, manchas, residuos, pero también pueden ser grabaciones, filmaciones, fotografías, mensaje de texto, mail, facsímil, planos, croquis, dibujos, así como cualquier otro medio que incorpore signos expresivos de una cosa o del pensamiento.
- ii. Evidencia física inmaterial, que son aquellos vestigios, efracciones¹⁶⁵ o signos residuales que requieren de un mecanismo, técnica, procedimiento o de una herramienta o producto especial para materializarse. Ejemplo las huellas encontradas en la superficie de corte de una herramienta o sus imperfecciones que pueden servir para identificar las características de un objeto específico.

Solo serán objeto de incautación las cosas relacionadas con el delito o aquellos objetos que se requieran retener que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos, cualquier otro objeto, cosa o bien mueble no puede ser objeto de incautación. Al respecto señala la jurisprudencia superior:

“(…) los efectos personales del imputado no son pasibles de incautación (...). En efecto, los efectos personales de los investigados de modo alguno puede ser objeto de incautación a excepción que alguno de ellos haya sido utilizado como instrumento del delito. Ello debido a que no pueden ser utilizados como medio de prueba ni pueden ser objeto de decomiso. No debe obviarse que la incautación es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el hecho punible, con la finalidad última de hacer posible la consecuencia accesoria del decomiso con arreglo al artículo 102° del Código Penal”.¹⁶⁶

La incautación puede realizarse en dos supuestos: flagrancia delictiva o bajo autorización judicial. Para el primer caso nos remitimos al apartado en donde se desarrolla el concepto y los presupuestos de la flagrancia. Nos centraremos a los casos de autorización judicial, la regla es la existencia de una orden judicial cuando se pretenda

¹⁶⁵ Las efracciones se refieren a las marcas, raspaduras o impresiones dejadas por una herramienta o instrumento en una superficie receptiva, estas huellas o pueden ser como producto de la impresión negativa o como producto de una abrasión (fricción) o una combinación de ambos.

¹⁶⁶ Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

realizar ingreso y registro de domicilio para luego proceder a incautar los bienes encontrados en ella, esta regla admite como única excepción la autorización informada del titular del predio que permita el ingreso de la policía o de la fiscalía, al respecto la Corte Suprema señala:

“Toda obtención de fuentes de prueba- en este caso, el cuerpo del delito o elementos materiales del mismo: droga e instrumentos para su acondicionamiento- será excluida del acervo probatorio si se vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de un acervo probatorio. La sanción procesal es la inutilización de la prueba obtenida de ese modo y la consiguiente prohibición de su valorización. *Tratándose de la libertad domiciliaria o inviolabilidad del domicilio, se exige como requisito constitucionalmente inexorable el mandato escrito y motivado del Juez competente, salvo que se trate de un delito flagrante o se dé un supuesto de peligro inminente de su perpetración, o que el titular del derecho de exclusión, libre, informada y voluntariamente- sin una situación coactiva o clima coercitivo que lo limite-, autorice el ingreso de la autoridad al predio donde reside. (...) La sola referencia policial, sin pruebas que lo corrobore- atento a que ni siquiera se firmó el acta de incautación y el imputado y su padre niega la autorización- es insuficiente para liberar de la obtención de un mandamiento judicial. Cabe precisar que a la policía y al fiscal, en su caso, corresponde probar la utilización del titular del derecho de exclusión; no al imputado u ocupante de un inmueble que sirve de domicilio”.*¹⁶⁷

2. La incautación conservativa

La incautación conservativa tiene por finalidad el asegurar aquellos bienes o derechos¹⁶⁸ relacionados con la comisión del delito (bienes

¹⁶⁷ Sala Penal Transitoria RN N° 3182-2012-Callao, Lima, 7 de mayo de 2013, Ponente San Martín Castro. Fundamentos quinto y sexto.

¹⁶⁸ Al respecto SAN MARTÍN CASTRO acota: que el objeto del decomiso no son sólo cosas corporales, sino también derechos, en cuanto han sido producidos mediante un hecho punible doloso, o han estado destinados a la comisión o preparación de tales delitos. Que el Código Penal reconoce tres tipos de decomiso: (1) *Decomiso de efectos (producta scaeleris)*, que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; (2) *Decomiso de instrumentos (instrumenta scaeleris)*, que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito (...); y (3) *Decomiso de beneficios*, que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir- en cuanto sea suficiente- la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil (...). Que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal. No exige la imposición de una sanción penal al imputado. El decomiso que en el CP vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena (...). Que el decomiso procede cuando los objetos son de propiedad del autor o participe del delito, no cuando pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción penal. Que el decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no

destinados a cometer delitos o bienes preparados, alternados o transformados para ser usados en actividades delictivas), por lo que luego de cumplir su función probatoria, pueden ser objeto de decomiso conforme lo establece el artículo 102° y siguientes del Código Penal modificado por Ley N° 30076 o pueden ser devueltos a su propietario.

Importante a propósito de la Ley N° 30076 precisar que el decomiso de bienes provenientes del delito se produce cuando no proceda proceso de pérdida de dominio¹⁶⁹ y se trate de instrumentos con que se hubiera cometido el delito. De ello se desprende que la incautación conservativa realizada en el curso de una investigación, es un paso previo a la declaración judicial de decomiso.

Desde ésta perspectiva la incautación conservativa es un medio para ejecutar el decomiso, lo que no significa que no puede darse el decomiso, sin antes incautación conservativa. Lo que queremos indicar es que existen algunas situaciones en que el Fiscal podrá disponer la incautación conservativa sin orden judicial o la Policía (en cumplimiento de su función de asegurar los elementos de prueba conforme el artículo 67° del CPP modificado por Ley N° 30076 y el artículo 6° del Decreto Ley N° 1148-Ley de la Policía Nacional de Perú) y luego el Ministerio Público o la Procuraduría Pública solicitar el decomiso de los instrumentos u objetos con que se cometió el delito.

Caso especial se presenta en el supuesto establecido en el artículo 17 de la Ley N° 30077- Ley contra el crimen organizado que permite:

“(…) en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal (…) (que) la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo dar cuenta inmediata de su ejecución debiendo darse cuenta inmediatamente de su ejecución al fiscal”.

Esto significa que la Policía Nacional en el marco de una investigación o incluso en el curso de un proceso penal puede incautar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la

guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Que es de diferenciar *producta scaeleris* con los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, que es lo que se denomina *corpus delicti*”. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Grijley, Lima 2004, págs. 1195, 1196.

¹⁶⁹ Es una medida alternativa al proceso de pérdida de dominio, en la cual se priva al imputado del reconocimiento jurídico que el Estado concede sobre la propiedad o la posesión.

organización criminal. Se entiende como organización criminal conforme lo establece el artículo 2° de la Ley N° 30077 a cualquier agrupación de 3 o más personas que cometen los delitos a los que se refiere el artículo 3° de la norma precitada.

Es decir que la Policía puede incautar en aquellos casos en que se acredite la participación de cuando menos tres personas que se reparten diversas tareas o funciones, vinculadas a cualquiera de los siguientes delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N° 30077 y son: homicidio calificado (Art. 108° del CP), secuestro (Art. 152° del CP), trata de personas (Art. 153° del CP), violación al secreto a las comunicaciones (Art. 162° del CP), delitos contra el patrimonio (Arts. 186°, 189°, 195°, 196° - A y 197° del CP), pornografía infantil (Art. 183° - A del CP), extorsión (Art. 200 del CP), usurpación (Arts. 202° y 204° del CP), delitos informáticos (Arts. 207° - B y 207° - C del CP), contra la propiedad industrial (Art. 222° del CP), delitos monetarios (Arts. 252°, 253° y 254° del CP), tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (Arts. 279°, 279° - A, 279° - B, 279° - C, y 279° - D del CP), tráfico ilícito de drogas (Sección Segunda del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP), tráfico de inmigrantes (Art. 303° - A, 303° - B del CP), delitos ambientales (Art. 310° - A, 310° - B, 310° - C del CP), marcaje o reglaje (Art. 317° - A del CP), genocidio, desaparición forzada y o tortura (Arts. 319°, 320° y 321° del CP), delitos contra la administración pública (Arts. 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 399°, 400° y 401° del CP), falsificación de documentos (Art. 427° del CP) y lavado de activos (Arts. 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 1106).

Es importante por ello entender el alcance de los conceptos instrumentos, efectos o ganancias del delito, para ello nos remitimos al Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116, fundamento noveno, el cual identifica los alcances de efectos provenientes de la acción penal, instrumentos y los objetos del delito, a:

“A. Los efectos del delito o *producta escaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales, derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de drogas, etc.”¹⁷⁰

El concepto de efectos del delito abarca aquellos elementos materiales obtenidos como resultado del delito, ya sea que se traten de efectos o resultados de la acción, dentro de esta categoría tenemos a los rastros o vestigios como pueden ser: el dinero, bienes u otros instrumentos, objetos provenientes de la actividad delictuosa, incluyéndose en este concepto a los documentos de cualquier índole, hallados en las diligencias investigativas. Efectos son en

¹⁷⁰ Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

general las ventajas patrimoniales obtenidas como producto de la comisión del delito.

Así los efectos del delito están relacionados con el cuerpo o elementos del delito¹⁷¹, pero se diferencian de estos al ser una consecuencia de la acción delictiva.

“B. Los instrumentos del delito, o *instrumenta scaeleris* son los objetos, que puestos en relación con el medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, la maquinaria del falsificador, etcétera”.¹⁷²

Los instrumentos del delito son cualquier objeto del que hace uso del autor para cometer el hecho delictuoso, dentro de este ámbito tenemos: las armas, el veneno o cualquier otro medio utilizado para la comisión del hecho delictivo.

SAN MARTÍN CASTRO citando a PUIG PEÑA señala que “el *instrumenta sceleris* comprende aquellos bienes empleados por el delincuente, que son de tres órdenes: (i) los situados en la misma línea del delito, (ii) los emplazados en un campo aparte, y (iii) los que constituyen precio del delito, es decir, el dinero o cualquier otra utilidad material que una persona entrega a otra en *pactum sicaris*, para que ésta lleve a efecto la realización del propósito criminal ideado por aquélla. El *productum sceleris* está integrado por todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción, ya sea que se verifique por la entrada de la misma cosa o efectos del delito o por la entrada en aquellas otras que ha conseguido por permuta o con dinero procedente de la infracción”.¹⁷³

Según el concepto anotado serán instrumentos situados en la misma línea del delito aquellos utilizados para cometer el delito, instrumentos emplazados en un campo aparte se refieren a aquellas cosas que han sido utilizadas para preparar la comisión del delito, mientras que instrumentos que constituyen precio del delito serán todo aquello que sea una consecuencia económica de haber cometido el delito.

Dentro de lo que puede ser incautado tenemos:

¹⁷¹ “La naturaleza jurídica del referido bien resulta ser la de un “efecto del delito”, conforme a la definición del mismo sustentada precedentemente, pues corresponde al universo de los objetos producidos mediante la acción delictiva, a la ventaja patrimonial derivada del hecho punible”. Juez Superior de Investigación Preparatoria para Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos –NCPJ Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N°00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 24 de marzo de 2011.

¹⁷² Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

¹⁷³ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar E. “Las medidas cautelares reales en sede preliminar: La incautación”. Ob. cit., 1999, págs. 241, 242.

“C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos, en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la drogas en el tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para los que se requiere una regulación específica”.¹⁷⁴

En conclusión si los objetos son de procedencia ilícita la incautación es un medio para el decomiso, si se trata de bienes de procedencia lícita como la cosa hurtada, al constituir elementos materiales, evidencias físicas serán objeto de actividad probatoria, como puede ser exámenes periciales, reconocimientos y otros para obtener elementos probatorios, por lo que una vez cumplido con ello la fuente de prueba puede ser devuelto a su propietario.

Al respecto CHINCHAY CASTILLO señala que “si se trata de un bien que se ha incautado al imputado para el fin de prueba, la solución va por el artículo 222 del CPP, sin importar que se haya incautado al imputado (o a cualquier persona sobre la cual el Estado tenga derecho a incautar) o a un tercero no implicado en el acto delictivo. Una vez hecha la pesquisa sobre el bien (toma de huellas, análisis de resistencia de materiales, etc.) el bien debe ser devuelto (con base en el principio de interdicción de la arbitrariedad), pues aunque el artículo en mención dice que el bien puede devolverse, no es menos cierto que ya no habría justificación alguna para conservarlo, si el motivo fue practicar una pesquisa y está ya se realizó”.¹⁷⁵

Los efectos y ganancias provenientes de delito, los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, así como “los bienes que constituyen cuerpo del delito”¹⁷⁶ serán objeto de incautación instrumental, así lo señala el artículo 6° del Reglamento de Cadena de Custodia¹⁷⁷ concordante con el artículo 316°.1 del CPP.¹⁷⁸

La diligencia de incautación debe cumplir con el procedimiento de cadena de custodia, asegurándose su conservación para evitar omisiones, alteraciones de su estado original, por lo que debe

¹⁷⁴ Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

¹⁷⁵ CHINCHAY CASTILLO, Alcides. “La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116”. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 18, diciembre 2010, pág. 14.

¹⁷⁶ Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 del 16 de noviembre de 2010 fundamento 8.

¹⁷⁷ Artículo 6.- Son los efectos y ganancias provenientes de delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación. Reglamento de Cadena de Custodia.

¹⁷⁸ Artículo 316° Objeto de la incautación.- 1. Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley.

registrarse debidamente individualizados los bienes objeto de incautación, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como, los cambios hechos en ellos por cada custodio, conforme lo establece el artículo 220° del CPP.

C.2 Presupuesto materiales de la incautación sin autorización judicial

La incautación sin autorización del juez requiere que se presente alguno de los siguientes presupuestos materiales:

a) Peligro en la demora.- El *periculum in mora* en la incautación consiste en el riesgo de indisponibilidad de un bien o cosa específica.¹⁷⁹

El riesgo de indisponibilidad consiste en que si se espera la emisión de una resolución judicial, los instrumentos con el que se cometió el delito pueden no mantenerse a disposición del órgano de investigación sino se incautan, ya sea porque su existencia misma compromete a los investigados o a terceros no comprendidos quienes pueden alterarlo, destruirlo, disminuirlo, deteriorarlo u esconderlo con la finalidad de restringir, limitar o eliminar su valor probatorio, o porque dada la naturaleza del bien puede deteriorarse sino es objeto de conservación.

Al respecto la jurisprudencia del subsistema anticorrupción señala:

“Asimismo, se advierte **“peligro en la demora”**, pues conforme a la relación estrecha entre los imputados y de acuerdo a los hechos materia de investigación, existe riesgo fundado que de no incautarse el bien, es decir, de encontrarse el mismo en poder de los imputados, se haría ineficaz la averiguación de la verdad y las medidas de ejecución pertinentes; pues el vehículo podría ser ocultado o desaparecido, dificultando su apreciación judicial como objeto de prueba y un eventual futuro decomiso, en caso tuviere lugar como consecuencia accesoria de la sentencia”.¹⁸⁰

b) Peligro infructuosidad.- La infructuosidad es la posibilidad que de esperarse a la emisión de una resolución judicial se manifiestan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten que se recupere las cosas materiales del delito como son los bienes objeto del delito y los efectos

¹⁷⁹ “El acta de incautación de bienes que puede ingresar válidamente en el marco del proceso penal, debe necesariamente provenir de actos de investigación delictiva llevados a cabo exclusivamente por los órganos oficiales de persecución penal como la Policía o el Fiscal, sea por una autorización judicial de habilitación previa o directamente ante una situación de flagrancia delito o peligro inminente de su perpetración con cargo a requerir su inmediata confirmación judicial (art. 218° del CPP)”. Exp. N° 426-2010 Trujillo, 8 de marzo del 2010, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

¹⁸⁰ Juez Superior de Investigación Preparatoria para Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos –NCPD Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N°00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 24 de marzo de 2011.

del delito por haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la acción cautelar.

c) Intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.- En los supuestos delictivos establecidos en la Ley N° 30077 - Ley contra el crimen organizado, la Policía puede incautar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal se requiere flagrancia delictiva en dos situaciones.

Casos de flagrancia, para la explicación de éste concepto nos remitimos al capítulo de detención policial, sub-capítulo de supuestos de detención policial en donde explicamos en amplitud éste concepto.

Los casos de peligro inminente de su perpetración se tratan de supuestos en los cuales el objeto o instrumento va servir para perpetrar cualquiera de los ilícitos cometido en el marco de una organización criminal que están individualizados en el artículo 3° de la Ley contra el crimen organizado.

Podemos diferenciar por tanto los dos supuestos desde una perspectiva temporal, por un lado la producida en el caso de la flagrancia delictiva, que implica el ser sorprendido en la comisión de un delito de crimen organizado, del supuesto de peligro inminente de perpetración de delito, en la cual estaremos ante actos preparatorios.

C.3 Devolución o entrega del bien o cosa incautada

El artículo 318°.3 del CPP prevé la posibilidad en aquellos casos en los que no peligre los fines asegurativos de la incautación podrá devolverse o entregarse provisionalmente los bienes incautados. Una primera acotación es que sólo serán objeto de una posible devolución o entrega provisional del bien o cosa incautada aquello que se encuentra bajo un supuesto de incautación instrumental, no se admite este supuesto para los casos de incautación conservativa.

Respecto de su entrega o devolución al propietario o poseedor del bien incautado, este se produce si se trata de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados, sin autorización del propietario o poseedor como medios o instrumentos para cometer un delito, lo mismo ocurre cuando se trata de partes de un bien que han sido mezclados con otros y transformados en otro bien, siempre que sea posible separar ambos bienes, etc.

Es presupuesto ya sea para la devolución o entrega provisional del bien o cosa incautada que no peligren los fines de aseguramiento, es decir, que haya cumplido con la finalidad probatoria para la cual se

incautó.¹⁸¹ La diferencia que se presenta entre devolución o entrega provisional del bien, radica que en la primera de ellas una vez cumplido con entregar el depósito solicitado por el bien, su propietario o poseedor puede disponer libremente de él, sin que sea objeto de ninguna restricción y sin que luego pueda deducirse la nulidad de los actos posteriores de disponibilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 97° del Código Penal, pues el depósito efectuado se sustituye por el bien.

En el caso de la entrega provisional del bien, estamos ante supuesto en que el bien es entregado para el uso y disfrute, sin que esto suponga disponibilidad sobre el bien, pues de ser requerido la entrega del bien debe cumplirse con el mandato, su incumplimiento acarrea que el depósito efectuado sea ejecutado, sin que esto limite la capacidad para utilizar cualquier apremio o medio para exigir la devolución del bien.

En síntesis si la incautación ha cumplido con su finalidad probatoria o el bien no tiene relación con los imputados o el objeto de la investigación, debe ser devuelto a su propietario. En este sentido el Tribunal Constitucional señala:

“La incautación de bienes en el marco de un proceso penal, si bien responde a una exigencia de la investigación del hecho delictivo para la búsqueda y conservación de las fuentes o medios de prueba, así como, de ser el caso, para la sustentación de la responsabilidad penal del procesado y la determinación de sus consecuencias, en los casos de los terceros o de los titulares afectados ajenos al proceso penal despliega efectos diferentes. Así, si el tercero o el afectado no tiene una condición de autor, cómplice, encubridor, etc., mal puede considerarse que el bien objeto de incautación no puede devolverse a su dueño tras haberse acreditado su derecho de propiedad y su no vinculación absoluta con los hechos investigados. En este contexto, a fin de que se entienda correctamente los alcances de esta decisión, este Tribunal Constitucional precisa que aunque resulta legítimo que las autoridades policiales, fiscales o judiciales pueden proceder a efectuar una incautación preliminar o judicial de vehículos en los casos en los que se detecte su utilización para la comisión de ilícitos penales, en este caso el delito de tráfico ilícito de drogas dicha facultad no puede ni debe tornarse indefinida cuando posteriormente y tras haberse acreditado la no vinculación absoluta del propietario de dicho vehículo con el ilícito investigado, sea solicitada su devolución en forma debida. No se trata

¹⁸¹ “En todo proceso penal, el pago de indemnización sólo está referido a favor del agraviado mediante la reparación civil; las incautaciones que se lleven a cabo en todo proceso no dan lugar a indemnizar porque los Magistrados que las disponen y ejecutan lo hacen en ejercicio regular de la función jurisdiccional”. Exp. N° 2519-96-Lima, Ejecutoria Suprema. Lima, 4 junio de 1997, Sala Penal-TID, En: ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, Tomo I, págs. 261-262.

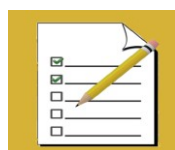
en otros términos de entorpecer una investigación, sino de sanearla cuando se acredita una absoluta irresponsabilidad del tercero o el afectado en los hechos investigados".¹⁸²

¹⁸² Exp. N° 02989-2012-PA/TC. Ayacucho. Lima, 14 de diciembre de 2012.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

- Las medidas de coerción real exigen por regla general que primero se formalice la investigación preparatoria, salvo los casos de acusación directa o de proceso inmediato que se rigen por lo previsto por el Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y los articulados pertinentes del Código Procesal Penal.
- La adopción en concreto de la medida de coerción real a aplicar debe ser aquella necesaria para asegurar de la mejor manera posible la efectividad en la inmovilización del patrimonio destinado al pago de la posible reparación civil, es decir, debe proponerse como medida de coerción real aquella capaz de neutralizar los diversos peligros que podrían amenazar la ejecutabilidad de la sentencia.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Qué presupuestos materiales deben concurrir para imponer una medida de coerción real?

2) ¿En qué casos procede el embargo en forma de administración?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Presupuesto de las Medidas Cautelares Reales. Coral Aranguena Fanega.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

1. Casación Penal N° 631-2015-Arequipa.
2. Exp. N° 0171-2012-87-1401-SP-PE-01-Sala Apelaciones Ica

(Disponible en el anexo de casos)