



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

FACULTAD DE HUMANIDADES
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU
AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA”

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

LILIANA PATRICIA ORTIZ ESPINO

ASESOR

MG. HUGO AUGENIO GONZALES AGUILA

LIMA, PERÚ, JULIO DE 2018

DEDICATORIA

“A Dios por la fuerza y guiarme en toda la etapa universitaria y colmarme de bendiciones en los momentos más difíciles de mi vida”.

AGRADECIMIENTO

A todos mis profesores, amigos y compañeros por brindarme sus enseñanzas y experiencias. Asimismo, mis agradecimientos a mis padres, sin su ayuda no habría podido terminar mi carrera, gracias a su apoyo incondicional y mi esfuerzo logré alcanzar mi objetivo

RESUMEN

La presente investigación “La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia”, tiene como objetivo determinar si, la desnaturalización de la prisión preventiva afecta el derecho fundamental de presunción de inocencia. Para ello, se utilizó el tipo de investigación explicativo y descriptivo con la finalidad de esclarecer los criterios de la desnaturalización de la prisión preventiva, causas y los factores entre la variable independiente (La Prisión Preventiva) y la variable dependiente (Derecho de Presunción de Inocencia) y un diseño transversal causal dado que la variable independiente influye directamente sobre la variable dependiente. Asimismo, se encuentra comprendida en la población jueces y abogados en especializados en materia penal y constitucional, de la cual se extrajo como muestra jueces y abogados especializados en la materia. La información obtenida fortaleció nuestra investigación y por ende incidió de manera determinante en el desarrollo del cuestionario. De los resultados recabados, se ha determinado que el uso excesivo de la Prisión Preventiva es uno de los factores que causa la afectación del derecho fundamental de Presunción de Inocencia de una persona que está siendo procesado en un proceso penal.

Palabras clave: Constitución, derecho fundamental, presunción de inocencia, prisión preventiva, derecho penal, derecho procesal penal y pena justa.

ABSTRACT

The present investigation "The denaturalization of the preventive prison and its affectation to the fundamental right of the presumption of innocence", has as objective to determine if the denaturalization of the preventive prison affects the fundamental right of presumption of innocence. To this end, the type of explanatory and descriptive research was used in order to clarify the criteria for the denaturalization of preventive detention, causes and factors between the independent variable (Preventive Prison) and the dependent variable (Right of Presumption of Innocence) and a causal transversal design given that the independent variable directly influences the dependent variable. Likewise, judges and lawyers specialized in criminal and constitutional matters are included in the population, from which judges and lawyers specializing in the matter were drawn. The information obtained strengthened our research and therefore had a decisive influence on the development of the questionnaire. From the results obtained, it has been determined that the excessive use of the Preventive Prison is one of the factors that causes the affectation of the fundamental right of Presumption of Innocence of a person who is being prosecuted in criminal proceedings.

Keywords: Constitution, fundamental right, presumption of innocence, preventive detention, criminal law, criminal procedure law and just penalty.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
INTRODUCCIÓN	x
CAPITULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
1.1. Realidad del problemática.....	2
1.2. Justificación e importancia de la investigación.....	3
1.3. Objetivos de la investigación: general y específico.....	5
1.4. Limitaciones de la investigación Justificación.....	6
CAPITULO II. MARCO TEÓRICO	
2.1. Antecedentes del problema.....	9
2.2. Bases Teórico – Científicas de la Prisión Preventiva.....	13
2.2.1. Bases teóricas de la Variable 01: Prisión Preventiva.....	13
2.2.2. Bases teóricas de la Variable 02: Presunción de Inocencia.....	53
2.3. Definición conceptual de la terminología empleada.....	65
CAPITULO III. MARCO METODOLÓGICO	
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	68
3.2. Población y muestra.....	68
3.3. Hipótesis.....	69
3.4. Variables – Operacionalización.....	69
3.5. Métodos y técnicas de investigación.....	93

3.6	Descripción de los instrumentos utilizados.....	93
-----	-------------------------------------------------	----

CAPITULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.	Resultados obtenidos en la presente investigación.....	96
4.2.	Matriz de análisis de contenido.....	103
4.3.	Resultado teórico.....	104
4.3.1.	Resultados de antecedentes.....	105
4.3.2.	Resultado – norma.....	105
4.3.3.	Resultado – Jurisprudencia.....	106

CAPITULO V. DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.	Discusión.....	107
5.2.	Conclusiones.....	108
5.3.	Recomendaciones.....	109

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1:	Diferencia de Prisión Preventiva y Detención Preliminar.....	27
Tabla 2:	Variables: Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva.....	89
Tabla 3:	Se ha desnaturalizado la institución procesal de Prisión Preventiva.....	97
Tabla 4:	Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de P.P..	98
Tabla 5:	No es una regla, es excepcional su aplicación de P.P.....	99
Tabla 6:	El uso excesivo de la prisión preventiva afecta derechos.....	100
Tabla 7:	La presunción de inocencia es un derecho fundamental	101
Tabla 8:	La influencia de la presión mediática en la decisión de los jueces.....	102

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1:	Se ha desnaturalizado la institución procesal de Prisión Preventiva.....	97
Figura 2:	Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de P.P..	98
Figura 3:	No es una regla, es excepcional su aplicación de P.P.....	99
Figura 4:	Es uso excesivo de la prisión preventiva afecta derechos.....	100
Figura 5:	La presunción de inocencia es un derecho fundamental	101
Figura 6:	La influencia de la presión mediática en la decisión de los jueces.....	102

INTRODUCCIÓN

La investigación gira en torno a dos variables, una independiente y la otra dependiente, teniendo como objetivo determinar que el uso excesivo de la prisión preventiva es un factor para la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia de toda persona que sigue un proceso penal por un hecho delictivo.

La prisión preventiva actualmente se encuentra totalmente distorsionada, su principio básico de excepcionalidad ha sido dejado de lado para dar paso aún derecho penal represivo en respuesta al crecimiento acelerado de la delincuencia organizada y el crimen organizado, siendo el problema primordial de cada gobierno que busca combatir y así otorgar al país una tranquilidad que necesitan sus ciudadanos.

En efecto, el alto índice de la criminalidad organizada y la delincuencia hace que los jueces y fiscales vienen aplicando de manera abusiva y arbitraria la figura de la prisión provisional o prisión preventiva en donde también juega un rol fundamental la presión mediática y en parte el control mal ejercido por los órganos de control de la magistratura.

Es decir, toda persona que está inmerso en una investigación penal, los fiscales como perseguidor del delito lo primero que requiere es la prisión preventiva a fin de realizar una investigación eficiente y eficaz y busca evitar que el procesado pueda huir de la justicia, ante el requerimiento de parte de la fiscalía, los jueces también admiten la prisión preventiva y que sus resoluciones no tienen una motivación acorde con la constitución y los ordenamientos legales e internacionales que protege los derechos fundamentales de toda persona y menos cuentan con el principio de proporcionalidad.

Si bien es cierto, la constitución de 1993, creado por el Poder Constituyente, otorga la potestad de administrar justicia al Poder Judicial (Poder Constituido), motivo por el

cual el Juez tiene un papel fundamental al momento de resolver un caso o declarar fundado un requerimiento de prisión preventiva. Debido al excesivo uso de la prisión preventiva los centros penitenciarios se encuentran superado en su capacidad y generando de un hacinamiento en las cárceles, lo paradójico es que del 100% de personas que están en los Centros Penitenciarios tenemos el 60% de reclusos que no tiene sentencia condenatoria y están con prisión preventiva y sólo el 40% cuenta con sentencia condenatoria.

En este caso es necesario, señalar sobre el derecho fundamental de presunción de inocencia es un derecho garantizado y reconocido en la constitución en el art. 2 inciso 24 (e) que dice toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, como señala la constitución es inocente hasta que el juez mediante una sentencia declara su responsabilidad penal y es condenado a prisión privativa de libertad por un tiempo determinado

Dentro de este marco, su aplicación desproporcionada de la prisión preventiva vulnera un derecho fundamental y genera perjuicio irreparable a la persona. No se puede lesionar un derecho constitucionalmente protegido, reconocido y garantizado dentro de un Estado de derecho, por más presión mediática que exista, los jueces están para aplicar la ley.

Si bien es cierto, en la actualidad la prisión preventiva se ha convertido en una regla para los Jueces dejando de lado su excepcionalidad de lado. Por otro lado, las personas que están privadas de su libertad también exigen justicia y buscan que sus derechos sean respetados acorde con la constitución que así lo establece, y que una de las finalidades es tener penal garantista, frente al poder punitivo del Estado quien tiene el monopolio en la administración de Justicia.

En este sentido, resulta muy importante hacer algunas preguntas relacionado a la Prisión Preventiva: ¿Cuál es una de las finalidades principales de la aplicación de la prisión preventiva?, ¿Qué entendemos por presunción de inocencia?, ¿La prisión

preventiva es una regla para el Derecho Penal?, ¿La prisión preventiva es una excepción en el Derecho Penal? y ¿Los jueces respetan el derecho fundamental de presunción de inocencia? Y si esto afecta otros derechos protegidos por la constitución.

El contenido de la presente tesis se encuentra comprendido en cinco capítulos:

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. - Contiene la formulación del problema, los objetivos, la justificación y las limitaciones.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO. - Conformado por los antecedentes nacionales e internacionales y los términos básicos que definen el síndrome de alienación parental y el proceso de variación de tenencia; asimismo, las principales jurisprudencias que se han expuesto sobre las variables.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO. - Enmarcado en el tipo y diseño de investigación, población y muestra, técnica e instrumento de recolección de datos, así como las hipótesis en las que se basó la investigación.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS. - Capítulo en el cual se ha consolidado la información obtenida de los cuestionarios aplicados a la muestra, resultados y discusión que permitió el contraste de las hipótesis generales y específicas, aceptando o rechazando los enunciados propuestos. Finalmente, las conclusiones y recomendaciones obtenidas de la presente investigación.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- En el capítulo se desarrolló en base a todos los datos obtenidos y se llegó a las conclusiones y recomendaciones.

En definitiva, se concluye que la desnaturalización de la medida de coerción personal más gravosa y nos referimos a la prisión preventiva y su afectación al derecho

fundamental que es reconocido en las constituciones y nos referimos a la presunción inocencia, y que se fundamenta para su aplicación se fundamenta en el crecimiento excesivo de delincuencia y el crimen organizado, y la presión mediática.

CAPÍTULO I
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática

La investigación se orienta al desmedido uso y desproporcionado de aplicación de la prisión preventiva por parte de los juzgados penales al momento de aceptar el requerimiento del fiscal y que tiene como consecuencia la desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia dentro de nuestro ordenamiento legal por parte de los administradores de justicia.

Así, el crecimiento de personas privadas de su libertad y hace que la población penitenciaria crezca en los últimos años, y se debe a imposición de prisión preventiva de manera desproporcionada sin respetar la presunción de inocencia que está garantizado y reconocido en la constitución y que todo ciudadano inmerso en un proceso penal es inocente hasta que se pruebe lo contrario o exista una sentencia condenatoria.

La prisión provisional es excepción y no puede ser considerada como una regla así establece el derecho procesal penal. Por lo tanto, al ser excepcional el juez debe imponer cualquier otra medida menos gravosa como, por ejemplo: comparecencia restringida, simple, arresto domiciliario, impedimento de salida antes que la prisión preventiva.

De ahí que todo juez debe tener en consideración al emplear la prisión preventiva los elementos básicos del derecho penal y procesal y toda resolución debe estar acorde a la carta magna y la legislación internacional respecto a los derechos fundamentales que son reconocidos y garantizados a todo ciudadano.

En cuanto todos los derechos fundamentales son reconocidos en los textos constitucionales y estos deben estar garantizados en un Estado de Derecho, como pregona Ferrajoli en busca de un Derecho Penal Garantista.

1.2. Justificación e importación de la investigación

La presente investigación tiene como objetivo justificante determinar y explicar cómo la desnaturalización de la prisión preventiva afecta derechos fundamentales como la de presunción de inocencia.

Así mismo, esta investigación es necesaria para contribuir con el buen actuar de los magistrados que administran justicia dando mayor énfasis a los jueces de materia penal, quienes son los responsables de resolver el requerimiento de fiscalía de prisión preventiva para un procesado y el juez debe valorar conforme establece la constitución y demás criterios establecidos por la máxima autoridad.

Justificación teórica

Para Héile (1886) afirma que la prisión preventiva es:

Una medida de seguridad, porque un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otro, pues aquél podría ocultarse para evitarla; y un medio de instrucción pues los interrogatorios y careos del imputado son necesarios para la investigación, que no puede permitir que desaparezca además los rostros del crimen, que se sobornen testigos y que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices. (p. 608).

Asimismo, siguiendo esta misma línea tenemos la definición de Sergio Vela Triviño que fue citado por Ana Luisa Oropeza Barboza en su artículo Presión Preventiva vs Presunción de Inocencia que señala Vela de la siguiente manera. Son principalmente franceses los autores que aceptan estas ideas, como Jamáis, Martín y Lapeyre, entre otros.

Así se dice que la prisión preventiva es una medida de seguridad por cuanto que la realización de un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otros, y en algunos casos, especialmente los que se realizan a la vista de otras personas, el delito inicial puede conducir a otras perturbaciones más o menos graves. (Treviño, 1998, p.45).

Justificación metodológica

En el campo de la justificación metodológica, nuestro aporte básicamente servirá para determinar bajo que instrumentos y criterios. Así, como la guía de cuestionarios, entrevistas, las cuales nos sirvieron para recolectar suficiente información para contribuir de esta manera a la definición de los conceptos básicos de la prisión preventiva y su desnaturalización.

Toda información recolectada sirvió para lograr un objetivo en común que persigue la investigación y para ello se acudió al empleo de técnicas de investigación como los instrumentos del cuestionario, guía de entrevista, guía de análisis documentales y doctrinario, a fin de conocer los hechos y sus efectos en su aplicación inmediata de la prisión preventiva.

Justificación práctica

Los objetivos de la presente investigación, busca contribuir a garantizar su inocencia de toda persona, investigada por cualquier delito, y que la aplicación de la prisión preventiva sea una excepción y no una regla para ellos trataremos de esbozar ciertos criterios que se encuentran en la doctrina pero que no sean desarrollado a cabalidad, debido que no se aplica correctamente por parte de los juzgados correspondientes.

Justificación Constitucional

La justificación constitucional responde directamente al trabajo de nuestra investigación, debido a la constante imposición de la medida procesal más gravosa como es la prisión provisional, y su consecuencia inmediata es la afectación de presunción de inocencia de todo ciudadano, garantizado en nuestro texto constitucional de 1993.

1.3. Objetivos de la investigación: general y específicos

Objetivo general

Determinar cuáles son las causas que generan la desnaturalización de la prisión preventiva y su vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

Objetivos específicos

Determinar qué factores se debe tomar en consideración para la aplicación de la prisión preventiva.

Formulación del problema

Problema general

¿Determinar en qué medida la aplicación de la prisión preventiva como medida coercitiva vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia?

Problemas específicos

¿Qué factores se debe tener en consideración para la aplicación de la prisión preventiva?

¿Determinar que si existe una relación estrecha entre la prisión preventiva y el derecho de presunción de inocencia en nuestra legislación?

1.4. Limitaciones de la Investigación

Limitación temporal

En referencia a las limitaciones de la investigación, se debe entender que no todos los estudios se llegan a concluir de manera satisfactoria, pues hay diversos obstáculos para llevar a cabo una investigación exhaustiva. La falta de horas para compilar datos específicos para realizar la investigación.

Limitación económica

La investigación está basada principalmente en aspectos dogmáticos y teóricos para su aplicación y su viabilidad práctica, ante una crítica situación de la actualidad y el poco recurso económico que uno ostenta evita acceder a una información de bibliotecas internacionales o libros extranjeros.

Limitación bibliográfica

Las limitaciones en cuanto a la implementación de las bibliotecas en las Universidades, puesto que no cuenta con una información basta sobre el tema investigado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudios

Internacionales

Belmares (2003) en su tesis *Análisis de la prisión preventiva*, sustentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, para optar el grado de Magister en Ciencias Penales, el presente trabajo tiene como objeto sobre la prisión preventiva, porque genera efectos negativos que produce en la persona del que la sufre, por sí sola es una contradicción al principio filosófico de presunción de inocencia, principio que tiene su fundamento constitucional en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Y llega a la siguiente conclusión:

La prisión preventiva formalmente no es una pena, pero materialmente si lo es por el menoscabo a su libertad personal y todo lo que está inmerso en dicha situación, como pérdida de trabajo, de dinero, de familiares, amigos; además en la realidad comparte su espacio en la cárcel con sentenciados y ejecutoriados, lo que es violatorio al principio de presunción de inocencia. (p. 138).

Arce (2017) en un proyecto terminado sobre, *la prisión preventiva y su relación con los Derechos Humano en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*, presentada al Departamento académico de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Autónoma de Baja California Sur, para obtener el grado de maestro en derecho, su trabajo tiene como objetivo:

El Estado tiene el deber de reconocer a todas aquellas personas que hayan sido privados de su libertad, y que a través de las figuras como el sobreseimiento o que el tribunal del juicio oral, hayan emitido una sentencia absolutoria, y que de acuerdo con el artículo cuarto de la Ley Nacional de Víctima, se eleven a categoría de víctimas, y de esa forma poder exigir al Estado de Individualizar el menoscabo ocasionado a las víctimas. (p. 12) y que en el presente trabajo el autor llega al siguiente desenlace. El principio de inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quién se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es una garantía de libertad y trato de inocente sino también de seguridad que aplica la no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria. (p.55).

Asimismo, en relación al trabajo de investigación se ha encontrado un trabajo relacionado a la detención preventiva en donde se establece los estándares para su aplicación.

García (2011) en sus tesis, *La detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, presentada en la Universidad Libre – Facultad de Derecho, posgrado y maestría en Derecho Penal Bogotá D.C. – Colombia, para obtener el grado magister en Derecho Penal, en su presente trabajo tiene como objetivo final: Determinar si la detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano, cumple con los estándares definidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, llegó a la siguiente conclusión:

La detención preventiva, desde el Penal Acusatorio en Colombia, desarrolla la misma filosófica, ya entendida en procedimiento penales anteriores, sin embargo, al momento de la aplicación de la misma, los jueces terminan muy superficialmente haciendo un análisis de cada caso e imponen la medida como generalidad y no como excepción, violando de esa manera la libertad personal de los procesados. (p.96).

En esta línea de investigación, también se ha desarrollado en Chile haciendo una crítica al trabajo de investigación propuesto, sobre la desnaturalización de la misma.

Szczaranski (2010) en su tesis, *La Prisión Preventiva como manifestación del Derecho Penal del Enemigo*, presentada en la Universidad de Chile – Facultad de Derecho al Departamento de Derecho Penal, para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, su trabajo de investigación llega a la siguiente conclusión:

En definitiva, entendemos que la regulación de la prisión preventiva en Chile no resuelve los problemas que la doctrina mayoritaria advierte en la aplicación de esta medida, ni tampoco los que nosotros entendemos que deben abordarse como cuestiones fundamentales a la hora de aceptar la prisión preventiva dentro del Estado de Derecho. Por el contrario, el camino por el que se ha optado apunta en profundizar estos problemas expandiendo irreflexiblemente la prisión preventiva y sin analizar las consecuencias de este proceso de expansión. (pp.110,11).

Como se observa en los trabajos antes señalados, coinciden sobre el trabajo de investigación, pero seguimos encontrando más trabajos en relación al tema propuesto, siendo un tema muy debatido en la actualidad.

Catalán (2007) en su tesis, *La prisión preventiva y su aplicación en la ciudad de Valdivia*, presentada a la Universidad Austral de Chile a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, para obtener el grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, en su trabajo llegó a siguiente conclusión:

En la aplicación de la medida en nuestra ciudad se corrobora este carácter material propio de una pena, ya que los jueces en la gran mayoría de los casos ordenan la prisión preventiva fundamentando su resolución en que existiría un peligro para la seguridad de la sociedad. (p.37).

Dentro del Derecho Comparado como es visible, el trabajo es ampliamente desarrollado desde diferentes puntos de vista, pero con una sola convicción demostrar que se afecta el derecho de la libertad que goza todo ser humano, mediante el uso desproporcionado de la medida cautelar más inquisitiva y nos referimos a la prisión provisional y quebrantamiento de presunción de inocencia, así encontramos a:

Sáenz (2011) en sus tesis, *análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de protección a víctimas, testigos y además sujetos intervinientes en el proceso penal y la Ley contra la delincuencia organizada, en las jurisdicciones penales del I y II circuito judicial de San José, durante los años 2008 y 2009*, presentada en la Universidad de Costa Rica – Facultad de Derecho en la Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, cuyo objetivo:

Es la regulación de la prisión preventiva aplicable en Costa Ricas antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y además Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y Ley Contra la Delincuencia Organizada, con el fin de determinar si se ha presentado un incremento de casos en los que se ha decretado prisión preventiva. (p.2).

Ahora, bien la prisión provisional es excepcional y no una regla, en la actualidad su aplicación es inmediata es por ello en el siguiente trabajo de Garzón desarrolla la Prisión Preventiva si es una medida cautelar o es Pre Pena.

Garzón (2007-2008) en su tesis, *La prisión preventiva: medida cautelar o pre – pena*, presentada a la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, para obtener en grado de maestría en derecho procesal, y llegó a la siguiente conclusión:

La prisión preventiva se constituye en una medida excepcional, a la que hay que acudir como último recurso, de acuerdo con la norma que la regula y la doctrina jurisprudencial. Asimismo, es un principio normativo limitador del exagerado y desmesurado uso de la prisión preventiva durante el proceso penal ecuatoriano. (pp.108, 109).

De los antecedentes internacionales la mayoría coincide en la existencia de una transgresión de un derecho fundamental como es la Presunción de Inocencia es por ello que citaremos a dos trabajos más dentro del Derecho Comparado.

Castillo (2009) en sus tesis, *Excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador*, presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar en Sede Ecuador – Quito, para optar el grado de maestro en derecho procesal y llegó a la siguiente conclusión:

Las cárceles existentes en el País no son Centro de Rehabilitación Social, sino infiernos de tortura y humillaciones porque no existe una política penitenciaria y a diario nos encontramos con novedades como muertes y heridos entre internos que buscan imponer su autoridad. (p. 83).

Flores (2016) en su tesis, *La violación de la presunción de inocencia en las personas privadas de la libertad y el derecho constitucional al buen vivir*, presentado a la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDÉS”, para optar el grado de magister en Derecho Constitucional, llegó a la conclusión en su trabajo de investigación:

Se utiliza inapropiadamente la figura de la prisión preventiva por parte de los operadores de Justicia sin tomar en cuenta la excepcionalidad constitucional de la misma, siendo las personas que han sufrido prisión preventiva en el Ecuador y han salido sobreseídos definitivamente, o se ha ratificado su inocencia en un proceso penal han desarrollado desconfianza en el sistema judicial ecuatoriano. (p.87).

Nacionales

Vargas (2015) en su tesis, *Debida motivación del mandato de prisión preventiva y su aplicación práctica en el Segundo Juzgado de Investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Puno*, presentado a la Universidad Nacional del Altiplano para optar el grado de abogado, en su trabajo llega a la siguiente conclusión:

En las resoluciones que determinan la aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva en el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria para el año 2015 no se realiza un correcto análisis y una debida fundamentación de los presupuestos materiales de la medida cautelar personal de prisión preventiva que exige la norma procesal. (pp. 223, 224).

Limaymanta y Laura (2015) en su tesis, *La vulneración de los principios de rogación y acusatorio del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, referido a la prolongación de oficio de la prisión preventiva bajo los alcances del Código Procesal Penal del 2004 y la Ley N° 30076*, presentado a la Universidad Peruana los Andes – Huancayo para optar el grado de abogado llegaron a la siguiente conclusión en su trabajo:

La coexistencia de los diversos procesos debe generar la vigencia y respeto de los Derechos Fundamentales, con el objetivo de que el proceso penal se constitucionalice, es así que para que se entienda mejor la institución de la prisión preventiva debe interpretársela bajo los dispositivos legales de dicha institución. (p. 171).

Cabana (2015) en su tesis, *Abuso del mandato de prisión preventivo y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú*, presentado a la Universidad Andina Néstor Cáceres de Juliaca – Perú, para optar el grado de magister en Derecho, y que en su trabajo llegó a la siguiente conclusión sobre la prisión preventiva: “En el Perú la Prisión preventiva se dio de forma apresurada y se gastaron recursos del Estado, se contribuyó al hacinamiento y afectaron derechos de la persona y de su familia” (p.101).

Aimani y Saboya (2015) en sus tesis, *La prisión preventiva como mecanismo de presión para que el imputado acepte una terminación anticipada en los procesos*

penales, Iquitos, 2013, presentada a la Universidad Peruana del Oriente – Iquitos – Perú, para optar el grado de abogado, en su trabajo realizado llegaron a la siguiente conclusión: “La prisión preventiva constituye un medio de presión para que el imputado acepte una terminación anticipada y que la presión indirecta ejercido hacia el imputado, se materializaría en los aspectos psicológicos, personales, empleo y familia” (p.72).

Serrano (2015) en su tesis, *La prisión preventiva judicial y la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado en el Distrito de Padre Abad, Ucayali, 2014-2015*, presentado a la Universidad de Huánuco – Perú, para obtener el grado de magister, el autor de la tesis concluye de la siguiente manera: “Los señores magistrados y los señores abogados, refieren que, la prisión preventiva judicial representa efectos perjudiciales, irreversibles e irreparables, cuando la persona quien sufre resulta declarado inocente después de un largo proceso, representado” (p.132).

Como se puede observar, el estudio realizado en relación al problema propuesto es inmenso tanto internacional y nacionales, se determina que hay una relación en varias conclusiones de los trabajos. En ese sentido, nuestra investigación consiste en la desnaturalización de la prisión preventiva por parte de los actores legitimados al momento de administrar justicia.

2.2. Bases Teórico – Científicas de la Prisión Preventiva

2.2.1. Bases teóricas de la Variable 01: La prisión preventiva

En esta parte del trabajo de la investigación desarrollaremos sobre la prisión preventiva tanto en la doctrina y la jurisprudencia de acuerdo a nuestro sistema penal peruano.

Así en su trabajo, Medina (2016) cita un extracto de la obra Don Quijote de la Mancha escrito por Miguel de Cervantes, que tiene relación directa con nuestra investigación y es la siguiente:

La libertad, Sancho, es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres (Cap. LVIII, parte II). (p.1).

Ahora bien, para Miguel Cervantes, el cautiverio para un hombre es uno de los peores momentos de todo ser humano, si el ahora estuviera con vida, estaría totalmente en contra de la aplicación de la prisión preventiva. No se debe confundir su excepcionalidad con regla.

El sólo hecho de imponer una medida coercitiva a una persona que está inmerso en una investigación penal, vulnera sus derechos reconocidos en la Constitución política, y más aún cuando hay injerencias de los medios comunicación y nos dejamos llevar por las bajas pasiones y olvidamos el principio rector del derecho penal que es de última ratio.

Neyra (2010) en su obra, *El Manual del Nuevo Procesal Penal & Litigación Oral*, señala sobre la presunción de inocencia lo siguiente:

La presunción de inocencia se encuentra dentro del Código Procesal Penal en su artículo 2° del Título Preliminar, que proscribire lo siguiente: Que establece, que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivado, para que estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. (p. 173).

Se aprecia, la presunción de inocencia de todo ser está reconocida en la constitución, en este sentido, toda persona investigado en un proceso penal debe llega a juicio y durante el proceso es considerado inocente y que solamente se puede desvirtuar su inocencia mediante una carga probatoria suficiente y mediante una sentencia definitiva que establece su culpabilidad

Asimismo, en la Constitución Política del Perú de 1993 se encuentra regulado en su artículo 2. Inciso 24(e) que establece: “que; toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (Abad, 2016, p. 142). Asimismo, establece en la carta magna los derechos reconocidos y garantizados. Es por ello, que en el sistema de administración de justicia que para privar a una persona de su libertad corporal es necesario probar su responsabilidad penal mediante una sentencia condenatoria.

En esta misma línea, en la Convención Americana de Derechos Humanos señala su artículo 7, inciso 2 que señala lo siguiente:

Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella” y en su artículo 8°, inciso 2 de la misma institución establece. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia no se establezca legalmente su culpabilidad. (Steiner y Uribe; 2014, pp. 180,207).

Ahora bien, al momento de mandar a una persona a la cárcel mediante la medida de coerción personal como es la prisión preventiva, quebrantar su derecho máspreciado como el derecho a la libertad, su imposición deben estar acorde a la Constitución y lo que establece los tratados internacionales. Asimismo, se debe entender que una persona es inocente hasta que pruebe lo contrario o exista una alta carga probatoria debidamente justificada del hecho punible. En este sentido, nadie puede ser detenido de manera arbitraria y sin justificación válida.

Por consiguiente, la finalidad que persigue la presente investigación es hacer denotar que afecta derechos fundamentales al imponer la prisión provisional por un determinado, ese tiempo de esa persona privada de su libertad afecta su desarrollo como persona entro otros aspectos. Es por eso, el derecho de presunción de inocencia debe estar garantiza en la Constitución y los administradores de justicia. Asimismo, se debe tener en cuenta, que la imposición de la prisión preventiva tiene efectos negativos para la persona y su familia.

En consecuencia, el uso discriminado de la prisión provisional genera el crecimiento abismal de los centros penitenciarios, generándose un hacinamiento y que las personas que están con prisión provisional en encuentra inmerso de una jaula de lobos que están al acecho, y el Estado hasta la actualidad no tiene una política criminal bien diseñado.

En otras palabras, el Estado no ha adoptado ninguna medida, legislativa ni judicial para mermar en algo el inmenso daño que se causa a una persona privada de su libertad por un tiempo determinado, debido a la imposición de una medida provisional como es la prisión provisional como consecuencia de una imputación de un hecho delictivo a una persona.

Así, la imposición de la medida gravosa a una persona investigada al imponerle una condenada anticipada a nuestro criterio. Inclusive en varias ocasiones sus resoluciones de los jueces no están debidamente motivadas y menos se toma en consideración el principio de proporcionalidad razonabilidad. Razón por la cual, el juez el sujeto legitimado para dictar mediante una resolución la prisión preventiva.

En este sentido, la libertad es el derecho por antonomasia el bien máspreciado de todo ser humano, en este sentido, cuando se impone la prisión preventiva a una persona de manera arbitraria, se afecta el libre desarrollo de su personalidad, debido a que está privado de su libertad por un tiempo determinado hasta que se pueda terminar el proceso.

De manera que, nuestro trabajo de investigación, pretende esclarecer que la desnaturalización de la prisión preventiva afecta derechos constitucionales protegido como la presunción de inocencia y convirtiendo su excepcionalidad en una regla. Es preciso señala que, el fiscal tiene la prerrogativa de solicitar otras medidas de restricción de derecho antes de llegar solicitar la prisión preventiva.

Así como, en América Latina, es una tendencia que toda persona investigada por un hecho delictivo sea tratada como una cosa, es una teoría planteada por el penalista Gunther Jakobs y que se denomina el derecho penal del enemigo, cuyos inicios tuvo en la obra de Rousseau denominado el Contrato Social.

En la actualidad, no existe una mínima precaución de respetar la presunción de inocencia de la persona, debido que en varias resoluciones emitidas por los operadores de justicia sobre prisión preventiva, solamente se hace en un formato de otras resoluciones ya existentes, se olvidan que cada caso penal tiene aristas totalmente diferentes.

Por lo tanto, en nuestro trabajo de investigación se irá señalando conceptos relacionados a la prisión provisional y el derecho fundamental protegido en la Constitución dentro de un Estado de Derecho que están directamente relacionado con el tema de investigación.

Origen de la palabra de prisión preventiva

Debe señalarse, que para Carrancá y Rivas (1974), la palabra:

Prisión proviene del latín prehensio-onis que indica acción de aprender, por extensión también es una cárcel o sitio donde se guarda y asegura a los presos. Por otro lado, la palabra cárcel proviene de la palabra latín carcer-eris que significa un local de presos (Carranca y Rivas, 1974, p. 12). Se puede observar, que Belmares Antonia cita a Carranca y Rivas en su trabajo análisis de la prisión preventiva, para señalar el origen de la palabra prisión y cárcel. (p. 9).

Por la palabra prisión, se concibe que la privación del derecho a la libertad de una determinada persona en un lugar cerrado, es decir un lugar donde una persona cumplirá una determinada pena por un tiempo determinado mediante un mandato judicial o sentencia condenatoria por un hecho delictivo.

En este sentido, se asume que el objetivo de la prisión preventiva es que toda persona investigada por un hecho delictivo, puede responder a la justicia estando

recluido en un penal y está sería la manera más efectiva de asegurar su presencia en el juicio a lo largo del proceso.

En el 2016, los medios de comunicación presionaron con las noticias y sus informaciones, paraqué le impusieran nueve meses de prisión preventiva a la ciudadana Delia Flores Tapara de manera injusta y arbitraria por el delito de secuestro a un recién nacido, delito que nunca cometió. Pero lo más reprochable fue el requerimiento de prisión preventiva por parte de la Fiscalía y sin más argumentos el juzgado que estaba a cargo del proceso declaro fundada el requerimiento, esto sucede de manera frecuente cuando los jueces no analizas los casos y simplemente se apegan a la Ley a fin de cuidar su trabajo.

Sin embargo, siete días después, la señora Delia volvió a cargar a su bebé. Sin embargo, los medios también comunicación la condenaron anticipadamente y ante la presión mediática el fiscal requirió la prisión preventiva y el juez declaro fundada el requerimiento.

Es importante subrayar que días después, la señora Delia pudo volver a cargar a su bebé. Pero nadie asumió la responsabilidad de la arbitrariedad que se cometió con la persona antes mencionada. Así, la pregunta salta a la vista ¿Quién debe responder por el error judicial al momento de imponer una medida desproporcionada?

En este sentido, el nacimiento de la prisión preventiva según García (1982) señala:

Que, la prisión preventiva desde la etapa intermedia, hasta finales del siglo XII del Derecho Técnico Germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, incluso con ulteriores fines antrofágicos, no como medio represivo en sí y ello es resultado de la concepción que sobre el delito y delincuente tiene la época: el hecho sancionable es un mal, y el culpable un perversus homo no susceptible de enmienda sino de castigo y rápido y capital. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena. (p. 11).

Como se observa, antiguamente aplicaban este tipo de medidas como una herramienta para controlar la criminalidad o tener el control social de los ciudadanos

en un Estado, como una medida de persuasión para los delincuentes a fin de buscar una convivencia pacífica.

Se puede apreciar, en el tiempo se ha venido construyendo teorías, sobre el garantismo penal y el respeto por todos los derechos reconocidos en la Constitución a todo ciudadano y que uno de ellos es la dignidad humana y que es el más primordial para gozar los demás derechos. El Estado debe brindar en la mejor medida posible que todo ciudadano debe gozar de sus derechos y sobre todo su dignidad en cuanto todos los demás derechos se sujetan a la dignidad.

Por ello es necesario, encontrar la verdadera finalidad sobre la prisión provisional dentro del marco del derecho constitucional y sobre por el respeto de todos los derechos que son reconocidos en la constitución y uno de los más importantes es la inocencia de todo ser humano.

En este sentido, su naturaleza principal de la prisión preventiva es la excepcionalidad, que tiene como finalidad , cerciorar la presencia del inculgado dentro del proceso penal que se le sigue a fin de que se haga una investigación eficaz y eficiente y garantizar el desarrollo del proceso y el juez pueda realizar su trabajo de manera eficiente.

Asimismo, para su aplicación de la prisión provisional se debe aún cumulo de factores como son: peligro de fuga, la gravedad del hecho delictivo y la magnitud del daño causado del bien jurídico protegido y la prognosis de la pena cuando cumplen de manera concatenada los factores antes mencionados se debe aplicar la prisión preventiva de manera excepcional.

Así, la CIDH ha señalado, el uso de la prisión preventiva se debe imponer cuando las demás medidas de coerción personal no funcionan y su aplicación debe ser de manera excepcional y no debe ser utilizada como una regla. Un claro ejemplo es el abuso de la prisión preventiva impuesta a la expareja presidencial Ollanta Humala y

su esposa, que se encuentran reclusos en un centro penitenciario privados de su libertad, por una resolución que declaró fundado el requerimiento de la fiscalía por un espacio de 18 meses.

De tal manera, debemos dejar en claro, que la prisión temporal es una prevención y es la más gravosa. Así que, antes de aplicar la prisión preventiva hay otras medidas alternativas en el derecho procesal penal que están normados en nuestro CPP del 2004 como son: La detención policial, arresto ciudadano, detención preliminar judicial.

Como se observa, hay otras medidas cautelares que puede requerir el fiscal antes de solicitar la prisión preventiva. Asimismo, el juez puede imponer una medida distinta a lo requerido por el fiscal, pero debe estar debidamente motivado conforme a la Constitución y los demás ordenamientos legales.

En este sentido, el juez debe tomar conciencia que si aplicación de la prisión preventiva no ayuda en nada a la resocialización y que por parte del Estado peruano no existe ningún plan para velar por el correcto funcionamiento de políticas criminales para contrarrestar la delincuencia.

Ahora bien, hablar de un derecho penal garantista viene hacer un ideal, en cuanto a estas circunstancias y la aplicación excesiva de la prisión preventiva estamos regresando aún derecho penal inquisitivo y si seguimos este camino volveremos a la tortura como medio de solución para la delincuencia.

Es importante subrayar, que cuando una persona esta privado de su libertad mediante una orden judicial de manera provisional, se debe entender, que no es responsable del delito que se le investiga, sino es para asegurar su presencia en todo el juicio.

Dicho de otro modo, la prisión preventiva inicia al momento que se emite la resolución por parte del juez ante el requerimiento del fiscal donde declara fundada la prisión preventiva por el plazo establecido por el juzgadora y la persona es internada en un centro penitenciario sin importar su condición de investigado.

En nuestra opinión, llama la atención que actualmente se haga uso desproporcionado de la medida de prisión preventiva sobre las personas procesadas por un hecho delictivo, convirtiendo su excepcionalidad en regla. Cabe preguntarse si es una política de Estado como una lucha frontal al crecimiento de la delincuencia para asegurar tranquilidad a los ciudadanos.

Asimismo, no debemos olvidar que el DPP es la última garantía que tiene todo ciudadano debido a que el Estado es un monstruo y posee el monopolio en la administrar justicia y estando dentro de un país con derechos reconocidos se debe buscar el cumplimiento estricto de la Ley, pero respetando los cánones que establece la constitución. El juez simplemente debe aplicar la lo que establece la Ley y que dejar al legislador hacer justicia, palabras de Ascencio Mellado.

Prisión Preventiva

La prisión preventiva, en la actualidad es muy cuestionada por diferentes especialistas del derecho penal, en cuanto las resoluciones de requerimiento de la prisión preventiva carecen de fundamentos legales, y al declararla fundada por el juez de un órgano jurisdiccional en cualquier parte del proceso su resolución también carece de motivación suficiente: En este sentido, debemos señalar “la prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado” (Llobet, 2016, p. 27). Es decir la prisión preventiva se da cuando aún no termina el proceso penal.

Ahora bien, su aplicación de esta medida cautelar a una persona, cuyo efecto inmediato es la privación de su libertad, siendo el derecho de la libertad es el derecho máspreciado de todo ser humano, gracias a ese derecho todo ciudadano

puede desarrollarle con total normalidad un derecho y gozar de los demás derechos que son inherentes al ser humano.

En principio, para nuestra investigación hemos considerado que no es relevante analizar el Código de Procedimientos Penales de 1991 y el Nuevo Código Procesal Penal 2004, porque nuestra investigación se centra básicamente en la desnaturalización de la de la institución de la prisión preventiva del derecho procesal penal y su vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

Así, para Del Rio (2016) sobre la prisión preventiva señala que:

El factor fundamental para que la prisión preventiva respete el derecho a la presunción de inocencia radica en los fines o funciones que se le atribuyen. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzado evitando el riesgo de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad. (p. 100).

Así, para el Tribunal Constitucional (2017). Moisés Wolfenson Woloch N° 6201-2007/PHC/TC, de fecha 10 de marzo de 2008. En sus votos singulares de los Magistrados Landa y Beaumont sobre el expediente señalado señalan lo siguiente:

El Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una restricción del derecho a la libertad personal en el arresto domiciliario; sin embargo, de ninguna manera puede equipararse a una detención preventiva o al cumplimiento de una pena privativa de libertad al interior de un establecimiento penitenciario. (p. 31).

En este sentido, el uso desmedido de la figura de prisión preventiva se torna como una figura mediática ante el clamor social de la población, en éste sentido para Guy Debord en su libro titulado la Sociedad del espectáculo señala que “el espectáculo no es un conjunto de imágenes, sino una relación social entre personas mediatizadas por imágenes” (Guy, 2007,p.12)

Es por ello, para el filósofo Guy Debord en una sociedad todo ser humano hace algo para señalar que existe y ganar notoriedad, bajo esta línea considero que, ante el clamor social, los jueces ya no examinan los requisitos de la prisión preventiva, sino

que aluden al peligro de fuga para sustentar su resolución y usando el termino sino se encuentran conforme puede hacer valer su derecho en la instancia correspondiente, emiten resoluciones que no se ajustan a derecho.

Por esto, se debe tener en cuenta que la figura de la prisión provisional tiene por objetivo cautelar el desarrollo correcto, eficaz y la asistencia del imputado durante todo el proceso en la vía penal. Asimismo, la finalidad del derecho penal es sancionar al que comete o infringe un bien protegido con una pena establecido por legislador.

Ahora bien, el principio rector del derecho penal es su última ratio, teniendo en cuenta el principio de lesividad. Esto no se condice con la realidad por el excesivo índice de delincuencia común y delincuencia organizada. Es por ello, las instituciones buscan dar respuestas inmediatas ante el clamor social y se impone la prisión preventiva a fin de evitar delitos.

Al respecto, El Tribunal Constitucional (2017), en el expediente de Miguel Cornelio Sánchez Calderón N° 3771-2004/PHC/TC: de fecha 29 de diciembre de 2004, nuestro máximo intérprete de la constitución ha señalado lo siguiente en relación a la prisión preventiva en la sentencia antes mencionada y señala de la siguiente manera en su fundamento sexto “El encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización” (p. 6).

En este sentido la prisión preventiva es ordenada por un juez competente, se dicta antes de la existencia de una resolución sentencia firme, para su imposición se encuentra basada en tratar de llegar a la verdad material, y asegurar una ejecución cuando es hallada responsable con una sentencia condenatoria.

En esa línea argumental, nuevamente el Tribunal Constitucional señala de manera clara que el encarcelamiento preventivo se configura para asegurar el desarrollo del

proceso sin ninguna obstaculización. Es aquí la problematización si el imputado, investigado, sindicado, debe permanecer en libertad para afrontar el proceso o debe privarse de su libertad, de acuerdo a la doctrina todo procesado debe permanecer en libertad debido a que se presume su inocencia hasta que exista una sentencia condenatoria.

Uno de los problemas actualmente es la prisión preventiva y su uso desproporcionado, debido a que el fiscal requiere la prisión provisional en todos los procesos penales, sin medir los límites constitucionales que tiene la privación de la libertad. Así a fin de recién empezar las investigaciones y también tiene que ver con el tiempo y los plazos para acusar es por ello que llama la atención cuando en su requerimiento evoca el presupuesto de peligro procesal u obstaculización del proceso.

En este sentido, uso de la prisión preventiva en el proceso penal es probablemente el elemento que de manera más clara da cuenta de su buen o mal funcionamiento del sistema de administración de justicia. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia suele generar, cuando no se toman las medidas necesarias a fin de proteger los derechos fundamentales de toda persona. En conclusión, el uso de la prisión preventiva brinda de manera excesiva muestra una señal de un mal funcionamiento del sistema de administración de justicia.

Ahora bien, la figura de la prisión provisional esta distorsionada, se deja de lado su principio básico su excepcionalidad. Y que en la actualidad se ha convertido en una regla del derecho procesal penal para combatir la delincuencia organizada.

En resumidas cuentas, la desproporcionada medida y arbitraria de la prisión preventiva, tiene como consecuencia la sobrepoblación en los centros penitenciarios. Es por ello, es necesario, adoptar medidas con carácter de urgencia a fin de fijar criterios o parámetros para la imposición de dicha medida cautelar de la prisión provisional.

En este sentido, también se deben tomar medidas para para los procesos puedan agilizarse y así disminuir la carga procesal. Es por ello, que el Estado debe regular la aplicación de otras distintas medidas cautelares y no solo tener como regla solicitar la prisión provisional y uno de ello puede ser la vigilancia electrónica y que en la actualidad se encuentra vigente y se está aplicando de manera progresiva para algunos reclusos que cuentan con los requisitos establecidos por la Ley.

Ahora bien, se ha determinado que, en la práctica, los jueces han trasladado al ámbito procesal penal, los presupuestos que corresponden por su propia naturaleza las medidas cautelares del derecho procesal civil “pues se ha considerado como presupuestos procesales de la prisión preventiva al humo de buen derecho, peligro en la demora, humo de la comisión del delito, riesgo de la libertad” (Cusimayta,2014,pp.166-174)

En efecto, los presupuestos utilizados en la vía civil, con la evolución del derecho, se vienen aplicando en el derecho procesal penal, sobre todo en la figura de la prisión preventiva que es muy cuestionado por su aplicación y su desmedida desproporcionalidad en la mayoría de casos, que bajo la discrecionalidad de los jueces, bajo el razonamiento vago en sus motivaciones de sus resoluciones judiciales.

Así, el problema principal de la prisión preventiva en los últimos años ha generado un gran debate sobre el uso indiscriminado por parte de los que administran justicia, poniendo la idea de una justicia imposible por parte del Ministerio Público, los juristas expertos en derecho penal se han pronunciado sobre esta medida y entre ellos tenemos a José Caro Jhon, Cesar Nakasaki, entre otros autores reconocidos de nuestro medio.

Sobre el hacinamiento en los penales cada día más caóticos de acuerdo a los diversos informes periodísticos y televisivos, en la actualidad un 60% de las

personas privadas de su libertad se deben a la imposición de la Prisión Preventiva, es decir personas que no cuentan con una sentencia firme. Asimismo, las condiciones carcelarias son deprimente debido a varios factores, y que el Estado se han olvidado de ellos, debemos considerar que también son personas y tiene dignan humana y eso no se debe afectar por más criminales que sean, se debe trabajar en ellos. Dentro de este marco, se observa que el uso excesivo y de manera desproporcionada de la medida provisional está teniendo como consecuencia que se están llenando las cárceles pensando que disminuirá los índices de hechos delictivos.

Ahora bien, en consideración de Oropeza (2018) que señala:

Que para nadie es un secreto el fracaso jurídico, económico sociológico de la prisión preventiva, ya que el mismo representa una abierta contravención al principio de presunción de inocencia y, por ende, debe considerarse como una pena anticipada a la sentencia. (p. 145).

En este sentido, la aplicación de la prisión preventiva de manera excesiva afecta un derecho constitucional de manera directa y nos referimos al derecho de presunción de inocencia.

Debe señalarse, que toda persona que sigue un proceso penal, y es internado en un centro penitenciario sin realizar una correcta valoración de los presupuestos que exige la ley y la Constitución y no respetar los principios básicos de la prisión preventiva como son: el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

La presunción de inocencia, tiene un principio básico y el más importante de esta institución, nos referimos a su excepcionalidad, al no respetar este principio se está afectando varios derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la constitución.

Ahora bien, la prisión preventiva y la detención preliminar judicial tienen sus propias diferencias por lo que tomaremos el cuadro realizado por Neyra (2010) en su libro

Manual del Nuevo Procesal Penal. (p. 505). En este sentido, no pueden evitarse cualquier entorpecimiento a la justicia o puedan jugar los procesados y que la prisión preventiva sea como un mecanismo de freno para todos los casos en la vía penal. En este, sentido varios autores advierten que la prisión preventiva es el mecanismo más gravoso y no se puede emplear a todos los procesados y notorio que en nuestro sistema penal peruano y América latina su uso un exceso en su aplicación de la prisión preventiva.

Neyra (2010) es una de las obras más resaltadas en relación al desarrollo del nuevo Código Procesal Penal. En el presente cuadro se realiza una clara diferencia sobre la prisión preventiva y detención preliminar.

Tabla 1

Diferencia entre Prisión Preventiva y Detención Preliminar Judicial

Prisión Preventiva	Detención preliminar judicial
Se dirige a asegurar la eventual ejecución de la pena y la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso.	Se dirige a la búsqueda de elemento de investigación mediante la realización de diligencias urgentes
Es una medida cautelar	Es una medida precautelar
Se incoa una vez formalizada la investigación	Se incoa en las diligencias preliminares.
Requisitos más graves (fundados y graves elementos de convicción de la comisión de un delito y colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad)	Requisitos menos graves (razonables plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito y cierta posibilidad de fuga)

Así, para Neyra (2010) señala: “la prisión preventiva es la forma más grave en que el ordenamiento jurídico procesal penal puede restringir la libertad de los ciudadanos en pos de asegurar el proceso penal” (p. 509). En palabras del autor antes citado, el encarcelamiento preventivo es la forma más grave que nuestro ordenamiento jurídico procesal establece para toda persona procesada de un hecho criminal.

De acuerdo a la posición de San Martín (2015) señala sobre la prisión preventiva:

La coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal. La finalidad de la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal. La legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la exigencia de sospecha vehemente o bastante de la comisión por el imputado de una conducta delictiva grave. (pp. 453,457).

De esta manera, la postura de San Martín Castro al sostener que la prisión preventiva es la más gravosa, y para que los jueces pueden hacer una razonabilidad correcta de sus apreciaciones se debe implementar programas de capacitación para los jueces y fiscales sobre el uso adecuado de las distintas medidas cautelares de conformidad con las normas internas y los tratados internacionales sobre todo que garanticen los derechos fundamentales de todo procesado.

Nuevamente volvemos a citar a San Martín (2015) que señala que es un debate constante:

Sobre si se debe aplicar en la etapa de juzgamiento puede plantearse la medida de la prisión preventiva y de ser factible. ¿Qué juez la resuelve? En primer Lugar, desde la propia expresión lingüística del supuesto normativo, es obvio que puede hacerse en cualquier estado del procedimiento declarativo en prima instancia (art. 279 NCPP), lo que es reflejo de la nota característica de provisionalidad o variabilidad. En segundo lugar, si el proceso transcurre por etapas que precluyen, no es posible que el incidente que se plantea en el acto oral- de naturaleza concentrado-sea de vuelta a otro órgano jurisdiccional. En tercer lugar, es aplicable el artículo 28.3.b del NCPP. En cuarto lugar, no se produce ninguna pérdida de la imparcialidad porque el procedimiento se realiza al amparo del principio de contradicción y porque el juicio es de mera probabilidad delictiva y se centra además en la peligrosidad procesal. (pp. 456-457).

Así para Asencio (2016) la prisión preventiva o prisión provisional lo define como medida cautelar de la siguiente manera:

Es parte del Derecho Procesal, por lo que, salvo excepciones muy contadas, profesores de otras materias, y a pesar de cierta autocomplacencia, carecen del tiempo y de la formación necesaria para su seguimiento y comprensión ha de constituir la regla en el proceso penal. Por tanto, aspirar a que el arresto domiciliario sea “la reina de las medidas cautelares”, no es un objetivo compatible con el Estado de Derecho que se afirma proteger y que se quiere impulsar. (p. 783).

Ahora bien, debemos entender que para la desnaturalización hay factores determinantes y estos son a nuestro criterio: La presión mediática, el alto índice de criminalidad, el ser juez supernumerario, son un cúmulo de factores que inciden para su desnaturalización.

Así la naturaleza, de la prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal y excepcional que se traduce en una privación de derecho a la libertad y:

Como tal responde al cumplimiento de unos fines, los típicos de este tipo de resoluciones perfectamente determinados y con muy escasas variaciones en el Derecho comparado. Así la prisión provisional tampoco puede ser convertida en un instrumento de política criminal o, sencillamente, en un mecanismo de propaganda social, de satisfacción inmediata de los deseos de respuesta frente al delito. La prisión provisional no es ni se puede ser utilizada asignándole fines propios de la pena, como la prevención especial o la general. (Asencio, 2016, p. 786).

En este sentido, consideramos que los administradores de justicia quienes son los llamados a tomar las decisiones en la que se declara fundada el requerimiento de la prisión preventiva a un procesado, En nuestra opinión, se tiene pues, que hacer un control exhaustivo y detallado caso por caso acorde a la constitución y el derecho internacional y no se debe aplicar la medida solo por cuestiones formales o clamor social.

En este sentido no podemos dejar de lado la letra de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuyo Preámbulo dice: “Consideramos que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe (...) en la dignidad y el valor de la

persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (Garzón, 2006, p. 22).

Los Presupuestos Materiales de la Prisión Preventiva

De acuerdo a Palacio Dextre (2011) quién señala los presupuestos materiales de la prisión preventiva que está tipificado en su artículo 268 del NCPP y que son los siguientes:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vinculó al imputado como autor o participe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que: i.- tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga). ii.- Tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). (pp. 424,425).

Si bien es cierto, El Poder Judicial mediante la Casación N° 626- 2013- Moquegua establecido por La Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú, con fecha 30 de junio de 2015, La Sala Penal Permanente en su considerando vigésimo cuarto señalaron lo siguiente:

En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción, ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años, iii) De peligro procesal, iv) la proporcionalidad de la medida, v) la duración de la medida. (p. 22).

Precisamos, que esta casación es fijada como doctrina vinculante, el fiscal como parte persecutora del delito, en el instante de hacer el requerimiento de la prisión preventiva, debe estar cada uno de estos presupuestos bien sustentos punto por punto y que ello debe estar acorde con la constitución y los demás ordenamientos legales vigentes nacionales e internacionales.

En efecto, llegado su momento en la audiencia de prisión preventiva, su abogado del procesado actuara en base a derecho deberá analizar todos los fundamentos expuestos por la fiscalía en su requerimiento y contradecirlas a fin de que el juez pueda escuchar a las partes y tomar una decisión y el juez debe realizar la

convencionalidad de las normas debido a que el Perú es parte del Pacto de San José de Costa Rica, así que toda decisión emitida por la Corte Interamericano de Derechos Humanos es vinculante para nuestro ordenamiento interno.

Se considera que la prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa y que de ser aplicada de manera arbitraria afecta la dignidad humana. En este sentido para que pueda fundarse la prisión preventiva deben concurrir todos los presupuestos establecidos en la norma y que cada presupuesto deba estar debidamente justificada y fuertemente argumentada. En efecto si concurren los elementos materiales de la prisión provisional podrá imponerse la medida coercitiva de la prisión preventiva.

Así, Ureta (2012) señala que: “los argumentos son medios para llegar al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez. Un argumento puede tener una fuerza racionalmente motivadora (condiciones internas) si es válido” (Ureta, 2012, p.19). En varios casos, los argumentos de la fiscalía no son contundentes, pero los jueces declaran fundado el requerimiento de prisión provisional sujetándose en su criterio de razonabilidad y discrecionalidad y con ello se transgrede al Pacto de San José de Costa Rica. Debido a que el juez no toma en cuenta las sentencias resueltas por la Corte.

En este sentido, en atención a la problemática expuesta, El Consejo de Nacional de la Magistratura, Mediante resolución N° 120-2014 – PCNM de fecha 28 de mayo de 2014, señala de manera clara en su fundamento 11 lo siguiente:

Que las resoluciones y dictámenes fiscales deben ser ordenados, claros, llanos y caracterizados por la brevedad de su exposición y argumentación. Se trata más bien que sea suficiente, es decir, que se analicen y discutan todas las pretensiones, hechos controvertidos o las alegaciones jurídicas de las partes con el carácter de relevante. (Villasis, 2014, p. 5).

Como exige el CNM las resoluciones y dictámenes deben ser claros y puntuales y entendibles, esto queda señalado en su precedente administrativo de autoridad antes

mencionado y tienen conocimiento todos los magistrados y fiscales, en cuanto la entidad que los ratifica toma en cuenta sus resoluciones.

Ahora bien, Portocarrero (2015) hace referencia a la argumentación jurídica y señala lo siguiente:

Señala que las técnicas de argumentación jurídica y así como los métodos de interpretación, siguen y seguirán siendo los mismos incluso en tales panoramas, dado que dichos conocimientos son necesarios para llegar a una conclusión razonable y fundamentada independientemente de la forma que se exprese. (p. 383).

En nuestra opinión es importante la argumentación y que todos los jueces y fiscales deben ser capacitados sobre la correcta argumentación de una resolución.

A continuación, desarrollaremos los factores que exige la prisión preventiva y que estos deben enlazarse de manera copulativa, esto quiere decir que todos los elementos deben concurrir en un caso, y si eso no pasa no se puede aplicar la prisión preventiva.

El primero elemento de la prisión preventiva tenemos:

A. Fundados y graves elementos de convicción.

Para el requerimiento de la prisión preventiva vamos a señalar tanto el Código de Procesal Penal de 1991 que en estos tiempos ha sufrido diversos cambios en este sentido estableceremos lo siguiente:

Que para, la primera exigencia legal para fundar un mandato de detención está contenida en el art. 135, Inc. 1 del Código Procesal Penal de 1991. En él se prescribe que deben existir:

Suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. Así mediante ley N° 27226 se modificó en cuanto ya no se consideraba elementos de prueba el solo hecho de tener un cargo en el

directorio de una empresa cuando el hecho se haya sido realizado en una actividad dentro del derecho privado o como una persona de naturaleza jurídica. (Oré y Loza, 2011, p.76).

Si bien es cierto, el artículo 135 establece que tiene que existir suficientes elementos de probatorios, para determinar que el procesado o investigado pueda eludir a la justicia. En este sentido para cualquier medida provisional se requiere la concurrencia de suficientes elementos de prueba sobre el hecho incriminatorio, pero la carga probatoria no solo se debe a su acumulación sino a su justificación con el hecho delictivo.

Ahora bien, en nuestro Nuevo Código Procesal Penal del 2004, que ya no es tan nuevo, porque ya tiene vigencia en algunas cortes desde el 2004 y hasta el momento ya han pasado más de 15 años, señala: “sobre el primer elemento de la prisión preventiva en su artículo 268°, inciso 1 y dice: existan fundados y graves elementos de convicción” (Ore y Loza, 2011, p.78).

Se puede apreciar, que para que se disponga la prisión preventiva debe haber suficiente carga probatoria o indicios obtenidos por parte del fiscal en las investigaciones correspondientes a fin de acreditar los elementos de convicción que exige la norma.

En este primer elemento no hay mucho problema debido a que para que el fiscal requiera la prisión provisional, debe haber calificado previamente el delito y haber asegurado la existencia de la participación del investigado en el hecho delictivo.

Así, en este primer presupuesto la verisimilitud se puede demostrar a través de la prueba indiciaria tal como ha establecido El Poder Judicial mediante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en su casación 626-2013 Moquegua emitido por la Sala Penal Permanente, en su considerando 28 dice lo siguiente:

En caso que el Fiscal se basa en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios establecidos contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad

En este sentido, se puede determinar que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la posible participación de toda persona investigada en un hecho delictivo. Es decir, se necesita que existan elementos de convicción que fundan para la comisión de un hecho delictivo del imputado.

B. La prognosis de la pena – que la pena a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

En este segundo elemento de la prisión preventiva se considera que la prognosis de la pena, debe ser superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. En este sentido, venga conminada con una pena superior a los cuatros años de pena privativa de libertad. En esta parte el Juez tendrá que valorar, si el acusado las circunstancias personales, en la cual se cometió o se perpetuo el hecho delictivo se tendrá en cuenta los atenuantes y agravantes, de acuerdo a eso el juez puede hacer un diagnóstico de una pena probable, incluso para imponer la prisión provisional.

En nuestro sistema legal, se ha establecido de distinta manera el segundo elemento de prisión preventiva en ambos casos para imposición la prisión preventiva la pena debe ser mayor a cuatro años de pena privativa de libertad. Pero en ocasiones ha pasado que la fiscalía ha solicitado prisión preventiva para delitos que tienen una pena menor de 4 años.

Asimismo, El Poder Judicial mediante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, mediante Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ circular de fecha 13 de setiembre de 2011, señala referente a la Prisión Preventiva lo siguiente:

El Juez en esta fase análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad”. Y el mismo circular señala de manera clara y taxativa que Si no se cumple con el primer presupuesto

material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal. (R. A., 2011, p. 2).

Ahora bien, la circular citada es clara en señalar que si no cumple un requisito el juez debe imponer cualquier otra medida alternativa que prevé la norma, pero ya no se puede imponer la prisión preventiva debido a que no concurre con los presupuestos requeridos de lo contrario se estaría afectando los criterios establecidos y por tanto se desnaturaliza la figura de la prisión preventiva.

Es cierto, que la prognosis de la pena se toma en cuenta unos de los principios fundamentales y son los principios de lesividad y de proporcionalidad y también se analizarán las circunstancias tanto como las agravantes y atenuantes de cada caso concreto, para que el juez dentro de su juicio de razonabilidad y su discrecionalidad determine la pena a imponerse.

En nuestra opinión, cuando el fiscal hace la acusación pidiendo la prisión provisional por un plazo determinado, se determina que si la pena no supera los 4 años de privación de libertad no puede imponerse de ninguna manera la medida coercitiva de la prisión preventiva.

De esta manera, si la pena supera los 4 años se debe tener en cuenta la gravedad del delito y este es un elemento para que pueda dar pie a solicitar la prisión preventiva. Así, también lo ha señalado el Poder Judicial mediante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en la casación 626-2013-Moquegua emitido por la Sala Penal Permanente que señala en su considerando 32 y dice lo siguiente:

Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quién será sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, establecido en el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos. (p. 279).

Resulta claro, que el elemento se debe tener en cuenta la gravedad del delito y que la pena de dicho delito supera los 4 años para el requerimiento de la prisión

preventiva, el juez debe ser muy exhaustivo para emitir una resolución de requerimiento de prisión preventiva.

Siendo las cosas así, podemos señalar que los dos primeros presupuestos establecidos en la norma se refieren específicamente al *fumus boni iuris*. Es decir, si en un caso no concurre los tres elementos establecidos por la norma no se puede aplicar la medida gravosa.

Así lo ha establecido, el Tribunal Constitucional (2002). En el expediente N° 0808-2002-HC-TC, de fecha 08 de julio del 2002, que hace referencia al artículo 135 del Código de Procedimientos Penales de 1991 y señala lo siguiente: El artículo 135 CPP señala los requisitos deben concurrir a efecto de que el mandato de detención no se considerado arbitrario. “Estos requisitos son: que exista prueba suficiente (*fumus boni iuris*), peligro procesal y que la pena probable a imponer sea superior a los cuatro años (*periculum in mora*)” (Tribunal Constitucional, 2002, p. 1).

En muchos casos, se ha utilizado la prisión preventiva en el proceso por faltas siendo esto compatible y desproporcional, debido a que en cada caso se debe realizar cuidadosamente la proporcionalidad junto a la gravedad del delito en bien jurídico protegido.

En este marco de discusiones, la existencia de prueba suficiente no determina su culpabilidad del procesado, porque mientras el proceso no concluye y no habiendo una resolución o sentencia firme con calidad de cosa juzgada, existe el derecho de presunción de inocencia en todo procesado por un hecho delictivo

Así para el profesor Del Rio (2016) considera que:

La prisión preventiva, cuando existe una base probatoria sólida, en la medida que mayor es la posibilidad de que la consecuencia jurídica que se pretende asegurar sea ejecutada en la sentencia. Establecer la obligación judicial de solo aplicar la prisión preventiva, a aquellos casos en los que existan fundados y razonables elementos de convicción, involucra una amplia discrecionalidad para establecer cuándo se cumple con dicho requisito. (p.168).

Como se observa, para la doctrina respecto al segundo presupuesto el juez encargado de la causa debe realizar un análisis bien detallado sobre la posibilidad imponer la pena al procesado, para ello el juez debe realizar y tener en cuenta los principios básicos del derecho penal como el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad a fin de que el juez pueda emitir una decisión que se ajusta a derecho y bajo los parámetros establecidos.

En este sentido, si el juez no cumple con el fin con lo señalado anteriormente al momento de dictar una medida provisional de prisión preventiva será totalmente desproporcional arbitrario y se vulneraría el derecho de presunción de inocencia y peor aún iría contra los principios básicos del derecho penal cuando se impone la prisión preventiva a un procesado cuando el delito no es de gravedad y este no supere los cuatro años de pena privativa de libertad.

Es importante destacar que hay una postura sobre la prognosis de la pena y nos referimos a Burgos Mariños quien en su trabajo. Principios rectores del nuevo código procesal penal, en el libro de Cubas Villanueva, Víctor y otros, en el libro El nuevo proceso penal, Estudios fundamentales.

Del Rio (2016) señala que:

Burgos Mariños aboga por la supresión de este requisito. Sostiene el autor que es un requisito que responde a una fuerte cultura inquisitiva, porque al prever una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad, los jueces asumen como obligatoria la imposición de la prisión preventiva. En la opinión de San Martín Castro, quien no aboga por la supresión del requisito, sostiene que la imposición del criterio de 4 años de pena privativa de libertad, se introdujo con la esperanza de reducir decididamente los encarcelamientos preventivos. (p.185).

Si, bien Burgos aboga por la supresión de este presupuesto de la prognosis de la pena en cuanto responde a tradición inquisitiva, en este sentido, estamos de acuerdo debido a que los jueces hacen una interpretación errada de este presupuesto, en base que la norma dice que sea superior a cuatro años los jueces no hacen ponderación de ello y lo asumen como una regla de manera inmediata.

Asimismo, en la opinión de San Martín Castro citando por el profesor Labarthe que señala que el criterio de 4 años de pena privativa de libertad, que tuvo como fin reducir los encarcelamientos, pero en la práctica los jueces no realizan o no tienen un criterio de cómo se debe interpretar la norma y no asumir tal cual dice la norma y todo juez ante el requerimiento de prisión preventiva debe tener en cuenta su excepcionalidad.

C. El peligro procesal

A nuestra consideración el tercer elemento de la prisión preventiva es la más trascendental en la aplicación de la medida de coerción personal y nos referimos al peligro procesal. Este tercer presupuesto vital tiene dos componentes esenciales y la norma lo expresa de la siguiente manera.

Artículo 269° del Código Procesal Penal de 2004; para calificar el peligro de fuga , el Juez tendrá 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.

Artículo 270° del Código Procesal Penal del 2004: Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente ase comporten de manera desleal o reticente. 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El peligro de fuga es un elemento de peligro procesal en donde el juez hará uso de la ponderación y la racionalidad. El juez ante un hecho concreto de la comisión de delito y debido al antecedente del procesado, y el grado de imputación y habiendo cometido un delito grave en la cual tal vez la pena sea superior a 25 años de pena privativa de libertad y al pensar que pueda ser declarado culpable y una imposición probable requerida por el fiscal decide fugarse sin asistir al proceso.

Dentro del primer supuesto el arraigo en el país, determinado por los siguientes factores; el domicilio, la residencia habitual, el asiento de la familia. Está íntimamente ligado de cuáles son los factores del procesado para que pueda afrontar el proceso en libertad y sus motivos para no eludir el proceso en este sentido no es muy concreta la norma cuando se materializa el arraigo y que hay que demostrar simplemente se limita a señalar.

En el segundo supuesto en relación a la gravedad de la pena, se entiende que el bien jurídico lesionado o dañado, es decir la escala de afectación y el comportamiento del investigado en el proceso y su colaboración con ello a esclarecer en la brevedad posible colaborando constantemente con la administración de justicia son esos factores que tiene que analizar el juez para imponer la medida provisional de prisión.

La mayoría de los jueces en sus resoluciones se basan en este precepto la condición del procesado es decir señalan que se funda al no haber condiciones que pueden asegurar el desarrollo del proceso y el peligro de fuga es latente debido a que no cuenta con arraigo el procesado, en varias ocasiones sean señalado el que el investigado no tenga familia es no tener un arraigo. En este sentido es necesario fijar límites y criterios sobre el arraigo de la prisión preventiva para su aplicación en cada caso concreto.

En este sentido, Ore y Loza (2011) citan al destacado Alberto Binder a fin de que:

El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación del que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: La policía, los fiscales, la propia justicia. (p.81).

Se entiende pues, que para Binder el entorpecimiento de la investigación no es un factor determinante debido a que el monopolio de administración de justicia lo tiene el Estado, coincidimos en el sentido que el Estado con diversos medios para asegurar la presencia del imputado en el proceso sin llegar a la detención de la prisión preventiva.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista el peligro de fuga se manifiesta en base a la detención o al requerimiento de la prisión preventiva, si realmente se respetaría la presunción de inocencia no se puede admitir la prisión preventiva y es casi seguro que el procesado asistiría con toda normalidad durante todo el proceso y defenderse de manera eficiente hasta un día antes de su lectura de sentencia.

Evidentemente, el juez analiza la habitualidad y la reincidencia en el procesado, es preciso mencionar que esto va en contra de la constitución y del modelo constitucional que garantiza los derechos fundamentales de todo ciudadano. Esto es, si el propio Estado no implementa política criminal para la lucha contra la delincuencia común, y son en cerrados en los centros penitenciarios sin el más mínimo cuidado de su integridad personal, esto deslegitima la finalidad asumida por parte del Estado en reinserción del sujeto investigado.

En este sentido, el juez necesariamente no siempre debe imponer la prisión preventiva, para ello debe tener en cuenta la suficiencia probatoria y que, de los documentos presentados por la fiscalía como medios de prueba recabados en las diligencias preliminares, a criterio del Juez no son relevantes, en esas situaciones el juez no debe imponer la prisión preventiva. En la actualidad debida a la presión de

los medios de comunicación los jueces muchas veces no tienen otra salida que imponer la medida provisional de prisión preventiva.

En este sentido, el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la Casación N° 626-2013 emitido por la Sala Penal Permanente que se considera como doctrina jurisprudencial vinculante en su vigésimo tercero considerando señala lo siguiente:

La motivación es la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte. Dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible, b) Regla de la lógica y argumentación., c) Congruencia, d) Fundamentación jurídica, doctrina y jurisprudencia entre otros. (p. 22).

En este sentido, si una resolución no cumple con los requisitos establecidos en esta doctrina jurisprudencial vinculante sobre la motivación de viene en una resolución que afecta derechos fundamentales del procesado y se manifiesta claramente el uso arbitrario de la resolución de la prisión preventiva, esto debe ser drásticamente sancionado en las instancias correspondientes, porque no se puede permitir que un juez que desconozca estos temas tan elementales administre justicia.

En este sentido, los fiscales deben sustentar de manera fehaciente su requerimiento de prisión preventiva debe estar debidamente acreditado. Así para que el procesado en audiencia de requerimiento puede defenderse de manera eficiente bajo los principios de igualdad de armas, contradictorio y adversarial, asimismo cuestionar todos los elementos de prueba presentado por el fiscal, siendo el juez quien deberá emitir una resolución debidamente motivada habiendo valorado y escuchando a ambos en audiencia.

D. Criterio para determinar el peligro de fuga

- a. El arraigo:** Se puede entender las condiciones en que va afrontar el procesado, es decir cuáles son los motivos para que él no pueda escaparse, es decir si cuenta con un trabajo, si tiene familia, si tiene hijos, para que no pueda huir a otro lugar.

Así, El Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 631-2016–Arequipa, emitido por la Sala Penal Transitoria, que en su considerando sexto segundo párrafo señala lo siguiente:

Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y en su caso, la condena correspondiente. (Casación, 2015, p. 5).

En nuestra consideración, sostenemos es que los jueces no valoran bien el peligro de fuga y el arraigo del procesado para declarar fundada el requerimiento de prisión preventiva por parte de la fiscalía, porque aquí está el verdadero problema de la desnaturalización de la prisión preventiva, y se afecta de manera reiterado causando un daño irreparable al imponerse la medida coercitiva de carácter personal.

En este sentido, entendemos por arraigo en lugar donde vive el procesado y tiene vínculos cercanos con sus familiares o laborales. Asimismo, La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en su en la Casación 626-2013-Moquegua, emitido por la Sala Penal Permanente pone como “ejemplo que el ser extranjero no genera la aplicación de la prisión preventiva” (p.29).

Es decir, el ser extranjero no necesariamente quiere decir que no tiene arraigo. Este requisito debe ser valorado de manera conjunta con otros presupuestos de la prisión preventiva, para definir o determinar si es posible el peligro de fuga en un caso concreto.

b. Gravedad de la pena

La gravedad de la pena debe quedar establecido que no es un presupuesto de la prisión preventiva sino un criterio para evaluar el pedido de prisión preventiva para la imposición de la medida coerción personal, en este sentido la gravedad de la pena es un dato netamente objetivo.

En este sentido, el procesado teniendo conocimiento del delito que se investiga y sabiendo la pena, el imputado puede tener una posible condena, esto elevaría el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso.

c. La gravedad del daño causado

Se puede inferir por este criterio a nuestra opinión se refiere al daño ocasionando al bien jurídico protegido y se relaciona con la voluntad del imputado que determina de manera voluntaria frente a la víctima.

El aquo debe tener en cuenta al momento del requerimiento de la prisión preventiva y durante la audiencia debe evaluar la magnitud del daño ocasionado a su víctima y su ausencia o negativa de parte del procesado para poder resarcirlo.

En este sentido El Poder Judicial, mediante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en su Casación 626-2013- Moquegua emitido por la Sala Penal Permanente, ha establecido en el considerando Cuadragésimo octavo lo siguiente “En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencias a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena imponer” (Casación, 2015, p.32).

d. Conducta procesal del imputado

Este criterio está relacionado directamente con la conducta del imputado a lo largo del proceso de investigación, el procedimiento anterior, esto determina la conducta del imputado y el interés por colaborar con la justicia y que haya recurrido a todos los requerimientos de la fiscalía.

Debe quedar establecido, que nada tiene que ver la conducta en un anterior proceso y en este criterio el juez debe valorar las actuaciones inmediatas optadas por el investigado a fin de determinar o desvirtuar el peligro de fuga de obstaculizar el proceso o intentar fugar para evadir su responsabilidad.

Es a nuestro criterio, el más fundamental para evaluar la conducta a lo largo de todas las diligencias programadas y llevadas a cabo y si ha colaborado con la justicia de manera continua y siempre se pone a derecho frente a cualquier requerimiento.

e. La pertenencia a una organización o banda criminal:

Nuevamente citamos a la casación N° 626-2013-Moquegua señala en su quincuagésimo séptimo la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once –P-PJ que señala:

La pertinencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave de la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en la obstaculización probatoria. (p.35).

En este criterio se analiza si el investigado pertenece o a pertenecido a una organización criminal que permite valorar el peligro procesal del investigado en cada caso y si es que hay algún indicio sobre el riesgo de obstaculizar el proceso.

Así, El Tribunal Constitucional del Perú (2014). Expediente N° 04163-2014-HC-TC de fecha 25 de enero de 2017, en su fundamento diez señala lo siguiente:

La Sala superior analiza la existencia del peligro procesal en cuanto a obstaculizar la averiguación de la verdad o peligro de obstaculización el cuál se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, lo que puede manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios. (Habeas Corpus, 2014, p. 4)

Marco normativo de la medida de la coerción personal – Prisión Preventiva

En esta parte del trabajo, debemos, definir el concepto de la prisión preventiva, se encuentra regulado dentro nuestro marco normativo en el artículo 253 del Código Procesal Penal en donde se establece sus principios y su finalidad y queda redactado de la siguiente manera. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.

Así, nuevamente establecemos que la aplicación de la prisión preventiva o cualquier otra medida de restricción tiene que estar de acuerdo al principio de proporcionalidad, racionalidad, y, debe aplicarse en todo el caso, en cuanto todos los casos tienen cosas diferentes.

Ahora bien, la mayoría de los jueces no realizan el bloque convencionalidad, empezando por el respeto de la constitución, la jurisprudencia de la constitución, el estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia en relación al derecho a la libertad de la persona, la presunción de inocencia y la prisión preventiva.

Así para, Asencio (2010) define que la prisión provisional:

Consiste la prisión provisional en una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto imputado, y que se adopta en el seno de un proceso penal por la autoridad judicial a los efectos de garantizar fines adecuados a la Constitución y previstos expresamente por la Ley. (p.1856).

En la práctica para los jueces la constitución es un papel escrito y que los derechos positivizados y reconocidos no tiene peso alguno. Si bien, se puede restringir un derecho fundamental solo cuando existan suficientes elementos de convicción, es este sentido, el mensaje es claro, ningún derecho es ilimitado, debido a que puede ser restringido dentro de un proceso penal.

Así, lo ha dispuesto el Poder Judicial (2013). Expediente N° 405-2013 del Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Coronel Portillo de la Corte Superior de Ucayali al emitir el auto de Prisión Preventiva en la que cita a Peña Cabrera (2011) y señala lo siguiente:

Y que define sobre la prisión preventiva debe constituir una medida de última ratio, que sólo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas. Circunstancias que deben condecirse con un estado de cosas que revele graves indicios de criminalidad, criminalidad referida a injustos graves, y tomando en consideración a un imputado que, por sus particulares características, no esté dispuesto a someterse libremente a la coacción estatal o que manifiesta una conducta poco colaboradora para el esclarecimiento de los hechos, es decir, obstruccionista con respeto a las pruebas. (Auto de Prisión Preventiva, 2013, p.59)

Asimismo, de acuerdo a su criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú (2011). Expediente N° 01014-2011-PCH/TC-Tacna de fecha 28 de junio de 2011 señala en su fundamento 2 lo siguiente:

Que la detención judicial comporta una medida provisional que como última ratio limita la libertad física, pero no por ello puede ser inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, pues la prisión preventiva es una medida provisional por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del imputado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentra justificada, cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. (Habeas Corpus, 2011, p.2).

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional se refiere a una medida provisional, pero cual es plazo para una medida provisional es de nueve meses, dieciocho meses, en ese tiempo una persona privada de su libertad, pierde muchas cosas, como su familia, trabajo, la unión de su familia, el futuro de sus hijos muchas veces se pueden truncar los sueños de sus hijos y destruye la vida del mismo.

Para optar este tipo de medida es netamente responsabilidad del ministerio público porque que busca asegurar el éxito del proceso penal, perjudicando la libertad de un ser humano que está inmerso en una investigación, eso no debe ser una excusa para afectar derechos fundamentales reconocidos en la constitución.

El Marco Normativo se encuentra en el Código Procesal Penal en el artículo 268 del 2004 que señala lo siguiente:

Artículo 268: El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos, se ha posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos.

i.- Que existen fundados y graves elementos de convicción, para estimar razonablemente, la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. ii.- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y. iii.- 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). El marco normativo antes señalado fue extraído del libro de Prisión Preventiva y Medidas Alternativas. (Del Rio, 2016, p.157).

Definición de la Prisión Preventiva - Prisión Provisional

Si bien, se ha mencionado algunos conceptos de prisión preventiva, desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y algunos autores, en esta parte señalaremos algunos conceptos sobre el tema investigado relacionado a la prisión preventiva.

En este sentido, Gimeno (2012) señala sobre la prisión preventiva lo siguiente: “la prisión provisional o prisión preventiva solo puede ser adoptada por los órganos judiciales, recae sobre un derecho fundamental, es el derecho a la libertad y su

aplicación debe ser objetivamente justificada para obtener su cumplimiento” (pp.624, 625).

En esta misma línea, Del Rio (2016) señala: “La prisión preventiva es una medida cautelar, dispuesta por resolución jurisdiccional en un proceso penal que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo y la eventual ejecución de la pena” (p.45).

En esta misma línea, Jauchen (2012) señala:

El principio de inocencia está íntimamente ligado a la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, y por tener ambos rangos constitucionales, le legislador está obligado a adecuar las leyes reglamentarias, esto es, los códigos de procedimientos, a estos postulados, no pudiendo alterarlos ni restringirlos, sino por el contrario, extremar el celo de técnica legislativa para que cada norma y cada institución procesal sean resortes eficaces para la tutela de su ejercicio. (p.183).

Pues bien, en palabras de Arbulú (2017) establece lo siguiente:

La Corte Suprema ha hecho un esfuerzo para unificar la interpretación judicial sobre los criterios de aplicación de la polémica prisión preventiva, es esencial mantener la finalidad de la prisión preventiva, la cual se materializa en el aseguramiento del proceso para que llegue a su término en un plazo razonable, protegiéndose también a las fuentes de prueba. (p.204).

Es preciso señalar el aporte de Salvador (2017) que señala:

Que la comisión de Derechos Humanos en su “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” de julio de 2017, en su numeral 51, ha mostrado su preocupación sobre la ampliación de los plazos de la prisión preventiva en la legislación peruana para los casos de criminalidad organizada, dispuesto por el Decreto Legislativo n° 1307” debe adoptarse medidas necesarias para que las investigaciones concluyan en tiempo oportuno y no dar lugar a la arbitrariedad. (p.249).

Es preciso señalar, el aporte del jurista Asencio (2010) que define sobre la prisión provisional:

Es una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto imputado, y que se adopta en el seno de un proceso penal por la

autoridad judicial a los afectados de garantizar fines adecuados a la Constitución y previsto expresamente por Ley. (p.185).

Así, para Oré y Loza (2011) respecto de la prisión preventiva señalan lo siguiente:

La detención judicial o prisión preventiva es una medida cautelar que limita la libertad física, pero no por ello es, perse, inconstitucional, pues no conlleva una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado. Su imposición se justifica legalmente, siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. (p.65).

Bajo este lineamiento Llobet (2016) señala:

Que la prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que haya a obstaculizar la averiguación de la verdad. (p. 27).

Los Sujetos habilitados para requerir e imponer la prisión preventiva

Si bien es cierto, quién solicita la prisión preventiva es el Fiscal a cargo del caso, una vez que haya juntado todos los elementos de convicción y de acuerdo a los presupuestos exigibles para la prisión preventiva, solicita la detención provisional del imputado al Juez de la jurisdicción competente.

El juez en una audiencia dentro de un plazo bastante corto pueda determinar si es procedente o no procede la prisión preventiva para el imputado. En este sentido, debe quedar claro, quién solicita la medida de coerción personal es el fiscal y quién resuelve el pedido de la medida es el Juez. En esta línea, tenemos dos sujetos habilitados: El fiscal quien lo requiere y el otro sujeto es el que resuelve el pedido nos referimos al Juez.

En este sentido, se puede determinar, que la prisión preventiva se empieza con el requerimiento del fiscal y resuelve el juez y su decisión se manifiesta en una resolución de carácter provisional, en donde el juez señala el plazo de la prisión

preventiva y los fundamentos por los cuales acepta el requerimiento hecho por el representante del Ministerio Público.

En este sentido, la prisión preventiva siempre tiene que ser para un delito de gravedad en especial. Ahora bien, dentro de un proceso penal quién tiene total legitimidad para imponer la prisión preventiva es el Juez y en delitos muy graves en el nuevo código procesal penal, puede ser un colegiado es dependerá de la gravedad del delito.

Esto está establecido el en Código Procesal Penal del 2004 que en la actualidad ya no tiene nada de nuevo.

La Prisión Preventiva desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debemos enfatizar, que la prisión preventiva no es una regla de aplicación general, su aplicación es de manera excepcional, que se aplica o se condiciona al procesado para que pueda asegurar su presencia dentro del proceso penal.

En esta etapa, citaremos algunos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Prisión Preventiva, en la que ha señalado de manera reiterativo que la prisión preventiva es excepcional su aplicación.

En el Caso López vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006, señala la Corte Interamericana de derechos humanos en relación a la arbitrariedad y la prisión preventiva:

El artículo 7.3 de la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que puedan ser legales pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales. 67.- prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensable en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. 68.- legitimidad de

la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. (p. 39).

Ahora bien, en el Caso Bayarri vs Argentina en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), señala sobre la prisión preventiva en los siguientes párrafos de la sentencia:

69 Este Tribunal ha observado que la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática. (p. 21). Como se observa para este fundamento la Corte cita el Caso Acosta Calderón vs Ecuador, y otros

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha vuelto pronunciar nuevamente sobre la prisión preventiva en la sentencia del caso Usón Ramírez vs. Venezuela de fecha 20 de noviembre del 2009 – (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y determina lo siguiente:

Los representantes alegaron que tanto la sentencia definitiva como las resoluciones judiciales respecto de la prisión preventiva (del señor Usón Ramírez), mientras durara el proceso, carecieron de motivación suficiente. (..)144.- Asimismo, el Tribunal ha indicado que al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impediría el desarrollo del procedimiento ni eludiría la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (pp. 33,41).

Para el presente párrafo la Corte cita varias sentencias emitidas por su jurisdicción, como son. Caso Suárez Rosero, Caso Bayarri, Caso Acosta Calderón, Caso Chaparro Álvarez entre otros.

Nuevamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha vuelto a pronunciar sobre la prisión preventiva, en el Caso J. VS Perú, sentencia de fecha 27 de noviembre del 2013 y señala lo siguiente:

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que la regla general debe ser la libertad del procesado mientras que se resuelva acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de privación preventiva de la libertad a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso, esto es, para asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un procesado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (p.51) En este caso, la Corte también ha citado los casos Suárez Rosero, Caso Barreto Leiva. Casó Tibi vs Ecuador entre otros casos.166.- La Corte ha señalado que una orden de prisión preventiva arbitraria, puede generar una violación a la presunción de inocencia. El principio de presunción de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Este Tribunal ha establecido que para que se respete la presunción de inocencia, al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la convención. (p.54).

Por último, citaremos el reciente emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Arguelles y otros vs Argentina, cuya sentencia data de fecha 20 de noviembre del 2014 – (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en esta sentencia el Corte también se pronuncia sobre la prisión preventiva en este contenido:

Cabe señalar ahora que una detención o prisión preventiva debe estar sometida a una revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que impone la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe. (p.34).

Ahora bien, las sentencias señaladas anteriormente, son sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han desarrollado algunas presiones sobre la prisión preventiva en los diferentes casos, como puede observarse la medida cautelar de la prisión preventiva es excepcional y no es una regla y que éstas deben ser aplicadas cuando se agotaron todas las medidas alternativas. En este

sentido, su adopción de la medida cautelar de privación de la libertad de un procesado el juez debe evaluar caso por caso y que tiene que acreditar de manera clara su posición y la motivación de su resolución de lo contrario sería arbitrario.

Habiendo desarrollado, entorno a la prisión preventiva aún no puedo comprender en un Estado derecho en donde se busca proteger al máximo al individuo, frente al poder punitivo absoluto que recae en el Ministerio Público, que si no se prestan las garantías necesarias al procesado será aplastado como una sabandija.

En la actualidad se puede percibir que hay jueces garantistas y no garantistas denominado jueces caneros, que no les importan el ciudadano investigado se escudan el principio de la discrecionalidad y la subjetividad del juez para mandar a prisión provisional al personal investigadas sin hacer ningún análisis constitucional de los derechos reconocidos en nuestro texto constitucional y en los tratados internacionales.

2.2.2. Bases teóricas de la variable 02: La presunción en la Constitución Peruana de 1993

La presunción de inocencia se encuentra prevista en el apartado e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución vigente:

Para García (2008) señala respecto del respeto del derecho a la presunción de inocencia lo siguiente:

Desde la perspectiva histórica aparece enunciada doctrinariamente a mediados del siglo xviii por los criminalistas italiano cesare Beccaria en su libro de los delitos y las penas, en donde sostiene que "a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se le otorgó. (p. 638).

En efecto se puede observar que la inocencia de una persona de quién se encuentra en libertad gozando de ese preciado derecho, es decir que toda persona mientras no es encontrando responsable del hecho que se le imputa se considera inocente. En

este sentido es contradictorio en nuestra realidad, cuando pasa un hecho delictivo lo primero la prensa es exponer al público señalando su responsabilidad, cuando se debe entender que se presume inocente durante todo el proceso.

Así para Aburto (2014) señala que se debe entender a la libertad individual como:

Un derecho fundamental fue conquista de dos grandes momentos históricos, nos referimos a las dos grandes revoluciones occidentales, la americana y la francesa, las cuales dieron lugar al constitucionalismo moderno. en cuanto a la revolución americana tenemos como documento cumbre que reconoce el derecho a la libertad a la declaración de la independencia de 1776; mientras que, para el caso de la revolución francesa, la libertad es la piedra angular de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. (p. 17).

Landa (2010), considera que el Tribunal Constitucional sostiene:

La detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por si misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de 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 que el juzgado deba apelar. (p.44).

Como se observa el principio de presunción de inocencia se encuentra regulado en la constitución y que debe ser respetado en todo su extremo, sin alterarlos ni restringirlo debido a que es un derecho fundamental de toda persona y debe buscarse garantizarse dentro de un proceso penal y no juzgarlo de manera anticipada imponiendo la prisión preventiva.

Habiendo, señalado, con respecto a presunción de inocencia volvemos en relación a la prisión preventiva, su aplicación de la medida provisión constituye una labor extremadamente titánica y tediosa en el debate generado por su aplicación excesiva dentro del dogmática, jurídico penal.

En la actualidad, existe una discusión muy controvertido por hacer respetar los derechos positivizados y garantizados en la constitución en referencia a los derechos

individuales frente al exceso requerimiento de presión preventiva por parte del Ministerio Público utilizando el poder punitivo.

Ahora bien, debe quedar establecido, que durante mucho tiempo el ser humano ha batallado a fin de que puedan ser reconocidos sus derechos fundamentales, como es el derecho a la libertad; pero este derecho puede ser restringido cuando una persona comete un hecho o afecta un bien jurídico protegido por el Código penal, si bien es cierto que ningún derecho es absoluto, pero para que pueda privarse o limitarse un derecho debe ser debidamente motivada y justificada acorde a la constitución.

En este sentido, una respuesta inmediata es el encarcelamiento preventivo, siendo tratado como una cosa al enviarlo a la cárcel, porque en el centro penitenciario no existe política criminal de parte del Estado.

Así para, Binder (1993) señala lo siguiente:

Se refiere al derecho a la libertad y la contrapone presunción de inocencia, al afirmar, incluso, que los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, ya que la inocencia es un concepto referencial, que solo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable, ya que la situación normal de los ciudadanos es de "libertad", la libertad es el ámbito básico de toda persona, sin referencia alguna al derecho o al derecho procesal. (p. 120).

En este sentido, la prisión preventiva, se puede aplicar su adopción dentro de un proceso penal, al privar de su libertad al procesado, sin que exista una condena y en que se presume su inocencia, pero para los jueces no existe la presunción de inocencia debido a su alta carga de subjetividad el juez distorsiona la naturaleza excepcional de la prisión preventiva.

Así para Manzini citado por Ore y Loza (2011) señala:

Ha señalado sobre que es un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional, pues no cabe pretender la inocencia de un sujeto que se encuentra procesado, precisamente, por haber indicios incriminatorios en su contra. Bajo esta línea, dicho autor postula que resulta más apropiado hablar de presunción de inocencia. (p.63).

Siguiendo a Gimeno (1996) señala: “sobre, los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda, el máspreciado, y que esta es la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación” (p.15). Coincidimos con Gimeno Sendra al señalar que el derecho a la libertad el derecho más importante y fundamental de toda persona convirtiéndose en un derecho muypreciado.

En esta línea podemos sostener, que la medida de la prisión preventiva que se impone a una persona, es sin duda la más fuerte y radical de intervención del Estado, al privar a una persona de su libertad por un tiempo determinado, por un supuesto peligro de fuga que muchas veces los jueces determinan para adoptar esta medida cuando existen otros medios de coerción personal.

Los doctrinarios en la actualidad, no pueden concebir a la administración de justicia como un justo juicio, debido a que los diversos factores como, la presión mediática, la provisionalidad de los jueces, las bajas remuneraciones, la estabilidad laboral, inciden mucho en su aplicación de la prisión provisional para los procesados que están siendo investigados por un hecho delictivo, vulnerando todo sus derechos procesales y reconocidos en la constitución

Marco jurídico – normas legales e internacionales de la CADH

La prohibición de privaciones arbitraria de la libertad de todo ciudadano se encuentra regulada en el artículo 7 de la Convención, además de exigir, en su numeral 2, que toda privación de libertad sea ordenada en los casos y de acuerdo con las condiciones que la ley establece, dispone que; Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. (Párrafo 57)

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Torres Millacura y otros vs Argentina (párrafo 80)

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el Caso Gangaran Panday vs Surinam (párrafo 47)

Estas sentencias fueron extraídas de las citas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comentado por diferentes autores y comentarios de (Christian, Steiner, Patricia y Uribe 2016, p.191)

Precedentes Vinculantes sobre la prisión preventiva en el Perú

En la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Plazo Razonable de la Prisión Preventiva en el expediente N° 37771-2004-HC/TC.

En la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Libertad Personal, relacionado a la Detención Preventiva en el expediente N° 2496-2005-HC/TC

Jurisprudencia Vinculante sobre la prisión preventiva desde la Corte Suprema

La Casación N° 626 -2013 La Sala Penal ha establecido como doctrina Jurisprudencial vinculante sobre la Prisión Preventiva.

Acuerdo Plenario Extraordinario 1 del 2017 sobre la Adecuación del Plazo de prolongación de la prisión preventiva.

Marco Histórico de la prisión preventiva

La investigación que se realiza, sobre la desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia, es cuanto es

necesario realizar una breve explicación a cerca de la prisión preventiva de manera histórica a efecto de conocer un poco más sobre esta institución del Derecho Procesal Penal, que en nuestros días es muy discutido sobre su aplicación dentro del derecho procesal penal.

En este sentido, podemos señalar que la prisión preventiva tiene tres etapas y son la edad antigua; edad media; y moderna, todos los estudios realizados acerca de la prisión preventiva toman como referencia la edad antigua, así como señala:

López (2011) señala que en Grecia:

Se utilizaron como prisiones canteras abandonadas, denominadas latomías, mereciendo ser citadas las de Siracusa, donde Dionisio el viejo (S IV a. de C.) encerraba a sus prisioneros. Consistía en una profunda cavidad en la roca de alrededor de 600 pies de largo por 20 pies de ancho, en la que los presos debían soportar todos los cambios meteorológicos sin ningún resguardo y, por consiguiente existía un abandono completo de la persona existía un completo abandono de las personas (este procedimiento lo heredarían los cartagineses y, más tarde los romanos) en Grecia. Existía la “prisión por deuda”, la cárcel era un medio de retener a los deudores hasta que paguen las deudas, ejerciendo la custodia sobre los acusados para que, impidiendo su fuga, pudiesen responder ante sus acreedores, ello permitía que el deudor pudiese quedar a merced del acreedor como esclavo suyo, o bien que éste retuviera a aquél a pan y agua. (p. 36).

Los prisioneros desde la antigüedad eran tratados como una cosa, debemos tener en cuenta que el proceso penal fue muy inquisitivo. En la actualidad esa situación no ha cambiado nada y un nuevo elemento ha generado una distorsión del derecho, me refiero a la precisión mediática que influye demasiado al momento de tomar una decisión en los jueces.

En tal sentido, podemos señalar que “la prisión preventiva cuya aparición en la historia data del derecho romano, tanto en el sistema penal militar, como medio disciplinario excepcional” (Uribe, 2009, p.12). En este sentido debemos entender que la prisión preventiva siempre desde sus inicios cumple una función básica que es el aseguramiento del proceso.

Asimismo, se puede señalar que la prisión preventiva tiene sus inicios en la materia civil y señala lo siguiente:

Que había prisión por deuda y que el acreedor incluso podía matarlo para saldar su deuda, en este sentido la medida que imponía es la coerción era necesario como un

complemento para el derecho penal, entonces desde la antigüedad existía el arresto militar, el arresto civil y el arresto penal. (Monnsen, 1991, p. 213).

Asimismo, en su trabajo García sobre la pena de prisión (una perspectiva histórica) cita a Constancio Bernaldo de Quiroz quien señala:

Que son unos brazos autoritarios que dominan forcejeantes, al malhechor fugitivo o sorprendido en flagrante delito. Después, por unas cuantas horas más, es el árbol infeliz (árbol infeliz de los romanos), el pilar o el poste en que el malhechor, bien amarrado, aguarda el juicio. Por último, cuando estas escenas se repiten demasiado, todos los días, es la construcción fuerte, incómoda y desnuda, en que la dilación de los procesos forzar a que esperen semana, meses, años, enteros, los que, después de la sentencia, han de salir para que el fallo se cumpla, en forma de muerte mutilaciones, o de azotes. (p. 21).

Para el autor antes citado que desarrolla sobre la pena, se puede observar que la prisión como forma de castigo siempre ha existido desde la antigüedad es decir muchos atrás, como una forma de asegurar que el investigado pueda asistir con normalidad a todo su proceso, esto determina que incluso las marrocas que siempre poseen las personas detenida también siempre han estado presente, como las cadenas y la carceleta.

Así, Ulpiano consideraba que las cárceles deben servir no para el castigo, si no para su guarda, en tal sentido, la prisión era considerado para el jurista como un lugar para guardar a las personas que no pagaban su deuda, pero que jamás era considerada para castigar, en una tradición del derecho romano, era común que el acreedor pueda a su deudor llevarlo a su casa y arrestarlo hasta que cumpla su deuda y muchas veces esto ocurría con los esclavos.

Debemos precisar, que no debemos olvidar las clases impartidas del Derecho Romano en la universidad y lo primero que se mencionaba era la figura de los Paterfamilia quién gobernaba a su familia bajo sus normas y tenía la última palabra. Ahora bien, cuando nos referimos a la prisión preventiva como guarda de los deudores era decisión netamente de la cabeza de familia, toda la información necesaria lo encontramos en la obra clásica de Ulpiano denominado el digesto.

En este sentido, la figura de la prisión preventiva en la edad moderna, en cierta manera influye los acontecimientos importantes para la humanidad como es el la Revolución Francesa de 1789. Así en la Declaración de Derechos del Hombre y del

Ciudadano establece en su artículo 16 que señala “que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no está establecida, no tiene constitución” (Henríquez, 2009, p. 37). En esta etapa se empieza a luchar por el respeto de los derechos fundamentales desde el campo constitucional, buscando que se garantice los derechos de todo ciudadano.

Ahora bien, en nuestro sistema penal peruano en su historia ha tenido una regulación progresiva y paulatina debido a las circunstancias de los hechos y el tiempo. En esta línea, se regulo la prisión preventiva en el Código de Enjuiciamiento de 1863 siendo la primera regulación dentro de nuestro cuerpo normativo en la vía penal.

Posteriormente se regulo en el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1920, así la medida de la prisión preventiva se iba implementando con la finalidad de garantizar el proceso, y no debemos olvidar que, en aquellos tiempos, el derecho penal era muy inquisitivo.

Así, sucesivamente en el Código de Procedimientos Penales de 1940; también en el Código Procesal Penal de 1991 que fueron regulados, pero nuestro sistema penal tiene muchos cambios y muchos de estos cambios no necesariamente se hicieron para dar una solución, sino que son netamente de cuestiones políticas ante el clamor del pueblo.

Por último, se regulo en el Código Procesal Penal del 2004; en donde se establecieron sus presupuestos materiales para su aplicación en cada Código citado. Y que estos han evolucionado en el tiempo en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. En cuanto a sus presupuestos será detallado más adelante.

Como puede observar, el tema de investigación ha sido regulado desde la edad antigua hasta nuestros días, con la diferencia que en la actualidad en teoría es de naturaleza excepcional, pero en la práctica es una regla para el investigado que afronta un proceso penal por un delito, desnaturalizando desde un inicio el proceso penal y juzgando de manera anticipada.

Así para, Donna (2003), señala sobre el tema referido de la siguiente manera:

Señala que el Estado está obligado actuar sujeto a principios jurídicos fundamentales y por tanto su obligación reside en el reconocimiento y el respeto a los derechos inalienables de toda persona especialmente su libertad. El Estado no puede de ninguna manera en su legislación, alterar ni destruir los derechos fundamentales de la persona, so pena que esa legislación sea declarada inconstitucional. (p.4).

En este sentido, desde la aparición del Estado se rige por su constitución y está en obligación de garantizar los derechos fundamentales de la persona y sobre todo el derecho a la libertad a fin de que pueda desarrollarse de manera libre. Esto nos demuestra la historia como ha ido evolucionando la sociedad como Estado desde Grecia, luego pasamos a Roma en que se castigaba ojo por ojo, diente por diente, al César lo que es del César. Pero con las grandes revoluciones han contribuido a que los derechos sean reconocidos y protegidos y una de esas revoluciones es la Revolución Francesa anteriormente mencionado.

2.3. Definición de la terminología empleada

Constitución:

Originalmente, Constitución viene de constituir el Estado. Es, así, el instrumento legislativo mediante el cual se organiza el nuevo tipo de Estado, señalándose en sus artículos los principales cambios que ocurren en relación a la situación previa, tanto en materia de derechos de las personas, como de la estructura, conformación y funciones de los órganos del Estado. (Rubio, 1996, p. 36).

Derecho fundamental:

La noción de derechos fundamentales sin duda es una de las más importantes y a la vez complejas del constitucionalismo contemporáneo. Entre los principales, podemos destacar aquella que considera que los derechos fundamentales son aquellos reconocidos como tales por los ordenamientos jurídicos concretos, destacando sus estructuras antes que sus contenidos y cargas ideológicas o morales (Alexy y Bastos, 2012, p.196)

Para García (2008) define a la presunción de inocencia de la siguiente manera:

La presunción de inocencia plantea la responsabilidad de correlación y actuación a la que se encuentran sometidas las autoridades estatales, los medios de comunicación masiva y la ciudadanía, de considerar y tratar como inocente a una persona, en tanto no se dicte contra ella una sentencia condenatoria dentro de un proceso sustentado con las garantías debidas. (p.307).

Así para Llobet (2016) define sobre la prisión preventiva de la siguiente manera:

La prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue. (p.27).

Para Garcia (2012) determina que el derecho penal consiste en lo siguiente:

El Derecho Penal sustantivo puede ser estudiado, a su vez, desde dos perspectivas. En relación con su aplicación, el Derecho penal sustantivo es sistematizado por la dogmática penal. Pero el Derecho Penal también puede ser observado en atención a su mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad o al mantenimiento de las garantías jurídicas penales. (p.52).

Para San Martín (2017) referente al derecho procesal penal define de la siguiente manera: “El Derecho Procesal Penal, las reglas del proceder, no puede contradecir sistemáticamente, al realizar el derecho material, sus posibilidades y fines preventivos” (p.12).

Pena Justa para Carrasquilla (2016) señala lo siguiente:

La pena justa, que supuesta su necesidad social y política y su concreta utilidad práctica es la proporcionalidad al injusto material y a la culpabilidad, adquiere un dimensión terrenal o social concreta, un sentido práctico y utilitario que consiste en prevenir los delitos (prevención general y especial, positiva y negativa), proteger los bienes jurídicos (Individuales y sociales, básicos y funcionales). (p. 426).

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y diseño de investigación

El tipo de investigación, el diseño, al igual que la muestra, la recolección de los datos y el análisis, va surgiendo desde el planteamiento del problema hasta su finalización, y desde luego sufre modificaciones, aun cuando es más bien una forma de enfocar el fenómeno de interés. El diseño en el enfoque cualitativo es en si el “abordaje” general que se utilizará en el proceso de investigación. (Sampieri, Fernandez y Baptista, 2014)

El tipo de estudio de la investigación es básico o pura. El diseño de investigación es cuantitativo. Asimismo, describe el fenómeno social en circunstancias determinadas desde un punto de vista cognoscitivo su finalidad es de describir y desde el punto de vista estadístico su propósito es demostrar el uso desmedido de la prisión preventiva. En un hecho un hecho concreto, debido a ello se impone la prisión preventiva a diario y se describe su desnaturalización por diversos factores, en cuanto el objeto de estudio viene a ser, la desnaturalización de la prisión preventiva y su vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

3.2. Población y muestra

En la investigación, se utilizó a un grupo determinado de personas especializadas en la investigación para la población está constituida por abogados y/o abogadas, jueces en materia penal y constitucional de Lima.

Muestra

La muestra se determina, como una pequeña porción que representa a la población que está dirigida la investigación, que a partir de ello se va obtener una información privilegiada para el trabajo. Para la muestra de la investigación expuesta se utilizó el muestro probabilístico basado en el criterio del investigado

3.3. Hipótesis

Hipótesis general

La presión mediática, el clamor social y la falta de motivación de las resoluciones son los factores que inciden en la desnaturalización de la prisión preventiva y la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

Hipótesis específicas

La presión mediática está relacionada con la desnaturalización de la prisión preventiva y su vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

El clamor social de buscar justicia está relacionado, con la desnaturalización de la prisión preventiva y su vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

3.4. Variables – Operacionalización

Tipo de variable

Se define “Las variables de esta investigación son de tipo cualitativa se enmarca al “abordaje” general que habremos de utilizar en el proceso de investigación el cual es necesario para determinar los factores que caracterizan el trabajo desarrollado” (Sampieri, Fernandez y Baptista, 2014).

Siendo una investigación de tipo explicativa, existe la presencia de dos variables:

Variable independiente: La prisión preventiva

Variable dependiente: Presunción de Inocencia

Tabla 2

Operacionalización de Variables

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEMS
Variable X PRISIÓN PREVENTIVA A	Es una medida gravosa de coerción personal	Obstaculización del proceso	Cuando el procesado no asiste al proceso
		Presión mediática de los medios de comunicación	Cuando los medios de comunicación presionan para incidir en la decisión del juez
		Produce daños irreparables en el procesado.	El procesado una vez que es absuelto nadie devuelve el tiempo perdido.
Variable Y PRESUNCIÓN N DE INOCENCIA	Derecho fundamental que tiene toda persona	La Constitución garantiza y reconoce los derechos fundamentales de toda persona	La Constitución garantiza a toda persona la presunción de inocencia
		Esta reconocido en los tratados internacionales y derecho internacional	La Corte de Interamericana de Derechos Humanos reconoce y garantiza la presunción de inocencia

Variable

Variable independiente tenemos a la variable (X) que viene hacer nuestra variable independiente y es – **La Prisión Preventiva**.

Variable Dependiente tenemos a la variable (Y) que viene hacer nuestra variable dependiente y nos estamos refiriendo **a la Presunción de Inocencia**

Definición Conceptual

Prisión Preventiva: “La prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena” (De la Jara, Chávez y otros: 2013,p.10)

Presunción de inocencia: La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.

Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Por otro lado, el Principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.

Así lo ha establecido en el Caso J. vs Perú y que la presunción de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.24 de la Constitución.) – Información extraída del Tribunal Constitucional 4415-2013-TC-PHC.

Definición de Operacionales

En relación a la Prisión Preventiva

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vinculó al imputado como autor o participe 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:
 - i. Tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga)
 - ii. Tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)

En relación a la Presunción de Inocencia

Para que se puede privar de libertad a una persona de un derecho fundamental vulnerándose su presunción de inocencia, este requerimiento por parte de la fiscalía debe ser expreso y bien argumentada, cuando se declara fundada la prisión preventiva esta resolución debe estar debidamente motivada y se debe estar acorde al principio de proporcionalidad y debe contar con elementos de convicción.

Dimensiones

En relación a la Prisión Preventiva; es una medida del Derecho Procesal Penal denominado Medida de Coerción Procesal de Carácter Personal.

En relación a la Presunción de Inocencia; se refiere a un derecho fundamental reconocido y garantizado en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales y está ligado a derecho Procesal Penal.

Indicadores

En relación a la Prisión Preventiva: Esta expresado en una resolución motivada y argumentada. Esta expresada la decisión del Juez en su resolución ordenando la medida de la prisión provisional. La Prisión Provisional se relaciona de manera directa con la presunción de inocencia. Tiene efectos irreparables si se absuelto mediante una resolución del Juez. Y cuenta con sus presupuestos para acceder o aceptar la medida provisional.

En relación a la Presunción de Inocencia: Es un derecho fundamental. Si no hay elementos de convicción no se puede declarar fundad la prisión provisional de prisión. Toda persona es inocente mientras dure el proceso o se prueba de manera contundente. Se excluye la medida gravosa pues la naturaleza del derecho constitucional es garantizar la libertad y la dignidad humana.

Técnicas Utilizadas para la Investigación

Análisis de diversos documentos, se utilizó la encuesta.

Escala de Medición e Instrumentos de la Investigación

En la presente investigación se utilizó el cuestionario y análisis de otros documentos

3.5. Métodos y técnicas de investigación

Se define de la siguiente manera:

La técnica utilizada en la presente investigación es la encuesta. Las encuestas como técnica se usan en investigaciones no experimentales transversales o transeccionales, descriptivas o correlacionales - causales, ya que tienen los propósitos de unos u otros diseños y a veces de ambos” (Sampieri, Fernandez y Baptista, 2014).

De ahí que se haya preferido este instrumento frente a los otros. Esta técnica se aplicó a los jueces y abogados defensores especializados en la materia de investigación.

El método aplicado para la presente investigación es el hipotético deductivo, porque partimos de una premisa de la desnaturalización de la prisión preventiva en el derecho procesal penal, es por esa razón que el objetivo de nuestra investigación consiste en determinar que si se vulnera la presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva siendo un derecho fundamental.

3.6. Descripción de los instrumentos utilizados

Para realizar el trabajo de investigación requerimos de técnicas e instrumentos que nos va permitir obtener resultados y con ello demostramos nuestra hipótesis que son respuestas hipotéticas que requieren ser comparadas para cumplir con los fines establecidos de la investigación y los objetivos, empleando el método deductivo – analítico.

a) Técnica – encuesta

Las técnicas son procedimientos sistematizados, operativos que sirven para la solución de los problemas prácticos. Es así para nuestra investigación hemos utilizados; la observación, la entrevista, el análisis de documentos, escalas para medir, la experimentación y la encuesta.

La técnica que se utilizó en el presente proyecto es la encuesta, utilizando como instrumento para recopilar datos el cuestionario, para ello hemos recurrido a los abogados, estudiantes especialistas relacionados a nuestra línea de investigación.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1. Resultados obtenidos en la presente investigación

El objetivo de la presente investigación es determinar que el síndrome de alienación parental es una causal para la variación de la tenencia en la Corte Superior de Lima Sur en el periodo 2015. Para ello se ha aplicado un cuestionario de 24 preguntas a 10 especialistas en materia de familia y derechos de los niños y adolescentes que laboran en los cinco distritos judiciales de la Corte Superior de Lima Sur.

Los resultados se han procesado en base al programa SPSS, haciendo uso de barras gráficas, en el caso de las preguntas cerradas, y de matriz de análisis de contenido, en el caso de las preguntas abiertas.

Del reporte de la gráfica estadística y de los cuadros de matriz de análisis de contenido, como consecuencia de las cifras agenciadas del cuestionario aplicado a los especialistas, podemos contrastar las hipótesis planteadas al inicio de la investigación.

Se ha tenido en cuenta cada pregunta a través de un enunciado que se detalla a continuación:

Tabla 3

Población encuestada de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Alternativas	Encuestados
Si	11
No	5
pocas veces	4

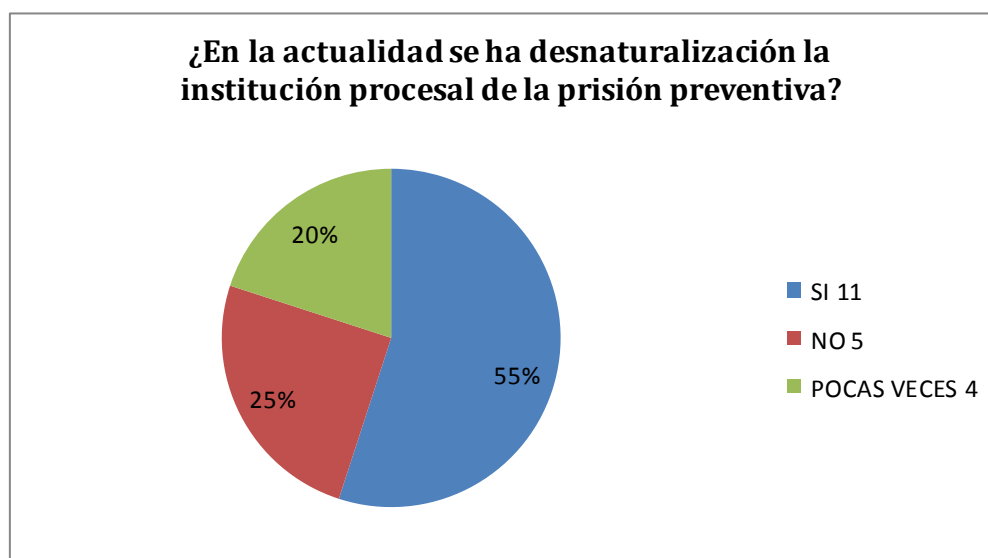


Figura 1. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 01

En la figura 01 se muestra el resultado que el 55% de los encuestados señala que en la actualidad se ha desnaturalizado la institución de la prisión preventiva frente 25% que creo no y frente al 20% que señala pocas veces, esto nos muestra una realidad bastante critica

Tabla 4

Población encuestada en la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Alternativas	Encuestados
Si	13
No	6
Pocas veces	1

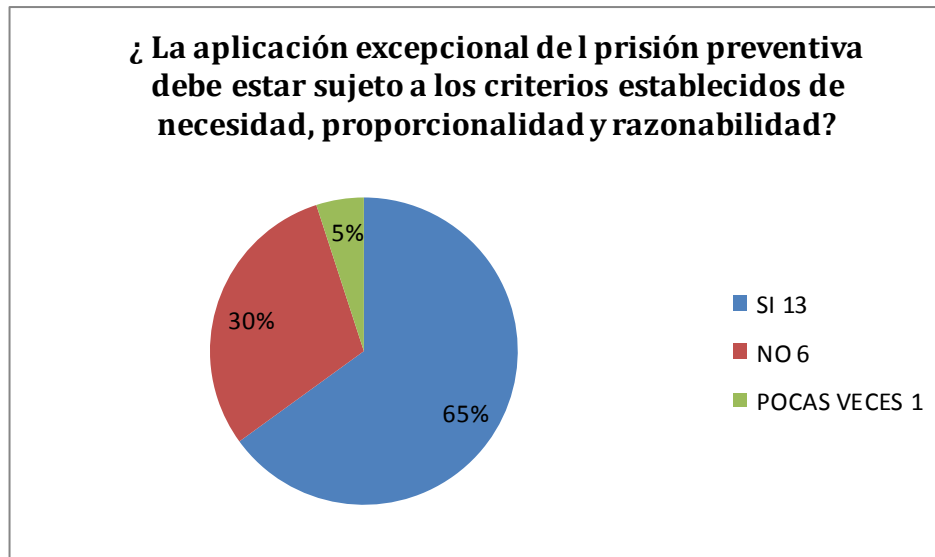


Figura 2. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 02

En la figura 02 podemos apreciar que la totalidad de los encuestados arroja un 65% que la aplicación excepcional de la prisión preventiva debe estar de acuerdo a los criterios establecidos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, frente aún 30% que tiene una respuesta negativa y un 5% que señala que son pocas veces.

Tabla 5

Población encuesta en la Corte Suprema de Justicia del Perú

Alternativas	Encuestados
Si	16
No	2
Pocas veces	2

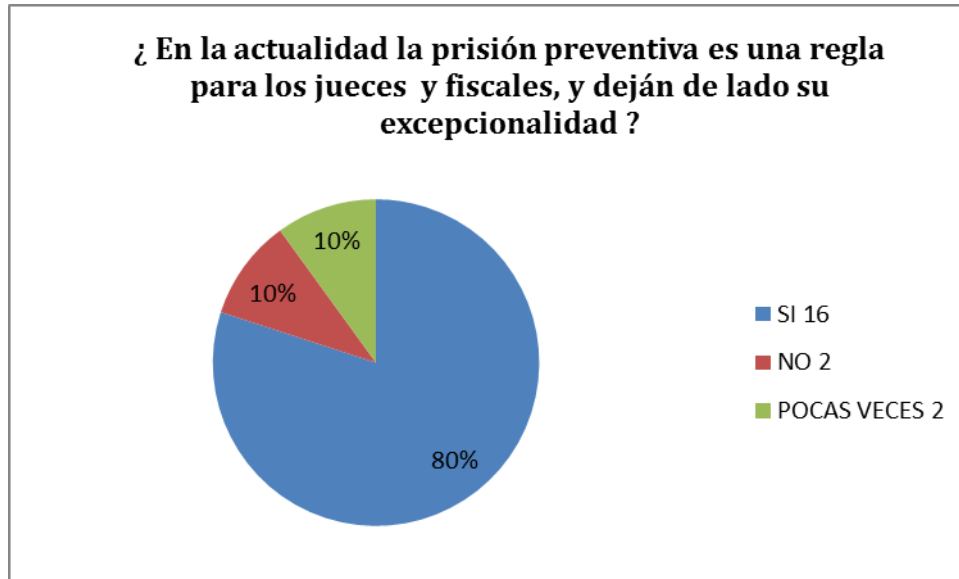


Figura 3. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 03

En la figura 03 se aprecia que el total de la encuestada señala que el 80% en la actualidad la prisión preventiva se ha convertido en una regla tanto para los jueces y fiscales, dejando de lado su excepcionalidad su finalidad y naturaleza, frente a un 10% que señala que no se ha dejado su excepcionalidad, por último, tenemos un 10% que señala que pocas veces se ha dejado su excepcionalidad.

Tabla 6

Población encuestada de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Alternativas	Encuestados
Si	18
No	1
Pocas veces	1

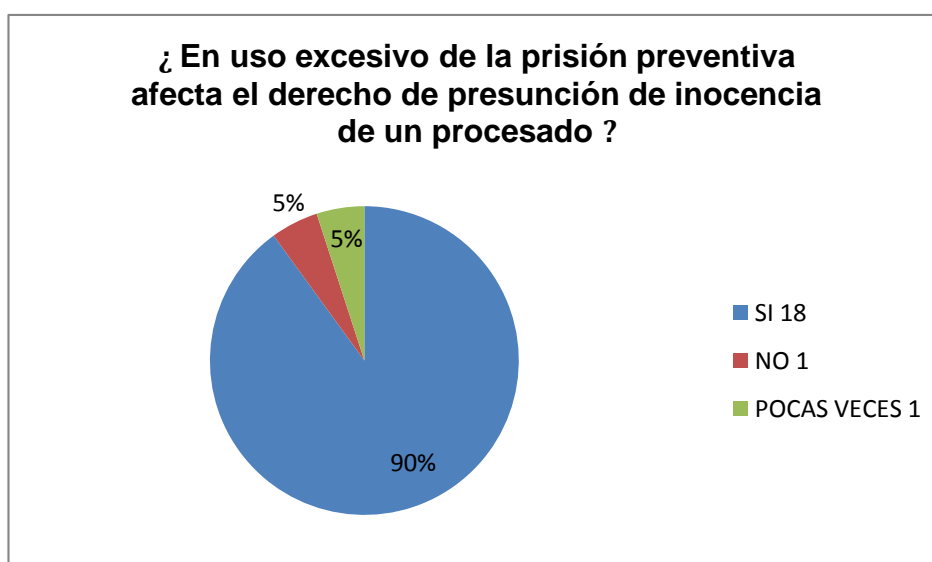


Figura 4. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 04

En la figura 04 se aprecia que un 90% de los encuestados señala que el uso excesivo de la prisión preventiva afecta a la presunción de inocencia de un procesado, frente aún 5% por ciento que tiene una respuesta negativa y por último un 5% que señala que son pocas veces.

Tabla 7

Población encuestada en la Corte Suprema de Justicia del Perú

Alternativas	Encuestados
Si	12
No	5
Pocas veces	3

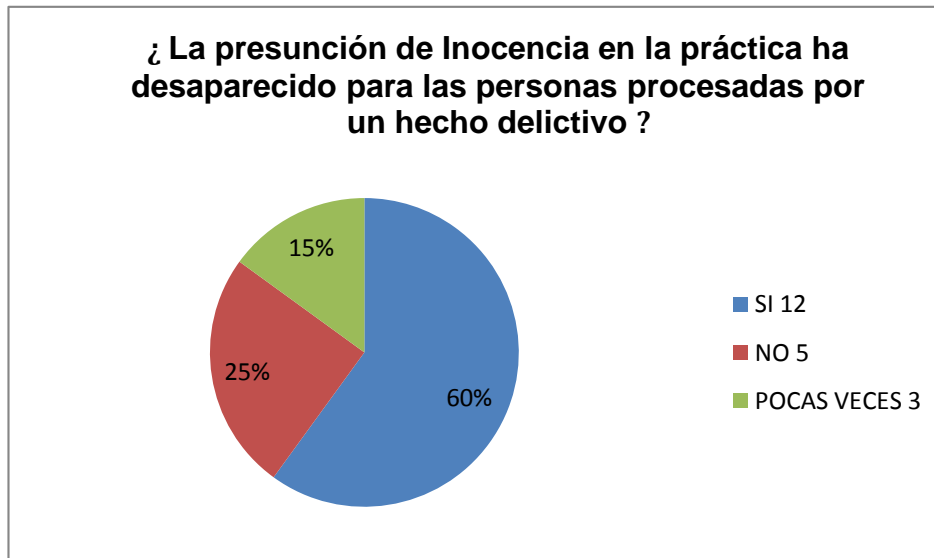


Figura 5. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 05

En la figura 05 se aprecia que de los encuestados tenemos que un 60% señala la presunción de inocencia es un derecho fundamental pero que en la práctica ha desaparecido para las personas procesadas por un hecho delictivo, frente aún 25% que señala que no y por último tenemos un grupo muy reducido de 15% que señala que pocas veces se ha realizado.

Tabla 8

Población encuestada en la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Alternativas	Encuestados
Si	14
No	3
Pocas veces	3

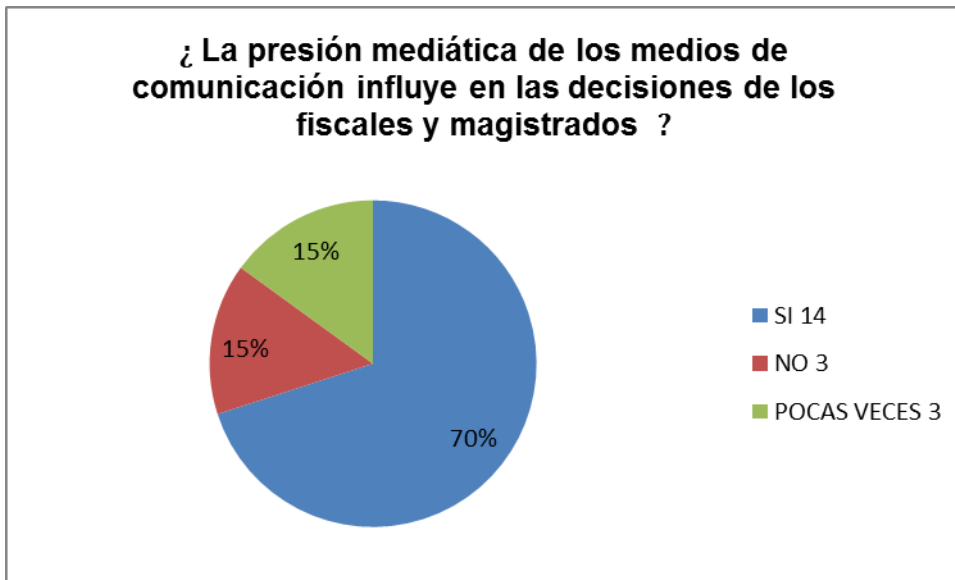


Figura 6. Resultado en porcentajes con relación a la pregunta N° 06

En la figura 06 tenemos del total de encuestados tenemos un 70% que señala que el uso de la presión mediática influye en los requerimientos de partes del fiscal y en las decisiones de los magistrados, frente aún 15% que señala lo contrario y tenemos un grupo reducido de 15% que indica que son pocas veces.

4.2. Matriz de análisis de contenido

La matriz de análisis de contenido es una técnica de análisis de documentos donde lo que se pretende estudiar son las ideas expresadas en los mismos, significado de las palabras, frases o temas a los que se pretende y/o intenta cuantificar.

Unidad de análisis

La prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico penal peruano y el derecho a la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento constitucional peruano.

Variable

La potestad de los jueces para emitir resolución sobre requerimientos de Prisión Preventiva, Principio de legalidad, debido de proceso, principio de razonabilidad y proporcionalidad que se enmarca dentro todo proceso penal.

Dimensiones

Prisión Preventiva

Es una medida cautelar netamente del derecho procesal penal.

Su aplicación es de manera excepcional y de último recurso.

Los jueces deben usar los principios de proporcionalidad y razonabilidad para aplicar la prisión preventiva y deben agotar las otras medidas de cautelares.

Presunción de Inocencia

Los jueces y fiscales deben actuar con respeto a los derechos fundamentales establecidos en la constitución y los tratados a efectos de vulnerar los derechos

reconocidos en la constitución por más que exista una presión mediática, clamor social y presión de las autoridades principales.

La alta carga de subjetividad de los jueces se vuelve muy peligrosa al momento de administrar justicia, basándose en el principio de discrecionalidad y puede cometer arbitrariedades.

4.3. Resultado – Teórico

La mayor parte de encuestados, sobre el tema de investigación consideran que la aplicación excesiva y desproporcionada de la prisión preventiva afecta derechos fundamentales de todos los procesados, así lo han señalados los diversos autores, debido a que la prisión preventiva es excepcional.

Como se observa y se corrobora en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30 de diciembre de 2013 señala que:

Ha observado entre las causas de altos índices de personas en prisión preventiva en la región: el retardo o mora judicial; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios en defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva ; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva. (Cidh, p. 34).

4.3.1. Resultados de Antecedentes

El 70% considera que se vulnera el derecho fundamental de la presunción de inocencia, siendo que al momento de dictar la medida coercitiva se expone a los procesados a una inseguridad muy peligrosa porque se junta con los sentenciados por diversos delitos, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, crimen organizado, robo agravado, feminicidio, entre otros, pero a la vez también se produce un daño irreparable cuando pasa el tiempo y es declarado inocente. La implementación del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en la actualidad tiene entre sus principios de

garantía constitucional para proteger y velar por los cumplimientos y el respeto de los derechos fundamentales y entre ellos el derecho a la libertad.

4.3.2. Resultado – norma

El 70% de los encuestados respecto al tema de investigación consideran que se vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia, cuando se declara fundado el requerimiento de la prisión preventiva, cuando no cumple los requisitos exigidos por la norma y la constitución y menos contiene una motivación adecuada y suficiente y menos existan elementos de convicción.

4.3.3. Resultado – Jurisprudencia

Como se puede percibir en la actualidad podemos tener una información del uso de la aplicación de la prisión preventiva, mediante el uso de los medios de comunicación que transmiten a diario o detallan los requerimientos de la fiscalía para la imposición de la prisión preventiva y que es declarada fundada por los administradores de justicia, tal sea podido percibir en los casos emblemáticos, como el caso Ollanta Humala, Manuel Burga, Los implicados en el caso Odebrecht, los cabecillas de las organizaciones criminales, el caso Ferrari y entre otros casos, haciendo que el hacinamiento de los penales se exceda cada día más en su capacidad y de esta manera se afecta también de manera indirecta la dignidad humana.

La hipótesis general planteada para esta investigación se denomina “El síndrome de alienación parental es una causal para la variación de la tenencia en el distrito judicial de Lima Sur periodo 2015”. Bajo este contexto se contrasta los resultados con la teoría, antecedentes, norma y jurisprudencia.

CAPÍTULO V
DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Discusión

En la hipótesis general planteada para nuestra investigación sobre la desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento penal peruano, se desarrolla en base al abuso de la aplicación de la prisión preventiva sin tener en cuenta la proporcionalidad, razonabilidad y menos tener en cuenta la naturaleza del derecho penal de su aplicación de su última ratio.

Según los resultados obtenidos mediante la estadística arrojada en cada pregunta sobre si la aplicación excesiva de la prisión preventiva afecta el derecho fundamental de presunción de inocencia, tenemos como información que si es exagerada y se vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, es necesario que se fijen criterios específicos para su aplicación sobre la prisión preventiva para que los jueces y fiscales deban tener en cuenta al momento de hacer una resolución o una sentencia y un dictamen.

En cuanto a las hipótesis específicas

PRIMERO: La desnaturalización de la prisión preventiva y su relación con el derecho de presunción de inocencia.

SEGUNDO: La aplicación de la prisión preventiva de manera arbitraria es contraria a la constitución.

5.2. Conclusiones

Primero: La aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley. En este sentido es una medida netamente del derecho procesal penal, y es una medida cautelar de carácter personal, establecido en nuestro ordenamiento penal peruano. Y no se puede desnaturalizar su aplicación para convertirlo en una regla del derecho penal y punitivo como una forma de control social.

Segundo: Las Constantes reformas de nuestro Código Penal y el Código de Procedimientos Penales y el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, toda reforma se inspira en el principio del garantismo del derecho penal y la constitucionalización del de los derechos reconocidos a los hombres por lo tanto se debe velar por cumplirlos de acuerdo a la jurisprudencia nacional e internacional.

Tercero: En efecto, el Principio de Inocencia, es un derecho fundamental reconocido en nuestro ordenamiento nacional e internacional, y se debe cumplir su finalidad por lo que toda persona debe llevar un juicio en libertad durante todo el proceso hasta que se emite la sentencia por parte del juzgador.

5.3. Recomendaciones

Primero: Se debe implementar para los jueces, fiscales unas capacitaciones permanentes sobre la prisión preventiva y su aplicación de manera excepcional en fortalecimiento de una búsqueda garantista del derecho penal. Asimismo, se debe fijar una circular tanto para los fiscales y jueces para que puedan hacer sus escritos más objetivos debidamente fundamentados y motivados tanto para el requerimiento y de parte del fiscal y para el Juez antes de emitir su sentencia. Asimismo, ambos deben hacer su cargo y descargo con elementos suficientemente de convicción para que pueda sustentar la prisión preventiva.

Segundo: Se debe fundamentar las decisiones de los jueces y los fiscales bajo los parámetros de los principios de proporcionalidad y razonabilidad y entender que la prisión preventiva es una medida muy excepcional para su aplicación contra el acusado debido a que su aplicación es de última ratio. Por tanto, se debe asumir que la prisión preventiva, no es instrumento de aplicación general para todos los casos, puesto que la prisión preventiva no tiene por finalidad reducir la criminalidad, sino de asegurar y garantizar que el procesado acuda al proceso para una eficacia del proceso.

Tercero: Se debe presentar, un proyecto de ley a fin de indemnizar a las personas que hayan estado en prisión por un error judicial de manera arbitraria por parte de los juzgadores o fiscales sin tener una motivación suficiente sus resoluciones o por otros motivos que se debe precisar en la Ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos

Arbulú, V. (09/2017). La Prisión Preventiva en la casación N° 626-2013-Moquegua, *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. (100) ,193-204.

Cusimayta, M. (12/2014). En los presupuestos procesales de la prisión preventiva como problema jurisdiccional, *Revista del Instituto Pacífico de Actualidad Pena*. (6),166-174.

Libros

Abad, S. (2016). *La Constitución*. Lima – Perú:Palestra.

Asencio, J. (2010). *Derecho Procesal Pena (5ª ed.)*. Valencia – España: Tirant Blanch.

Asencio, J. (2016). *Derecho Procesal Penal - Estudios Fundamentales*. Lima-Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires – Argentina: Ad-hoc.

Carránca y Rivas, (1974). *Derecho Penitenciario*. México: Porrúa.

Carrasquilla, J. (2016). *Derecho Penal - Parte General*. Lima-Perú: Idemsa.

Del Rio, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas*. Lima-Perú: Instituto Pacífico editores.

Donna, A. (2003). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas*. Buenos Aires-Argentina: Astrea.

Garcia, P. (2012). *Derecho Penal Parte General (2ª ed.)*. Lima-Perú: Jurista Editores.

Garcia, V. (1982). *Estudios de Derecho Peneitenciaro*. España: Tecnos S.A.

- García, V. (2008). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Lima-Perú: Jurista Editores.
- Gimeno, V. (1996). *El Porceso de Hábeas Corpus*. España: Tecnos.
- Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Navarra – España: Thomson Reuters.
- Guy, D. (2007). *La Sociedad del Espectáculo (2° ed.)*. Buenos Aires-Argentina: Kolectivo Editorial - último recurso.
- Henríquez, H. (2009). *Derecho Constitucional*. Lima-Perú: Fecat.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-hill/interamericana editores, s.a. de c.v.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires-Argentina: Rubinzal - Culzoni.
- Landa, C. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima-Perú: Palestra.
- López, M. (2011). *Los Derechos Fundamentales de los Presos y su Reinserción Social*. Alcalá de Honores – España: Des.
- Llobet, J. (2016). *Prisión Preventiva - Limite Constitucionales*. Lima-Perú: Grijley.
- Monnsen, T. (1991). *Derecho Penal Romano*. Bogotá – Colombia: Temis.
- Neyra, J. (2011). *Manual del Nuevo Código Procesal Penal y de Litigación Oral*. Lima-Perú: Idemsa.
- Oré, A. y Loza, G. (2011). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Lima-Perú: Reforma.
- Palacios, D. (2011). *Comentarios del Nuevo Código Procesal Penal, concordancia, sumillas y jurisprudencia*. Lima-Perú: Grijley.

- Portocarrero, J. (2015). *Balance y Desafíos a 20 años de funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura*. Lima-Perú: CNM.
- Rubio, M. (1996). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho (7° ed.)*. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal-Lecciones-Conforme al Código Procesal Penal del 2004*. Lima-Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Steiner y Uribe, (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Lima-Perú: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ureta, J. (2012). *Técnicas de Argumentación Jurídica-Para la Litigación Oral y Escrita*. Lima-Perú: Ediciones Legales.

JURISPRUDENCIA

Auto de Prisión Preventiva, 405-2013 (2 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Coronel Portillo de Ucayalí 19 de Abril de 2013).

Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/>

Casación - Arequipa, 631-2015 (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, diciembre de 21 de 2015). Recuperado de

<https://www.pj.gob.pe/>

Casación - Moquegua, 626-2013 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 30 de Junio de 2015). Recuperado de

<https://www.pj.gob.pe/>

Precedente Villasis, 120-2014-PCNM (Consejo Nacional de la Magistratura 28 de Mayo de 2014). Recuperado de <https://www.cnm.gob.pe/>

Resolución Administrativa, 325-2011 (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 13 de Septiembre de 2011). Recuperado de

https://www.pj.gob.pe/.../CorteSuprema/...cortes_suprema...corte_suprema/...Resoluci...

Habeas Corpus, 0808-2002 (Tribunal Constitucional 08 de julio de 2002). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00808-2002-HC.html>

Habeas Corpus, 01014-2011 (Tribunal Constitucional 28 de junio de 2011). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01014-2011-HC.pdf>

Habeas Corpus, 04163-2014 (Tribunal Constitucional 25 de enero de 2014). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/04163-2014-HC.pdf>

Revista Electrónica

Oropeza, A. (02/2018). Preisión Preventiva vs Presunción de Inocencia. Recuperado: https://kipdf.com/prision-preventiva-vs-presuncion-de-inocencia_5ab0895f1723dd419ce4a25c.html.

Cidh, (30/2012). Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva. OEA. Recuperdo de <http://www.cidh.org>

TESIS

Aimani, R., & Saboya, B. (2015). *La prisión preventiva como mecanismo de presión para que el imputado acepte una terminación anticipada en los procesos penales, Iquitos, 2013* (tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.upouni.edu.pe/handle/UPOUNI/5>

Arce, R. (2017). *La prisión preventiva y su relación con los Derechos Humano en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio* (trabajo de maestría). Recuperado de <http://www.remeri.org.mx/tesis/>

Belmares, A. (2003). *Análisis de la prisión preventiva* (tesis de maestría). Recuperado de <http://eprints.uanl.mx/5243/>

Cabana, R. (2015). *Abuso del mandato de prisión preventivo y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú* (tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.uancv.edu.pe/>

Castillo, L. (2009). *Excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador* (tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/>

Catalán, C. (2007). *La prisión preventiva y su aplicación en la ciudad de Valdivia* (tesis de pregrado). Recuperado de

<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/100039/browse?value=Universidad+Austral+de+Chile&type=subject>

Flores, R. (2016). *La violación de la presunción de inocencia en las personas privadas de la libertad y el derecho constitucional al buen vivir* (tesis de maestría). Recuperado de

<http://repositorio.uniandes.edu.co/xmlui/discover>

García, W. (2011). *La detención preventiva en el Sistema penal acusatorio colombiano y los Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (tesis de maestría). Recuperado de

<http://repository.unilibre.edu.co/>

Garzón, E. (2007-2008). *La Prisión Preventiva: Medida Cautelar o Pre – Pena* (tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/>

Limaymanta, D. y Laura, G. (2015). *La vulneración de los principios de rogación y acusatorio del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, referido a la prolongación de oficio de la prisión preventiva bajo los alcances del Código Procesal Penal del 2004 y la Ley N° 30076* (tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.upla.edu.pe/>

Sáenz, S. (2011). *Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y además Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en las Jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009* (trabajo de investigación). Recuperado de <http://www.repositorio.una.ac.cr/>

Serrano, G. (2015). *La prisión preventiva judicial y la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado en el Distrito de Padre Abad, Ucayali, 2014-2015* (tesis de magister). Recuperado de <http://repositorio.udh.edu.pe/handle/123456789/68>

Szczaranski, F. (2010). *La Prisión Preventiva como manifestación del Derecho Penal del Enemigo*. (tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107053>

Vargas, Y. (2015). *Debida motivación del mandato de prisión preventiva y su aplicación práctica en el Segundo Juzgado de Investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Puno* (tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.unap.edu.pe/discover>

ANEXOS

1) Cuestionario

CUESTIONARIO SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ – LIMA- VILLA EL SALVADOR ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Instrumento de aplicación de encuesta sobre la investigación de la Desnaturalización de la Prisión Preventiva y su afectación al Derecho Fundamental de Presunción de Inocencia.

Encuesta dirigida a profesionales del derecho: Solicito a usted muy cordialmente a efecto de responder preguntas contenidas en la siguiente encuesta sobre la desnaturalización de la Prisión Preventiva y su Afectación al Derecho Fundamental de Presunción de Inocencia, cuyas respuestas tienen fines netamente académicos a nivel universitario, agradeceré infinitamente contestar con veracidad las siguientes preguntas.

I. Preguntas del cuestionario

1. ¿Considera usted que en la actualidad se ha desnaturalizado la institución de la prisión preventiva?

SI	
NO	
POCAS VECES	

2. ¿Considera usted que la aplicación excepcional de la prisión preventiva debe estar de acuerdo a los criterios establecidos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad?

SI	
NO	
POCAS VECES	

3. ¿Considera usted que en la actualidad la prisión preventiva se ha convertido en una regla tanto para los jueces y fiscales, dejando de lado su excepcionalidad?

SI	
NO	
POCAS VECES	

4. ¿Considera usted que el uso excesivo de la prisión preventiva afecta la presunción de inocencia de un procesado?

SI	
NO	
POCAS VECES	

5. ¿Considera usted que la presunción de inocencia es un derecho fundamental pero que en la práctica ha desaparecido para las personas procesadas por un hecho delictivo?

SI	
NO	
POCAS VECES	

6. ¿Considera usted que la prisión mediática influye en los requerimientos de partes del fiscal y en las decisiones de los magistrados al imponer la prisión preventiva?

SI	
NO	
POCAS VECES	

2) Proyecto de Ley sobre la Víctimas de Prisión Preventiva.

El Congresista de la República que suscribe (...), en pleno uso del derecho a iniciativa en la formulación de leyes que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y los artículos 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República propone la ley que regula la indemnización cuando una persona haya estado en prisión por una actuación judicial irregular y desproporcional, atendiendo a los siguientes fundamentos.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1. Descripción de la realidad problemática

- a. El hacinamiento y los altos índices de personas privadas de su libertad por el uso excesivo de la institución procesal de la Prisión Preventiva, son un problema de suma importancia en nuestro país y América latina. Las personas que están privadas de su libertad muchas veces son aquellas personas que tienen escasos recursos económicos, y es una dificultad de poder acceder a una defensa técnica de manera sólida.
- b. El verdadero problema es que muchas personas están en prisión sin una sentencia definitiva y esto afecta derechos fundamentales de las personas en tanto al ser privados de su libertad, también rompen el vínculo familiar, el maltrato psicológico el proyecto de vida por el espacio que estará encerrado y demás derechos. Es importante señalar que uso excesivo de la prisión preventiva afecta el desarrollo personal y todos sus proyectos de vida.
- c. Al respecto, debemos señalar que la justicia debe estar al servicio de la población y todas las resoluciones de los

jueces deben estar debidamente motivada conforme a la constitución y las demás normas internacionales. Y que los jueces deben tener mucho criterio y razonabilidad para aplicar la prisión preventiva.

1.2. Antecedentes

- A. En el Perú, se da un conflicto o una reforma de procesal penal en la cual se implementó el Nuevo Código Procesal Penal en el 2004. El mismo que se ha implementado de manera progresiva a lo largo de todo nuestro territorio del país en la actualidad solo queda pendiente en nuestra capital.
- B. La reforma procesal penal trajo muchos cambios en la administración de justicia sobre todo en el campo penal, esta sobre todo dirigida al respeto de las garantías judiciales y sobre todo respeto por los derechos establecidos en la constitución. Entre sus principales características destaca los principios de oralidad, igualdad de armas y la contradicción
- C. Sin embargo, el panorama no ha cambiado casi en nada, sobre todo en el uso de la medida coercitiva de la prisión preventiva se ha venido incrementado de manera alarmante en los últimos años y se ha reflejado en hacinamiento de los Centros Penitenciarios.
- D. Posteriormente, se implementaron la vigilancia electrónica, como una forma de reducir el hacinamiento en los centros penitenciarios pero el costo elevado para poder acceder a ello impide a las personas que tiene escasos recursos económicos y la

eliminación de los beneficios penitenciarios en algunos delitos también es un factor que no ayuda a las políticas criminales.

- E. En los últimos los medios de comunicación ha jugado un rol muy desestabilizador en la administración de justicia, pues la presión mediática que provienen de otros órganos del Poder Público hacia los jueces; influye muchas veces en las decisiones de los jueces, sobre todo apuntando a la moral judicial, cuando los delitos son muy fuertes.
- F. En este sentido, en un Estado democrático de derecho, no se puede permitir la presión mediática para satisfacer demandas sociales solo para satisfacer de manera momentánea y muchas veces son los medios de comunicación que influyen demasiado y hacen que se distorsione la naturaleza excepcional la prisión preventiva.

1.3. Objeto

- a. El presente proyecto de la ley, propone que se declare victimas a las personas que hayan estado en prisión y que se hayan ocasionado el daño por un erro judicial, como una consecuencia del pésimo funcionamiento y de manera anormal de la administración de justicia, que darán lugar y derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la Ley.
- b. La Ley que declara víctima a las personas que fueron enviados a prisión mediante la figura de la prisión preventiva y son absueltos tiene el derecho a ser indemnizados por todo el tiempo perdido y habiéndose

afectado varios derechos fundamentales, como una manera de compensar por todo el daño sufrido

- c. El fin de la prevención general es de usar las otras medidas cautelares personales. Para aminorar la alarma social y es necesario saber la función que cumple los poderes del Estado y es necesaria que se expida una sentencia dentro un periodo razonable, para así determinar su culpabilidad o inocencia.
- d. Se debe tener presente, que ni en la prisión preventiva, ni en los derechos fundamentales garantizados en la constitución, puede utilizarse con una finalidad de dar un mensaje de ejemplaridad o mano dura, eso es un fin netamente de la pena, no debemos olvidar que la prisión preventiva es de manera excepcional y de última ratio.

1.4. Articulación Interinstitucional

- a. El Poder Judicial y la activa participación del Ministerio Público deben fortalecer su lucha incesante en la capacitación de los jueces y fiscales para evitar este atropello de derechos fundamentales reconocidos en la constitución.
- b. Los jueces deben tener mayor empeño y esmero en cuidar sus resoluciones y que éstas deben estar motivadas en derecho y conforme a la constitución

1.5. Legislación Comparada

- a. En la legislación comparada, se ha realizado una serie de implementaciones sobre los errores judiciales por parte los jueces y que de alguna manera esto

debería cambiar y frenar el abuso del uso de la prisión preventiva, como tenemos en el caso de la legislación española.

- b. En España en su artículo 121 señala que los “daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una Indemnización a cargo del Estado conforme a la Ley.”. (Tornos;1985;71)

II. ANALISIS COSTO – BENEFICIO

- a. La Propuesta planteada, permitirá garantizar el uso correcto de las medidas coercitivas personal y evitar la vulneración de los derechos fundamentales, y reducir las desigualdades, y que todos deben tener ese mismo derecho de ser respetados sobre todo la presunción de inocencia.
- b. Debemos señalar, sobre la población carcelaria, si se hace el correcto uso de la prisión preventiva bajaría en gran cantidad, debido a que toda persona investigada por un hecho delictivo se presume su inocencia mientras que no se compruebe lo contrario.
- c. Las víctimas del mal servicio que pueden recibir por parte de los juzgadores de administración de justicia, al elevarse a la categoría de víctima, harán el mejor uso de las medidas de coerción personal y que se ajustarán a derecho y que de alguna manera podrán recuperar todo lo perdido con la indemnización que será pagada por del Estado.

d. La aprobación del presente proyecto de ley no genera costo alguno al Estado.

3) Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	Variables, Dimensiones e Indicadores																				
<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿En qué medida la aplicación de la prisión preventiva como medida coercitiva vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>¿Qué factores se debe tener en consideración para la aplicación de la prisión preventiva?</p> <p>¿La presunción de inocencia es un derecho fundamental que está garantizado en la constitución?</p> <p>¿Existe una relación estrecha entre la prisión preventiva y el derecho de la presunción de inocencia en nuestra legislación?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar, que la desnaturalización y su aplicación de la Prisión Preventiva, vulnera un derecho fundamental a la presunción de inocencia.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>Oe1: ¿Determinar qué factores se debe tener en consideración para la aplicación de la prisión preventiva?</p> <p>Oe2: ¿Determinar La presunción de inocencia es un derecho fundamental que está garantizado en la constitución?</p> <p>Oe3: Determinar una relación estrecha entre la prisión preventiva y el derecho de la presunción de inocencia en nuestra legislación.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>La desnaturalización de la prisión preventiva vulnera de manera flagrante el derecho fundamental de la presunción de inocencia</p> <p>HIPÓTESIS ESPECIFICAS</p> <p>O1.- La desnaturalización de la prisión preventiva y su relación con el derecho de presunción de inocencia.</p> <p>O2.- La aplicación de la prisión preventiva de manera arbitraria es contraria a la constitución.</p>	<table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="2">VARIABLE INDEPENDIENTE: La Prisión Preventiva</th> </tr> <tr> <th>DIMENSIONES</th> <th>INDICADORES</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Es una medida de Coerción Personal</td> <td>- Es una resolución de un juez</td> </tr> <tr> <td></td> <td>- Efectos perjudiciales e irreversibles</td> </tr> <tr> <td></td> <td>- Es una medida la más gravosa.</td> </tr> </tbody> </table> <table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="2">VARIABLE DEPENDIENTE: Presunción de Inocencia</th> </tr> <tr> <th>DIMENSIONES</th> <th>INDICADORES</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Es un derecho fundamental</td> <td>- Toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario.</td> </tr> <tr> <td>Es un derecho constitucional</td> <td>- La defensa de la persona humana y la dignidad humana.</td> </tr> <tr> <td></td> <td>- Exclusión de la medida coerción personal</td> </tr> </tbody> </table>	VARIABLE INDEPENDIENTE: La Prisión Preventiva		DIMENSIONES	INDICADORES	Es una medida de Coerción Personal	- Es una resolución de un juez		- Efectos perjudiciales e irreversibles		- Es una medida la más gravosa.	VARIABLE DEPENDIENTE: Presunción de Inocencia		DIMENSIONES	INDICADORES	Es un derecho fundamental	- Toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario.	Es un derecho constitucional	- La defensa de la persona humana y la dignidad humana.		- Exclusión de la medida coerción personal
VARIABLE INDEPENDIENTE: La Prisión Preventiva																							
DIMENSIONES	INDICADORES																						
Es una medida de Coerción Personal	- Es una resolución de un juez																						
	- Efectos perjudiciales e irreversibles																						
	- Es una medida la más gravosa.																						
VARIABLE DEPENDIENTE: Presunción de Inocencia																							
DIMENSIONES	INDICADORES																						
Es un derecho fundamental	- Toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario.																						
Es un derecho constitucional	- La defensa de la persona humana y la dignidad humana.																						
	- Exclusión de la medida coerción personal																						

4) Validación de instrumentos

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señorita: **LILIANA PATRICIA ORTIZ OSPINO**

Presente

Asunto: **VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.**

Es grato comunicarnos con usted para expresarle nuestros saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que en nuestra calidad de Bachilleres, participantes del Taller de Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma del Perú, hemos elaborado nuestro proyecto de tesis titulado: **La Desnaturalización de la Prisión Preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia**, cuyo desarrollo nos permitirá optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar el(los) instrumento(s) con los cuales recogeremos los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación del(los) instrumento(s) en mención. Conocedor(a) de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, he considerado conveniente recurrir a su persona.

El expediente de validación, que le hacemos llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definición conceptual(es) de la(s) variable(s) y dimensiones.
- Matriz de operacionalización de la(s) variable(s).
- Certificado de validez de contenido del(los) instrumento(s).

Expresándole nuestros sentimientos de respeto y consideración nos despedimos de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente,


LILIANA PATRICIA ORTIZ ESPINO
DNI N° 73334894

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA VARIABLE Y DIMENSIONES

Variable: : La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia

Tiene la necesidad de contar con espacios e instrumentos apropiados para su correcto funcionamiento.

Dimensiones de la Variable:

Dimensión 1: La prisión preventiva

Indicador (1.1) Es una resolución de un juez

Indicador (1.2) Efectos perjudiciales e irreversibles

Indicador (1.3) Es la medida más gravosa

Dimensión 2: Presunción de Inocencia

Indicador (2.1) Toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario.

Indicador (2.2) No cumple con los requisitos

Indicador (2.3) Es un derecho fundamental

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLE 1:

VARIABLES	DIMENSIONAL	INDICADORES	ITEM	ESCALA DICOTOMICA
La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia	Prisión Preventiva	Es una resolución que declara fundada el requerimiento de la prisión preventiva	¿Para Usted las resoluciones que declara fundada el requerimiento de la prisión preventiva es debidamente motivada conforme a la constitución y los tratados internacionales?	
		Los efectos de la presunción tiene efectos perjudiciales e irreversibles a corto plazo	¿Cree Usted, que la prisión preventiva tiene efectos perjudiciales e irreversibles para todo imputado?	
		Es una medida del derecho procesal penal más gravosa	¿Para Usted la prisión preventiva es la más gravosa que afecta el derecho fundamental más preciado como es el derecho a la libertad?	
	Presunción de Inocencia	Toda persona es inocente mientras no se prueba lo contrario	¿Para Usted toda persona que está siendo investigada es inocente, en un estado derecho Constitucional mientras no se prueba lo contrario?	
		La prognosis de la pena	¿Para Usted considera para que pueda proceder la prisión preventiva es requisito básico la prognosis de la pena?	
		La defensa de la persona humana y su dignidad	¿Cree Usted que en un estado de derecho es importante la defensa de la persona humana y su dignidad?	
				SI/NO

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLE: LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE: PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

N°	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Suficiencia ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
	DIMENSIÓN 1									
1	Prisión Preventiva	/		/		/		/		
	DIMENSIÓN 2									
1	Presunción de Inocencia	/		/		/		/		

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁴): _____

Opinión de aplicabilidad: Aplicable [] Aplicable después de corregir [] No aplicable []

Apellidos y nombres del juez validador: Dr/ Mg/ Abog: EDISON MENCHACA TAYE DNI: 40363444

Especialidad del validador: _____

Lima Sur, 04 de Marzo de 2018

¹Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.
²Relevancia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.
³Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.
⁴Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.



 Firma del Experto Informante.

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLE: LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE: PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

N°	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Suficiencia ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
DIMENSIÓN 1										
1	Prisión Preventiva	X		X		X		X		
DIMENSIÓN 2										
1	Presunción de Inocencia	X		X		X		X		

Observaciones (precisar si hay suficiencia): SI HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad: Aplicable Aplicable después de corregir No aplicable

Apellidos y nombres del juez validador: Dr/ Mg/ Abog: GORDILLO BRICENO WILFREDO DNI: 08337343

Especialidad del validador: DERECHO PROCESAL

Lima Sur, 04 de Marzo de 2018

¹Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

²Relevancia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

³Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

⁴Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

Firma del Experto Informante.

REG. CALW 254