MODELO DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE PROLONGA LA PRISIÓN PREVENTIVA

EXPEDIENTE:

ESPECIALISTA:

INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE PROLONGA PRISIÓN PREVENTIVA

SEÑOR JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA ESPERANZA:

EDUARDO RODRIGUEZ ABANTO abogado de JHON GELMER DAVILA ALARCON, con DNI n. ° 47430215, con domicilio procesal en calle Ayacucho 282 Urb. San Nicolás, en el proceso que se le efectúa por la presunta comisión del delito de Banda Criminal, en agravio de la sociedad, a usted con el debido respeto digo:

I. PETITORIO:

Que en virtud del derecho de defensa, como contenido esencial del debido proceso (segunda fase de la tutela jurisdiccional efectiva) que garantiza la posibilidad de poder realizar cualquier pedido fundado en derecho, recurrimos a vuestro digna, a efectos de INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DICTADO EN LA AUDIENCIA DE FECHA 11 DE JULIO DEL 2018, QUE RESUELVE PROLONGAR LA PRISIÓN PREVENTIVA POR 12 MESES DE CONFORMIDAD CON EL ART. 274, 272 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEBIENDO DE REVOCARSE LA PROLONGACIÓN DE 12 MESES DE PRISIÓN PREVENTIVA, en base a los siguientes fundamentos:

II. ERROR INCURRIDO Y NATURALEZA DEL AGRAVIO:

La necesidad de interponer el recurso de apelación, lo constituye debido al error de hecho y derecho que ha incurrido al Ad quo, al establecer de manera desproporcional y sin justificación alguna, la prolongación de

prisión preventiva sin tomar en cuenta los parámetros, principios constitucionales y jurídicos establecidos como doctrina jurisprudencial en el acuerdo plenario 01-2017/CIJ-116 así como en la casación 147-2016-Lima caso Gregorio Santos, dicha casación establece que no puede prolongarse la prisión preventiva sin que haya concurrido circunstancias o especial dificultad en el proceso o cuya dificultad o eventualidad que obstaculicen el normal desarrollo del proceso que en el presente caso no ha ocurrido; esgrimiremos más adelante algunos fundamentos adicionales del error incurrido.

Desde ese contexto, la naturaleza del agravio sufrido, al haberse emitido la resolución lo constituye uno de carácter constitucional y otro de carácter procesal. El primero de ellos debido que existe un riesgo eminente de restringir de manera indebida la libertad de mi patrocinado al haberse prolongado por 12 meses más la prisión preventiva sin haber podido justificar dicha medida el representante del Ministerio Público ni tampoco el A quo la motivación por la cual concede dicha prolongación; la segunda tiene relación con la motivación aparente que ha desarrollado el Ad quo, pues ha establecido que si cumple los requisitos materiales para la prolongación en tanto existe especial dificultad en el proceso en la medida que a la fecha no se puede instalar audiencia de control de acusación.

A. Fundamentos –jurídicos y fácticos- que demuestran la falta de presupuestos para prolongar la prisión preventiva:

IV.1. El *ad quo*, sin tener en cuenta nuestros argumentos y haciendo suyo todos los argumentos de la fiscalía han aceptado la prolongación de la prisión preventiva por el plazo de dos meses, sin embargo, del análisis de la referida institución podemos darnos cuenta que este pedido no debió ser estimado pues, en atención del principio de legalidad y proporcionalidad no existen los presupuestos habilitantes para que se conceda la prolongación por un plazo tan excesivo.

IV.2. En efecto el Art. 274 del CPP regula la prolongación, y establece una serie de requisitos para que esta institución pueda ser aplicada, a saber:

Artículo 274 Prolongación de la prisión preventiva. -

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.
2. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.
3. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278.
4. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida⁷.

IV.3. Sostenemos que la prolongación no puede darse en el presente caso, teniendo en consideración el principio de legalidad procesal, en la medida que los presupuestos

habilitantes para que esta pueda darse son dos y necesariamente deben ser concurrentes: I) circunstancias que importen una especial dificultad, y; II) que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

- IV.4. Como lo ha señalado la doctrina de manera pacífica y unánime al tener la prolongación dos requisitos unidos por el conector “y” es necesario que ambos estén presentes, es decir, tiene que haber una especial dificultad en la investigación (por lo tanto, el proceso debe estar en la etapa de investigación preparatoria y no en otra) así como tiene que haber un peligro eminente de fuga.
- IV.5. En este contexto se debe advertir que la prolongación es una facultad del juez, por lo que en el caso de que no se presenten los dos requisitos anteriormente señalados el juez debe optar por la comparecencia restrictiva siempre que sea necesaria su presencia para determinadas diligencias⁸.
- IV.6. Ahora debemos analizar y descartar porque no se debió proceder a otorgar la prolongación de la prisión preventiva. El primer requisito es la existencia de circunstancias que importen una dificultad de la investigación. La respuesta salta a la vista y no es necesario que se abunde sobre el particular pues actualmente estamos en etapa intermedia (con una acusación de por medio) por lo que no es necesario realizar acto de investigación alguno, pues esta etapa ya precluyó, es decir, que no es necesario realizar investigación alguna pues los elementos de investigación ya están asegurados y por lo tanto tampoco existe peligro de obstaculización alguno.

8 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William & CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios*. D'Jus. Lima – Perú. Pág. 559.

IV.7. Como lo refiere la doctrina nacional⁹ y extranjera¹⁰ es necesario la prolongación para el acopio de material probatorio que sustente la necesidad de emitir una acusación o un sobreseimiento, situación que no se presente en este caso, en la medida que ya se encuentra en etapa de control de acusación, por lo que es necesario que se revoque la resolución apelada.

IV.8. Para darnos cuenta debemos de referir que los elementos de convicción que obran en la carpeta demuestran la forma como los elementos de convicción han ido perdiendo carga probatoria por lo que hablar a estar alturas de peligro de fuga o de obstaculización es improbable, máxime cuando en el requerimiento acusatorio el Ministerio Público *hace una división de organización con el fin de identificar a las cabecillas de cada banda, así como a sus miembros, en ninguna de estas estable como miembro a mi patrocinado, si no por lo contrario solo indica el título de imputación (coautor) en la medida que este exigía cobro de cupos, por lo que la defensa considera que si existen elementos de convicción que alteren o modifiquen la vinculación de mi patrocinado, en tanto se ha acreditado la membresía de mi patrocinado.*

B. sobre la desproporcionalidad de la medida de prolongación

IV.9. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en su artículo 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones

9 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Jurista. Lima – Perú. Pág. 839.

10 ASCENCIO MELLADO, José María. *La Regulación de la Prisión Preventiva en el Perú*. En: *El Nuevo Proceso Penal*. Palestra. Lima – Perú. Pág. 509.

entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable.

- IV.10. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
- IV.11. El principio de proporcionalidad que ha sido invocado en más de una ocasión por el Tribunal Constitucional, especialmente con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. n. ° 0376-2003-HC/TC).
- IV.12. En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) o cuando se trata de la aplicación de una medida cautelar que signifique la restricción de derechos.
- IV.13. Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el

otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

- IV.14. En el presente caso no existe proporcionalidad en la medida concedida a favor del Ministerio Público, esto es la prolongación de la prisión preventiva, pues no existe un peligro de obstaculización, así como tampoco existe la necesidad de realizar acto de investigación alguno por lo que es necesario que se revoque la resolución apelada.

III. LA MOTIVACIÓN APARENTE RESPECTO AL DICTADO DE LA COMPARECENCIA RESTRINGIDA:

- a. El auto apelado, recogiendo los fundamentos del requerimiento fiscal recoge de manera tangencial el requerimiento de prolongación de prisión preventiva por dos meses más, siendo a todas luces deficiente no sólo porque no hay una descripción precisa de los hechos sino porque además los fundamentos de derecho del Ministerio Público y la motivación del A quo en la resolución recurrida son incongruentes entre sí, más aún no se ha descrito por qué razón es necesario prolongar por más tiempo la prisión preventiva a pesar de que el Ministerio Público cumplió o terminó sus diligencias en el presente proceso, puesto que ya nos encontramos en la etapa intermedia.
- b. Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias la tutela jurisdiccional efectiva se proyecta, entre otros aspectos como un deber del órgano jurisdiccional pero que en la actualidad se proyecta y extiende su vigencia y eficacia más allá de estos, es decir, se ha convertido en un deber exigible para cualquier órgano o institución que tenga que resolver algún conflicto de intereses.
- c. Así, la motivación de resoluciones, en cuanto coartan derechos fundamentales necesitan una mínima fundamentación y razo-

namiento lógico coherente, situación que no se ha dado en el presente caso¹¹, por las razones advertidas anteriormente y que siendo puntuales la constituyen el hecho de no establecer con meridiana claridad siquiera la necesidad del porqué el A quo prolonga por dos meses más la prisión preventiva fija y mucho menos se ha esbozado siquiera los presupuestos que la legitiman pues no se ha tomado en cuenta que el mismo Ministerio Público ha reconocido que ya se ha prolongado dicha prisión preventiva en cuatro oportunidades.

- d. En ese sentido el auto que ahora es materia de apelación, tiene deficiencias en la motivación en la medida, el ad quo aduce que se ha configurado los presupuestos materiales para su admisión, en virtud a lo siguiente:
 - a. Especial Complejidad. - para el ad quo este presupuesto se configura con el hecho de que existe una demora procesal en la medida que se viene dilatando la instalación de audiencia de control de acusación.

11 Sentencia recaída en el Exp. n° 5514-2005-PA/TC en la cual el Tribunal Constitucional sentando una magnífica doctrina jurisprudencial ha señalado que “El Art. 139, inciso 3 de la Constitución establece que: son principios y derechos de la función jurisdiccional. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Sobre esta disposición constitucional debe realizarse dos precisiones interpretativas. En primer lugar, pareciera desprenderse de la literalidad del texto de la disposición constitucional aludida que el debido proceso constituye, antes que un derecho fundamental, un principio de la función jurisdiccional. El tribunal Constitucional no asume esta interpretación, pues desde la perspectiva de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y a la luz del principio pro homine (artículo V del Código Procesal Constitucional), es conforme con la constitución que se interprete también que en dicha disposición constitucional se reconoce el derecho fundamental al debido proceso. En segundo lugar, se ha reconocido el que en el Art. 139, inciso 3 de la Constitución está implícito el derecho al debido proceso, tal interpretación debe ser integrada con aquella otra que extiende la vigencia y eficacia de este derecho fundamental más allá del ámbito de los procesos judiciales”. Ver Exp. n° 5156-2006-PA/TC.

- b. Peligro Procesal. En tanto ya se conoce de manera cierta la prognosis de pena para cada uno de mis patrocinados, siendo que para el recurrente se está solicitando 23 años de pena privativa de la libertad.
- c. Límite de Plazo. - Se da por cumplido el requisito en la medida, que por máxime de la experiencia que en los hechos de criminalidad organizada se demoran más de 15 meses en desarrollarse el juicio oral, citando algunos casos que han suscitado en la ciudad de Trujillo.
- e. Sin embargo, para la defensa técnica, considera que ninguno de los argumentos expuestos por el ad quo fundamenta la configuración de los requisitos materiales para la prolongación de prisión preventiva, en tanto que ya se ha establecido en el acápite A, los presupuestos materiales que deben concurrir en el estadio procesal que se encuentra.
- f. Se puede apreciar del tener del auto recurrido una gran contradicción con la parte resolutive, es decir, que el Ad quo no ha motivado de manera clara y precisa los motivos por los cuales concede la prolongación de prisión preventiva por cuarta vez a pesar que se ha descartado que exista peligro procesal puesto que existen dos acusados que se encuentran con comparecencia restringida, porque no concederles la misma condición o situación legal, lo que nos lleva a concluir en una incongruente motivación.
- g. Siendo ello así sostenemos que “ejercicio de la potestad estatal se atribuye a los órganos del Estado en la medida que actúan con sumisión a la ley a que las resoluciones se ajusten a las exigencias del ordenamiento jurídico, sólo así se estará actuando dentro de los parámetros constitucionales”¹².
- h. Así se ha señalado que la motivación de las resoluciones judiciales, extensible a los representantes del Ministerio

12 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y Legales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

Público no sólo constituyen una garantía procesal, sino también un deber de los jueces y fiscales¹³. Por lo cual es evidente que la falta de motivación de una medida tan grave para los derechos de procesado, que implica que se le prolongue la prisión preventiva sin justificación alguna, como en el presente caso lo es atentatoria contra el debido proceso y contra la tutela jurisdiccional efectiva a que tienen derecho todos los justiciables.

- i. El término motivación denota la justificación de la decisión adoptada en la resolución¹⁴, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso, pues solo ha reproducido el contenido del requerimiento fiscal, no existiendo una interrelación entre los fundamentos de hecho y de derecho¹⁵ en los cuales tendrían sustento su pedido, situación indispensable para considerar que ha tenido motivación y consecuentemente se encuentra arreglada a ley, estando de la mano con la argumentación.

POR ESTAS CONSIDERACIONES:

Solicito a vuestro digno despacho tener en cuenta vuestros argumentos y proveerlos conforme a ley teniendo como INTERPUESTO NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN, y en su debida oportunidad REVOCAR LA PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA QUE AHORA SE IMPUGNA, lo que se justifica además en el principio de razonabilidad.

Lugar y fecha (.....)

FIRMA Y SELLO DEL ABOGADO

13 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Editorial Grijley. Lima 2005. Pág. 39.

14 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Op. Cit. Pág. 35.

15 *Ibidem*. Pág. 36.