

La Prisión Preventiva

Por Alex R. Zambrano Torres

SUMARIO: O. El Juez, ¿Dios o esclavo? I.- El inicio del NCPP; II.- La poderosa prisión preventiva; III.- Personajes con cargos públicos internos por prisión preventiva; IV.- Permiso para delinquir: una concepción angustiante sobre el Juez; V.- La regla y la excepción de la prisión preventiva; VI.- El concepto de prisión preventiva; VII.- La prisión preventiva en la normatividad: 1.- De los presupuestos materiales en la norma; 2.- Calificación de peligro de fuga; 3.- Del peligro de obstaculización del proceso; 4.- De la audiencia y resolución; 5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho; 6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva; 7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva; 8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva; 9.- Libertad del imputado; 10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva; 11.- Prolongación de la prisión preventiva; 12.- Apelación de la prisión preventiva; 13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva. VIII.- Prognosis de la Pena; IX.- Presupuestos de riesgo procesal: Obstaculización de la investigación; Peligro de riesgo procesal. X.- Una pregunta insolente: 1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?; 2.- Las hipótesis afirmativas: a) Exposición de la integridad física, psíquica; b) Conciencia del juez de poner en riesgo de exposición a peligro del imputado; c) Desproporción entre el delito y la sanción; d) Concepción extensa de delincuencia; e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona; f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones; g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general; g) La sentencia como arbitrariedad. 3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo: a) Legitimidad para obrar; b) Nombramiento legítimo; c)

Cumplimiento de su función; d) Mecanismo necesario para mantener el orden social. Epílogo.

[Nota aclaratoria: Aclaro que no existe ninguna animadversión, afán vengativo, resentimiento o sentimiento negativo contra los jueces. Puedo decir incluso que conozco muchos magistrados a los que respeto y aprecio. Por eso, ésta es sólo una especulación sobre determinada condición de vulnerabilidad de los derechos fundamentales no vista. El texto nunca será pues una ofensa corrosiva o destructiva contra los jueces, sino la teorización sobre las reales dimensiones de su función, específicamente en el acto de dictar prisión.]

“¿Quién puede saber que aquello que les pasa a algunas personas, eso de ir a la cárcel, enviado por mandato judicial, justa o injustamente, específicamente eso (ir a prisión), puede pasarnos a cualquiera de nosotros, en cualquier momento, a cualquier hora y en cualquier lugar, y que ni un cargo, como el de juez, fiscal, secretario, presidente, funcionario, o simple particular, puede evitarlo? Y entonces, recién sentiremos que, con derecho o sin derecho, es siempre injusto ir a prisión, ya sea que seamos inocentes o culpables.”(Hanks Bandini).

0.- El Juez, ¿Dios o esclavo?

El Juez es un personaje ambivalente, cósmico y decisivo, es una especulación de injusticia y una afirmación de justicia; representa una idiosincrasia en la cual se cree que una persona, o un colegiado de personas, nos deben decir cuáles son efectivamente nuestros derechos. Esto es agobiante, trágico y hasta peligroso, pero también todo lo contrario, porque los jueces pueden ser la solución a nuestros problemas de convivencia, de coexistencia. Y es que los jueces son necesarios, pero no son «dioses», sino seres humanos, que por un periodo y por circunstancias dialécticas tienen un poder demasiado grande para cualquier ser humano; por lo que

pensamos que todos los jueces deben dejar de serlo dentro de cierto breve tiempo, porque puede suceder que su perpetuidad como magistrados los haga pensar que tienen realmente la justicia en sus *manos* (esto es consecuencia de su condición y ubicación en el aparato público), cuando en realidad la justicia corresponde a todos y el juez sólo la distribuye en la sociedad por un acto social de *delegación*. Por eso, es necesario prever al juez de los embriagues del poder, porque el uso del «poder de administrar justicia», al ser «*poder*», siempre puede perturbar al ser humano, desubicándolo y obnubilándolo en extremo. Es necesario por eso preguntarse: ¿cómo se puede pensar que un juez que envía a prisión a innumerable número de personas, al final de su jornada, sigue siendo un ser humano sin afectación, sin perturbación por el ejercicio de su poder judicial?; o ¿cómo se puede pensar que el juez después de administrar justicia, culpar a uno, liberar a otro, determinar el derecho de uno en contra de las pretensiones de otro, etc., aún se conserva sano mental y físicamente? No creo realmente que este tipo de trabajo -administrar justicia- pueda dejar sana la mente y el cuerpo de nadie. Por eso es si sano que un juez sólo lo sea un tiempo prudencial, aquel suficiente para no alterar su condición de ser humano, para que no se piense o considere un dios o un esclavo.

Al respecto, sobre los jueces han escrito muchos autores, y sobre su actividad, la administración de justicia –por ser éste un monopolio del Estado a través del juez- existen diversos libros de literatura, filosofía, etc. Cabría revisar los siguientes libros: "El Buen Juez", de Azorín; "Elogio de los jueces escrito por un abogado", de Piero Calamandrei; "El Juez", de Rudolf Stammler; "Redoble por Rancas", de Manuel Scorza; "¿Deben nuestros Jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", de Ronald Dworkin; "El perfil del Juez", Conferencia de Carlos Fernández Sessarego; "La casa del juez", de Bram Stoker; "Nuestros Magistrados", de Manuel Gonzales Prada; "Ética

judicial: Reflexiones desde jueces para la democracia", de la Fundación Antonio Carretero; ¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007, César Bazán Seminario; "Libro blanco sobre la formación continua de los jueces y magistrados, aprobado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial – Madrid"; "Contra los Jueces", de Aníbal A. D'Auria; entre otros.

I.- Inicio del N.C.P.P

Desde el año 2006 fue implementándose en nuestro país un Nuevo Código Procesal Penal, iniciando dicho proceso en el Distrito Judicial de Huaura. Cabe señalar una extraordinaria coincidencia por la libertad, pues fue justo allí –en Huaura– donde el General Don José de San Martín proclamó la independencia del Perú. Así, podemos replantear que con el Nuevo Código Procesal Penal se escribe también un nuevo grito o proclamación por la libertad, y al que se le dio títulos y fines también extraordinarios: Ser Garantista, Adversarial, Oral. ¿Qué se trata de garantizar? ¿Quién es el adversario? Estas son las palabras claves del Nuevo Código Procesal Penal que al parecer ha sido creado para restablecer una idea: el ser humano en el centro de la preocupación de la defensa de sus derechos, y la norma como sólo un instrumento para “garantizar” a través de la estrategia de “oponer los hechos” a fin que puedan ser contradichos por los nuevos “adversarios”, sujetos que están en los dos extremos de la verdad jurídica, y de la conciencia política.

El Nuevo Código Procesal Penal tiene, pues, en el principio la defensa de los derechos fundamentales, y en el centro de ellos la defensa del principio y derecho de la libertad; es pues un gran instrumento de la libertad. Pero la libertad es un frágil fundamento, que debe ser conservado, cultivado, explicado y defendido; la libertad debe ser más un «ejercicio» que una

«teoría». El Nuevo Código Procesal Penal, en su esencia, quiere ser una técnica de la libertad y de la vida, a través de los instrumentos de la «garantía», la «adversariedad» y la «oralidad».

II.- La poderosa prisión preventiva

Cabe empezar el presente discurso sobre prisión preventiva, mostrando lo poderosa que es. Curioso que una norma creada por el ser humano se haya vuelto contra su propio creador; o peor, ha sido creada para volverse contra su propio creador: el ser humano en libertad. Por eso, habría que recordar que nadie está a salvo de la prisión preventiva. Nadie. Ni presidentes de la República, funcionario público, simples ciudadanos, o particulares sin cargo público o privado alguno.

III.- Personajes con cargos públicos internos por prisión preventiva:

Es necesario tener presente que ni siquiera las grandes remuneraciones o los altos cargos públicos son condición para evitar la prisión preventiva. Por eso es previo enunciar algunos datos al respecto. De acuerdo con la url: <http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-estos-son-funcionarios-que-ganan-mas-que-ollanta-humala-20859>, de la Pág. Web.: “La Prensa.pe”, se escribe en un artículo denominado “Estos son los funcionarios que ganan más que Ollanta Humala”, publicado con fecha Domingo, 16 de febrero del 2014 | 13:50, y en la que se señala que, a pesar de la Ley 28212, mediante la cual el presidente de la república tiene la más alta remuneración del Estado; sin embargo existen las siguientes remuneraciones (al año 2014): 1) Miembro del Tribunal Constitucional con una remuneración mensual de S/. 23,217; 2) Fiscal de la Nación: S/23,217; 3) Juez Supremo: S/. 27,117; 4) Presidente del Jurado Nacional de Elecciones: S/. 27,117; 5) Jefe de SUNAT: S/. 25,201; 6) Contralor Público: S/. 33,000; 7) Jefe del Banco Central de Reserva del Perú: S/.

41,614; 8) Superintendente de Banca, Seguros y AFP: S/. 41,632; 9) Gerentes Públicos (D. Leg.) 30% más de lo que gana un ministro; 10) Técnico o “Personal altamente calificado”: S/. 16,000; 11) Personal altamente calificado: S/. 25,000.

Jueces supremos, jueces superiores, fiscales superiores, expresidentes, gobernadores regionales, alcaldes, altos funcionarios, etc., han sufrido la prisión preventiva, lo que demuestra que esta no es un instrumento solo contra algunos, sino contra cualquiera que cometa delito.

IV.- Permiso para delinquir: una concepción angustiante sobre el Juez¹:

“*Permiso para delinquir*”² es un título irónico, paradójico contradictorio; una hipótesis a favor de la libertad pronunciada angustiadamente³, conteniendo algunas preguntas crueles y acaso ¿insolentes?: ¿El juez -dentro de este sistema judicial supra punitivo- es un delincuente per se?⁴ (claro que no es consciente de ello, tal vez en un futuro muy lejano; claro que no es su culpa sino es una cuestión derivada de su posición dentro del sistema social); ¿es una persona que al cumplir su función, administrar justicia (dictar prisión), emitir sentencia, está también, consciente o inconscientemente, delinquiendo?; ¿este es un fenómeno que le es vendido por los mecanismos del Estado que le proveen del permiso aparente de la propia sociedad –permiso por representación popular y operacionalizado por una institución pública creada para la selección y designación de magistrados (Consejo Nacional de la Magistratura, ahora Junta Nacional de Justicia)? Así, ¿el juez⁵, ingresado dentro de un sistema jurídico-político, acepta el poder para juzgar y sentencia⁶ -en los casos penales, de ser pena privativa de la libertad- el envío del ser humano a cumplir (prisión) trágicas y reales daños a su integridad física y mental, en forma desproporcional con la lección, sanción, castigo, restitución, fin rehabilitativo, resocializador, etc., que se

pretendía conseguir?, ¿son aquellas -la desproporcionalidad entre pena y fin penal, *ius puniendi* y derecho a la vida y su integridad; exposición a peligro del imputado o sentenciado, etc.- circunstancias por las que el juez se convierte también en un delincuente? Razonamiento sólo posible definiendo a la delincuencia como todo acto que cause agravio, perjuicio, daño, lesión irreparable a la persona, a sus derechos y a su propia naturaleza. Esta hipótesis no aceptaría la fácil noción de delincuencia como sólo aquella conducta humana ilícita, contraria a la ley, sino “contraria a la persona”, porque el fin de sancionar la delincuencia siempre debe superar a la norma, puesto que el derecho tiene su fundamento y embrión primario y prioritario en el ser humano y no sólo en la ley.

Por otro lado, es necesario aclarar que el juez es aquel ser contranatural, que contradice a la naturaleza libre⁷ de las personas por hacer o no hacer lo que se les plazca, por apropiarse o no de algo, por conducirse de tal o cual forma; fenómeno que evidencia además las entrañas del Derecho como acto contranatural y como adecuación de la naturaleza a los requerimientos humanos.

Deteniéndonos en una visión específica del asunto podría decirse que, cuando el juez castiga con una sentencia privativa de la libertad, puede que hasta esté sólo ejerciendo su derecho, pero, si sobrepasa los límites de su potestad, sobrepasa los límites del uso del derecho, de la ley, aunque no lo perciba ¿se convierte en delincuente?, puesto que tiene la potestad para castigar al prójimo –entre otras sanciones- con la prisión, pero no se le ha dado la libertad, ni el poder para exponer al individuo sentenciado a que vulneren su integridad física, psíquica, moral, ética, patrimonial, etc. (Exposición a peligro); y es que como se conoce, y puede demostrarse, cuando una persona es enviada a prisión, es siempre expuesta al peligro de su integridad física, psíquica y a la vulneración de otros derechos

que se encuentran inherentes a su persona. Es matemáticamente imposible que no se vea afectada su moral, su psiquis y su salud física, por tener que sufrir y aceptar además de la prisión, detrimento de su salud por la mala calidad de la alimentación, medio ambiente, agresiones físicas y psíquicas de los otros prisioneros, etc. Por lo tanto, el juez al sentenciar a pena privativa de la libertad siempre extralimita su potestad para administrar justicia, para castigar, porque las condiciones y efectos de su decisión sobrepasan incluso el castigo impuesto; siendo agravante que el juez conoce todo esto, sabe que el futuro interno, al que él ha procesado, está expuesto a sufrir en prisión vejaciones físicas y psíquicas.

Cárceles y su condición inherente.-

Escribe Manuel Lardizabal y Uribe en su "*Discurso sobre las penas*": "29. A la manera que en un gran hospital los hábitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, infectando el aire, producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos para la República. / 30. Éste es, a mi juicio, el origen de los malos efectos de las penas; porque como los reos que son condenados a ellas salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían también contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada

facilidad en dictar autos de prisión." Además, cabría la pregunta de si las prisiones producen algún efecto positivo en los internos, si existe estadística que demuestre una mejoría en la vida de los ex reclusos, o si por el contrario queda siempre el estigma de lo aprendido allí, y de las malformaciones mentales contra la sociedad que se alojan en el subconsciente del recluso. La prisión desde este punto de vista no se justifica en sus efectos, sino solo como castigo. El problema luego es si la sociedad recibe o está expuesta a externalidades, a respuestas delictivas producto precisamente del internamiento. Un castigo penitenciario podría traer consigo también una probable respuesta delictiva inmediata o posterior al internamiento, no sólo peligrosa, sino consolidada contra la sociedad. ¿Se ha visto esta variable? Por supuesto que se conoce, pero la inacción o la falta de debate anula cualquier tipo de solución.

La pena como crimen:

Es oportuno recordar a autores como Goldwiser, quien sostenía que la pena es un crimen⁸. Esto hay que concebirlo al margen de si la pena fuera o no justa, porque ello no disuelve el mal aplicado, el agravio a la salud física o mental del condenado. Aclaro que no con ello se quiere justificar la impunidad, sino explicar el real fenómeno de la pena, sin edulcorarlo con palabras falaces, que impiden ver una solución al problema delictivo. Me explico: si creemos que a cada acto delictivo la respuesta social debe ser una sanción penal, sea esta privativa de la libertad, restrictiva de derechos, etc., debemos advertir que esto no resuelve el problema, solo lo castiga, concentra y hasta potencia, creyéndose que esta es la solución, o la última medida a aplicar, o en la mayoría de los casos, la respuesta social solo llega hasta allí: la sanción. Quedando siempre inconclusa la respuesta social que se debe dar al fenómeno delictivo. Esto parece nadie advertirlo y más bien despreocuparse de buscar concluir con el tratamiento de

la actividad delictiva. Por eso, cuando se aumentan las penas a través de leyes populistas del Congreso, no se resuelve el problema, sino se deriva y responsabiliza a la sanción como la solución final y no como lo que es en realidad, solo un castigo ante el acto delictivo. El castigo no es una solución per se (por sí misma); deja «inconcluso» el fenómeno delictivo.

Por otro lado, cabe presuponer como una hipótesis que una sentencia puede ser en la realidad, y en ciertos casos, un acto arbitrario legalizado, puesto que el juez al emitirla para legitimarla utiliza diversas fuentes del Derecho que no son realmente suficientes y que dejan inconcluso cualquier acto de legitimización. Utilizan, por ejemplo, la Ley (la única más cercana de la legitimidad pues son normas que pretenden haber sido dadas por la propia sociedad a través de sus representantes legislativos, y que figuran ser la representación de la voluntad de toda la sociedad). Las otras fuentes utilizadas tienen o marcos muy reducidos (la costumbre), o sólo son productos individuales (la doctrina es propia de un o unos autores, pero no de toda la sociedad). No obstante, incluso al usar el juez la ley, la sentencia sigue conteniendo un problema de legitimidad porque al ser (la ley) el producto de una decisión política de un grupo de congresistas que suponen representan a toda la sociedad, resulta que la voluntad que ha concebido y creado la ley no es de toda la sociedad sino de este muy pequeño grupo, o élite (congresistas); por lo que la ley concreta en la realidad deviene en una imposición minoritaria -sumamente desproporcional- y no la decisión de toda la sociedad; constituyéndose la ley –en la realidad- en ilegítima (aunque se pretenda indicar que la representación congresal por la cual se la ha creado le da legitimidad). En este contexto, si una persona no ha dado las leyes, o no ha podido decidir sobre la creación o no de una ley, no puede atribuírsele y obligársele al cumplimiento de la misma, resultando que, en estos casos, cualquier sistema de representación es siempre

arbitraria, aunque sea revestida por conceptualizaciones o discursos políticos contrarios.

Por otro lado, cuando el juez sentencia lo hace sobre la base de una verdad concebida y probada en el proceso; pero siendo la propia verdad un acto externo, que el juez sólo conoce también por representación de los hechos y pruebas (que siempre son también externas), éste, el juez, decide sobre la verdad construida, es decir, su decisión no podrá ser nunca una verdad absoluta, sino referencial, representada (toda actividad probatoria es también una representación de los hechos). De esta forma postulamos que sentenciar con leyes (que son sólo representaciones de la voluntad general y no individual) al no partir de uno (o de la posibilidad de aceptarlas o negarlas) no pueden ser legítimas, porque lo que afecta individualmente no puede delegarse o representarse (esto podrá resolverse en un futuro con el sistema de internet), y, siendo siempre la verdad jurídica una representación externa y no absoluta el margen de error existirá siempre.

Derecho autorizado.-

*Gunther Jakobs explica que "(...) todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho Penal"*⁹. Esta autorización responde a un precepto fundamental: todo aquello que no es de mi propiedad, que no está en el marco de mis derechos necesita autorización, es decir, la voluntad y aceptación del individuo para que otro actúe en su lugar, para que ejerza un poder que me corresponde. Ahora bien, la coacción es aquella fuerza usada en contra de la persona, la misma que no puede rechazarla sin verse compelido por las fuerzas del orden público (policía, etc.). Esta suerte de indefensión de la coacción es producto de un sistema de autorización resultado de los mecanismos políticos sociales de gobierno, y por los cuales el Estado está tácitamente

autorizado a usar la fuerza (la coacción) para mantener el orden, dentro de ciertos márgenes normativos, lo que la convierte recién en Derecho (fuerza legítima para el ejercicio de la conducta y voluntad).

Sin embargo -ironizamos-, el juez, cuando dicta prisión preventiva, fundamentando su decisión en el derecho, la ley, las fuentes del derecho, los saberes dominantes¹⁰, ¿sólo estaría pidiendo «permiso» para delinquir?, ¿para infringir y romper una norma superior constitucional, emanada del contrato social¹¹, que es la presunción de inocencia?, y que según la doctrina no podría ser refutada, contrariada y menos violada por ninguna norma inferior a la Constitución, siendo que la propia regulación de la prisión preventiva en la que se apoya el juez es sólo un Decreto Legislativo, norma inferior a la Constitución, y que la Constitución es la voluntad concertada de todos y no de un grupo. En este contexto, no hay derecho en el presente artículo, sino anti derecho, no cómo una posición contra la norma, sino a favor del ser humano y en contra de su decadencia. El presente es, sin quererlo, un artículo nihilista y decadente, válido sólo como un razonamiento para liberar al ser humano de su condición volitiva, no para justificar al delincuente, ni culpar o sentenciar al juez; no es contra alguien, sino a favor de la libertad.

V.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva puede tomarse como instrumento para medir el temperamento político criminal de la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, porque ayuda a determinar cuáles son en realidad las verdaderas «reglas» y cuáles las «excepciones» procesales penales; si es que realmente el Nuevo Código Penal está garantizando el cumplimiento del debido proceso, la tutela efectiva, la garantía de los derechos fundamentales, como la presunción de inocencia; o por lo

contrario, si existen otros elementos contradictorios como el principio de culpabilidad¹², etc. La norma procesal en el texto positivo es clara, pero la misma tiene que someterse al barniz de la realidad, de la experiencia, del requerimiento de satisfacción de ciertas necesidades penales sociales, como, por ejemplo, la alta tendencia social a desear la aplicación inmediata, urgente, de la prisión preventiva, desconociendo u obviando el marco de respeto de los derechos fundamentales dentro de los cuales debe circular todo acto procesal penal e incluso cualquier restricción a la libertad.

Así, al parecer, se tiende a confundir la regla¹³ con la excepción, y se invierten los papeles, al pensar que “privar de libertad” al presunto infractor, imputado, es la regla y no la excepción, cuando de acuerdo a la Constitución y al nuevo esquema procesal, la regla es: la defensa de la persona, la presunción de inocencia, que tiene su razón de ser en garantizar los derechos fundamentales del ser humano como individuo, no como conjunto social, por lo que no se puede permitir el error (meter preso a un inocente), ni aunque sea sólo a un individuo, puesto que nuestro sistema constitucional está basado en la real condición “individual”, del ser humano, y en este sentido tiene que ser protegido como “único e irrepetible”, incluso por encima de la sociedad que no existiría si no existiese el individuo agrupado.

Bajo esta concepción es que el Derecho Constitucional define, previene y defiende al ser humano como primer precepto normativo, poniéndolo en la categoría de “supremo”, de jerárquicamente “superior” al colectivo, a la sociedad, al Estado, y por eso la regla es la protección del individuo, la presunción de inocencia como regla y no como excepción. Nuestra Constitución tiene claramente planteada esta prevalencia del ser humano, y es en aquella medida que el Derecho Procesal Penal se viene intentando ejecutar.

Conviene agregar que a su vez el Derecho Penal es sólo de uso de última ratio, de “ultima razón”, y que contiene en consecuencia también principios concordantes como “la duda favorece al reo”, etc.; por lo cual, si existiera alguna duda de la culpabilidad o responsabilidad de algún imputado sobre su participación como infractor de la ley penal, debe presumírsele inocente, como regla. Cosa diferente sucede con la prisión preventiva, que se presenta, de declarársela fundada, como “una excepción a la regla”, pues en la etapa donde el fiscal requiere al juez de Investigación Preparatoria aún no existe prueba, es decir, veracidad y certeza, de la responsabilidad del imputado, sino sólo “graves y fundados elementos de convicción”, que vinculan al imputado con los hechos delictivos. Esto conlleva muchas veces a causar problemas en la concepción social respecto a la eficacia de la administración de justicia y específicamente respecto de la aplicación del nuevo sistema procesal penal, garantista, puesto que la respuesta social siempre es más inmediatista, es decir, no exige los “graves y fundados elementos de convicción” y otros elementos necesarios para aplicar prisión preventiva, sino –de acuerdo con lo observado-, se da por sentada la responsabilidad y culpabilidad del imputado, y se exige su internamiento.

El nuevo proceso penal, a fin de cumplir con su finalidad garantista (no vulneración de los derechos fundamentales, respeto al derecho a la libertad, presunción de inocencia, etc.), exige, para la internación del imputado por prisión preventiva, se presenten: a) Graves y fundados elementos de convicción; b) Que exista riesgo de peligro procesal, como el peligro de fuga, o de obstaculización de la investigación o el proceso, sea tanto en el nivel de la etapa de la investigación preparatoria, juzgamiento o juicio oral; y, c) Que el delito imputado tenga prescrito una pena superior a los cuatro años. Cabe insistir, en

este contexto, que utilizando los argumentos y factores expuestos anteriormente se ha fundamentado y justificado la prisión preventiva, amparados además en la falacia de que ésta no es una sanción penal, sino una forma de asegurar el debido proceso, la efectiva tutela jurisdiccional, etc.; sin embargo, no puede negarse que internar a un imputado en prisión produce efectos similares a los de la pena privativa de la libertad, de una condena, contradiciéndose en la realidad lo que en la teoría se niega u oculta con títulos diferentes para un mismo efecto.

La prisión preventiva, sea o no considerada una sanción penal, es siempre, en la realidad, una “privación de la libertad”, una “afectación al derecho a la libertad” y a aquellos otros derechos que se adhieren por su propia naturaleza al derecho a la libertad, como, por ejemplo, el riesgo o peligro de afectación al derecho a la integridad física, psíquica, entre otros. Es claro y evidente que la prisión preventiva produce todos los efectos que causa la pena privativa de la libertad (sanción penal). Por eso la pregunta debería ser: ¿qué pasa con el tiempo, la vida que ha llevado, su salud y los derechos del internado si este es posteriormente declarado inocente?, ¿pueden estos repararse? La respuesta es obvia: no. Esa afectación y vulneración a la libertad, a la vida, a la salud, y a los derechos conexos, habiéndose sufrido en el pasado son irreparables, puesto que –aún no tenemos la ciencia y tecnología para ello- no se puede reparar el pasado, ni siquiera compensarlo (la lesión a la vida, la salud, la integridad física psíquica, etc., no se encuentran en las categorías, niveles o factores similares con otros, no son intercambiables). En esa línea, no se puede aducir que considerando a la prisión preventiva como una medida cautelar y no como una sanción penal se anulan inmediatamente los efectos propios de todo internamiento en prisión, sean estos por prisión preventiva o por pena privativa de la libertad en una sentencia final porque los efectos –y daños a la vida, salud física y mental- son idénticos en ambos casos¹⁴.

¿Será quizá por eso que el nuevo sistema procesal penal considera a la prisión preventiva sólo como una excepción y no como la regla?, puesto que, al margen de las opiniones justificadas magistralmente a través del discurso jurídico, afirman que la prisión preventiva no es una sanción, se debe tener muy en claro que la sanción penal se define por sus efectos y no por su definición escrita, y sus efectos siempre serán los de la privación de la libertad y daños conexos. No obstante ser tan obvio este razonamiento, la falacia persiste en considerar que no es una medida punitiva y no vulnera a la Constitución. Error –a nuestro parecer- que está en todos los niveles normativos, incluso en el Tribunal Constitucional, que en diversas sentencias ha incurrido en estas falacias inexcusables. Un solo ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 01014-2011-PHC/TC, ante un Recurso de Agravio Constitucional, se argumenta, en principio, que la "*detención judicial*" es una "*medida provisional*", que por tal -temporalidad de la medida- no es inconstitucional, no es una "*medida punitiva*" ni afecta la "presunción de inocencia". Sin embargo, dicho presupuesto tiene, a nuestro parecer, un razonamiento errado, pues se la evalúa por sus fines, y no por sus reales efectos o «ejercicio», por lo que significan en si (recordemos que un hecho se define por sus efectos en la realidad, no por su teorización). Además, la «temporalidad» de la prisión preventiva no significa que «no se *ejecute un daño*». La prisión preventiva puede no "catalogarse" como "medida punitiva", sanción final que decide darle un castigo al infractor de una ley, al delincuente, etc., pero esto no enerva, disuade, disminuye, detiene, evita, impide que se provoque o imponga un "perjuicio" al individuo, un "daño físico psíquico" que sólo puede justificarse en una sentencia firme (determinación de culpabilidad), por lo que la prisión preventiva además de atentar contra el derecho a la libertad vulnera la presunción de inocencia, pues ya no se presume como regla constitucional que el imputado es inocente, sino todo lo contrario, se presume

que es sospechoso o culpable. Por ello, no hay congruencia en la afirmación del Tribunal Constitucional al afirmar que esto no es así, que la prisión preventiva no es una sanción, y que por tal no es inconstitucional, porque una acción, decisión, y ejecución penal, debe "definirse" por lo que es su constitución, por lo que provoca, no por lo que intenta perseguir. Por ejemplo, preguntaríamos nuevamente, ¿si se declara inocente al imputado de los cargos aludidos a él, inmediatamente "desaparecen" todos los daños a su libertad, integridad física psíquica?, pues no. Entonces se tiene que comprender que existen bienes jurídicos que son fundamentales, y por tal no se pueden negar bajo argumentaciones erráticas como alegar que la prisión preventiva no es una medida punitiva, cuando en la realidad su aplicación al imputado cumple exactamente los efectos de las medidas punitivas; en este contexto per se el Tribunal Constitucional se vuelve inconstitucional al negar la realidad; afirmación que estoy seguro será confirmada por la historia.

VI.- EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

De acuerdo con la doctrina y la legislación la Prisión Preventiva es un instrumento procesal penal que tiene como finalidad asegurar el debido proceso, prevenirse sobre cualquier riesgo procesal, como de cualquier obstaculización del proceso, peligro de fuga del imputado, y así impedir la impunidad. Se la considera una medida cautelar aplicada sólo cuando preexistan graves y fundados elementos de convicción sobre la responsabilidad penal del imputado o su vinculación con el delito. Se la llama también prisión provisional.¹⁵ Podríamos resumirla como una presunción de culpabilidad.

Al respecto, Binder escribe: "La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que, en muchas

ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad "debe dejar salir", a pesar de que "ya" fueron "condenados", en la denuncia o por los medios masivos de comunicación. / Los fenómenos de los "presos sin condena" -en prisión preventiva-, de la utilización del proceso como método de control social, de las restricciones a la defensa, en especial a la defensa pública, de la enorme cantidad de presunciones que existen en el proceso penal, de la utilización del concepto de "carga de la prueba" en contra del imputado, del maltrato durante la prisión preventiva, del simple modo como los detenidos son "paseados" por los pasillos de tribunales, etc., son signos evidentes de que el principio de inocencia es un programa a realizar, una tarea pendiente. / Podremos cerrar los ojos y quedarnos con la consideración simplemente exegética o dogmática; pero ello no sería sino una falsedad más; y una ciencia hipócrita sólo forma seres hipócritas en una sociedad falsa."¹⁶. Binder ha dado en el blanco: sociedades falsas, hipócritas que no permiten el real avance o progreso del individuo y de la sociedad, porque falsean su propia realidad. Lo grave es que esta falsificación la promueven, instruyen y ejercitan aquellos que han sido preparados para evitarlas, los abogados, fiscales, jueces. Las argumentaciones o fundamentaciones teóricas sobre si la prisión preventiva es o no es una sanción penal sólo nos revelan este problema y confunden la concepción de justicia. Si la prisión preventiva va a aplicarse debe empezarse no por ocultar su calidad de sanción, su calidad de pena, sino aclarando su imposición 'necesaria', 'de última ratio'; porque sobre las falsificaciones de la realidad la justicia siempre se ve desvirtuada, también falsificada, y se deslegitima.

De la conceptualización de la prisión preventiva se desprenden los factores: 1) La responsabilidad penal del inculpado, 2) La gravedad del delito, y 3) El riesgo o peligro procesal.

La prisión preventiva, o esta condición, puede encontrarse ya explicada en la obra de Francesco Carrara, quien, respecto al proyecto de Giuseppe Puccioni, escribía sobre la prisión preventiva, o custodia preventiva, indicando: *“Sin embargo, no quiero continuar sin señalar, entre las diversas ideas que han llamado más mi atención, la que se refiere a la custodia preventiva de los inculpados. / Conservaba Puccioni, en su proyecto, el principio de justicia absoluta por el cual debe descontarse de la pena infligida a cada delincuente, aquella cantidad de tiempo que el mismo inculpado pasó en las cárceles de custodia durante el estadio inquisitorio, más allá del breve espacio indispensable para la compilación de cada procedimiento. La custodia preventiva de los reos debe decretarse solamente según normas indefectibles dictadas por la ley, y de ella no debe hacerse un derroche inútil, sino ordenarla solamente para los delitos más graves. Malo es prodigarla para los lapsos menores, en los que falta toda su razón de ser, y peor aún dejarla a las eventualidades del arbitrio. Y cuando una suprema necesidad imponga usarla, justo es que el culpable la tolere mientras dure el tiempo necesario para el procedimiento, porque la necesidad del procedimiento fue consecuencia de su delito. Pero cuando dura más, ella es consecuencia o bien de la inercia de los oficiales públicos, o bien de fortuitos que no deben recaer sobre el imputado, por culpable que sea, porque su culpabilidad representa un demérito al que la justicia del legislador juzgó que le corresponde aquella cantidad que él amenazó como pena, de suerte que todo suplemento es injusto. / Por eso, todas las buenas legislaciones fijan hoy un término más allá del cual, si la detención se prolonga, debe ese suplemento ser restado de la pena que se aplique cuando se demuestre la culpabilidad. / El proyecto de Puccioni, al convertir estos preceptos en artículos de ley, les daba un desenvolvimiento ulterior, añadiendo que el cómputo de la prisión preventiva, cuando el reo estaba confeso, debía comenzar aun antes del término legal, es decir, desde el*

día de su confesión.”¹⁷. Texto en el cual resalta que la prisión preventiva sólo podría imponerse ante una “suprema necesidad”, y definirla mejor como “custodia preventiva del inculpado”.

Recientemente Gunther Jakobs, en una entrevista hecha por Esteban Mizrahi, señalaría que en su país: “(...) La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad.”¹⁸.

Esteban Mizrahi entrevistando a Jakobs escribiría:

"M: Entonces sabe que nuestra realidad es completamente diferente de la de aquí. El 70% de los presos pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad. Aproximadamente el 67% se encuentran con prisión preventiva. Si un sistema penal funciona así, ¿qué consecuencias pueden esperarse para la sociedad? ¿Cómo describiría usted, desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, una eficacia del derecho como esa?"

J: Bueno, la alemana tampoco es tan brillante, por eso es que no está presa la clase media, sino mayormente la clase baja, y cada tanto algún famoso que cometió un delito económico grave. Pero estimo que aquí también el 70% de los presos provienen de las capas más bajas, en eso no hay mucha diferencia.

M: Solo que en nuestras cárceles el 67% de los presos está con prisión preventiva, que puede durar años.

J: Eso sí es diferente aquí. La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad. Y además la clase baja es menos indigente que allá. Ustedes tienen gente más pobre y menos instruida de la que hay acá. De manera que pienso que lo que allá se llama clase baja es otra

cosa que lo que aquí se llama así. Pero también nuestra clase baja está en las prisiones"¹⁹.

El comentario de Jakobs, respecto a que el 70% de los presos provienen de las capas sociales más bajas de su país, puede sugerir varios aspectos; que la delincuencia sea cometida siempre por los más pobres, o que los de clase se provean de los mejores abogados. En nuestro país, de variopinta conformación social y económica, no puede decirse que el delito es propio sólo de la clase baja o pobre; baste para corroborarlo las noticias cotidianas de escandalosos casos de corrupción de gente de todo tipo de clase, desde asaltantes al paso, hasta funcionarios de alto nivel, como magistrados, rectores, ministros, congresistas, ex presidentes, empresarios, y personajes de lo más variado en posición, estatus económico o clase social. Sin embargo, creo que existe un factor común que puede explicar por qué son los de clase más baja quienes ocupan mayoritariamente las prisiones: la poca capacidad adquisitiva -económica- para proveerse de los mejores abogados. No encuentro otra razón, pues en nuestro medio la convivencia con lo ilícito es no sólo común, sino pareciera formar parte del *modus vivendi* de nuestra sociedad; a tal grado es este fenómeno que existen profesiones, trabajos que son «sospechosos» de tener su cimiento económico en la corrupción, como la policía, o el propio ejercicio de la abogacía. Realidad grave, donde se delinque impunemente desde, por ejemplo, obtener la licencia de conducir, hasta mandarse a hacer la tesis de maestría o doctorado, o hacer un trámite en la administración pública. Fenómeno que explicaremos en nuestro próximo libro: "*¿Yo, el delincuente? Delitos cometidos contra la administración pública*".

Por su parte, José María Asencio Mellado, escribiría que "*La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza,*

es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.”²⁰. Por su lado, Gabriel Chávez – Tafur señala que “La prisión preventiva -o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad- suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos, mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, la investigación se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones indebidas y que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta.”²¹. “(...) la prisión preventiva en un sistema acusatorio debe ser instrumental y provisional, y su finalidad solo debe procurar el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de huida o entorpecimiento de la actividad probatoria por parte del imputado(9). / En ese sentido, manifiesta ASECIO MELLADO, la prisión preventiva o provisional constituye, entonces, una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos (10). / Esta finalidad instrumental se refleja en los presupuestos materiales para la imposición de una prisión preventiva regulados por la legislación peruana”²². Por su parte, CEJAS expone que “La prisión preventiva es una medida judicial por la cual se encarcela a las personas sujetas a una investigación penal por un delito. De acuerdo a las normas internacionales, la prisión preventiva debe ser excepcional y, corresponde

aplicarla, cuando median razones suficientes y sustentadas, de que la libertad del investigado representa un riesgo relevante para la consecución del proceso penal y para la posible sanción al responsable del delito imputado”²³.

Para Ana C. Calderón Sumarriva la Prisión Preventiva “Es una medida estrictamente jurisdiccional que se adopta a instancia del Ministerio Público, cuando resulte imprescindible privar de la libertad al imputado para conjurar un peligro de fuga o un riesgo de entorpecimiento de la investigación. ROY FREYRE la define como la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez Penal al inicio o en el curso del proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de una pena con prognosis grave o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria. El artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo mismo queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) que precisa que sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el imputado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos, o destruyendo la evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”²⁴. Con lo que la conceptualización de prisión preventiva quedaría clara en su descripción, elementos necesarios para fundarlo, pero no en sus efectos.

VII.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA NORMATIVIDAD

La Prisión Preventiva se halla enmarcada en el Nuevo Código Procesal Penal, aprobada mediante Decreto Legislativo 957, en su Título III, y en cual se contienen esencialmente los siguientes factores:

1.- De los presupuestos materiales en la norma.-

En el capítulo I del texto indicado, se describen los presupuestos materiales de la prisión preventiva; el primero de ellos es que sea a solicitud del Ministerio Público, del fiscal, que traslada dicho requerimiento al juez para que éste a su vez recién tenga la posibilidad de ejercer el poder para ordenar la prisión preventiva, tomando en cuenta para ello los siguientes presupuestos: a) Existencia de fundados y graves elementos de convicción de un delito²⁵ y su vinculación con el autor o partícipe; b) El delito sea tipificado con sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; c) El peligro de fuga u obstaculización del proceso. Además, se considera de ser el caso: d) Pertenencia a una organización delictiva y el uso de aquella para fuga u obstaculización del proceso. Siendo que al hacer el requerimiento el fiscal tiene que sostener que dichos elementos hagan de «suprema necesidad» la prisión preventiva, sucede en la realidad que, ante la falta de dichos elementos, el juez se ve en la imposibilidad de decretar la medida cautelar personal. Esto adolece de un defecto, que el juez no pueda basarse en otra información si no es en la vertida por el fiscal y el abogado, resta la capacidad del juez para administrar justicia, y siendo la falta de información la causa procesal (sea responsabilidad del fiscal o no) esto provoca un brusco problema de compatibilidad social. Ahora bien, si estamos ya en una etapa cultural con un sistema informático avanzado, ¿por qué no permitir que el juez pueda verificar la peligrosidad del imputado, su récord delictivo, su arraigo

domiciliario, etc., si tuviera esta información en la base de datos de su judicatura? Según se observa de las noticias radiales y periodísticas un gran número de imputados que tienen antecedentes delictivos no se les aplica la medida cautelar de la prisión preventiva por causas y deficiencias documentarias atribuidas al fiscal (no presentó los debidos fundados elementos de convicción). La respuesta está en la interpretación de la nueva normatividad procesal penal, que en un afán por no contradecir el principio de legalidad, el juez se abstiene de tener discrecionalidad, o capacidad para decidir sobre elementos no expuestos por las partes. Esto sin embargo cae en un vacío legal, y es conocido el principio que el juez no puede dejar de administrar justicia incluso ante este supuesto. Sin embargo, en el Derecho Procesal Penal, el juez se abstiene. Aquí la sinopsis es simple, lo importante es utilizar instrumentos, elementos de convicción que sean fundados, que tengan asidero en la veracidad, en la solidez y confiabilidad de los mismos, que no sean falsos, y que puedan demostrar su validez no necesariamente quién los ha presentado o quien los ha dejado de presentar, sino quien tiene dichos efectos documentarios probatorios. Sin embargo, ante una cuestión tan simple la judicatura, y todo el sistema procesal penal, se perturba y detiene.

2.- Calificación de peligro de fuga.-

De acuerdo con el Art. 269º del NCPP, para calificar si existe o no peligro de fuga el juez tendrá en cuenta: 1) Arraigo en el país del imputado (domicilio, residencia habitual, asiento familiar, negocios, trabajo, facilidad para abandonar el país); 2) Gravedad de la pena esperada (más de cuatro años de pena privativa de la libertad); 3) Actitud del imputado para resarcir el daño; 4) Conducta y sometimiento al proceso penal.

3.- Del peligro de obstaculización del proceso.-

De acuerdo con el Art. 270° del NCPP, se tendrá en cuenta si el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

4.- De la audiencia y resolución.-

Según el Art. 271° del NCPP se establece que la Audiencia de procedencia o no de Prisión Preventiva se realizará dentro de los dos días (48 horas) siguientes al requerimiento del Fiscal, siendo obligatoria su participación, así como la del imputado, defensor (privado o público). Sin embargo, si el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado y se llevará a cabo la audiencia notificando al imputado con la resolución de la audiencia dentro de las cuarenta ocho horas (48) de concluida la misma.

5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho.-

El juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no lleva a cabo la Audiencia de Prisión Preventiva. También el fiscal y el abogado serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia.

6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva.-

El auto de prisión preventiva será: a) Especialmente motivada; b) Con expresión sucinta de la imputación; c) Con fundamentos de hecho y derecho, y; d) Con las citas legales pertinentes.

7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva.-

El juez puede optar a la conclusión de la audiencia por: a) Declarar fundado el requerimiento y dictar prisión preventiva; b) Declarar infundado el requerimiento y dictar medida de comparecencia restrictiva o simple.

8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva.-

La duración de la prisión preventiva puede ser: a) Hasta nueve meses, en casos comunes; b) Hasta dieciocho meses (un año y medio) en casos complejos. Cabe agregar que de acuerdo con los fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre agravio constitucional, en el Exp. N° 01014-2011-PHC/TC, este expresa: *“b) resulta impertinente la motivación de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, en cuanto argumenta que “la prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es automática”*²⁶. El plazo y la prolongación de la pena privativa de la libertad no sólo debe solicitarse por el fiscal, sino que no puede ser “automática”, como se indicó en la resolución recurrida.

9.- Libertad del imputado.-

La libertad del imputado se dará al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, sin la sentencia de primera instancia.

10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva.-

El juez decretará la libertad al vencimiento del plazo de prisión preventiva: a) De oficio; b) A solicitud de las partes.

11.- Prolongación de la prisión preventiva.-

La prisión preventiva se puede prolongar sin exceder los dieciocho meses (un año y medio), en casos complejos, por petición del fiscal.

12.- Apelación de la prisión preventiva.-

La resolución de Prisión preventiva podrá ser impugnada

mediante recurso de apelación presentada ante el juez de Investigación Preparatoria, elevada a la Sala Penal respectiva, quien conocerá del mismo.

13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva.-

La prisión preventiva es conocida por: 1) Juez de Investigación Preparatoria [inicio del proceso. En esta etapa se da el requerimiento de prisión preventiva por parte del fiscal]; 2) Juez Penal Unipersonal [demanda de Hábeas Corpus por exceso de carcelería, superación del tiempo de prisión preventiva]; 3) Jueces Penales Colegiados; 4) La Sala Penal de Apelaciones (en apelación, demanda de hábeas corpus); 5) Tribunal Constitucional (en recurso de agravio constitucional contra la Sala Penal respectiva).

VIII.- PRONÓSTICO DE LA PENA

Este presupuesto material, el de la prognosis de la pena²⁷, es una estimación que marca los límites para aplicar la prisión preventiva, es decir, sólo se refiere a si el tipo delictivo tiene como sanción la imposición de pena privativa de la libertad de cuatro años. Cuando la pena es superior a cuatro años, recién puede considerarse la aplicación de la prisión preventiva. Por lo tanto, el marco punitivo que se debe sobrepasar está ya reflejado dogmáticamente en la pena. Esto permite que el magistrado pueda decidir sobre la aplicación de dicha medida, y tenga sus límites en aquellos tipos delictivos que no superen la sanción de cuatro años. Por lo mismo, lo primero que hará el juzgador será determinar si se cumple con este precepto anterior, por cuanto que se exigen la concurrencia de todos los presupuestos materiales, procesales.

IX.- PRESUPUESTOS DE RIESGO PROCESAL

De acuerdo con el presupuesto “Riesgo procesal”, este se fundamenta en que no se haga efectivo, o no se logre el objeto del proceso, por elementos que interfieren por causa del imputado. El riesgo procesal puede presentarse en los siguientes casos: riesgo de obstaculización de la investigación; riesgo de fuga del imputado. Delinearemos algunas elucubraciones al respecto, según determinados tipos delictivos.

Un presupuesto de riesgo procesal consiste en un elemento que se propone como anterior al juicio debido, o debido proceso, olvidando, obviando, saltando, justificando nociones y preceptos constitucionales como la *presunción de la inocencia*, “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”, o aquellas que expresan que “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*”, o aquella prescripción, “*El principio de no ser penado sin proceso judicial*” (aunque se considere que la prisión preventiva no es una pena, en la realidad, en sus efectos, surte de la misma forma que una pena), o esta otra que señala, “*La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”; o normas penales como la que señala que “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”, o “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito*”; o aquellas normas procesales penales como la de “*Presunción de inocencia.- 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. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

El Riesgo Procesal se antepone al Riesgo Personal. Es decir, por aquella concepción sería más importante que se preserve que se pueda llevar a cabo el proceso antes que se preserve asegurar la libertad y vida del futuro procesado. ¿Riesgo procesal antes que riesgo personal? Esto parece no tenerse en cuenta. Por otro lado, ¿cómo se puede asegurar que un imputado no intente fugarse, no obstaculice se lleve a cabo el proceso? Esto es imposible. El riesgo procesal, por lo tanto, siempre existirá. Habría que considerar que una persona *inocente* tiene el derecho a *rebelarse*, no tendría por qué pasar por un proceso penal, siendo que la carga de la prueba debe estar siempre en quien afirma el delito, no en quien es sujeto de dicha afirmación. Además, en una buena investigación -en forma limitada, por cierto- se puede llevar un proceso aún sin la presencia del imputado, en mérito a pruebas. El requerimiento del presunto culpable es a fin de contrastar con su voluntad la verdad de los hechos, pero recordemos que incluso la no autoincriminación es una institución jurídica validada actualmente. La presencia del imputado en juicio no debe tener su referente en demostrar la culpabilidad sino en garantizar la defensa. A mi entender, todo juicio contra una persona inocente es ya una violación a sus derechos. Sin embargo, en una sociedad aún incipiente en formación jurídica y respeto de los derechos fundamentales no se puede evitar el proceso.

OBSTACULIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

¿Cómo un imputado puede obstaculizar la investigación, el proceso? La respuesta la hallamos en la capacidad o posibilidad del imputado en aquella actividad, de influir, sobre

los testigos, peritos, etc. Esto por diversos mecanismos, por ejemplo, si los testigos son sus amigos, familiares, o tienen algún grado de relación o parentesco, o si la víctima tiene también alguna relación familiar o laboral. Ahora bien, ¿cómo se puede impedir que exista este tipo de actitudes, estas influencias, sobre los personajes antes indicados?

Se toman en cuenta el Artículo 269° del Código Procesal Penal, así como el peligro de obstaculización regulado en el artículo 270°, inciso 2 y 3 del Código Procesal Penal. Asimismo, se considera también lo estipulado el artículo 269°, numeral 3 del Código Procesal Penal, que establece que es necesario tener en consideración la gravedad de la pena”.

PELIGRO DE RIESGO PROCESAL.- Las fundamentaciones de la prisión preventiva, por lo general, se amparan en diversos factores, como, por ejemplo, la utilización del principio de razonabilidad, la observación de los hechos de modo objetivo, la forma y circunstancias del evento delictivo, entre otros factores.

X.- UNA PREGUNTA INSOLENTA:

Nuestro discurso sobre la prisión preventiva vuelve por hacer una pregunta acaso insolente, pero no insidiosa ni en contra del juez, sino para poner en el debate si el ser humano debe seguir deshumanizado, ataviado, o tapado con los ropajes o vendajes de la ley que parece justificar lo obvio.

1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?.-

Preguntar sobre si el juez es un delincuente per se cuando emite una resolución de prisión preventiva puede ser riesgoso y hasta dialéctico, pues ¿cómo atreverse a blasfemar contra la dignidad de un magistrado?, ¿alguien acaso se ha atrevido a pensar sobre aquella posibilidad? Pero es necesario y

trascendental hacernos actualmente aquella pregunta, y esto, no para ofender al juez, ni para agraviarlo o reducirlo a un simple y común delincuente, sino para advertir sobre la condición acaso equívoca o extrema de la actuación judicial respecto a la aplicación de la prisión preventiva en específico y de la prisión en general. Responder a la pregunta de si el juez es un delincuente per se cuando emite una resolución de prisión preventiva, tiene dos alternativas de respuesta.

2.- Las hipótesis afirmativas.-

En la hipótesis afirmativa, es decir, que consideran al juez como un delincuente al emitir una resolución de prisión preventiva, podemos apuntalar los siguiente argumentos:

a) Exposición de la integridad física, psíquica del imputado.-

Por esta hipótesis nosotros entendemos que el juez cuando emite resolución de prisión preventiva a un imputado, sea este cual fuere, está «exponiendo a peligro la integridad física y psíquica del imputado», esto como consecuencia de su internamiento en la cárcel, que tiene en si efectos externos a los deseados por el magistrado, pero que éste obvia, olvida o no toma en cuenta cuando emite su resolución de prisión preventiva.

b) Conciencia del juez de poner en riesgo de exposición a peligro del imputado.-

Esta hipótesis supone que el juez sabe, es consiente que el imputado puede sufrir daños en su integridad física y psíquica en el penal, por lo tanto, ¿no constituiría una agravante de su acto?

c) Desproporción entre el delito y la sanción.-

Nuestra hipótesis es que el imputado enviado a prisión preventiva puede ser por una causa, hecho, o ilícito que no amerite necesariamente la prisión, porque éste es de última

ratio, y porque el imputado –en ciertos casos- es enviado a prisión por delitos contra el patrimonio, siendo que la libertad y el patrimonio no son categorías que se corresponden, sino son diferentes, y no entran en el mismo nivel o categoría de relación; puesto que el patrimonio puede repararse, pero la vida, la integridad física o psíquica e incluso la libertad limitada no se puede resarcir, devolver, porque son bienes perecibles en el tiempo, mientras que un objeto, un patrimonio es resarcible o reparable, y que el tiempo no le afecta como al imputado el tiempo de su encarcelamiento. Por eso creemos que existe una obvia y evidente desproporción –en los casos de delitos contra el patrimonio, por ejemplo- entre el hecho delictivo y la prisión preventiva.

d) Concepción extensa de delincuencia.-

No se puede valorar la gravedad de un hecho si no se lo encuadra dentro de las categorías legales, jurídicas, por lo que la delincuencia debe enmarcarse no sólo como aquello que está expresamente en la ley (este hecho es sólo un mecanismo para protegerse de la arbitrariedad de la autoridad judicial etc.) sino como todo aquello que cause agravio, daño a otra persona. De allí resulta que incluso si una conducta no se encuentra dentro de la ley, pero existe el daño obvio, evidente, probado, este hecho tiene que considerarse delictivo y el agente, persona o personas que lo cometen tienen que ser considerados «delincuentes», es decir, sujetos responsables y culpables, pasibles de ser sancionados penalmente. Un caso extremo de acto delictivo es aquella que cause agravio irreparable a la persona.

e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona.-

1.- En Argentina se realizó un debate “La salud en las cárceles”, que fuera organizado por la Fundación Ciudad y Nación, y en la cual se señalaba: “*Entre las enfermedades que aquejan a los*

internos, las más preocupantes son las llamadas emergentes, las infectocontagiosas y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Tuberculosis, hepatitis, herpes y el HIV castigan a las poblaciones sobredimensionadas en los principales penales.” (<http://www.lanacion.com.ar/79136-en-prision-toda-enfermedad-parece-peor>). 2.- Según la International Committee of the Red Cross en América Latina “*Las cárceles son bolsos de tuberculosis*”, además señalan: “*El 2003 y e. 2007, la Organización Panamericana de la Salud realizó dos encuestas sobre la situación de la tuberculosis en los sistemas penitenciarios en varios países de América Latina. Ambos sondeos muestran que en los penales de estos países se tiene una incidencia de tuberculosis hasta veinte veces más elevada que en la población en general. Son los penales en Perú y Bolivia los que están más afectados por esta enfermedad.*”. Y sobre la tuberculosis en las cárceles se indica: “*Para que esta enfermedad no se expanda, se debe brindar un espacio saludable con ventilación y luz natural, y se tiene que combatir el hacinamiento. A esto se añade la necesidad de ofrecer una buena alimentación a los internos para que éstos puedan tener resistencia a la enfermedad. En América Latina, la problemática de la TB en las cárceles está abordada de manera incompleta, por lo tanto, facilita el desarrollo de la tuberculosis y, lo que es peor, de bacilos resistentes a los medicamentos.*” (<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/peru-interview-220310.htm>).

Hay innumerables informes sobre la exposición a peligro de contagio de enfermedades infectocontagiosas como la tuberculosis, u otras en las prisiones, muestras científicas de dicho fenómeno irrefutables y que no se han tomado en cuenta cuando se internan a los imputados en las cárceles, porque la norma no contempla esta situación, debiendo existir un principio de “proporcionalidad entre el medio ambiente a habitar –cárcel-, y una certificación de salud del imputado”.

f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones.-

Una forma de probar la exposición a peligro o daño en la integridad, salud física o psíquica de los internos es remitirnos a las matemáticas, es hacer sumas, restas, divisiones, ecuaciones, fórmulas científicas sobre los internos y sus posibilidades de resocialización, curación etc., o posibilidades de adiestramiento o especialización en la delincuencia, contracción de enfermedades de toda índole, respiratorias, corporales, inmunodeficiencias, sexuales.

Si sumamos el número de internos –o aforo- para los que científicamente están contruidos como capacidad las prisiones y la comparamos con el número de internos tendremos a la vista el “hacinamiento”, es decir, la desproporción entre la capacidad de las cárceles y el número de internos. Matemáticamente es ilícito que existan más internos de los que de acuerdo a los informes técnicos de edificación se enuncian puede haber. Los edificios y su capacidad de albergue, de personas que pueden ocuparla, está determinada por ley, de acuerdo a estudios técnicos. En las prisiones estas normas de seguridad de controlar el número de albergue de los edificios son vulnerada, violentada evidentemente y matemáticamente probada, pero aun así no existen correcciones inmediatas, por la imposibilidad física de aquello.

De acuerdo con lo señalado en la normatividad contenida en la pág. Web.:

http://www.vivienda.gob.pe/documentos/documentos_ds_010/4/Norma_A.130_Requisitos_de_Seguridad.pdf, se enuncia que: *“Para calcular la cantidad de ocupantes de una edificación se podrá utilizar de forma parcial, total o interrelacionada cualquiera de las 3 siguientes opciones: 1) Cálculo basado en*

coeficiente o factores de ocupación; 2) Cálculo sustentado en un estudio por análisis estadístico; 3) Cálculo basado en la norma NFPA-101 (RNE A-010-ART.2)”.

g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general.-

Según nuestra hipótesis incluso las normas penales pueden o pierden legitimidad al ser producto de consensos congresales, es decir, de la voluntad representada por unos pocos, demasiado pocos, para dar normas que afecten a la vida, a la libertad y a otros derechos fundamentales o no. Por aquello pensamos que una norma penal debe ser previamente aprobada por cada ciudadano, porque aquello le puede afectar directa o indirectamente; así, con el uso del internet se puede tomar algunas medidas para lograr la legitimidad de las normas penales, puesto que la afectación penal es irreparable.

h) La sentencia como arbitrariedad.-

Un acto es arbitrario cuando se lo realiza sin los requisitos o exigencias necesarias que concilien la voluntad de unos con otros. Una sentencia es una potestad otorgada a una persona o grupo de personas para que decidan el derecho de todos. Eso también, la elección de los jueces, debe ser un proceso no por delegación de un grupo de selección de magistrados, sino de elección o participación de todos los ciudadanos, porque de lo contrario, todo intento de representación siempre será insuficiente.

3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo.-

También es necesario partir del lado contrario, es decir, de aquel hecho que los jueces si cumplen efectivamente sólo la ley, y no se convierten –en un supuesto doctrinario- en personas que cometen actos ilícitos o delictivos cuando emiten sus resoluciones de prisión preventiva. Las nociones o

fundamentaciones para ello son -entre otras- las siguientes:

a) Legitimidad para obrar.-

Según esta noción el juez está legitimado para obrar, es decir, está autorizado por mandato expreso de la ley para emitir resoluciones de prisión preventiva, por lo cual no podría estar cometiendo un acto ilícito, y menos delictivo, sujeto a responsabilidad penal.

b) Nombramiento legítimo.-

Por este supuesto se puede considerar que siendo el juez elegido por diferentes sistemas legítimos, como el concurso público que lleva a cabo el Consejo Nacional de la Magistratura, o los procesos de selección de jueces supernumerarios, llevado a cabo por el Poder Judicial, el nombramiento como juez es legítimo, legal, garantizado por el sistema normativo y estatal.

c) Cumplimiento de su función.-

Por este supuesto, el juez sólo estaría cumpliendo su función, pues emitir una resolución de prisión preventiva, cuando corresponde, es sólo una atribución o facultad que le otorga la ley, y que de no hacerlo estaría incurriendo en prevaricato u omisión de funciones de cargo.

d) Mecanismo necesario para mantener el orden social.-

Supuesto por el cual la necesidad de administrar justicia está instituida por la propia Constitución Política, y que exige o requiere del juez para mantener el orden social a través del derecho.

EPÍLOGO

Resulta monstruoso, a nuestro parecer, que en pleno siglo, aún se envíen a los seres humanos a la prisión (a excepción de los

que cometen delitos contra la vida, el cuerpo y la salud -como el homicidio, la violación sexual, etc., por ser estos bienes jurídicos irreparables), si se conoce perfectamente que los efectos de la reclusión sólo retrasan, o cambian los métodos de la delincuencia (el delincuente puede monitorear sus actos delictivos desde la prisión, puede formar sus propias redes delictivas con los otros internos, etc.); resulta sorprendente que nos auto engañemos tanto, inventando (preferentemente en el Congreso) fórmulas inocuas para aumentar las penas como medidas contra la delincuencia. Resultan poco inteligentes estas medidas, que sólo son instrumentos de popularización, de “inteligencia emocional electoral”. No estamos de acuerdo con la delincuencia, menos en desacuerdo con la emisión de instrumentos, medidas para contrarrestarla, anularla, y combatir cualquier acto delictivo, pero creemos que en este tiempo deberíamos “repensar” cómo asumimos estos temas (mandar a la cárcel a todos²⁸ es matemáticamente imposible y, políticamente ineficiente como medida de gobierno para que la sociedad pueda convivir pacíficamente). Aún no parece verse la monstruosidad de mandar a la prisión a otro ser humano, acto que –estoy seguro– se verá en el futuro de la misma forma como se observa en este tiempo a los verdugos (que cortaban la cabeza con un hacha en plena plaza de la ciudad, y para proteger su identidad usaban capuchas que cubrían su rostro, como ahora se usan cargos, títulos, o justificaciones como *juez, fiscal, abogado, autoridad*, para evitar cualquier contradicción a dicha función o actividad, aunque sea monstruoso en beneficio social) de antaño.

Por eso, a contracorriente, nos atrevemos a proponer que todos los delitos cometidos contra el patrimonio, o aquellos que no tengan que ver directamente contra la vida, el cuerpo y la salud, sean despenalizados de la prisión, y que se adopten con ellos otras sanciones ya existentes o por crear, como grilletes electrónicos –que tan bien son barbaridades, pero menos

graves que la cárcel-. Es hora de diseñar nuevas categorías represivas más humanas y menos dañosas.

Aún en estudio nuestras propuestas, pensamos sin embargo que los siguientes tipos de delitos, por ser contra el patrimonio, y que no pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física y psíquica de la persona, deben ser repensados para reducir, o anular la pena privativa de la libertad (cárcel), pues esta no está de acuerdo con el delito sancionado, porque sobrepasa el castigo a la finalidad de la pena; por no existir proporcionalidad entre la pena impuesta y la sanción realmente sufrida (que adhiere a ella la vulneración a otros derechos como la vida, el cuerpo y la salud).

Así proponemos la despenalización de los delitos de Aborto (Auto aborto, Aborto consentido, Aborto preterintencional, Aborto terapéutico, Aborto sentimental y eugenésico), Calumnia, Injuria, Bigamia, Matrimonio con persona casada, Inobservancia de formalidades legales, Fingimiento de embarazo o parto, delitos contra el patrimonio que no involucren la defensa de la vida de las personas; además de otros delitos que serán explicados en un libro denominado “¿Qué pena me da el Derecho?”. A propuesta incipiente aún planteamos convertir los delitos anteriores en embargos económicos o indemnizaciones económicas a la víctima y al Estado.

Cabe indicar además, que el Derecho no puede ser manejado y decidido por una tiranía de la mayoría, mal representada por pequeños grupos que salen a la calle, o por interesados medios de prensa que ejercen presión mediática, social, sobre magistrados para persuadirlos de aplicar medidas de prisión, sea preventiva o definitiva; menos se debe permitir la tiranía de una mayoría congresal, porque allí donde no se tiene posibilidad de competir, no existe libertad de elección y menos

existe democracia; por eso, es necesario considerar lo que escribiera Stuart Mill, en su obra Sobre la Libertad, “*La tiranía de la mayoría se incluye ya dentro de las especulaciones políticas como uno de esos males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia*”.

Nuestro sistema penal vigente es netamente carcelario, consciente incluso que la prisión no resuelve el problema insiste irracional y emotivamente en el aumento de los años de sanción de carcelería. Inconciencia que se ha devenido en una falaz fórmula para resolver el problema de la delincuencia. Deformándose la noción de civilización y degradándolo a un mero tratamiento organizativo. La prisión preventiva ha suplido falsamente una deficiencia social, la impunidad de la delincuencia y el desapego de la participación activa en las soluciones. El fenómeno de la desprotección de los derechos fundamentales del ser humano está incluso en claves instituciones jurídicas (que tienen el deber de velar por la integridad del ser humano), así se han inventado instituciones jurídicas para sustraerse –con apariencia de legitimidad- de la verdadera solución, como la «*sustracción de la materia*» en el campo del Tribunal Constitucional, o la de «*no intervención en el fuero ordinario*», valoración y calificación del tipo delictivo y vinculación del imputado con el delito, o imposición de la prisión preventiva como una «*no sanción*», sino como una *medida cautelar personal*, sin considerar los efectos reales en el reo; actos que han permitido se vayan extraviando las reales soluciones que se deben plantear y la desprotección del ser humano y sus derechos. Otros elementos mal usados en reiterados casos son aquellos requisitos procesales como los aludidos «*graves y fundados elementos de convicción de vinculación del imputado con el delito*», que muchas veces sólo han servido para quitarle la calidad de derecho fundamental a la vida, a la libertad, con la formulación de ser una «*excepción*» a la norma general, constitucional, y no una sanción previa,

aduciendo para tales efectos otra falacia: «que no se ha violado flagrantemente el principio de presunción de inocencia», que en esta materia, bajo el amparo de precisar su necesidad en términos como «razonabilidad», «ponderación», mal concebidos, han sucumbido a la realidad, y quebrantado el *principio de inocencia*, puesto que un principio que deja de ser tomado en cuenta como prioritario, como «*principio*» y no «*secundario*», revela que algo está pervertido en la concepción del sistema procesal penal, y peor, en nuestro sistema mental; pues se justifica con el texto, la dogmática, el positivismo. Esto, en la realidad, se revela contrario a la naturaleza del Derecho: «*servir al ser humano a través de la justicia*».

Además, elementos como «*riesgo procesal*» han olvidado el «*riesgo humano, individual, personal*» que corre *la vida, la libertad, la integridad física y psíquica; bienes jurídicos* que han sido obviados enmarañados por una priorización del objeto antes que, del sujeto, priorización del proceso antes que del ser humano. Así también, «*riesgo procesal*», «*obstaculización del proceso*», «*peligro de fuga*», (que existirán siempre –que deben ser considerados legítimos en caso de inocentes, y que deben contemplarse de la misma forma como se valora el principio de no autoincriminación), han sido los otros elementos para pervertir el sentido del sistema procesal penal: impedir la delincuencia, impedir la impunidad, lograr el bienestar de la sociedad, proteger los bienes jurídicos, proteger al ser humano. De esta forma, la rebelión contra un *debido proceso* debe tomarse de igual forma como se considera el *derecho a la insurgencia* en caso de contravenir los derechos fundamentales de la persona. De esta forma, a nuestro parecer, el inocente no sólo tiene el derecho de fugarse, no asistir al proceso, etc., sino el deber de rebelarse contra todo acto contrario a la ley y a su inocencia. No se puede permitir, en un Estado de Derecho legítimo y verdadero, las excepciones en este tipo de casos. La presunción de inocencia o existe o no

existe; no hay un ratio intermedio. El juez no puede conformarse con *elementos convincentes* de la posible vinculación del imputado con el delito, sino debe estar completamente *seguro, convencido*; pues, de emitir prisión preventiva sin dicha *seguridad*, el juez estaría «prejuzgando», haciendo un «prejuicio», y esto invalidaría su accionar. El problema es mucho más *grave y fundado*, puesto que incluso las prescripciones de las *sanciones* penales con el *delito* a combatir o sancionar por lo general resultan desproporcionales a todas luces. Es absurdo, descarado y grotesco cómo se cierran los ojos ante esta evidencia *grave y fundada (la desproporción entre delito y pena; sanción y solución)*, basadas en el lente del texto, de lo ya racionalizado y puesto en el texto, e incluso argumentado en la nueva diosa de las fuentes del Derecho en nuestro medio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que sin el mayor detenimiento, premunido de *presupuestas razones o argumentos* preceptúan a la *prisión preventiva* -reiterativamente- como una «*no sanción*», como acto no violatorio de la Constitución. ¿Qué mayor violación que la pérdida de la libertad y la exposición a peligro del ser humano, sin haberse probado –debido proceso- la debida responsabilidad y culpabilidad del imputado? ¿Cómo internar al imputado por «presunciones, acaso graves y fundados elementos de convicción» que no han sido tamizados por la prueba y la falta de «duda razonable»? ¿Acaso no existen –o no se pueden inventar legítimamente- formas de evitar el riesgo procesal, la impunidad, u otras medidas penales diferentes a la prisión preventiva? Aclaremos, de nuevo, que no estamos a favor de la impunidad, ni de la delincuencia, tampoco en contra de los magistrados, jueces y fiscales, sino a favor del respeto «absoluto» de los derechos fundamentales de la persona, como la *vida, la libertad, la integridad física y psíquica. (...)*.

Nuestra conclusión es que el Juez no es un delincuente per se, pero debe priorizar al ser humano antes que a la ley.

-
- ¹ La mayoría de las notas se encuentran en el libro original "Permiso para delinquir (...) Libros sobre el Juez. Pág. 57 (Libro original).
- ² Multidimensionalidad del texto. Pág. 57.
- ³ Microcuento. Las Noches de Adán: Capítulo Uno: El Paraíso. Pág. 57.
- ⁴ Aclaración. Pág. 57 (Libro original).
- ⁵ Pinturas sobre el Juez. Pág. 57.
- ⁶ Sentencia:. Pág. 57.
- ⁷ Dos nociones de Derecho. Pág. 57.
- ⁸ Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes. Ermo Quisbert. Ediciones CED, pág. 27.
- ⁹ Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Derecho Penal del enemigo. Ediciones Civitas. Pág. Pág. 26.).
- ¹⁰ Saberes dominantes. Pág. 62.
- ¹¹ El Contrato Social. Pág. 62.
- ¹² Principio de Culpaabilidad. Pág. 217.
- ¹³ Jurisprudencia TC Prisión preventiva. Pág. 217.
- ¹⁴ Microcuento: ¡Sospechoso!. Pág. 219.
- ¹⁵ Microcuento: ¿Erase una vez un delincuente? Pág. 221.
- ¹⁶ Alberto M. Binder. Introducción al Derecho Penal. Ediciones Ad-Hoc.. Págs. 129, 130.
- ¹⁷ Francesco Carrara. Derecho Penal. Biblioteca Jurídica Digital.
file:///C:/Archivos%20de%20programa/Archivarius%2..._CLASICA/D_PENAL(Francesco_Carrara)/Tema%2010.htm (1 de 2)
[02/08/2007 14:16:12]
- ¹⁸ Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Esteban Mizrahi. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. Pág. 50.
- ¹⁹ Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Esteban Mizrahi. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. Pág. 50.
- ²⁰ José María Asencio Mellado. Cuya página web, o dirección electrónica se encuentra en la siguiente ruta:
<http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/regulacionprisionpreventiva.pdf>
- ²¹ Gabriel Chávez – Tafur. Pág. Web.: <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-per%C3%BA-%C2%BFmedida-cautelar-o-anticipo-de-la-pena>.
- ²² Este artículo ha sido publicado en el Manual del Código Procesal Penal. AAVV. Gaceta Jurídica. 2011. 1 Juez Penal (P) de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de Derecho Procesal Penal de las Maestrías de Derecho Penal y Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres y Academia de la Magistratura. Doctor en Derecho. Magister Penal. Autor del Manual del Nuevo Procesal Penal & De Litigación Oral).
- ²³ La prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 Audiencias en 7 Distritos Judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal - Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA -Pág. 7.
- ²⁴ Informe N° 12/96).(Ana C. Calderón Sumarriva. El Nuevo Sistema Procesal Penal – Análisis crítico. Editorial EGACAL. Págs. 230, 231.
- ²⁵ El Concepto de Delito – Bentham. Pág. 228.
- ²⁶ Jurisprudencia TC - ¿Prórroga automática. Pág. 230.
- ²⁷ La prognosis de la pena, teoría del fin del tiempo y Howskin. Pág. 252.
- ²⁸ ¿Yo, el delincuente? Pág. 303.