

Proyecto de Ley N° 3842 / 2018 - CR



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL LITERAL B) DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 268 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO AL PRESUPUESTO DE PROGNOSIS DE LA PENA SUPERIOR A LOS 4 AÑOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El congresista que suscribe, **ROLANDO REÁTEGUI FLORES**, integrante del Grupo Parlamentario de **UNIDOS POR LA REPÚBLICA**, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y en el inciso c) del artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República; propone el proyecto de ley siguiente:

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL LITERAL B) DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 268 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO AL PRESUPUESTO DE PROGNOSIS DE LA PENA SUPERIOR A LOS 4 AÑOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 1.- Objeto de la ley.

La presente ley tiene la finalidad de que los operadores de justicia evalúen previamente las exenciones de responsabilidad penal antes de dictar el mandato de prisión preventiva.

Artículo 2.- Modificación del artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal

Modifíquese el literal b) del numeral 1 del artículo 268 del decreto legislativo 957, **Nuevo Código Procesal Penal**, en los siguientes términos:

"TÍTULO III

LA PRISIÓN PREVENTIVA

CAPÍTULO I

LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

(...)

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. **El juez tendrá en cuenta si de los recaudos, se evidencia razonablemente cualquiera de los supuestos de los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 7, 6, 7,8, 9, 10 y 11 del artículo 20 del Código Penal, en cuyo caso no dará por satisfecho este presupuesto.**

(...)"

Lima, 25 de enero 2019

ROLANDO REÁTEGUI FLORES
Congresista de la República

Patricia Donayre
Portavoz del Grupo
Parlamentario Unidos
por la República

Patricia Donayre

Mivael Castro Grandez

Oshiana

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 31 de ENERO del 2019.

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 3842 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.



GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. Situación problemática actual

En la actualidad, la seguridad ciudadana se ve gravemente afectada con el crecimiento de la delincuencia común y organizada. En este contexto social, donde se han producido hechos delictivos en los cuales civiles al ser víctimas de la ejecución de un delito, han optado por ejercer su derecho a repeler la agresión ilegítima, llegando a causar –en algunas oportunidades- daño a su agresor con la finalidad de salvaguardar su integridad o de terceras personas. De la misma manera, miembros de la Policía Nacional del Perú (PNP) en cumplimiento de su deber se han visto en la necesidad imperante de utilizar la fuerza física en la lucha contra la delincuencia para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos propios o de terceros.

En algunas de estas acciones, el que se ha defendido, el que defendió a otro o el que actuó cumpliendo su deber, cometió una conducta que - de forma objetiva para el derecho penal- configuraría un delito; pero, ante las circunstancias de la comisión del evento, ese mismo derecho también señala que esas personas están exentas de responsabilidad penal. Sin embargo, se han presentado casos en donde el Ministerio Público ha requerido prisiones preventivas ante el Poder Judicial, contra aquellos que actuaron legítimamente, conjurando detención preventivas por varios meses, poniendo en riesgo la credibilidad de los órganos administradores de justicia en el fortalecimiento de la seguridad ciudadana.

Para ilustrar esta problemática social, es necesario mencionar el caso del Suboficial de Tercera PNP Elvis Joel Miranda Rojas, perteneciente a la Comisaría de Tacalá, quien participó en una intervención policial en el departamento de Piura, dando como resultado el fallecimiento de un presunto delincuente. El efectivo policial fue detenido, y el Ministerio Público le imputa la comisión de los delitos de homicidio simple y abuso de autoridad, requiriendo en su contra la medida de prisión preventiva que es declarada fundada por el magistrado David Sosa Zapata, Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Castilla.

Es en ese sentido, que se cree que los operadores de justicia en su actuación no evalúan la concurrencia o no de las causas de exención de responsabilidad penal en sus decisiones sobre el otorgamiento de una prisión preventiva, circunstancia que debe ser corregida para evitar la situación injusta y hasta posiblemente arbitraria señalada anteriormente.

B. Análisis jurídico

Antecedentes del marco normativo:

El decreto legislativo 957, Nuevo Código Procesal Penal, fue promulgado el 2 de julio del 2004, entando en vigencia en nuestro país en forma paulatina, dejando en el pasado el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 1991. La nueva norma procesal está inspirada en el sistema acusatorio a diferencia de sus antecesoras que era de carácter inquisitivo y mixto respectivamente, provocando una mutación en los roles del Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional del Perú y la Defensa Pública, así como también del proceso penal.

El nuevo modelo procesal establece la oralidad como regla universal. En cuanto a la medida de coerción procesal de prisión preventiva obliga que esta sea debatida en audiencia para que el juez de investigación preparatoria decida el encarcelamiento o no del imputado. La audiencia debe ser requerida por el fiscal, mientras que la defensa y/o el imputado podrán contradecirla.

Para la aplicación de esta medida de coerción, la norma exige al juez la concurrencia de los siguientes presupuestos materiales:

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

Estas tres exigencias no han sido materia de modificación desde su promulgación, siendo enriquecidas en su desarrollo doctrinario y reglas de interpretación a los acuerdos plenarios, sentencias casatorias y sentencias doctrinarias vinculantes del Tribunal Constitucional.

a. Exención de responsabilidad

Conforme a nuestro Derecho Penal, el delito es una conducta humana típica antijurídica y culpable¹. En el análisis de antijuridicidad se verificará la presencia de la legítima defensa, el estado de necesidad, fuerza física irresistible, miedo insuperable, el ejercicio legítimo de un derecho, o si el personal de la PNP o fuerzas armadas actuaron en cumplimiento del deber; mientras que para la culpabilidad se verificará la concurrencia de anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia o la minoría de edad.

El artículo 20 del Código Penal² vigente señala las causas de exención de responsabilidad, la cuales son: la grave anomalía psíquica o alteración de la conciencia o percepción, la minoría edad, la legítima defensa, el estado de

¹ **Será típica** cuando la conducta coincide con lo descrito en la ley (tipo) es una función que se le denomina tipicidad. Será **antijurídica** cuando no concorra ninguna causa de justificación. Será **culpable** cuando se realiza un análisis del individuo a fin de determinar si puede o debe responder penalmente por su accionar.

² **Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:**

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;
2. El menor de 18 años.
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
 - c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;
4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:
 - a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
 - b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;
5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;
6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;
7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;
9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.
11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

necesidad justificante, el estado de necesidad ex culpante, la fuerza física irresistible, el miedo insuperable, obrar por disposición de la ley cumplimiento del deber u oficio o cargo, por obediencia debida, el consentimiento y ser miembro de la Policía Nacional del Perú o fuerzas armadas en cumplimiento del deber y en uso de sus armas que cause lesiones o muerte. En estos casos el juzgador no podría imponer una pena al sujeto activo en tanto el elemento antijuridicidad o culpabilidad, según sea el caso, no concurrirían.

Mención especial merece el tratamiento legislativo que ha merecido la legítima defensa en su presupuesto b). Originalmente, el texto señalaba "*Necesidad racional del medio empleado o repelerla*" sin embargo, este fue modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27936, publicada el 12 febrero 2003 con el siguiente texto "*Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa*".

Posteriormente, mediante el decreto legislativo N° 982, publicado el 22 de julio del 2007, se adiciona el numeral 11 al artículo 20 del Código Penal, a fin de garantizar, salvaguardar y respaldar la acción legítima realizada por los miembros de la Policía Nacional del Perú y Fuerzas Armadas en cumplimiento de su deber con el siguiente texto: "*El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte*". Sin embargo, el 13 de enero del 2014, mediante Ley N° 30151, se modifica dicho texto y se promulga "*El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte*"

Por otra parte, mediante decreto legislativo 1095, de fecha 31 de agosto del 2010, establece el marco legal que regula los principios, formas, condiciones y límites para el empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de su función constitucional, mediante el empleo de su potencialidad y capacidad coercitiva para la protección de la sociedad, en defensa del Estado de Derecho y a fin de asegurar la paz y el orden interno en el territorio nacional.

De la misma manera, mediante el decreto legislativo N° 1186, de fecha 16 de agosto del 2015, establece el marco legal que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su finalidad constitucional. En el mismo sentido el decreto supremo N° 012-2016-IN que aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú.

b. Prisión Preventiva

El proceso penal establece una serie de medidas de coerción procesal de carácter personal para asegurar la presencia del investigado durante la investigación y en su caso, durante la duración del juicio. Estas son, la comparecencia simple, la comparecencia con restricciones y la prisión preventiva, que serán impuestas por el juez de investigación preparatoria previo requerimiento y sustento oral del fiscal, en audiencia conjunta con la defensa del imputado.

La prisión preventiva es la más gravosa de las medidas pues implica la privación de la libertad del imputado hasta por 9 meses tratándose de procesos comunes, 18 meses tratándose de procesos complejos y de 36 meses tratándose de procesos contra la criminalidad organizada, conforme al artículo 272 del Nuevo Código Procesal Penal (N CPP); sin embargo, si las circunstancias de la investigación la tornan en compleja, los plazos de prisión preventiva pueden prolongarse hasta en un plazo igual en los dos primeros casos y 12 meses en el tercero.

La imposición de tal medida restrictiva debe cumplir con los presupuestos señalados en el artículo 268 del N CPP, los cuales son los siguientes:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir

la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha emitido múltiples resoluciones ilustrativas en las cuales deja claro que la privación de la libertad mediante la prisión preventiva ha de ser la excepción; y, sólo se adoptará cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales pueden alcanzarse los mismos fines que con aquella (última ratio); es decir, solo es válida cuando se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal. Su orden debe estar enmarcada dentro de los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad.

A manera ilustrativa podemos citar lo contenido en el fundamento 32 de la sentencia del Tribunal Constitucional 04780-2017-PHC/TC: *"Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de última ratio. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es 41... una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011 -PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100-2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras)"*

C. Fundamentos de la propuesta de modificación

Los presupuestos de la prisión preventiva han sido mencionados anteriormente. El primero es que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar la comisión de un delito que vincule al imputado como autor de un delito.

El segundo presupuesto, y el objeto de la modificación, es que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Para entender este requisito citaremos el fundamento Trigésimo de la casación N.º 626-2013/Moquegua:

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

Es un cálculo que debe realizar el juez sobre la posible pena a imponer en caso el imputado sea condenado, pero basado en los elementos de convicción y fundamentos jurídicos existentes. El juez de garantías deberá proyectarse al futuro procesal y establecer que en el caso que se imponga una pena al imputado, esta sanción superará los cuatro años privativos de libertad. Contrario sensu, de existir la razonable posibilidad que al imputado no se le llegue a imponer una condena, el presupuesto en comentario no estaría satisfecho y por lo tanto no podría dictársele la medida de prisión preventiva.

Es en este punto es donde el juez de garantías debe analizar los hechos en forma conjunta con los elementos de convicción presentados por el ministerio público y la defensa, y aplicando su conocimiento del derecho, y advertir si existen o no indicios razonables que conlleven la aplicación de cualquiera de los supuestos señalados en el artículo 20 del Código Penal, pues de ser así la conducta no sería antijurídica o no sería culpable.

Este filtro conllevaría a dos situaciones contrapuestas: a) la existencia razonable de indicios sobre la aplicación del artículo 20, y lógicamente, la prognosis del juzgador sería que no habría a futuro pena a imponer; y b) La no existencia razonable de indicios sobre la aplicación del artículo 20, en cuyo caso, podrá realizar la labor de prognosis de la pena a imponer a fin de establecer si supera o no los cuatro años privativos de libertad. De cumplirse el primer supuesto, el juez no podrá ordenar la prisión preventiva, de esta manera, la persona que haya actuado, por ejemplo, en uso de la legítima defensa o el efectivo policial

que haya causado lesiones o muerte en cumplimiento del deber, no podría ser víctima de un mandato de prisión preventiva, correspondiéndole una comparecencia simple o con restricciones según sea el caso mientras duren las investigaciones.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La modificación propuesta no causara ningún efecto negativo en la aplicación de la legislación actual. Por el contrario, la exigencia establecida permitirá que las decisiones de los operadores de justicia observen necesariamente los presupuestos ya existentes en la norma penal. Además, al evitar, eventualmente, la imposición inadecuada de una prisión preventiva a las personas que actúan con alguna causa de exención de responsabilidad como la legítima defensa, el cumplimiento del deber o cuando los miembros de la PNP o fuerzas armadas actúan lesionen o causen muerte, se fortalecerá la lucha contra la criminalidad e inseguridad ciudadana y, se recobrará la confianza en el Ministerio Público y Poder Judicial.

ANALISI COSTO-BENEFICIO

La iniciativa legislativa propuesta no implicará un costo económico al Estado en tanto no crea derechos ni otorga beneficios patrimoniales, laborales o de alguna otra naturaleza a los implicados en el proceso penal.

Es una norma que tendrá efectos positivos en la situación carcelaria el país en tanto podría evitar el ingreso de ciudadanos a cárceles que ya sufren de hacinamiento. De la misma manera, podría evitar posibles demandas de afectados por errores judiciales que se pudieran cometer al encarcelar a una persona que actuó en los supuestos donde no le correspondería una condena.