

INVESTIGACIONES NACIONALES

El arraigo en el contexto peruano: implicancias probatorias, legislativas y prácticas

The rooting in the peruvian context: evidentiary, legislative, and practical implications

Pavel Luis Ilich Sáenz de la Cruz

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0009-9286-7798>

pavel.saenz@unmsm.edu.pe

Presentado: 15/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

El artículo aborda la problemática en la aplicación y justificación teórica de la prisión preventiva, centrándose en el examen del requisito de arraigo para imponerla. Se argumenta que el arraigo ha sido mal aplicado y configurado, alejándose de su finalidad de asegurar la permanencia del imputado en el proceso. El trabajo destaca la escasa atención que la doctrina nacional y el Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019) han dado al arraigo, comparándolo con casos de Ecuador y Alemania. El objetivo principal es exponer las deficiencias en la estructuración e interpretación del concepto de arraigo en el contexto de la prisión preventiva, enfocándose en la falta de evaluación adecuada de elementos que determinan el peligro de fuga.

Palabras clave: arraigo, prisión preventiva, prueba, teleología jurídica, razonamiento jurídico.

Abstract

The article addresses the problem in the application and theoretical justification of preventive detention, focusing on the examination of the rootedion requirement to impose it. It is argued that the arraigo has been poorly applied and configured, moving away from its purpose of ensuring the permanence of the accused in the process. The work highlights the little attention that national doctrine and plenary agreement No. 1-2019 have given to roots, comparing it with cases of Ecuador and Germany. The main objective is to expose the deficiencies in the structuring and interpretation of the concept of roots in the context of preventive detention, focusing on the lack of adequate evaluation of elements that determine the danger of escape.

Keywords: roots, preventive detention, evidence, legal teleology, legal reasoning.

Introducción

El trabajo pretende abordar problemas relacionados con el arraigo como requisito para la prisión preventiva, que consideramos bastante problemáticas por las deficiencias prácticas y legislativas que afectan a esta institución y a uno de sus requisitos específicos: el arraigo.

En medio de los constantes señalamientos provenientes de diversos sectores académicos y políticos acerca del uso inadecuado de la prisión preventiva, resulta imperativo reflexionar sobre los puntos débiles y problemáticos de esta figura legal. En este contexto, identificamos al arraigo laboral como uno de los aspectos críticos, caracterizado por deficiencias no solo a nivel de la aplicación judicial, sino también en términos de la técnica legislativa subyacente. Las dificultades que planteamos en relación con el arraigo laboral están intrínsecamente vinculadas a la prueba y al carácter teleológico que este requisito debería poseer. Por lo tanto, gran parte del análisis desarrollado en este trabajo parte de una reconsideración del significado de la palabra “arraigo”, más allá de la connotación jurídica que le otorgan el legislador y el operador jurídico peruano.

Creemos que este trabajo contribuye a la discusión no solo enfocándose en lograr una mayor precisión léxica y coherencia teleológica en las figuras que se presentan como requisitos para la imposición de la prisión preventiva, sino también abordando la correspondencia entre la actividad de valorar y la técnica legislativa que debe anticipar situaciones de nuestra realidad social.

Planteamiento del problema

Actualmente, hay muchos cuestionamientos en torno a la prisión preventiva que generan discusión, desde su justificación teórica hasta su aplicación práctica. Es debido a esto que la aplicación de la prisión preventiva es bastante problemática y mucho más si tomamos en cuenta los efectos de su aplicación en el aspecto jurídico (lesión de los derechos fundamentales de la persona procesada) y en el aspecto práctico (hacinamiento provocado por la aplicación generalizada de esta medida). Uno de los problemas con esta institución que planteamos en el presente artículo se encuentra en los presupuestos en los que se tiene que basar el juez para la imposición de esta medida, esto es: el arraigo.

El arraigo, a modo de ensayar un concepto, son las diversas conexiones que un imputado tiene con diferentes aspectos de su vida cotidiana, los cuales dificultan una posible fuga. Al ser un conjunto de relaciones entre el imputado y su vida diaria, es evidente que señalar la existencia del arraigo depende de muchas circunstancias que surjan en cada caso en particular. En el Nuevo Código Procesal Penal, en el numeral 1 del artículo 269, que establece:

“... El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo...”.

Sin embargo, a menudo se entiende el arraigo como la simple existencia de una relación entre el sujeto y un aspecto específico de su vida, recortando el aspecto teleológico del mismo¹. Ante esto queda claro que la sola demostración del arraigo no es adecuada para determinar el peligro de fuga y es por ello que el artículo 269 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) contempla otras consideraciones a fin de darle un grado de motivación suficiente a la imposición de la prisión preventiva.

La redacción del legislador en torno al arraigo da lugar a algunas observaciones y reflexiones sobre la finalidad del arraigo, sobre todo si revisamos la jurisprudencia en la que se reflejan algunas dificultades a la hora de interpretar esta institución. En la interpretación sobre el sentido que se le otorga a la palabra “arraigo” en el Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019), se compara con justa razón al arraigo con una “raíz”, en ese sentido al referirse al criterio concreto del peligro de fuga se señala que el criterio concreto del peligro de fuga “... supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de “raíces. Esta comparación tomada de Ortells Ramos puede parecer bastante clara, pero la palabra “raíz” puede tener varias interpretaciones, y es especialmente en el ámbito judicial donde estas interpretaciones adquieren mayor importancia debido a que de ello depende la valoración que realizan los jueces, ya que esto en concreto implica un ejercicio de constatar la existencia de dichas “raíces”.

No se puede discutir que la palabra “raíz”- como término primitivo- está presente en el término “arraigo”- como término derivado-. Sin embargo, este término puede tener dos sentidos significativos. En primer lugar, puede entenderse como una sucesión de circunstancias que han determinado e influido en la existencia del imputado como persona que se desarrolla dentro de su entorno social, es decir, las relaciones que ha establecido a lo largo de su vida mediante la interacción con aquellos que lo rodean y que conforman su personalidad. Este primer sentido se puede comprender sujeto, como ser intersubjetivo, se organiza e interactúa con otras personas a lo largo de su existencia, y estas relaciones llegan a formar parte de su trayectoria existencial.

Por otro lado, el arraigo también puede entenderse como circunstancias que condicionan de manera obligatoria la existencia del ser humano de manera inmediata. De la misma manera en que una planta no puede sobrevivir sin sus “raíces” debido a la necesidad de alimentarse y afianzarse en el suelo, una persona no puede desarrollarse como individuo sin cumplir con las obligaciones generadas por el establecimiento de estas relaciones,

las cuales van desde necesidades biológicas hasta las relacionadas con la autorrealización, según lo plantea Maslow.

En ese sentido, señalamos la existencia de dos formas de entender la palabra arraigo, 1). El arraigo es el conjunto de relaciones que ha establecido el imputado a lo largo de su vida capaces sostener la inferencia de que estas mantendrán al mismo en el proceso. 2). El arraigo es el conjunto de relaciones que el imputado sostiene y que condicionan directamente su subsistencia, por lo que son suficientes para mantener al imputado en el proceso.

A primera vista se podría decir que esta diferencia lingüística más allá de referenciar un aspecto temporal no presenta una mayor problemática en la que ahondar. Sin embargo, lo biográfico contextual y lo inmediato contextual, sugiere una diferencia en la capacidad de conocer por parte del juez justamente en torno a este desarrollo en el tiempo de la conducta del imputado. Valga decir, no es igual a que el juez determine el arraigo al conocer la trayectoria laboral de una persona mediante la evaluación de certificados de trabajo en los que se deduce que el imputado es un trabajador regular, estable y dependiente a que llegue a la misma inferencia mediante la evaluación de un contrato laboral firmado días antes de la audiencia. En ambos casos existe efectivamente una relación laboral, en todo caso la cuestión radica en cuál de ellos se debe tomar con mayor peso probatorio.

La redacción del CPP y la interpretación común de los operadores jurídicos respaldan una interpretación más inmediatista, que muchas veces no se condice para demostrar la inexistencia del peligro de fuga. Solo señalar esa relación no da paso a una mejor deducción sobre esta finalidad de asegurar el desarrollo del proceso, es un dato respaldado por una interpretación literal del inciso, cuando la actividad probatoria debería observar sistemática y teleológicamente el numeral y el artículo en su conjunto.

Estado de la cuestión

En el Recurso Nulidad N.º 302-2018/LIMA NORTE, Cesar San Martin Castro en su calidad de ponente señala sobre el arraigo:

En cuanto al peligro de fuga, nada indica un arraigo familiar u otras circunstancias que justifiquen inferir razonablemente que si se les otorga libertad no se apartará del proceso o no asistirán al juicio oral, frustrando su instauración y, en su caso, su continuación hasta la expedición del fallo.

En esta resolución, el Colegiado como ponente sostiene que el arraigo familiar justifica una inferencia, en concreto, la inferencia de que el imputado, en caso de llevar el proceso en libertad, no se alejará del mismo. Es evidente que esta inferencia se basa en una situación de condicionalidad, donde el

legislador asume que el imputado, al igual que cualquier persona común, ha interiorizado sus responsabilidades, deberes y obligaciones con respecto a las personas con las que mantiene relaciones familiares. Por estas relaciones, se argumenta que el imputado no escapará de la justicia, ya que, al evaluar sus intereses entre evadir la justicia y mantenerse en el proceso de manera regular, se concluye que escapar tendría consecuencias más gravosas para su persona y sus relaciones sociales establecidas.

Esta inferencia se justificaría si determinara el arraigo estuviera más delimitada y si el concepto utilizado en el ejercicio judicial estuviera más orientado hacia la finalidad de la medida de coerción personal. Ninguno de los dos sentidos planteados puede reemplazar los requisitos establecidos por el código para determinar el peligro de fuga y la imposición de prisión preventiva.

Este estudio surge a raíz de diversas observaciones llevadas a cabo durante la audiencia de prisión preventiva de Aníbal Torres Vásquez, en la cual Duberlí Rodríguez participó como abogado defensor el 15 de diciembre de 2022 en relación con la acusación presente en el expediente 00039-2022-2-5001-JS-PE-01. En dicha audiencia se observa un patrón identificado en múltiples ocasiones durante las discusiones sobre el arraigo.

Resulta que, en la audiencia de prisión preventiva, el jurista, aunque acababa de salir del puesto de asesor segundo de la PCM, su vínculo laboral con la UNMSM no había cesado, sino que estaba en suspensión y que poco tiempo volvería a clases. Por lo que si bien actualmente no se encontraba ejerciendo una actividad laboral sea como docente o como funcionario público, aun mantenía una relación laboral (aunque suspendida, pero de todos modos existente), para demostrar esta relación laboral el Dr. Duberlí Rodríguez usa como medio de prueba una serie de correos en los que el decanato de la facultad de derecho deja sin efecto la licencia laboral concedida cuando Aníbal Torres ingresó a la administración pública. Sobre este punto hay que tomar en cuenta varios aspectos relacionados a lo que anteriormente señalamos sobre el sentido de la prueba y su función dentro del proceso como medio del juez para percibir la “realidad” que va a juzgar.

En estos correos, que corresponden al 14 de diciembre del 2022, la solicitud que buscaba dejar sin efecto la licencia sin efecto y la respuesta del decanato se dan el día anterior a la audiencia de prisión preventiva (LP, 2022). Esta relación laboral entre la universidad y el imputado se retoma un día antes de la audiencia de prisión preventiva, o si se quiere decir también, una semana después de que sucedan los hechos que eran materia de investigación. E incluso a la defensa se le escucha decir que estos correos fueron enviados a las ocho con cuarenta y ocho de la noche mientras que el juicio comenzó aproximadamente a las ocho de la mañana del día 15 de diciembre, esto

quiere decir que el imputado recién “recuperó” su “arraigo laboral” 12 horas antes de que lo presente como medio probatorio en la audiencia.

Hay otra cuestión más allá de lo cuestionable que puede parecer eso y que esta práctica es mucho más común de lo que parece. Especialmente si hablamos del arraigo laboral en un contexto de informalidad no sería sorprendente ver que las relaciones laborales son “complejas” por lo menos decir. Esto se produce porque existe una definición de arraigo adoptada bastante permisiva para estas situaciones. Definición que ha sido difundida por la doctrina procesal, al parecer, sin mayor detenimiento en sobre qué es lo que están teorizando, este error también se reprodujo en la producción legislativa, generando que el NCPP tenga una redacción que no ayuda a solucionar esta situación.

Un estudio bastante interesante y que nos da un panorama más real sobre este tema es el de Ernesto de la jara et al. (2013) quien hace un examen sobre una muestra de 138 casos y los evalúa en torno a los elementos de la prisión preventiva. El dato que interesa en el estudio es que, en el 90 % de los casos, se discute sobre el peligro de fuga, y en el 60 % de estos casos se habla de la falta de arraigo. En el estudio se señala que tanto las partes como el juez, tienen un mayor “interés” en el arraigo laboral y domiciliario que sobre el familiar.

Este fenómeno de prestar mucha más atención al arraigo “socioeconómico” no es casual, sobre todo si hablamos de un contexto social en donde la situación laboral está bastante precarizada. Esto, aunque tiene explicaciones que se alejan por mucho de nuestro propósito en este trabajo, también tiene que tenerse en cuenta al establecer una costumbre jurisprudencial. Como es de esperarse, la delincuencia “a pequeña escala”- robo de celulares, asaltos, hurtos, etc.- y los delitos sexuales son los que más presencia tienen en los tribunales peruanos, y justamente son los primeros los que mayormente están presentes en zonas de bajos recursos, tal como muestra el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023), los distritos de Lima Metropolitana en los que hay una mayor incidencia de hechos delictivos son distritos con población de bajos ingresos. Según el informe técnico elaborado por dicha entidad, los distritos de mayor incidencia delictiva son San Juan de Lurigancho, Lima, San Martín de Porres y Comas, siendo que estos cuatro distritos representan aproximadamente el 31% de las denuncias por comisión de delitos de Lima Metropolitana. En estas zonas subsisten problemas relacionados con el empleo, la vivienda, el acceso a la salud, la educación y el acceso a los servicios básicos. Esto indudablemente condiciona la capacidad que tiene el juez para determinar el arraigo laboral y domiciliario, e inclusive el familiar.

En la doctrina nacional, En Pablo Sánchez (2009) encontramos una breve “definición”- entre comillas debido a que no es un concepto como tal, sino una descripción de cómo este se configura- y, sin embargo, no vemos que este autor desarrolle el arraigo en sus modalidades, - pese a que incluso las enumera- sino que este se limita a parafrasear lo establecido en el Código Procesal Penal.

“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, Estos criterios, permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes está en las condiciones de fugarse de la acción de la justicia.” (p. 338)

En cuanto al tratado elaborado por Neyra Flores (2015), encontramos un avance sobre esta cuestión. Este autor establece que la palabra arraigo tiene dos acepciones, las mismas que mencionamos en la introducción, aunque nuestra lógica inicial no fue partir de las acepciones de arraigo como un problema léxico y ajeno al ámbito jurídico.

“La real academia de la lengua española define al arraigo como acción y efecto de arraigar, así, en su primera acepción significa echar o criar raíces; en una segunda acepción, establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. En ese sentido el CPP señala que el arraigo en el país del imputado está 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.

En sentido procesal, arraigo significa el sometimiento o vinculación del imputado con otras personas o cosas.” (p. 174)

El autor al precisar la definición de arraigo “en el sentido procesal” hace una precisión aparentemente adecuada, sin embargo, el problema ocurre cuando señala que el arraigo es “sometimiento” o “vinculación”, esta redacción disyuntiva puede hacer parecer que ambos términos son equivalentes cuando no lo son. El autor asume que el arraigo es una relación de *sometimiento o vinculación*, lo que lleva a preguntarnos, ¿Qué sentido es el que quiere otorgar al arraigo?, ambas palabras “sometimiento” y “vinculación” son diferentes² ambas derivan en dos cuestiones diferentes, lo que genera un problemático caso de paralelismo conceptual de una institución procesal. Evidentemente este problema que se presenta como meramente lingüístico tiene un enorme impacto en el ejercicio judicial, que ya desarrollaremos más adelante.

Estas críticas pueden extenderse a muchos autores, sin embargo, resulta interesante el caso del profesor Ore Guardia (2016), quien hace referencia a una circular del poder judicial sobre la prisión preventiva y cita la misma señalando que la demostración de arraigo no es un mero ejercicio de señalar si este existe o no, sino que se debe valorar la “calidad” de este arraigo, lo que se acerca en cierta medida a la problemática que planteamos, y que sin embargo no la soluciona. Sobre esta circular podemos señalar que es justamente un problema que tendría que evaluarse cuando en la praxis no se haya creado la costumbre judicial de afirmar la existencia del arraigo cuando se realiza un mero señalamiento a una relación laboral existente.

Por otro lado, un texto con el cual coincidimos- por lo menos al ensayar una definición de arraigo laboral- es el de Jefferson Moreno donde elabora establece una definición de arraigo como relación de subsistencia:

“En el arraigo laboral lo que se debe verificar es la existencia de un puesto u ocupación en un trabajo o negocio dentro de la localidad o el país que demuestre la capacidad de subsistencia.” (p. 87).

Tenemos, entonces, por un lado, a un ejercicio judicial que tiene una preferencia en el arraigo laboral por sobre otros supuestos para establecer la prisión preventiva y, por otro lado, tenemos una situación de deficiencia a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial que se traduce en una tradición de sostener erróneamente la figura del arraigo.

En ese sentido cabe hacer la comparación de la redacción nacional y la redacción internacional, y justamente en ese sentido en el A.P. 1-2019, se hace mención de un caso de la CIDH, en la que se condenó al estado ecuatoriano a realizar una serie de acciones a modo de reparación al agraviado, esto debido a que entre los puntos que se discutió se encontraba la incompatibilidad entre el artículo 114 del Código Penal ecuatoriano y la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo lo siguiente en la sentencia del caso Suárez Rosero Vs. Ecuador(1997):

“Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.”.

Tras este caso, el legislador ecuatoriano optó por una fórmula mucho menos invasiva de la prisión preventiva, pero siendo reservado para imponer los requisitos a cumplir para la imposición de esta medida, en los siguientes términos:

Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Esto reemplazo a un texto mucho más escueto y que además era bastante subjetivo en cuanto la libertad que tenía el juez para presumir ciertos hechos. La redacción del código anterior disponía la imposición de esta medida coercitiva en los términos siguientes:

Art. 177.- El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y, 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

La redacción más actual del legislador ecuatoriano tiene mayor parecido a la redacción del legislador alemán en la medida que ambos no piden al juez que evalúe cuestiones como el arraigo, a diferencia de la redacción de nuestro país. El legislador alemán incluso otorga más espacio para la valoración de la prueba al juez, siendo que establece la imposición en los siguientes términos:

Alguien es condenado a una pena de prisión de al menos dos años por un delito intencional que: a) se dirija contra la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual(...) 2. el autor ya ha sido condenado dos veces a una pena de prisión(...) 3. ha cumplido una pena de prisión de al menos dos años por uno o más de estos delitos antes del nuevo delito o se encontraba en proceso de cumplimiento de una medida privativa de libertad de corrección y seguridad y 4. La evaluación general del perpetrador y sus acciones muestra que es peligroso para el público en general(...)

Como se puede apreciar, ambas legislaciones tienen un mayor espacio para que el juez pueda evaluar los peligros a los que se puede exponer, no solo el proceso, sino también las presuntas víctimas del hecho delictivo al menos en el caso alemán, mientras que, en el caso ecuatoriano, el legislador liga la

posibilidad de imponer esta medida a la situación de que las otras medidas no tengan un efecto suficiente para el imputado. Como se puede observar, ambos tienen una redacción más holística y completa sobre el fenómeno en cuestión.

El arraigo es ineficaz si se toma como una relación establecida, cuando debería evaluarse en la capacidad de subsistencia en concordancia al contexto específico, para que condicionen la permanencia del imputado en el proceso como hemos señalado anteriormente. Sin embargo, incluso adoptando esta posición, consideramos que no es la adecuada para el uso judicial. En efecto, señalamos que la redacción del CPP debería requerir una relación de subsistencia para otorgarle una mayor capacidad de valorar debidamente la posibilidad de evasión de la justicia por parte del acusado para que el arraigo como institución procesal sea más eficiente, sin embargo, por encima de ello consideramos que el problema con el arraigo va mucho más allá de su redacción. Esta propuesta de recurrir a la capacidad de subsistencia del imputado generaría una situación en la que solamente las personas de bajos recursos cuenten con arraigo laboral, familiar y etc. Mientras que las personas de alto poder adquisitivo no contarían con arraigo porque cuentan con todos los medios para prescindir de su actividad laboral generando una suerte de trato desigual que vulneraría los derechos. Por otro lado, el conocimiento de la situación del imputado en relación a sus ingresos, gastos, regularidad laboral y otras relacionadas a su ámbito de desarrollo social, suelen ser difíciles de probar porque no decir que la información está tan dispersa y difícilmente registrada que requerirla, poner una valla probatoria muy alta a las partes y al juez, dificultando el proceso y la aplicación de la medida. La adopción de una propuesta que lleve al límite los requerimientos para la imposición de la prisión preventiva a través del arraigo puede ser coherente y lógica,

Tesis

A todo esto, ¿Porque señalar en el mencionar la palabra “prueba” en el titulo si hasta ahora no hemos desarrollado algo relacionado a ella? Lo que hemos optado por hacer al comenzar, es exponer de como el arraigo se ha desvirtuado- no solo desde la práctica, sino desde su nacimiento como norma- y como esto conlleva a otros “problemas”.

Una prueba es un objeto cuyo propósito es demostrar algo, si la palabra queda convertida en verbo (probar) esta actividad busca constatar —o mejor dicho dilucidar una cuestión— una presunción, hipótesis, argumento o en general, aquellas ideas que se buscan sustentar. la cuestión de la prueba en sí y como tal, esta cumple un rol de ejercicio epistemológico. Como es de esperarse con la separación del actor juzgador y el acusador, vemos que el juez tiene un recorte de su capacidad para adicionar información al proceso, en cambio, se relega esta tarea a las partes de manera casi exclusiva de modo que ante el juez se presentan dos partes que sostienen un discurso sobre una realidad

que difiere una de otra- de otro modo no habría controversia ni necesidad de proceso-. debido a que el juez no puede caer en el ejercicio arbitrario de juzgar y acusar a la vez no puede conocer más allá de lo que han señalado- o por lo menos referenciado- las partes (Roxin, Claus et al., 1993). Para el juez la realidad que tiene frente a si es una oscuridad total que se ilumina con los medios probatorios que se añaden al proceso (Taruffo, M. 2005). Esto ocasiona dos problemas, el primero relacionado a la capacidad que tiene el juez de conocer la “verdad” y el segundo relacionado al establecimiento de un límite mínimo sobre el cual deben ser aceptadas las pruebas como verdaderas y útiles al proceso- es decir el ejercicio de la valoración. La prueba pretende ser parte de los soportes de la argumentación y sostener las afirmaciones del proceso en torno a la responsabilidad del imputado sobre los hechos atribuidos. Lo que se prueban son estos argumentos que pueden o no corresponderse con la realidad (Silva-Vallejo, J. 2014), Esta función que cumple la prueba dentro de la argumentación implica que las partes otorguen un sentido a la prueba, es decir que la pruebas tenga un sentido probatorio pertinente (art. 156 del CPP). Esto implica que para la admisibilidad de los elementos probatorios se impongan reglas mínimas en su actuación, si se busca cumplir con la economía procesal como con un debido proceso, y por ello en nuestro ordenamiento procesal presenta reglas que buscan delimitar este ejercicio epistemológico. En el caso particular del arraigo el centro de controversia pasa justamente por la valoración de prueba y el sentido que ha tomado este ejercicio valorativo en el ejercicio procesal de las partes e incluso del juez. Esto definitivamente implica que el hecho de señalar la existencia del arraigo se vea influenciado por las “probabilidades” que el juez vea en el caso particular. Sin embargo, a diferencia de las ciencias exactas, en el derecho se trabaja en torno a probabilidades subjetivas(véase por ejemplo el caso de la motivación más allá de toda duda razonable y la íntima convicción), es decir, que quien vaya a decidir sobre la mayor posibilidad de que ocurra un suceso será el juez o los jueces según sea el caso, y ellos estarán obligados a “motivar” debidamente su fallo, es por ello que sistemáticamente hablando, el ejercicio judicial recurre(y necesita) a la doble instancia para que dicha decisión sea avalada por otro ser pensante que al igual que el primero(y seguramente al igual que todos los demás seres pensantes) considere que dicha decisión está de acuerdo a derecho(Ferrer, 2022). Esta sistematicidad del sistema jurídico (no solamente judicial) que existe detrás del señalamiento del arraigo como existente o inexistente para imponer la prisión preventiva es un caso bastante claro de la aplicación de la teoría constitucional especificacionista, y nuevamente remitiéndonos al Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019), se señala que la legitimación de la prisión preventiva se basa en:

que su configuración y su aplicación tengan, (i) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave; (ii) como objetivo (o propósito), la consecución de fines

constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y (iii) como objeto (o naturaleza), que se la conciba, tanto excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

Como vemos, en este Acuerdo Plenario recalcan que el conflicto de la prisión preventiva con la libertad del imputado se resuelve señalando (o especificando) cuales son las propiedades de ambas instituciones jurídicas, y llegan a la conclusión de que es necesario que se restrinja la libertad en el caso que se presenten tales condiciones, entre ellas la necesidad excepcional(naturaleza) de aseguramiento del proceso(objetivo) basado en la sospecha fuerte de la comisión de un delito(motivo). Entonces, vemos que el argumento central de la imposición de la prisión preventiva es que existe una alta probabilidad de que el proceso se truncara por el escape del imputado.

Relevancia de la tesis

Como sucede con toda propuesta especificacionista de resolución de conflicto entre derechos fundamentales, la solución se vuelve blanco fácil de críticas (en realidad, es una cuestión empírica que demuestra la incapacidad de la norma para prever todas las situaciones durante su periodo de aplicación). En el caso de la prisión preventiva existen puntos específicos que encaminan a una mala praxis a los operadores jurídicos, más allá de las imprecisiones del texto en algunas cuestiones importantes. El hecho de elaborar una serie de condiciones necesarias para determinar la prisión preventiva produce que, -se cumplan estos requisitos o no-, no siempre se evalúen todos debidamente y con la importancia que le debería corresponder. En el estudio citado de Ernesto de la Jara se ve eso, muchas veces se discute sobre el arraigo (y sobre todo el laboral) cuando apenas es un requisito de los cinco que existe para determinar el peligro de fuga e incluso el peligro de fuga no agota los presupuestos para la prisión preventiva, sino que discurre por el peligro de obstaculización y de los presupuestos materiales.

Conclusión

El arraigo como tal, está mal estructurado, la sola demostración de la relación laboral no implica que el imputado fuera a permanecer dentro del imperio de la ley. Si bien, podría pensarse inicialmente que el imputado debería demostrar una relación de subsistencia mínima (es decir, que dependa exclusivamente de su trabajo) para que realmente exista un “arraigo” que asegure la permanencia del imputado en el proceso. Evidentemente, este cambio en la práctica judicial llevaría consigo un aumento en la imposición de la prisión preventiva, ya que no todas las personas serían capaces de demostrar su dependencia de la actividad laboral o su falta de recursos más allá de sus ingresos provenientes de dicha actividad.

Esto, más allá de ser imposible en la práctica por la complejidad de la situación laboral, sugiere una actividad más agresiva y discriminatoria por parte del juez, ya que toda persona con alto poder adquisitivo o simplemente con el suficiente dinero para no depender de su trabajo estaría en una situación de falta de arraigo y por ende caerían en prisión fácilmente, ocasionando un actuar errático por parte del sistema judicial.

Por lo que el camino que se presenta no agrava los mínimos para demostrar el arraigo, sino en la apertura de la norma para que los jueces puedan fundamentar su decisión en cada caso particular sin limitarse a requisitos de poca utilidad o demasiada hostilidad. Es por ello que consideramos que los ejemplos anteriormente señalados en el caso de la redacción de los códigos de procedimiento penal de Ecuador y Alemania resultan más idóneos a este fin. Ya que estos presentan un mayor equilibrio entre la imposición de la norma y el ejercicio valorativo del juez. Esto, sin embargo, no asegura totalmente que la actividad judicial sea óptima, ni que con esto se llegue a resolver los problemas de hacinamiento que hay en las cárceles.

Por tanto, es crucial reflexionar sobre la conveniencia de aplicar la prisión preventiva, no desde la perspectiva normativa o teórica, sino desde la situación real de la mayoría de los reclusos en las cárceles. De aquí surge la interrogante: ¿Es realmente necesario recurrir a la prisión como única manera de garantizar la ubicación de un acusado, lo que a su vez provoca la congestión en los centros penitenciarios? La respuesta es evidentemente negativa. En la actualidad, con la disponibilidad de diversas herramientas de localización como los grilletes electrónicos, es posible prevenir la fuga del acusado, o en todo caso mantenerlo ubicado en tiempo real. Esto no solo conciliaría las medidas cautelares que buscan asegurar el proceso con el respeto a la presunción de inocencia, sino que también reduciría el conflicto entre estos los intereses estatales en el ámbito de la persecución penal. Además, esta medida ayudaría a evitar que personas inocentes se vean influenciadas negativamente por el entorno corrupto y deplorable de las cárceles.

Por supuesto, esta alternativa no sería aplicable en todos los casos, como por ejemplo en delitos relacionados con el crimen organizado o el sicariato. No obstante, seguramente se podría considerar la posibilidad de otorgar este “beneficio” a los acusados de delitos de menor gravedad o a aquellos sin antecedentes penales. Pese a los retos de esta posibilidad y que deja material para otro trabajo, no es una opción interesante para solucionar esta situación, y que a la fecha ya hay proyectos de ley que buscan aplicar esta medida. En ese sentido, me gustaría culminar el presente trabajo con una cita de Zaffaroni (2015):

“Si nos quedamos en el mero plano normativo, nos centraremos en construir un sistema solo obsesionado por su completividad lógica, por su no contradicción interna, pero por desgracias estará huérfano de todo contacto con la realidad social, o sea, que podría llegar a ser un completo delirio bien sistematizado.” (p. 25)

Referencias Bibliográficas

- Código Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 147. Artículo 114. 22 de enero 1971(Ecuador).
- Código de Procedimiento Penal. Ley 134 de 1983 en el Registro Oficial 511. Artículo 177. 10 de junio de 1983(Ecuador)
- Código de Procedimiento Penal. Ley 000 del 2000 en el Registro Oficial Suplemento 360. Artículo 167. 13 de enero de 2000(Ecuador)
- Nuevo Código Procesal Penal [NCP]. Decreto Legislativo N.º 957. Artículo 269. 22 de julio del 2004(Perú).
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Juicio, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 97
- Acuerdo Plenario N° 1-2019/CJ-116, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (2019). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf08098049835a56a0caf49026c349a4/Acuerdo_Plenario_1_2019_CIJ_116_Prisi%C3%B3n_preventiva_Presupuesto_requisito..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf08098049835a56a0caf49026c349a4
- Recurso Nulidad N.º 302-2018/LIMA NORTE, Corte Suprema de Justicia de la Republica del Peru, (2018). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/R.N.-302-2018-Lima-Norte-Legis.pe_.pdf
- De la Jara, E. et al. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada*. Instituto de Defensa Legal
- Dejure.org (2023) Prisión preventiva, Código Procesal Penal Obtenido de: <https://dejure.org/gesetz/StGB/66.html>
- Ferrer, J. (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*. Escuela Federal de Formación Judicial.
- LP-Pasión por el Derecho. “Audiencia de prisión preventiva contra Pedro castillo y Aníbal Torres (1/2)”. YouTube, 15 de diciembre de 2022. Video, 1:35:00. <https://www.youtube.com/watch?v=5LLZTSTNOzo>
- Moreno, J. (2023). *Audiencia de prisión preventiva*. Escuela de Derecho LP.
- Neyra Flores, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática, Presupuesto por Resultados-(2018). Estadísticas de la Criminalidad, Seguridad Ciudadana y Violencia Una visión desde los registros administrativos, Abril – junio 2023. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_estadisticas_criminilidad.pdf
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. et al. (1993). *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Editorial Ad-Hoc.
- Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Editorial IDEMSA.
- Silva-Vallejo, J. (2014). *La Ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones Legales.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta.
- Zafaronni, E. et al. (2015). *Bases Para un Derecho Penal Latinoamericano*. Ara Editores.

Notas al final

¹ Por ejemplo, para demostrar el arraigo laboral, se presentan pruebas que demuestran la existencia de una relación laboral o al menos que el imputado realiza una actividad económica. Sin embargo, surge la pregunta de si la mera demostración de una relación laboral es suficiente para concluir que el imputado no intentaría escapar.

² Evidentemente no sostengo que las palabras sean contrarias o que no tengan relación semántica, ya que en palabras menos o más, lo que se establece con ambas es una relación entre cosas, la diferencia radicaría en todo caso, en que estas palabras son especie y género. Considerando a la vinculación como una forma general de señalar una relación entre dos entidades, mientras que el sometimiento es una forma de vinculación en la que una entidad se sobrepone a otra, en ambas palabras subsiste una idea de relación de dos o más entidades que no debe tomarse como equivalente.