

PRISIÓN PREVENTIVA: APORTES PARA CONTAR CON MEJORES MÉTODOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DE CALIDAD*

José Antonio NEYRA FLORES¹

Sumario: 1. Planteamiento del problema. 2. Reforma procesal penal y presunción de inocencia. 2.1. Sistemas y privación anticipada de la libertad. 2.1.1 El Sistema acusatorio y la Libertad como regla. 2.1.2 El Sistema inquisitivo y la Prisión como regla. 2.2 Presupuestos de la prisión preventiva en un Sistema acusatorio. 2.2.1. Presupuestos materiales. 2.2.2. Presupuestos formales. 3. Análisis de audiencias de prisión preventiva. 3.1. Sobre el rol de las partes. 3.2. Sobre el rol de los Jueces. 3.3. Sobre la motivación de las resoluciones. 3.4. Respecto al tiempo de duración de las audiencias 4. Aportes para la obtención de información de calidad en las audiencias de prisión preventiva. 4.1. Utilización de las técnicas de litigación oral. 4.2 Metodología de la audiencia. 4.3 Capacitación en habilidades y destrezas a los Jueces para una adecuada motivación fáctica y jurídica (del auto) que declara fundada o infundada la prisión preventiva y por alternativa.

1. Planteamiento del problema

La reforma procesal penal ha traído como uno de sus avances la implementación de audiencias previas al juicio oral, las que se desenvuelven bajo las reglas de la oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Este es el mejor método de tomar decisiones en base a información de calidad entregado por las partes.

La audiencia de prisión preventiva constituye una de las 81 audiencias preliminares implementadas en el nuevo Código Procesal Penal peruano. Esto es necesario por lo señalado en el párrafo anterior, más aun cuando en este tipo de audiencias está en juego uno de los valores más importantes de las sociedades modernas: la libertad.

Sin embargo se ha podido observar en estos años de implementación de la reforma procesal penal peruana, problemas en torno a la realización de audiencias y a la toma de decisiones dentro de ellas.

El primer problema que trataremos respecto a las audiencias de prisión preventiva es sobre el rol de las partes, el Fiscal no fundamenta su requerimiento en los tres requisitos concurrentes que la legislación ha establecido para aplicar esta medida, asimismo el abogado defensor no ejerce una correcta contradicción.

La segunda problemática es sobre el rol de los Jueces quienes no basan sus decisiones en lo argumentado por las partes en las audiencias preliminares, sino resuelven leyendo el expediente fiscal y suspenden la audiencia para horas después dictar la resolución, generando dudas si ellos ejercieron o delegaron esta función, inclusive en casos simples.

(*) Este artículo ha sido publicado en *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. Magíster Penal. Autor del Manual del Nuevo Procesal Penal & De Litigación Oral.

Como tercer problema encontramos que no hay una adecuada fundamentación del Juzgador en la imposición de la medida de prisión preventiva. Tampoco cuando se declara infundada la prisión preventiva requerida y se imponen otras medidas cautelares.

Para el análisis de estos problemas se ha tomado como fuente el informe del año 2010 presentado por el CEJA sobre “La Prisión preventiva en Perú: estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal”. Asimismo, lo directamente observado en las audiencias y la información recibida por los diferentes operadores jurídicos.

2. Reforma procesal penal y presunción de inocencia

La reforma procesal penal peruana implementada progresivamente con el nuevo Código Procesal Penal del año 2004 desde julio de 2006, tiene como uno de sus aciertos la regulación de la prisión preventiva, pues en la lógica de este nuevo sistema se erige a ella, por ser la medida más grave del ordenamiento jurídico penal, como una excepción que se dictará solo en casos graves en los cuales se amerite imponerla en base al peligro procesal, a diferencia de la regulación e ideología del mandato de detención del antiguo sistema donde su imposición era la regla y las medidas alternativas de comparecencia (restringida y simple) las excepciones.

Esto se ve reflejado en la misma regulación, toda vez que existe en este nuevo código normas que establecen la duración de la privación de la libertad provisoria, además de haberse regulado expresamente los supuestos en los cuales existe peligro procesal basados en el peligro de fuga y de obstaculización de la actividad probatoria, así como las alternativas a la prisión preventiva: comparecencia restringida, detención domiciliaria y comparecencia simple.

En conclusión, se han adoptado sistemas garantistas que han regulado la institución de la prisión preventiva teniendo como base el respeto a la presunción de inocencia². Pues el trato que se da a la prisión preventiva no implica un adelantamiento de pena, en tanto se la impone, no por razones de prevención general o especial positiva o negativa o de retribución (que son los fines clásicos de la pena) sino por razones de peligro procesal. De aquí colegimos que si la prisión preventiva se basaría en algún fin de la pena se estaría violando el derecho a la presunción de inocencia, por lo que no se puede fundamentar la prisión preventiva por que el procesado posiblemente vaya a cometer otro delito (prevención)³.

Por tanto desde la perspectiva cautelar, la prisión preventiva debe ser instrumental y provisional, y con respecto a la finalidad que persigue la adopción de dicha medida, solo

² Sin embargo, cierto sector de la doctrina señala que la adopción de la prisión preventiva como medida restrictiva de derechos trae consigo una afectación directa al principio de presunción de inocencia, pero reconoce que pese a ello, la cuestión de si son compatibles (la prisión preventiva con el principio de presunción de inocencia) se encuentra aún en discusión. Mientras que para otros, no hay posibilidad de armonización entre estas. Finalmente hay quienes plantean que el principio de presunción de inocencia no logra excluir y neutralizar la aplicación de la prisión preventiva.

³ Esta medida adoptada, que afecta directamente al derecho a la libertad, no debe adoptarse como una medida de aseguramiento, ni menos como un adelantamiento de la pena, por ello es fundamental la observancia de excepcionalidad de la medida y la menos gravosa que permita asegurar los fines del proceso.

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 imputado⁴. **Estos requisitos señalados serán el punto neurálgico de discusión en la audiencia de prisión preventiva** sobre los cuales el Fiscal requerirá la imposición de esta medida, y la Defensa contradecirá estos puntos de acuerdo a su estrategia.

2.1. Sistemas y privación anticipada de la libertad

La Prisión preventiva nos permite conocer la ideología que determina a un ordenamiento jurídico, es decir, la forma de regulación de esta medida permite valorar el carácter democrático de un Estado.

Las instituciones jurídicas y la forma como son implantadas en una sociedad son el reflejo de la ideología de un Estado en un determinado momento y espacio.

2.1.1 El Sistema acusatorio y la Libertad como regla

Una característica de los sistemas acusatorios es el respeto a los derechos fundamentales que debe manifestarse en todo el transcurso del proceso penal, pues al estar constitucionalizado todo el ordenamiento procesal, se llega a la lógica consecuencia que el proceso penal como parte del ordenamiento jurídico debe estar orientado en torno a la Constitución. En ese sentido, la prisión preventiva se regula acorde con el principio de presunción establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 2.24 e., acordes con en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El respeto de la presunción de inocencia en la prisión preventiva se traduce en la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente. Es decir, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena⁵. Además de garantizar que la restricción de la libertad se realice sólo legítimamente (cuando exista probabilidad de la imputación y respetando en su aplicación los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, prueba suficiente, provisionalidad, y Judicialidad)⁷.

2.1.2 El Sistema inquisitivo y la Prisión como regla

⁴ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Requisitos, Características y Marco General Aplicable. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. N°. 159. Febrero de 2007. Pp. 110 y 111.

⁵ ILLUMINATI, G. La presunzione d'innocenza dell'imputato. Editorial Zanichelli. Bologna. 1979. Pág. 16 (cit.) FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de Inocencia. Iustel. Madrid. 2005. p. 123.

⁶ Pero el sistema procesal que adoptan los países latinoamericanos en este proceso de reforma no es solo uno acusatorio constitucionalizado, sino que en él tiene especial importancia la contradicción de las partes, tanto es así que podemos hablar de un sistema acusatorio contradictorio. Lo que se busca con esta denominación es poner atención a la importante labor de las partes en el proceso penal, pues es la base de las audiencias y las buenas prácticas que serán necesarias adoptar para que toda reforma procesal penal tenga éxito.

⁷ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral. IDEMSA. Lima. 2010. p. 521.

Este sistema se corresponde con una concepción absoluta del poder del cual nace la concepción extrema de autoridad, alejada de toda participación de la sociedad, es decir que no poseía un control por parte de los miembros de la sociedad; esto conllevó a que las instituciones que conformaban el sistema de justicia tuvieran un poder ilimitado en la búsqueda de la verdad como único fin del proceso.

Esta búsqueda de la verdad llevó a que se cometieran los más grandes abusos contra los ciudadanos, pues como sostiene VASQUEZ ROSSI en esta concepción la idea de delito deja de estar unida a la de daño y aparece como consustancial a la de desacato o incumplimiento de la autoridad y sus mandatos⁸.

La prisión preventiva en este contexto era la medida cautelar por excelencia en el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, pues al no existir reglas de la presunción de inocencia el hecho que el procesado esté o no libre no iba a desvirtuar su 'presunción de culpabilidad', por lo que no había mayor reparo en privarlo de su libertad, pues de todas formas era culpable.

2.2 Presupuestos de la prisión preventiva en un Sistema acusatorio

Como señalamos líneas arriba, 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 imputado⁹.

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 característicos¹⁰.

Esta finalidad instrumental se refleja en los presupuestos materiales para la imposición de una prisión preventiva regulados por la legislación peruana.

2.2.1. Presupuestos materiales

a. Vinculación a los hechos o *fumus bonis iuris*

Este presupuesto es un análisis acerca de la apariencia de la comisión del delito, es decir si existen suficientes elementos de convicción que señalen que el imputado ha cometido el delito -pero no en grado de certeza que solo se exige en los fallos condenatorios-, en ese sentido SAN MARTIN CASTRO¹¹ (citando a ORTELLS) señala dos reglas del *fumus bonis iuris* o *fumus delicti comissi*:

⁸ VASQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal: Conceptos Generales. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. p. 203.

⁹ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Op. Cit. pp. 110 y 111.

¹⁰ ASECIO MELLADO, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. (en) CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales. Lima. Palestra. 2004. pp. 494-495.

¹¹ MONTERO AROCA, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional. Págs. 455 y 456. (cit.) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal Vol. II. (2da Ed.) GRIJLEY. Lima. 2003. p 1123.

1. La constancia en la causa de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento,
2. El segundo está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito.

b. Peligro procesal o *periculum in mora*

Este requisito es el más importante pues de este depende el que se imponga o no la prisión preventiva, así el *periculum in mora* desarrolla el riesgo de frustración y peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. En tanto que peligrosidad procesal es aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal¹².

Como vemos, en nuestro país el peligro procesal tiene dos manifestaciones que pasaremos a detallar.

b.1. Peligro de fuga

Este peligro está relacionado a la posibilidad que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y no se pueda cumplir con los fines del proceso. Es decir el procesado por diversas razones se sustrae a la acción de la justicia. El Código Procesal Peruano ha señalado en su artículo 269° que se tomará en cuenta: “1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”.

b.2. Peligro de obstaculización

Los criterios para determinar cuándo hay perturbación probatoria son: destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, influir para que co-imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o inducir a otros a realizar tales comportamientos.

2.2.2. Presupuestos formales

Los presupuestos formales son de observancia obligatoria y de desarrollo constitucional, es decir para “*el quién*” ha de aplicarlo y “*cómo*” ha de aplicarlo; estos presupuestos

¹² PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008. Pp. 109-118.

son desarrollados en el Código Procesal peruano en su artículo VI del Título Preliminar y en las disposiciones aplicables a la prisión preventiva.

“Las medidas que limitan derechos fundamentales, (...), solo podrán dictarse por la autoridad judicial (**jurisdiccionalidad**), en el modo, forma y con las garantías previstas en la Ley (**legalidad**). Se impondrán mediante resolución motivada (**motivación de las resoluciones**). La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción en atención a la naturaleza y finalidad de las medidas (**excepcionalidad**) y el derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad (**proporcionalidad**)”. (negritas nuestras)

Finalmente y acorde con el modelo acusatorio contradictorio implementado en la reforma procesal penal podemos establecer que la **audiencia** constituye también un presupuesto formal de la prisión preventiva, que se traduce en el hecho que la medida de prisión preventiva a dictarse se dé en audiencia. Así lo ha reconocido el artículo 271°.1 del NCPP que establece, con respecto al Juez, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva [...] con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor.

3. Análisis de audiencias de prisión preventiva en la Reforma Peruana

3.1. Sobre el rol de las partes

El primer problema que trataremos respecto a las audiencias de prisión preventiva es sobre el rol de las partes, el Fiscal no fundamenta su requerimiento en los tres requisitos concurrentes que cada legislación ha establecido para aplicar esta medida, asimismo el abogado defensor no ejerce una correcta contradicción.

Respecto a este punto tenemos una serie de datos extraídos de audiencias que se han dado en la reforma procesal de Perú, así tenemos que los Fiscales no fundamentan su requerimiento de prisión preventiva en sus tres requisitos, pues del análisis de 112 audiencias de prisión preventiva se tiene:

<i>Fundamentaciones</i>	<i>Requisitos de la prisión preventiva</i>
<i>112</i>	<i>Vinculación del imputado con el hecho</i>
<i>107</i>	<i>Pena superior a los 4 años</i>
<i>87</i>	<i>Base al peligro de fuga</i>
<i>66</i>	<i>Obstaculización probatoria</i>
<i>15</i>	<i>Pertenencia del imputado a una organización delictiva</i>

En 25 fundamentaciones no se hizo mención concurrente de los tres requisitos, hecho que por ser mandato expreso en la ley, revelaría deficiencias en la intervención fiscal¹³.

(i) Sobre el presupuesto material “fumus bonis iuris”

¹³ PONCE CHAUCA Nataly y otros. La Prisión preventiva en Perú: estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal. Lima. 2010 (en) <http://webclv.com/ls/prv/art.pdf>. p. 51.

Ahora corresponde analizar presupuesto por presupuesto.

Respecto al *fumus bonis iuris*¹⁴:

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Actuación de sujetos procesales</i>	<i>Porcentaje</i>
112	<i>Fiscal sustenta el presupuesto material</i>	100 %
92	<i>El defensor contradice el sustento fiscal</i>	82 %
109	<i>Juez para resolver consideró lo expresado por las partes sobre el presupuesto material</i>	96.64%

Es correcto que el fiscal sustente la existencia de los hechos y la vinculación del imputado al mismo toda vez que es necesario para poder luego sustentar los otros requisitos. El hecho que la defensa no realice contradicción en el 100% de casos y solo en el 82% se puede deber a razones estratégicas, pues no siempre es correcto discutir este punto, pues se expone al Juez la esencia de los hechos contaminándolo, lo que luego puede influir en un requerimiento de cesación de prisión preventiva por nuevos actos de investigación o en la etapa intermedia, pues al hacer un control sustancial de la acusación será más fácil sustentar un auto de enjuiciamiento y no un sobreseimiento porque es común que el Juez de la Investigación Preparatoria que previno conocerá también de estas audiencias.

Lo que sí es preocupante el tercer ítem de este último cuadro, es decir la actuación del Juez que veremos luego.

(ii) Sobre la prognosis de la pena

El siguiente requisito que la ley procesal penal establece es el de 4 años de pena privativa que debe tener el delito para poder imponer la prisión preventiva, al respecto tenemos¹⁵:

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Actuación de sujetos procesales</i>	<i>Porcentaje</i>
107	<i>Fiscal sustenta el presupuesto material</i>	96 %
55	<i>El defensor contradice el sustento fiscal</i>	49 %
93	<i>Juez para resolver consideró lo expresado por las partes sobre el presupuesto material</i>	89.8%

La normativa procesal penal peruana exige como un requisito concurrente que la penalidad del delito que se le imputa al procesado sea superior a 4 años, por ende el fiscal debe argumentar sobre esto en todos los casos, sin embargo vemos que esto no es así, pues no se hace en el 100% de casos, sino únicamente en el 96 % de ellos, lo cual de por si es grave.

También se debe de tener en cuenta que al momento de hacer referencia al delito que es materia del procesamiento se debe de hacer hincapié en su relación con los hechos, pues se ha podido ver que se hace un uso inadecuado de la oralidad en audiencia. Por ejemplo en una audiencia llevada a cabo en el distrito judicial de Huaura¹⁶ el Fiscal

¹⁴ Ibidem. p. 54.

¹⁵ Ibidem. p. 58.

¹⁶ El caso es de Huaura del 23 de octubre de 2008, horas 4:30pm; audiencia de solicitud de prisión preventiva en el proceso seguido contra Alvarado Cruz Edgar, por el presunto delito de tráfico ilícito de

comienza exponiendo los hechos materia de imputación desde el allanamiento a las plantaciones de “*cannabis*” activa (marihuana) hasta cómo fueron capturados, resultando uno de ellos muerto cuando se conducía a darse a la fuga. Una vez concluido con el relato de los hechos pasa a analizar el tipo penal de tráfico ilícito de drogas previsto en el art. 296° del Código Penal, pero no lo hace con la finalidad de sustentar uno de los requisitos materiales de la prisión preventiva¹⁷ sino para sustentar si es un delito de resultado o de peligro, aclaraciones que no tienen fundamento en una audiencia sobre *prisión preventiva*.

(iii) Sobre el peligro procesal

El requisito más importante como hemos dicho es el peligro procesal.

Veremos como se ha desarrollado esto en el proceso de reforma procesal penal, así en las 112 audiencias de prisión preventiva se ha podido observar que¹⁸:

- En 87 audiencias los fiscales sustentaron el peligro de fuga

- En 66 audiencias los fiscales argumentaron el peligro de obstaculización.

Sumando ambos resultados tenemos un total de 153 sustentaciones, sin embargo, dado que las audiencias observadas fueron 112, quiere decir que solo en 41 oportunidades el Ministerio Público sustentó de manera concurrente ambos componentes del peligro procesal, pese a no ser una exigencia impuesta por la norma.

Viendo el caso de Huaura señalado en el párrafo anterior¹⁹ tenemos que el planteamiento del Fiscal en este punto, toma en cuenta algunos puntos referentes al arraigo, gravedad de la pena, estos con respecto al riesgo de fuga; pero también toma el punto con respecto la obstaculización, donde la plantea de manera deficiente, ya que le quita verosimilitud al manifestar que: “el imputado ya ha reconocido el delito”, esto puede ser entendido por el juez como la predisposición del imputado a colaborar, debido a que reconoció el ilícito. (“...por la sumatoria de la pena se infiere peligro de fuga debido a que el imputado a señalado un domicilio incierto, además que en su ficha de RENIEC figura un domicilio no conocido y en su declaración a variado varias veces de domicilios, señor juez, por lo que es incierto y asimismo señor juez el imputado ha señalado otro domicilio en Huánuco, por tanto vemos que su domicilio es indeterminado por lo tanto se deduce que tratara de eludir la justicia, ocultarse y abandonar su lugar de residencia, cabe resaltar que en el tráfico de drogas, por la gravedad del ilícito a veces se cuidan de no dejar huellas, pero en este caso el imputado ha reconocido el delito, se presume además señor juez que durante el proceso puede

drogas, expediente N.- 2008-1524, se encuentran presentes: Feliciano Francia Flores-Fiscal Provincial corporativo de Huaura; Walter Espinoza Noriega-Defensa técnica de Alvarado Cruz Edgar.

¹⁷ Art. 268 inc. 1. b) NCPP; “...que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y...”

¹⁸ PONCE CHAUCA Nataly y otros. Op. Cit. p. 62.

¹⁹ El caso es de Huaura del 23 de octubre de 2008, horas 4:30pm; audiencia de solicitud de prisión preventiva en el proceso seguido contra Alvarado Cruz Edgar, por el presunto delito de tráfico ilícito de drogas, expediente N.- 2008-1524, se encuentran presentes: Feliciano Francia Flores-Fiscal Provincial corporativo de Huaura; Walter Espinoza Noriega-Defensa técnica de Alvarado Cruz Edgar.

variar su declaración pero esta declaración ha sido en presencia del Ministerio Público y del abogado Defensor, lo que sería obstaculización del proceso ...etc.”).

El análisis y fundamentación de los riesgos han de ser específicos para así ser evaluados en concreto, no pueden ser indeterminados ni abstractos. El Fiscal plantea una fundamentación en abstracto pero no manifiesta en concreto como se manifiesta esta. (“...el análisis de los indicios...el análisis de las actas... tienen que ser por parte de la administración valoradas, porque ella constituye una obligación y deber de la administración de justicia, actuar en contrario significaría una violación de esta garantía penal...”).

3.2. Sobre el rol de los Jueces

La segunda problemática es sobre el rol de los Jueces quienes no basan sus decisiones en lo argumentado por las partes en las audiencias preliminares, sino resuelven leyendo el expediente o carpeta fiscal y suspenden la audiencia para horas después dictar la resolución, generando dudas si ellos ejercieron o delegaron esta función, inclusive en casos simples.

Se ha visto del análisis de las 112 audiencias de prisión preventiva que el Juez aún, para resolver, sigue leyendo el expediente o carpeta fiscal²⁰:

<i>N° de audiencias</i>	<i>¿El juez lee el expediente o carpeta fiscal?</i>	<i>Porcentaje</i>
<i>52</i>	<i>El juez SÍ lee el expediente o carpeta fiscal</i>	<i>46 %</i>
<i>60</i>	<i>El juez NO lee el expediente o carpeta fiscal</i>	<i>54 %</i>

Esto es una mala práctica ya que en este nuevo proceso penal acusatorio debe formar su convicción en la audiencia bajo los principios de inmediación, oralidad, concentración, continuidad, contradicción, publicidad e imparcialidad²¹; y no en la lectura de los actuados.

Respecto a las audiencias que hemos percibido directamente²², se ha visto que el Juez tiene en su poder la carpeta fiscal y cita de memoria las fojas a las que se refiere para fundamentar su decisión, lo que implica que conocía desde mucho antes los hechos. Esto es un punto desfavorable para el desarrollo de la audiencia por un Juez imparcial por cuanto está “contaminado” o prevenido.

²⁰ PONCE CHAUCA Nataly y otros. Op. Cit. p. 80.

²¹ En el mismo sentido refiere BURGOS MARIÑO: “El modelo acusatorio, al ser un modelo más compatible con la Constitución Política, convierte al Modelo y a la audiencia en un valor de jerarquía constitucional, pues refleja el diseño constitucional de proceso penal. Por ello, cuando se afecta la oralidad de las audiencias, la contradicción, la inmediación o la publicidad, en el nuevo proceso penal, se afecta a la Constitución. Consiguientemente, es deber de los jueces garantizar la real y plena vigencia del modelo acusatorio y su sistema de audiencias”. BURGOS MARIÑO, Víctor. Las Nuevas y Buenas Prácticas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrarreforma. (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=86>

²² El caso es de Huaura del 23 de octubre de 2008, horas 4:30pm; audiencia de solicitud de prisión preventiva en el proceso seguido contra Alvarado Cruz Edgar, por el presunto delito de tráfico ilícito de drogas, expediente N.- 2008-1524, se encuentran presentes: Feliciano Francia Flores-Fiscal Provincial corporativo de Huaura; Walter Espinoza Noriega-Defensa técnica de Alvarado Cruz Edgar.

Otra evidencia es que el juez no toma apuntes de lo que va escuchando y en muy pocas ocasiones pregunta sobre cuestiones que tenga duda, que no recuerde o para que le aclaren algo que no conozca, lo que denota que ya ha estudiado el expediente fiscal.

Lo más conveniente es que el Juez conozca de los hechos recién en la audiencia; así no tendrá prejuicios de lo ocurrido anteriormente y esos pre-conocimientos no influirán en su decisión. En esta línea de pensamiento hemos observado una audiencia²³ donde se advertía que la Juez no había leído la carpeta fiscal.

En esta audiencia la Jueza Fresia Sisi Villavicencio pide que se le relate los hechos, ya que ella no conoce nada de lo ocurrido; la Magistrada pregunta cuando debe hacerlo a ambas partes procesales; toma notas; sólo tiene en su escritorio un cuaderno de notas, los Código Procesales y Penales; y el debate no se torna en cuanto a las pruebas sino a los requisitos del Art. 268° NCPP. Finalmente la Magistrada resuelve con los datos que le han brindado ambas partes y sólo con ello. Pudiendo controlar las partes y el público el respeto al debido proceso.

A más abundamiento tenemos el análisis de las 112 audiencias de prisión preventiva donde se pudo observar con respecto a la atención que merecían las partes al Juez²⁴:

<i>Nº de audiencias</i>	<i>¿El Juez escucha a las partes?</i>	<i>Porcentaje</i>
7	<i>El juez NO escucha a las partes</i>	6 %
105	<i>El juez SÍ escucha a las partes</i>	94 %

Es claro que no se puede decir que una resolución está elaborada correctamente si ella no expresa lo acaecido en la audiencia, pues es un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión al presentar oralmente sus peticiones y argumentos; y tienen la posibilidad de controvertir la opinión de su oponente²⁵, por eso señalan Leticia LORENZO y Enrique MACLEAN que las partes en la audiencia realizan un control de la información de su contraparte, no sólo sobre la relevancia sino sobre la veracidad de esta información.

La calidad de la información depende directamente de su veracidad, la información falsa no puede fundar la decisión y la contraparte debe encargarse de hacer notar esta falsedad. Sin embargo, si esta actuación se da en la audiencia y el Juez no la escucha o no pone atención en ella, esta información de calidad se perderá.

Otra conducta del Juez que asimismo apoya la tesis que no resuelve en base a lo actuado en audiencia sino de la lectura del expediente o de otros factores es sobre si este resolvió sobre el fondo del asunto en la misma audiencia o la postergó, así tenemos que de las 112 audiencias²⁶:

²³ Audiencia con vista del expediente N° 2007-2020 por el delito de LESIONES SEGUIDAS DE MUERTE previsto en el art. 121° inc. 3 in fine CP contra LEONEL MAITA ARMANDO, siendo KATIA ANGÉLICA MARINA HURTADO GAMEZ la Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Corporativa Penal de Huaura y el abogado Defensor ALEJANDRO MENDEZ YANQUI MEZA.

²⁴ PONCE CHAUCA Nataly y otros. Op. Cit. p. 80.

²⁵ LORENZO, Leticia y MACLEAN SORUCO, Enrique. Manual de Litigación Penal en Audiencias de la Etapa Preparatoria. [S.E.] Bolivia. 2009. (en línea) http://www.cejamericas.org/doc/documentos/manualdefensalorenzo_maclean.pdf

²⁶ PONCE CHAUCA Nataly y otros. Op. Cit. p. 78.

<i>Nº de audiencias</i>	<i>¿ El Juez decidió sobre el pedido en la misma audiencia?</i>	<i>Porcentaje</i>
47	<i>NO, se postergó el pronunciamiento debido a suspensión o reprogramación</i>	42 %
65	<i>SÍ</i>	58 %

Como vemos del cuadro se decidió en la misma audiencia un total de 58% de casos dejando el pronunciamiento de 42% es decir casi la mitad de ellas, esto no es correcto, pues el Juez que ha formado su convicción en base a lo actuado en la audiencia debe dar su auto o fallo al acabar las partes alegaciones o en el menor tiempo posible, pues todo lo vertido en la audiencia hasta llegar a la resolución definitiva debe hacerse en forma única, esa es la meta, señalando BAYTELMAN²⁷ que lo que busca el proceso de reforma procesal con las audiencias es que apenas termine el debate contradictorio de las partes, el Juez emita su decisión.

3.3. Sobre la motivación de las resoluciones

Como tercer problema encontramos que no hay una adecuada fundamentación del Juzgador en la imposición de la medida de prisión preventiva.

Tenemos del cuadro que a continuación se presenta los criterios que se han plasmado en las resoluciones de los jueces para decidir sobre un pedido de prisión preventiva²⁸, así como los criterios de motivación judicial por los cuales los jueces tomaron esa decisión²⁹:

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Criterios de la motivación judicial</i>	<i>Porcentaje</i>
82	<i>Invocación a normas legales</i>	73 %
98	<i>Mención suscinta de los fundamentos de derecho</i>	88 %
108	<i>Mención suscinta de los fundamentos de hecho</i>	96 %
101	<i>Mención suscinta de la imputación</i>	90 %

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Criterios de la motivación judicial</i>
73	<i>Relación del imputado con el hecho</i>
72	<i>Pena superior a 4 años</i>
57	<i>No arraigo</i>
56	<i>Pena a imponerse sería grave</i>
37	<i>Obstaculización a la actividad probatoria</i>
29	<i>Conducta del imputado para someterse a la persecución</i>
16	<i>Importancia del daño y la actitud del imputado frente a él</i>
5	<i>Pertenencia a una organización delictiva</i>

²⁷ BAYTELMAN, Andrés. El Juicio Oral. (en) AAVV. Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2000. Pp. 243 -244.

²⁸ PONCE CHAUCA Nataly y otros. Op. Cit. p. 75.

²⁹ *Ibidem.* p. 73.

Un dato interesante es que en solo 57 autos judiciales hubo una consideración conjunta de los requisitos de la medida cautelar, de modo que en 18 casos la motivación podría tenerse insuficiente.

Esto lo podemos ver con detalle en el punto “3.1. Sobre el rol de las partes” donde se señaló que en 25 fundamentaciones no se hizo mención concurrente de los requisitos, hecho que por ser mandato expreso en la ley, revelaría ciertas deficiencias en la intervención fiscal, así en el cuadro presentado tenemos que en tres casos no se argumentó sobre el *fumus bonis iuris*³⁰ y con respecto al requisito de 4 años que debe tener el delito para poder imponer la prisión preventiva no se argumentó en 14 casos³¹.

Un punto de especial consideración merece la motivación del tiempo en el cual, una vez dictada la prisión preventiva, el imputado va a estar privado de su libertad, pues sobre este punto no se alega y menos se motiva, aún cayendo en la grave falta de omitir en la resolución cuánto tiempo de prisión preventiva va a sufrir el procesado, así tenemos dos causas en las cuales se omitió este requisito:

Barranca
 Trece de octubre del 2008
 Expediente: 800-2008
 Juez: Dr. William Timana Girio
 Ministerio publico: Ronald Jorge Víctor Tambini Carrión
 Presunto delito: homicidio calificado
 Fundado el requerimiento de prisión preventiva

Huacho
 Trece de octubre del 2008
 Expediente: 2007-001535-60-1308-JR-PE-1
 Juez: Leoncio Francisco Bolaños Cusimayta
 Ministerio Público: 2° Despacho de Decisión Temprana de la Fiscalía Penal Corp. Huaura
 Presunto delito: Violación de la libertad sexual
 Fundado requerimiento de prisión preventiva

El Tribunal Constitucional se ha expresado sobre este punto señalando que para imponer esta medida es necesario una motivación más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, así como evaluar

30

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Actuación de sujetos procesales</i>	<i>Porcentaje</i>
112	<i>Fiscal sustenta el presupuesto material</i>	100 %
92	<i>El defensor contradice el sustento fiscal</i>	82 %
109	<i>Juez para resolver consideró lo expresado por las partes sobre el presupuesto material</i>	96.64%

31

<i>Nº de audiencias</i>	<i>Actuación de sujetos procesales</i>	<i>Porcentaje</i>
107	<i>Fiscal sustenta el presupuesto material</i>	96 %
55	<i>El defensor contradice el sustento fiscal</i>	49 %
93	<i>Juez para resolver consideró lo expresado por las partes sobre el presupuesto material</i>	89.8%

si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de esta institución (Exp. N° 7038-2005-PHC/TC).

Es por ello que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada. El interés de motivar no solo obedece al interés por la protección directa de los derechos fundamentales, sino también, porque busca excluir la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente, posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, lograr el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional.

Por ello el artículo 254° del NCPP, establece que la resolución judicial debe estar especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado, mediante una descripción sumaria de hechos, con la indicación de las normas penales transgredidas (Art. 254.2.a); exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican la medida dispuesta (Art. 254.2.b) y la fijación del termino de duración (Art. 254.2.c).

3.4. Respecto al tiempo de duración de las audiencias

<i>Número de Audiencias</i>	<i>Tiempo de duración de una audiencia de prisión preventiva</i>	<i>Minutos</i>
<i>112</i>	<i>Máximo</i>	<i>360 minutos (6 horas)</i>
	<i>Promedio</i>	<i>104 minutos</i>
	<i>Mínimo</i>	<i>17 minutos</i>

<i>Número de Audiencias</i>	<i>Tiempo de suspensión de una audiencia de prisión preventiva</i>	<i>Minutos</i>
<i>112</i>	<i>Máximo</i>	<i>300 minutos (5 horas)</i>
	<i>Promedio</i>	<i>49 minutos</i>
	<i>Mínimo</i>	<i>4 minutos</i>

Como puede apreciarse del primer cuadro, el tiempo máximo de duración de una audiencia es de 6 horas, lo que tiene correspondencia con el tiempo máximo de suspensión de la misma, que es de 5 horas, por lo que habría una relación directa entre las audiencias de mayor duración y aquellas que tienen un mayor tiempo de suspensiones.

En muchos casos, el Juez suspende la audiencia hasta por una hora antes de emitir la resolución correspondiente, hecho que evidencia una poca preparación por parte de los jueces en las técnicas para captar y procesar la información y la falta de destrezas y habilidades en la conducción de audiencias y expedición de resoluciones. Y que al

mismo tiempo genera dudas en las partes y en la población sobre si la resolución fue hecha por el órgano jurisdiccional o se delegó esta función.

De ello podemos concluir que el mayor tiempo de duración de una audiencia no se debe necesariamente al empleado en el debate por tratarse de delitos complejos o con pluralidad de imputados, sino a la cantidad de tiempo en que se suspenden o interrumpen las audiencias.

Un sistema de audiencias como el que trae consigo el nuevo modelo acusatorio que acoge el NCPP del 2004, exige mayor dinamismo por parte de los operadores judiciales y la exigencia que se le hace a los jueces, especialmente en los casos simples, es resolver en base a lo que las partes manifiestan en audiencia al concluir esta, en todo caso si se requiere organizar informaciones y comprobarla, puede hacer un breve receso de 10 o 15 minutos (y no horas), para ello dentro de la misma Sala de audiencias y con partes esperando en tal ambiente si así lo desean, garantía que es el propio Juez que elabora la resolución.

Por ejemplo, en un caso simple, en una audiencia real de delito de actos contra el pudor de menor de edad, una Jueza suspendió la audiencia para verificar la partida de nacimiento, y efectivamente la partida estaba tan borrosa que no se podía verificar la edad de la agraviada.

Lo importante es que no hayan errores en la decisión del Juez debidamente fundamentada y encuentre el equilibrio entre garantía y eficiencia, pues la oralidad tampoco es que el juez permita que haya impunidad y exprese motivación aparente, si no que sea suficiente y razonable.

La mayor celeridad en el desarrollo de las audiencias no implica que deban dejarse de lado el respeto y resguardo de garantías que asisten a los justiciables. De lo que se trata es de procurar el uso racional del tiempo para el desarrollo de las audiencias.

4. Aportes para la obtención de información de calidad en las audiencias de prisión preventiva

En este punto, presentaremos herramientas para un mejor aprovechamiento de las audiencias de prisión preventiva, así como habilidades y destrezas que deben poseer los operadores jurídicos para corregir algunos defectos que han sido detectados a lo largo del presente trabajo en las audiencias observadas sistemáticamente por los investigadores del CEJA, en diversos Distritos Judiciales.

Antes debemos recordar la importancia que poseen las audiencias en el actual proceso de reforma. La audiencia es pues la mejor forma para que las partes a través del uso de las técnicas de litigación oral argumenten, produciendo una información de alta calidad que sea captada de manera directa por el Juez.

Sin embargo, la sola existencia de la audiencia no es suficiente para garantizar que la información llegue de manera adecuada al Juzgador, sino que es necesario:

1° El uso de las técnicas de litigación durante las audiencias previas, en tanto que éstas son las mejores herramientas para que el litigante pueda hacer llegar un mensaje favorable a su teoría del caso o estrategia.

2° Una regulación de condiciones objetivas para que cada parte cumpla su rol igual que el Juez al conducirla y resolver. Tales como la metodología de la audiencia de prisión preventiva, según el estado de avance de la reforma procesal penal en el distrito judicial que se instale, para que inicialmente y hasta que aprendan los operadores de tal lugar, se haga generando la discusión de los presupuestos materiales punto por punto.

3° Interpretación y aplicación sistemática de los artículos 2, 139 incisos 3 y 14 todos de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo IX del Título Preliminar y demás normas pertinentes del CPP por el Juez de la Investigación Preparatoria en casos evidentes de defensa simbólica e ingreso de información solo por el Fiscal sin que el Abogado le haga un test de credibilidad, declare el abandono de la defensa.

Que se compruebe por los Jueces validez de certificados médicos presentados por defensores para justificar su inasistencia a audiencia de prisión preventiva y frustraciones de otras, con fuertes sanciones en caso de fraude porque nuevo defensor incorporado, generalmente de oficio, no conoce el caso y requerirá plazo que colisiona con las 48 horas como máximo se prevé para la realización de tal audiencia.

4° Capacitación de los sujetos procesales que intervienen en las audiencias de prisión preventiva, especialmente con talleres de simulación, donde se identifiquen sus buenas y malas prácticas, las primeras para repetir las y las segundas para eliminarlas.

4.1. Utilización de las técnicas de litigación oral

Las técnicas de litigación oral, son un conjunto de conocimientos para lograr contar con habilidades y destrezas dirigidas a las audiencias tanto preliminares como la del juicio oral, para que la información que producen las partes sea de la mejor calidad, controlada por éstos y el propio órgano jurisdiccional, llegue de forma efectiva al Juez que percibe por intermediación directamente la información contradicha por los litigantes, elabora y dicta resolución con máximas garantías³².

Entonces, es necesario que las partes que intervienen en la audiencia de prisión preventiva elaboren una **hipótesis de teoría del caso**, la cual les permitirá ordenar la información que poseen de manera estratégica y transmitirla clara y coherente al Juzgador.

Elaboración de una hipótesis de teoría del caso

Recordemos que una teoría del caso es una oferta al Juez de hechos a probar, con qué pruebas y cuál es su relevancia jurídica, o sea cuenta con tres componentes: jurídico, fáctico y probatorio, constituyendo una brújula o el mapa con el que cada parte va a litigar. Decimos que solo es una hipótesis cuando se desarrolla desde que se toma conocimiento del caso hasta la acusación del Fiscal, entonces es una respuesta tentativa a la solución del problema y va cambiando en función a los elementos de convicción que se vayan produciendo.

³² Ver, NEYRA FLORES. José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral. Idemsa. Lima. 2010. p. 733 y ss.

Siguiendo a Leticia LORENZO³³, podemos establecer que la elaboración de la teoría del caso en las medidas cautelares nos proporciona un dato importante: la solicitud de una medida cautelar estará reservada a aquellos casos en que el análisis lleve al litigante a suponer, en principio, dos cuestiones:

- (i) Que el caso en cuestión llegará con probabilidad a juicio;
- (ii) Que existe efectivamente un riesgo para que el juicio no se realice si no se aplica la medida cautelar;

Respecto al primer supuesto, es lógico que el litigante se plantee previamente este supuesto antes de decidir si solicita o no una medida cautelar. En un sistema que respeta las garantías procesales, las medidas cautelares tienen un fin instrumental el cual es garantizar la realización del juicio. Entonces, no resulta estratégico que se solicite una medida cautelar si se pretende terminar el proceso con una salida alternativa, por cuanto estos mecanismos de simplificación procesal tienen como finalidad –distinta a las medidas cautelares- posibilitar un camino distinto al juicio.

Estas decisiones no pueden ser tomadas bajo intuición, sino que tienen directa relación con el conocimiento que tengamos sobre los hechos del caso, por lo que el instrumento de trabajo del litigante será la hipótesis de teoría del caso.

Tomada la decisión de ir a juicio, debemos establecer si en nuestro caso es necesaria la solicitud de la prisión preventiva. Para ello, es necesario, nuevamente, elaborar una hipótesis de teoría del caso.

La teoría del caso, permitirá al litigante establecer si existen elementos fácticos suficientes para sostener la posible comisión de un hecho ilícito. Y en este punto, principalmente, debemos analizar si los hechos establecen la existencia de un peligro procesal, es decir, si existe riesgo para la continuación del proceso.

Para el caso peruano, el peligro procesal supone los siguientes supuestos:

- Posibilidad de fuga, es decir posibilidad de que la persona perseguida penalmente se sustraiga de la acción de la justicia
- Posibilidad de obstaculización en la averiguación de la verdad, es decir posibilidad de que la persona intimide, amenace o coaccione a posibles testigos o destruya evidencia material.

Por lo tanto, para tomar la decisión sobre la medida cautelar a solicitar, el litigante deberá realizar una valoración de los elementos fácticos que puede exponer en audiencia³⁴.

³³ LORENZO, Leticia; LIMA MAGNE, Juan José; MACLEAN SORUCO, Enrique y LIMA MAGNE, Iván. Manual de Litigación en Audiencias de Medidas Cautelares. INTER IURIS. Bolivia. 2009. (en línea) http://www.novumparadigma.com.ar/upload/LITIGACION_EN_AUDIENCIA_DE_MEDIDAS_CAUTELARES.doc. p. 19.

³⁴ LORENZO, Leticia; LIMA MAGNE, Juan José; MACLEAN SORUCO, Enrique y LIMA MAGNE, Iván. Ob. Cit. p. 20.

En el caso del Fiscal que realiza la solicitud de imposición de medida, su argumentación estará dirigida a acreditar que concurren los supuestos para la imposición de prisión preventiva, esto es:

- La existencia del hecho y participación del imputado en él
- La existencia de riesgo o peligro procesal

Mientras que la defensa buscará demostrar que no concurren los requisitos (o por lo menos alguno) para la imposición de esta medida cautelar.

Para que el Fiscal y Defensor puedan contar con la información citada y la puedan utilizar según su punto de vista, es importante que se elabore lo que se denomina una papeleta de litigación para audiencias previas, que como anexo al final lo adjuntamos³⁵.

4.2 Metodología de la audiencia

Uno de los problemas generados en las audiencias de prisión preventiva es que la información que transmite una parte al ser extensa no la capta la otra y no la contradice totalmente y tampoco es retenida y valorada totalmente por el juzgador no solo por el tiempo de duración de la audiencia, sino porque no hay una debida contradicción por cada presupuesto material previsto en el artículo 268 del CPP.

La metodología que se adopte en las audiencias de prisión preventiva debe estar dirigida solucionar esta problemática.

Por lo que proponemos una regulación de las audiencias de dos formas, dependiendo del estado en que la reforma procesal penal se encuentre en determinado Distrito Judicial, así:

a. En los Distritos Judiciales del Perú donde la Reforma recién inicia, las audiencias demoran mucho, por lo que **la discusión de los presupuestos materiales de la prisión preventiva debe hacerse punto por punto**.

Así las partes, argumentan sobre cada uno de los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen seguir sea su posición de Fiscal o Defensor, captan íntegramente información sobre cada uno de ellos y contradicen todo lo argumentado presupuesto por presupuesto, y el juez hace preguntas al respecto y cuenta con el máximo de información contradicha y después pasa al siguiente punto, y al concluir está en las mejores condiciones para decidir la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

La finalidad de la presente recomendación es la existencia de un debate, donde las decisiones de los jueces puedan enfocarse en lo manifestado por las partes en la audiencia, siendo necesario para ello una discusión intensa y dinámica fluida y no tediosa como se vienen haciendo en muchos Distritos Judiciales.

- Lo primero que se tratará en este tipo de audiencias de prisión preventiva es la **participación probable del imputado en el hecho (supuesto material)**. Primero, el

³⁵ La base para su elaboración ha sido tomada de LORENZO, Leticia; LIMA MAGNE, Juan José; MACLEAN SORUCO, Enrique y LIMA MAGNE, Iván. . Ob. Cit. p. 54.

Fiscal relatará los **hechos** y argumentará la posible intervención del imputado en los mismos.

Culminada la presentación del caso por el Fiscal, el Juez debe dar la palabra a la defensa para que argumente lo que considere necesario -solamente si la defensa tiene algo que decir sobre el punto-; aquí, la labor del juez será central para evitar desvíos en la discusión. No es, por ejemplo, un momento para que la defensa comience a debatir cuestiones probatorias. Si el relato del hecho ha sido claro, ha cubierto todos los elementos del tipo penal con afirmaciones de hecho y ha podido situar al imputado como participante en el mismo, la defensa no tendrá alegación posible en este punto³⁶.

Solo si se ha agotado la discusión y el Juez ha logrado la información que requiere sobre el supuesto material en discusión, el juez debe dar la palabra al Fiscal para iniciar el segundo momento de discusión.

- En segundo lugar, corresponderá discutir sobre el peligro procesal. Nuevamente empezará el Fiscal indicando cuál es la medida cautelar que solicita y cuál el peligro procesal alegado. Establecido el peligro procesal (teoría jurídica), se debe establecer cuáles son los extremos de hecho que llevan a la acusación a afirmar que efectivamente existe ese peligro (teoría fáctica concreta para la solicitud de medida cautelar). Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada respecto a la magnitud del riesgo procesal acreditado.

Terminada la intervención del Fiscal, es el turno de la defensa. Como el Ministerio Público ya fijó los puntos a debatir, la defensa no puede hablar de lo que en ese momento venga a su mente sino que tiene que referirse puntualmente a los extremos fácticos alegados por la fiscalía, como por ejemplo la no procedencia de la medida cautelar en virtud a la inexistencia del peligro procesal alegado o la procedencia de una medida cautelar menos gravosa asumiendo que existe el peligro procesal pero que la proporcionalidad exige que la medida sea menor.

b. En los Distritos Judiciales con experiencia de 2 años o más, dependiendo que la duración de las audiencias previas sean cortas o breves (máximo 30 minutos), los operadores jurídicos pueden continuar haciendo las audiencias punto por punto siempre que sea eficiente o pueden discutir los presupuestos de manera conjunta porque cada parte será muy breve al narrar y no afecta la memoria fresca al captar la información.

4.3 Capacitación a los Jueces de Investigación Preparatoria en habilidades y destrezas para conducir la audiencia y una adecuada motivación fáctica y jurídica del auto que declara fundada o infundada la prisión preventiva y por alternativa comparecencia con restricciones.

El desconocimiento e inexperiencia en la discusión de audiencias y elaboración de resoluciones, produce que la resolución de muchos jueces se fundamente en lo leído en la carpeta o expediente fiscal antes, durante (no escuchando a las partes que siguen hablando) o después de la audiencia (respondiendo la audiencia para ello) y no en base a una información de alta calidad como la generada por las partes en tal acto procesal, lo que no se debe solo a que no hay una adecuada contradicción entre las partes procesales

³⁶ LORENZO, Leticia; LIMA MAGNE, Juan José; MACLEAN SORUCO, Enrique y LIMA MAGNE, Iván. Ob. Cit. p. 32.

en la audiencia de prisión preventiva, sino a que muchos magistrados no logran aún captar de lo argumentado por las partes o con preguntas le exigen información útil para formar su convicción en la imposición o no de la prisión preventiva.

La inadecuada fundamentación de las resoluciones judiciales se presenta ante la omisión de la motivación en la imposición de una medida cautelar, pues no se fundamenta el porqué de la prisión preventiva o de ser el caso el porqué se aplica otra medida coercitiva, sin establecer cuál es la idoneidad y necesidad de esta.

De ahí que una de las principales preocupaciones prácticas que deben tener los jueces dentro toda audiencia será la de capturar y retener la información que en él se produzca, para ello es necesario que:

1° Los Jueces posean habilidades y destrezas que les permitan aprehender material útil para la decisión que dictarán, siendo necesario para esto el conocimiento de los principios de medidas de coerción personal y los requisitos de casa uno de ellos, la jurisprudencia judicial y del Tribunal Constitucional, litigación oral para entender como las partes producen la información, así como la práctica en simulaciones de audiencias para ello.

Las técnicas de litigación son importantes, en la medida que toda resolución judicial se construye sobre la base de los hechos probados y la norma. Entonces:

- ¿Cómo saber que hechos son relevantes?
- ¿Cuándo un elemento de convicción es más creíble que otro?

Todo esto se construye en base a la Teoría del Caso de las partes. Por esto el primer foco de atención que debe tener en cuenta el Juez, es la hipótesis de teoría del caso del Fiscal contenida en el requerimiento de prisión preventiva y expuesta en la audiencia.

Tal es así que la **primera** –y la **última**- pregunta que debe hacerse el Juez Penal es: ¿A probado el Fiscal su hipótesis de teoría del caso para esta audiencia?

2° Dentro de las habilidades y destrezas que los Jueces deben contar, tenemos:

a. Aprender a tomar notas durante las audiencias telegráficamente, los puntos principales de cada requisito, debiendo elaborarse un esquema por los equipos de implementación del Nuevo Código Procesal Penal o por el Equipo Técnico de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial, Comisión normativa, que facilite tal labor y solo se marque con un aspa los rubros prefijados de discusión en cada uno de los tres presupuestos, y un rubro general para lo que el personalmente considere anotar y así el Juez no se distraiga y mantenga el máximo de atención en escuchar a las partes.

b. Con datos similares a los de la papeleta de litigación para las partes que anexo al final, los Jueces deben resolver utilizando como producto la información y elementos de convicción dados por las partes durante la audiencia de prisión preventiva. Cuando la decisión del Juzgador se basa en hechos y elementos de convicción escrituradas y contenidas en la carpeta o expediente fiscal, el juez no garantiza intermediación y contradicción al no utilizar un recuerdo fresco y convincente de la información

producida en audiencia con debate y captada directamente por él y no permitir que la parte le haga un test de credibilidad.

Entonces tener anotaciones de la información relevante de lo acontecido en la audiencia de prisión preventiva tiene ventajas obvias en cuanto permite fijar los argumentos tanto del Fiscal como de la Defensa.

Este es un método de desarrollar profesionalmente la labor del Juzgador, sobre todo en casos complejos cuando existen variedad de imputados, puesto que la información es mucha y de muy diversa naturaleza, sólo él Juez sabe cómo quiere registrarla para utilizarla luego con claridad al momento de deliberar.

Ahora, en estos casos, las audiencias deben permitir se discuta y resuelva el requerimiento imputado por imputado.

Las notas del juez debieran -preparando la decisión final- apuntar básicamente a dos tipos de cuestiones: **hechos y valoraciones**.

Finalmente, debe quedar claro que el compromiso de los jueces con el éxito del nuevo sistema exige que ellos en todo momento persigan “minimizar” los tiempos empleados en las audiencias, así como los tiempos muertos que se generan entre ellas. Pues de esto dependerá que cuenten con más tiempo cada día para atender el mayor número de audiencias pero cada una con calidad, personalizándose la situación jurídica de los imputados, a fin de evitar errores o confusiones y resolviendo fáctica y jurídicamente imputado por imputado o sea que se cumpla en cada una de ellas con los dos soportes modernos del Proceso Penal, de garantías que se respeten los derechos del imputado y eficiencia que no haya impunidad y resolviendo motivadamente o sea cumpliendo con los requisitos de suficiencia y razonabilidad.

CONCLUSIONES

- Los Fiscales y Abogados Defensores deben hacer uso de las técnicas de litigación oral en la audiencia de prisión preventiva, tener una hipótesis de teoría del caso que les permita ordenar su información en base a la concurrencia o no de los requisitos materiales de esta medida coercitiva y destrezas y habilidades para poder transmitirla de manera adecuada al Juzgador.

- La discusión de los presupuestos materiales de la prisión preventiva debe hacerse presupuesto por presupuesto, por la demora de las partes, inexperiencia en conducción y expediciones de resoluciones en audiencias por Jueces de Investigación Preparatoria al comienzo de la reforma y por malas prácticas; logrando así argumentar lo imprescindible y una mejor contradicción entre las partes, instada por el Juez y óptima retención de la información por este último.

- Los jueces deben aprender o fortalecer sus conocimientos, según sea el caso, para dirigir la audiencia de prisión preventiva ni motivan su resolución de manera adecuada fundamentando la necesidad e idoneidad sobre la imposición o no de la medida coercitiva.

- Es necesaria la capacitación de los Fiscales, Abogados y Jueces, según el rol que realicen, que les permita conocer las técnicas de litigación oral, para decirle a los Jueces

lo que necesitan saber para resolver su caso y no lo que ya saben, de tal forma que logren captar su atención, pues si el mensaje es bueno y el mensajero es malo el mensaje no llega, o sea logren narrar y persuadir al Juez y éstos últimos dirijan las audiencias y expidan resoluciones motivadas, productos de ella, o sea todas logren destrezas y habilidades para participar en las audiencias de prisión preventiva de un sistema acusatorio oral contradictorio.

ANEXO

“Papeleta de Litigación”³⁷

Nro. de caso:

Juez Cautelar:

PRESUPUESTO MATERIAL

Nombre imputado	
Hora, fecha y lugar hecho:	
Delito	
Elementos constitutivos del delito	
Participación	Autor <input type="checkbox"/> Cómplice <input type="checkbox"/> Instigador <input type="checkbox"/>
Resumen del hecho atribuido al imputado: <i>En este espacio el fiscal debe realizar un relato del hecho constitutivo del delito, para a continuación desagregarlo en función a la construcción de la teoría del caso</i>	
Teoría del caso	

³⁷ Esta papeleta de litigación ha sido tomada del Manual de Litigación en Audiencias de Medidas Cautelares elaborada por LORENZO, Leticia; LIMA MAGNE, Juan José; MACLEAN SORUCO, Enrique y LIMA MAGNE, Iván, http://www.novumparadigma.com.ar/upload/LITIGACION_EN_AUDIENCIA_DE_MEDIDAS_CAUTELARES.doc. p. 54, como base para una propia en Perú y la he modificado de acuerdo a la regulación de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento procesal.

Elementos del tipo penal	Proposiciones Fáticas	Elementos de convicción
Elemento 1	PF 1 Elemento 1	Prueba 1 PF 1
		Prueba 2 PF 1
	PF 2 Elemento 1	Prueba 1 PF 2
		Prueba 2 PF 2
		Prueba...
	PF 3 Elemento 1	
	Elemento 2...	PF 1 Elemento 2
PF 2 Elemento 2		
PF 3 Elemento 2		

PELIGRO PROCESAL

1. Fuga 2. Obstaculización investigación

FUGA

Circunstancias generadoras de peligro	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Arraigo insuficiente	No tiene domicilio en el país	
	No tiene familia en el país	
	No tiene amigos en el país	
	No tiene trabajo en el país	
Tiene facilidad para abandonar el país	Tiene capacidad económica para abandonar el país	
	Conoce gente fuera del país que puede facilitar su salida	
	Ha salido del país en ocasiones anteriores	
	Cuenta con documentación para salir del país (pasaporte y fecha de tramitación)	
	Tiene posibilidad de cambiar su identidad	
Tiene posibilidades de permanecer oculto	Tiene capacidad económica para moverse del lugar donde se encuentra	
	Conoce gente que puede facilitarle el ocultamiento	
	Ha sido difícil dar con él durante el desarrollo de la investigación	
Está realizando actos preparatorios de fuga	Ha averiguado formas de abandonar el lugar	
	Se ha comunicado con personas solicitándole refugio	
	Ha iniciado trámites para conseguir documentación que le	

	permita evadirse	
Conducta previa de evasión	Se ha sustraído de la justicia en procesos anteriores	
	Ha intentado escapar en el momento en que fue capturado	

PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN		
Circunstancias generadoras de peligro	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Amenazas o coacción contra testigos / peritos	Posibilidad efectiva de acceder a los testigos/ peritos	
	Posibilidad económica de influir en los testigos/ peritos	
	Antecedentes de relaciones entre la persona y los testigos/ peritos	
	Ha habido intento de comunicación con los testigos/ peritos	
	Ha habido denuncias concretas por parte de testigos/ peritos	
Posibilidad de destrucción o modificación de la prueba material	Posibilidad efectiva de acceso a la prueba material	
	Conocimiento de la prueba material existente	

PRINCIPIOS EN DISCUSIÓN

EXCEPCIONALIDAD		
Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio

No es posible aplicar una medida menos gravosa	No procede la detención domiciliaria debido a que no posee domicilio conocido	
	No procede la detención domiciliaria debido a que no hay una persona que proporcione domicilio para su cumplimiento	
	Los elementos acreditados para el peligro procesal fundan la procedencia de la detención preventiva	

PROPORCIONALIDAD

Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Gravedad del hecho	Se trata de un delito: <ul style="list-style-type: none"> - De acción pública - Que tiene prevista pena de privación de libertad superior a cuatro años 	
	La situación del imputado (social, económica, de relación) hace probable que efectivice el peligro procesal argüido	

LIMITE TEMPORAL

Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
La detención preventiva debe solicitarse por el	Cuánto tiempo llevará la investigación	
	Complejidad de la investigación	

tiempo estimado que durará el peligro procesal	a llevar a cabo	
	Cuáles son los elementos probatorios que la investigación debe conseguir	
	Cuál es la fecha estimada para la realización del juicio	