

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



Tesis

Para Optar el Título Profesional de Abogado

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR JUDICIAL EN LA
APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE
VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

Bach. Carem Virginia Alcántara Guevara

Bach. Anais Celeste Gamboa Carrera

Asesor:

Mg. Augusto Rolando Quevedo Miranda

Cajamarca – Perú

Febrero – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



Tesis

Para Optar el Título Profesional de Abogado

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR JUDICIAL EN LA
APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE
VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

Bach. Carem Virginia Alcántara Guevara

Bach. Anais Celeste Gamboa Carrera

Asesor:

Mg. Augusto Rolando Quevedo Miranda

Cajamarca – Perú

Febrero – 2020

COPYRIGHT © 2019 BY:
Carem Virginia Alcántara Guevara
Anais Celeste Gamboa Carrera
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR JUDICIAL EN LA
APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS DE
VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

Presidente : Christian Fernando Tantaleán Odar

Secretario : Gloria Vílchez Aguilar

Vocal : Augusto Rolando Quevedo Miranda

Asesor : Augusto Rolando Quevedo Miranda

DEDICATORIA

A Dios, porque nos ha permitido lograr nuestros objetivos con su bendición y gracia.

A nuestros padres y hermanos por su apoyo incondicional y orientación durante nuestros estudios universitarios y porque son nuestro motor para cumplir con nuestras metas.

AGRADECIMIENTO

- A Dios, pues todo cuanto somos, hacemos y tenemos viene de él.
- A un gran doctor y amigo, el Dr. Augusto Rolando Quevedo Miranda, por su apoyo en cuanto reflexiones y su tolerante revisión.
- Del mismo modo, a cada uno de nuestros familiares, por su generosa comprensión y apoyo durante todo este tiempo.
- A todos ellos nuestra gratitud infinita.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE.....	vi
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN.....	
.....xv	
CAPÍTULO I.....	1
MARCO METODOLÓGICO	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del Problema.....	4
1.3. Justificación	4
1.4. Delimitación de la investigación	6
1.4.1. Temporal y espacial:.....	6
1.4.2. Conceptual	6
1.5. Objetivos.....	7
1.6. Hipótesis	7
1.7. Operacionalización de variables	8
1.8. Unidad de análisis, universo y muestra	9
1.8.1. Unidad de análisis.....	9
1.8.2. Universo.....	9
1.8.3. Muestra	10
1.9. Estado de la Cuestión.	10
1.10. Tipo de Investigación	11
1.10.1. De acuerdo al fin que se persigue	11
1.10.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	12
1.10.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	12
1.11. Métodos de Investigación	12
1.11.1. Genéricos	12
1.11.2. Propios del Derecho.....	13
1.11.2.1. Exegético.....	13
1.11.2.2. Dogmático.....	13

1.11.2.3. Hermenéutico.....	13
1.12. Técnicas e Instrumentos de Investigación	14
1.13. Matriz de Consistencia Lógica	15
CAPÍTULO II.....	32
MARCO TEÓRICO	32
2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA	32
2.1.1. Aspectos generales.....	32
2.1.2. Concepto.....	37
2.1.2.1. En la doctrina.....	37
2.1.2.2. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	38
2.1.3. Naturaleza jurídica.....	39
2.1.4. Finalidad.....	41
2.1.5. Presupuestos materiales	46
2.1.5.1. Presupuestos	46
2.1.5.1.1. Presupuestos materiales	46
2.1.5.1.1.1. Vinculación a los hechos o <i>fumus bonis iuris</i>	46
2.1.5.1.1.2. Peligro procesal o <i>periculum in mora</i>	47
2.1.5.1.2. Presupuestos formales	49
2.1.6. Prisión preventiva y lógica cautelar.....	50
2.1.7. Prisión preventiva y presunción de inocencia	51
2.1.7.1. Dimensión extraprocesal	52
2.1.7.2. Dimensión intraprocesal	53
2.1.7.2.1. Como principio informador del proceso penal	54
2.1.7.2.2. Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal.....	54
2.1.7.2.3. Como regla probatoria	55
2.1.7.2.4. Como regla de juicio.....	57
2.1.8. Principios que rigen a la prisión preventiva	58
2.1.8.1. Principios rectores que orientan las medidas cautelares restrictivas de la libertad individual.....	58
2.1.8.1.1. Motivación de las resoluciones judiciales	59
2.1.8.1.2. Principio de legalidad	60
2.1.8.1.3. Principio de proporcionalidad.....	63
1.1. Idoneidad.....	65

3.2. Necesidad.....	67
3.3. Subsidiariedad.....	68
3.4. Proporcionalidad en sentido estricto.....	69
2.2. VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD	71
2.2.1. Concepto de violación sexual	71
2.2.1.1. Concepto de violación sexual de menor de edad.....	71
2.2.1.2. Bien jurídico.....	71
2.2.1.3. Tipicidad objetiva	72
2.2.1.3.1. Sujeto activo	72
2.2.1.3.2. Sujeto pasivo.....	72
2.2.1.3.3. Modalidad típica	72
2.2.2. El interés superior del niño	73
2.3. El error judicial	75
2.3.1. Definición	75
2.4. Daño al proyecto de vida	76
2.4.1. El derecho al proyecto de vida.....	76
2.4.2. Definición del daño al proyecto de vida	77
2.4.3. Supuesto fundamental del daño al proyecto de vida.....	78
2.4.3.1. Libertad.....	78
CAPÍTULO III	84
DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	84
3.1. El entroncamiento entre la aplicación de la prisión preventiva y la presunción de inocencia	84
3.2. La dignidad y la ponderación de derechos entre el procesado y la víctima: el proyecto de vida versus la indemnidad sexual	90
3.3. El error judicial y prisión preventiva: Análisis de resoluciones judiciales.....	97
3.3.1. Análisis de Resoluciones Judiciales sobre Prisión Preventiva dictadas por el Primer y Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Chota	103
CONCLUSIONES	122
RECOMENDACIONES	123
LISTA DE REFERENCIAS.....	124
ANEXOS	129

INDICE DE TABLAS

Tabla N° 01.....	104
Tabla N° 02.....	105
Tabla N° 03.....	106
Tabla N° 04.....	107
Tabla N° 05.....	108
Tabla N° 06.....	109
Tabla N° 07.....	110
Tabla N° 08.....	111
Tabla N° 09.....	112
Tabla N° 10.....	113
Tabla N° 11.....	114
Tabla N° 12.....	115

INDICE DE FIGURAS

Figura N° 01.....	116
-------------------	-----

RESUMEN

La presente investigación es básica y lleva como título “Consecuencias jurídicas del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad”.

Se desarrollo ampliamente, los puntos de vista doctrinarios respecto de la prisión preventiva, así como su concepto, naturaleza jurídica, presupuestos, principios rectores. Tomando como base la legislación o articulado del Código Procesal Penal.

Posteriormente, se desarrolla el concepto de proyecto de vida desde el punto de vista humanitario, es decir, teniendo en cuenta la dignidad del ser humano para ello se tiene en cuenta la tesis personalista del autor Fernández Sessarego. Entendiendo a la dignidad como la única característica que define a la persona humana y que significa el nacimiento de todos los derechos.

También se busca definir de forma clara lo que significa el error judicial, para determinar si realmente la sentencia que absuelve a una persona sobre quien se dictó la prisión preventiva, constituye un erro judicial.

Finalmente, se realiza un análisis de los derechos fundamentales del agraviado y del procesado y se lanza una opinión, respecto de, cómo se deberían analizar los presupuestos para la prisión preventiva, sin afectar los derechos de la persona procesada ni de la agraviada.

Palabras Clave: prisión preventiva, error judicial, proyecto de vida, dignidad.

ABSTRACT

The present investigation is basic and has the title "Legal consequences of judicial error in the application of pretrial detention in the processes of rape of minors".

The doctrinal views regarding preventive detention, as well as its concept, legal nature, budgets, guiding principles, were widely developed. Based on the legislation or articles of the Criminal Procedure Code.

Subsequently, the concept of a life project is developed from the humanitarian point of view, that is, taking into account the dignity of the human being, the personalist thesis of the author Fernández Sessarego is taken into account. Understanding dignity as the only characteristic that defines the human person and that means the birth of all rights.

It also seeks to clearly define what the judicial error means, to determine whether the sentence that acquits a person on whom the preventive detention was issued is really a judicial error.

Finally, an analysis of the fundamental rights of the offender and the accused is made and an opinion is launched regarding how the budgets for pretrial detention should be analyzed, without affecting the rights of the person being prosecuted or the victim.

Keywords: preventive detention, judicial error, life project, dignity.

INTRODUCCIÓN.

La tesis que se presenta a continuación tiene el objeto de poder dar a conocer la investigación denominada consecuencias jurídicas del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad, dicho trabajo de investigación surge a raíz de observar la problemática actual, por la cual atraviesa nuestro Sistema jurídico.

El presente trabajo de investigación tiene como pregunta objetivo principal determinar cuáles son las consecuencias jurídicas del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019, del mismo se derivan diversos los siguientes objetivos específicos: a) Analizar en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia a la prisión preventiva y los presupuestos para otorgarla. b) Analizar en la doctrina la concepción de error judicial en los procesos penales c) Analizar el proyecto de vida en la doctrina nacional. d) Analizar resoluciones sobre prisión preventiva dictadas por el primer y segundo juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Chota.

En el Capítulo I se han desarrollado todos los aspectos metodológicos, con el objeto de poder observar y definir mejor el tema que se ha abordado.

En el Capítulo II se ha abordado el tema relacionado la concepción del proceso penal, se ha analizado la doctrina, se ha identificado que es lo que se debe entender por error judicial.

El Capítulo III, se ha demostrado la hipótesis planteada, analizando los autos de prisión preventiva que han sido emitidos por los juzgados penales de la provincial de Chota durante los años 2016 al 2019.

Finalmente con todo lo observado se han realizado las conclusiones y recomendaciones correspondientes, en ese sentido tal que se ha podido comprobar la hipótesis planteada en el Capítulo I.

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema

Actualmente en los procesos penales se vienen requiriendo y otorgando prisión preventiva para los procesados, procurando cumplir con la finalidad de esta, el cual es “proteger el proceso” tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0298-2003-HC/TC, en el fundamento 3:

“(…) La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional. (…)” (José María Asencio Mellado, 2018, p. 93),

La prisión preventiva como medida cautelar, es un instrumento legal con mayor severidad que aplica el Estado, dado que va a restringir el Derecho Fundamental a la Libertad de la persona; por lo que, se debe analizar con mayor detenimiento cada uno de los casos, para evitar la vulneración de derechos fundamentales y los principios del derecho procesal penal.

El Tribunal Constitucional ha conceptualizado la figura de la prisión preventiva en el EXP N° 00502-2018-PHC/TC, dentro del fundamento 32, que se ha determinado:

“(…) La Prisión Preventiva es una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (…)” (caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 2018, p. 15);.

Así tenemos que en los últimos años, algunos Fiscales y Jueces han olvidado la naturaleza cautelar de la prisión preventiva¹; por lo que, vienen aplicándola como una regla, más no como una excepción; siendo así que al llegar a la etapa de control de acusación² o a la etapa de juzgamiento³, los juzgadores en la audiencia de control de acusación emiten resolución sobreseyendo la causa o después de valorar los medios probatorios emiten sentencia absolutoria respectivamente.

¹ Tribunal Constitucional, ha señalado sobre la naturaleza cautelar de la Prisión Preventiva, que: “Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficacia plena de la labor jurisdiccional”. (EXP. N° 0298-2003-HC/TC, f. j. 3)

² Según, Manuel Luján Túnez: “El control de la acusación es la actividad procesal que el juez de investigación preparatoria debe realizar en la etapa intermedia, haya mediado o no, observación de la defensa del imputado, este control de legalidad supone tanto el juicio de justificación interna como de justificación externa”. (LUJÁN TÚNEZ, 2013, p. 117)

³ César Nakasaki Servigón, define a la etapa de juzgamiento, en los siguientes términos: “El juez de la investigación preparatoria remite los actuados al juez encargado del juicio, quien al recibirlos deberá emitir una resolución judicial donde comunique a los sujetos procesales la fecha, hora y lugar de realización del juicio oral”. (Oré Guardia, 2017, p. 28.)

Con el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, se evidencia la inocencia del procesado; sin embargo, este ya ha sido privado de la libertad al darse la prisión preventiva ya sea por 9 o 18 meses según lo determinado por el art. 272 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), siendo irreversible e irreparable la vulneración de sus derechos, además de los daños físicos que pudo haber sufrido dentro de la prisión y del cambio radical e inesperado a su proyecto de vida.

Así, se tiene el caso de Eva Bracamonte y Liliana Castro, acusadas de los delitos de parricidio y homicidio calificado respectivamente, en agravio de Myriam Fefer, quienes pasaron 36 meses de prisión preventiva, para que después convertirla en arresto domiciliario por exceso de carcelería; posteriormente, el 15 de octubre del 2012, Liliana Castro es absuelta, y el 10 de mayo del 2017 la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema determinó que no existen pruebas que impliquen a Eva Bracamonte en la muerte de la empresaria Myriam Fefer. (Empresa Editora El Comercio, 2013, p. 01).

En el caso referido, se advierte que las procesadas han estado privadas de su libertad siendo inocentes. Claro ejemplo que los magistrados no han realizado un análisis exhaustivo de los presupuestos materiales de la prisión preventiva prescritos por el art. 268 del CPP⁴, ocasionándoles

⁴ **Presupuestos materiales Artículo 268 del código procesal penal, prescribe:**

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

daños a sus personas al igual que la vulneración derechos y principios penales – constitucionales, pues a pesar de haber recuperado su libertad, sus vidas ya no serán iguales, su planificación ha cambiado, incluso para superar el trauma ocasionado han optado por vivir en otro país y empezar de nuevo, una decisión que probablemente no haya sido una opción antes de estar privadas de su libertad.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuál es la consecuencia jurídica del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019?

1.3. Justificación

La presente investigación encuentro su justificación, en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ya que, cuando ésta es afectada negativamente en la realidad, entonces, se debe buscar analizar de modo abstracto a las normas del ordenamiento jurídico, el funcionamiento de instituciones jurídicas y el por qué no se aplican eficientemente en sociedad.

Este trabajo toma lugar dentro de la investigación jurídica.

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

Al tratarse de derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la libertad, el libre desarrollo de la persona, el proyecto de vida entre otros, el valor de la presente investigación no sólo es significativa en el plano académico o teórico, sino que trasciende más allá de cualquier esquema o paradigma, para irradiar nuevas tendencias de criterios de alcance social, político y hasta legislativo, con los que la regulación de las instituciones jurídicas como las que privan de la libertad a la persona, se apliquen teniendo en cuenta que en el Sistema Jurídico peruano es de corte garantista de los derechos de la persona, por cuanto idealiza la figura del ser humano, como la forma de vida única que detenta la virtud más noble y singular llamada dignidad, por la cual, es merecedor y recaen sobre él, todo derecho que le permita alcanzar la plenitud o clímax de su desarrollo, permitiéndole tener un nivel adecuado de vida, que le garantice la satisfacción de toda posible necesidad propio de todo ser humano.

Las personas sobre las que se impone prisión preventiva, enfrenta un cambio de vida tan drástico en su ambiente familiar, laboral, amical, sin haberlo planeado y a veces sin fin que justifiquen los medios; indudablemente, luego de ello, ésta no podría recuperar el tiempo perdido y quedaría marcada física, psicológica y moralmente por el resto de su vida, lo que supondría un severo daño a su proyecto de vida. Este es el estado de la cuestión que, justifica, también, la presente investigación.

Asimismo, teniendo en cuenta la incidencia que ha tenido la aplicación de la medida de prisión preventiva en el país, se trata de una descripción para

evitar situaciones que perjudican a sujetos que presentan desventaja jurídica, ha consideración que existen múltiples casos en los que se ha otorgado prisión preventiva al procesado y que posteriormente en la audiencia de control de acusación se ha sobreseído la causa o en juicio oral se ha demostrado su inocencia, es decir ha sido absuelto. Esta colisión de derechos fundamentales es un aporte valioso para el mundo académico.

Por último, se pretende que esta investigación ayude a los magistrados a reflexionar y puedan analizar correctamente los casos para solicitar y aplicar la prisión preventiva como una excepción y no como una regla, sin dejarse influenciar por los medios de comunicación, presión mediática u otros, y se logre una seguridad jurídica ante el proceso que siga un acusado, para no vulnerar derechos fundamentales y principios rectores del derecho procesal penal.

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1. Temporal y espacial:

La presente investigación es *transversal* porque “se recolectará información y/o datos en un solo momento o tiempo determinado” (Carrasco Díaz S. , 2013, p. 72).

1.4.2. Conceptual

El trabajo de investigación está referido, solo a la medida preventiva concerniente a la prisión preventiva. En cuanto se refiere al delito de violación sexual, solo se desarrolla la violación sexual de menor de

edad como tipo penal. Lo que respecta al error judicial, se señalará dicha responsabilidad solo en el ámbito penal.

1.5. Objetivos

General

Determinar las consecuencias jurídicas del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019.

Específicos

- Analizar en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia a la prisión preventiva y los presupuestos para otorgarla.
- Analizar en la doctrina la concepción de error judicial en los procesos penales.
- Analizar el proyecto de vida en la doctrina nacional.
- Analizar resoluciones sobre prisión preventiva dictadas por el primer y segundo juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Chota.

1.6. Hipótesis

Las consecuencias jurídicas del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019 son:

- a. El daño al proyecto de vida de los procesados.
- b. La privación arbitraria de la libertad de los imputados.

- c. La transgresión del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

1.7. Operacionalización de variables

Por el enfoque cualitativo de la investigación, ésta carece de variables, debido a que, en la ciencia jurídica los derechos, instituciones o corrientes filosóficas, no son susceptibles de medición, por cuanto no son datos fijos ni repetitivos, sino más bien, actos que constantemente cambian por la influencia de diversos factores que tampoco pueden ser determinados. Sin embargo, se podría considerar en este caso, que las variables sean los elementos fundamentales de las que se componga la hipótesis; entonces se considera que:

Variable Independiente:

- Error Judicial

Variable Dependiente:

- La afectación al proyecto de vida.

Para explicar cómo funcionan las variables en esta investigación, se debe señalar que, el error judicial vendría a ser la variable independiente, ya que, es la que determina la existencia de la variable dependiente, que vendría a ser la afectación al proyecto de vida. Profundizando, si en un determinado caso se fija prisión preventiva cuando ha mediado error judicial, ésta decisión afectará directa y negativamente al proyecto de vida del procesado, contrario sensu, si no existiera error judicial, entonces, el derecho al proyecto de vida del procesado quedaría indemne.

Operacionalización de las variables:

Operacionalización de Variables			
Variable Independiente			
Identificación	Definición	Dimensiones	Indicadores
Error judicial	Es la equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen	- En la aplicación de prisión preventiva	Vulneración: - Al debido proceso. - A la libertad. - Al proyecto de vida
Variable Dependiente			
Identificación	Definición	Dimensiones	Indicadores
La afectación del proyecto de vida	Es la afectación al plan o esquema vital que encaja en el orden de prioridades, valores y expectativas de una persona que como dueña de su destino decide cómo quiere vivir. Está vinculado de forma directa con la felicidad porque lo que desea el corazón humano es conectar con el gozo de una vida plena. En esencia, recoge la afectación a los planes que suman bienestar a una persona que es consciente de aquello que quiere y lucha por conseguirlo.	- Como derecho afecta a:	- Trabajo - Estudios - Paternidad - Familia
		- Como necesidad afecta a:	- Felicidad - Satisfacción - Realización - Paz

Elaboración propia.

1.8. Unidad de análisis, universo y muestra

1.8.1. Unidad de análisis

Por la naturaleza de la investigación, la unidad de análisis viene a ser: (12) Autos que conceden la medida de prisión preventiva por violación sexual de la provincia de Chota.

1.8.2. Universo

El universo de esta investigación está constituido por todos los casos de procesos por violación sexual en los que se haya otorgado la medida de prisión preventiva, obtenidos en el periodo de 2016 a 2019, en un total de 50 casos aproximadamente.

1.8.3. Muestra

En la presente investigación se utiliza, el tipo de muestra por conveniencia, porque en consideración de que existen 50 casos en el periodo de 2016 a 2019 de procesos con prisión preventiva por violación sexual, de los cuales se analizará 12 de ellos.

1.9. Estado de la Cuestión.

En la Universidad de Costa Rica Sede Rodrigo Facio, en octubre del año 2010, la persona de Melania Cubero Soto habría presentado su trabajo de tesis para poder obtener el grado académico de licenciatura, titulada: “Análisis y desarrollo del concepto daño al proyecto de vida”, en que, analiza, cuáles son las bases iusfilosóficas del proyecto de vida de la persona humana, así como el deslinde entre el daño moral y daño a la persona, en relación del proyecto de vida, asimismo, describe la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos referida al reconocimiento del daño al proyecto de vida, y finalmente desarrolla un análisis del estado de la cuestión de la regulación normativa sobre el daño al proyecto de vida en su país, es decir, Costa Rica, llegando a las siguientes conclusión entre otras:

i) El daño al proyecto de vida tiene como supuestos teóricos la libertad, la coexistencialidad, la temporalidad y el proyecto de vida. La libertad como supuesto del daño al proyecto de vida, consiste en la condición ontológica del ser humano de poder descubrir por sí mismo, su propia vocación y de adoptar libremente los medios para realizarla. Es albedrío irrenunciable y constitutivo. Es una libertad que se relaciona íntimamente con la capacidad de valorar, estimar y, por lo tanto, decidir. Es importante señalar que dicha libertad cuenta con dos vertientes. Por un lado, la instancia ontológica, es decir las íntimas decisiones y, por otro lado, la instancia fenoménica, la cual implica el vuelco al mundo exterior de la decisión interna realizada libremente. La segunda vertiente de la libertad, se ve limitada por el entorno y los otros. Haciendo entonces que la libertad como un todo no sea absoluta. Es decir, la persona puede decidir libremente, no obstante, dados los condicionamientos a los que está sujeta, no siempre es posible realizarla. De igual manera, la libertad se proyecta en el tiempo, por lo que el ser humano es capaz de formular proyectos. El ser humano debe hacerse a sí mismo, elaborando su propia persona, haciendo uso de su libertad, condiciones, oportunidades y proyectos que se formula. (Cubero Soto, 2010, p. 09).

1.10. Tipo de Investigación

1.10.1. De acuerdo al fin que se persigue

Básica, ya que este trabajo de investigación no guarda intenciones de cambiar de algún modo la realidad, sino describir y explicar las

anormalidades o patologías que presenta el error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad, en este caso, sería la afectación o daño al proyecto de vida. Por ello, el análisis solo es documental.

1.10.2. De acuerdo al diseño de investigación

El diseño de la presente investigación es **no experimental**, en tanto no existe manipulación de variables, porque solo se pretende escribir la realidad de como se viene otorgado la prisión preventiva en los delitos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota, realizándose un análisis y explicación de la realidad que acontece.

1.10.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

De acuerdo al método utilizado para el análisis, esta investigación es cualitativa, porque no se dedica a procesar datos numéricos o estadísticos con el fin de llegar a la veracidad de la hipótesis, sino que, analiza instituciones jurídicas como la prisión preventiva, y también derechos, como el proyecto de vida, presunción de inocencia, etc.

1.11. Métodos de Investigación

1.11.1. Genéricos

El método que se utilizó en esta investigación es el deductivo, ya que para explicar el daño que le ocasiona la aplicación de la prisión

preventiva devenida en error judicial, se tomaron como base a los derechos proyecto de vida, presunción de inocencia, el principio del interés superior del niño y del adolescente. Así que, la investigación ha ido de lo general a lo particular, estableciendo lo que es, para señalar, después del análisis, como debe ser.

1.11.2. Propios del Derecho

Se utilizaron en la investigación el método dogmático, hermenéutico y exegético.

1.11.2.1. Exegético

Ya que se analizan normas del ordenamiento jurídico (Constitución, Código Penal, Procesal Penal, entre otros), el análisis necesitó de la escuela exegética que tiene como característica esencial la literalidad de la interpretación, es decir, el valor y respeto por el texto normativo.

1.11.2.2. Dogmático

Este método aportó al presente trabajo de investigación, en la determinación de la naturaleza del derecho al proyecto de vida, utilizando una mezcla de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, si es un derecho fundamental, si su valor es mayor al del interés superior del niño y del adolescente.

1.11.2.3. Hermenéutico

Este método se hizo sentir en el capítulo de la discusión, cuando se propone cómo debería ser la interpretación de la norma penal, al momento de aplicarla y dictar una medida previsional como es la prisión preventiva, en relación a los derechos fundamentales de las partes procesales, de un lado la víctima, con el principio del interés superior del niño, a la tutela jurisdiccional efectiva, y por el otro, el procesado, con su derecho-principio dignidad humana, la presunción de inocencia.

1.12. Técnicas e Instrumentos de Investigación

La técnica utilizada, será la observación documental para los autos que otorgan prisión preventiva por violación sexual. Estos autos son emitidos por los juzgados de investigación preparatoria de la provincia de Chota entre los años 2016 a 2019.

El instrumento que se utilizó fue una guía de análisis elaborada para autos que otorgan prisión preventiva por violación sexual: Estos autos son emitidos por los juzgados de investigación preparatoria de la provincia de Chota entre los años 2016 a 2019.

1.13. Matriz de Consistencia Lógica

Título: Consecuencia jurídica del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	MÉTODOS	TÉCNICAS
¿Cuál es la consecuencia jurídica del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en el periodo 2016 a 2019?	General: Determinar la consecuencia jurídica del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en el Distrito Judicial de Chota en los años 2016 a 2019. Específicos: ➤ Analizar en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia a la prisión preventiva y los presupuestos para otorgarla. ➤ Analizar en la doctrina la concepción sobre errores judiciales en los procesos penales. ➤ Analizar al proyecto de vida en la doctrina nacional. ➤ Analizar resoluciones sobre prisión preventiva dictadas por el primer y segundo juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Chota.	La consecuencia jurídica del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad es: ➤ El daño al proyecto de vida del procesado.	➤ Método deductivo ➤ Método hermenéutico ➤ Método Dogmático ➤ Método Exegético	La Observación Documental.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1.1. Aspectos generales

La prisión preventiva es, sin duda alguna, la medida de coerción personal más aflictiva y polémica de las que existen en el ordenamiento jurídico procesal penal, y lo es no tanto por su aceptación expresa en las leyes nacionales y supranacionales; sino más bien en la fórmula de su regulación positiva, pues esta debe realizarse de manera más acorde con los derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia, como indica (Asencio Mellano, 1987, p. 147).

Sin embargo, muchas veces sucede todo lo contrario, y sobre todo el problema halla su punto álgido en la forma en como ha venido siendo aplicada en la praxis judicial. Esto es consecuencia en parte a la presión que ejerce la opinión pública ante el alarmismo social de la inseguridad ciudadana, pues como refiere (Reátegui Sánchez, 2006, p. 08), una parte de la opinión pública –la mayoritaria– asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Muchos de los magistrados se ven mencionados por la inevitable opinión pública (“demandas sociales de seguridad”), que por los presupuestos legales y materiales que se exigen para la aplicación de la prisión preventiva. Pero lo que no sabe la opinión pública es que, dentro de las medidas coercitivas, la prisión preventiva debe ocupar el último lugar en la aplicación de dichas medidas. Debe

preferirse otra alternativa menos lesiva a los derechos individuales y aquella que resulte estrictamente necesaria a los fines procesales y no a los fines populistas de seguridad ciudadana.

En torno a este instituto señala que ha podido apreciar con mucha nitidez una separación tajante entre el sistema normativo, el discurso de la doctrina y lo que acontece diariamente en los tribunales judiciales. La ligereza con la que ha sido empleada la prisión preventiva en muchos países no ha dado importancia a la gravosidad que comporta su aplicación, al “operar realmente en la práctica como el cumplimiento anticipado de una pena privativa de libertad de efectos irreversibles, sin que haya sido sometido a juicio el imputado ni declarada su culpabilidad, dificulta sobremanera la legitimación de esta medida cautelar” (Barreiro, 2004, p. 37).

Los estudios realizados desde la década de los ochenta del siglo pasado sobre sobre la situación del preso sin condena en América Latina, corroboran lo dicho, así por ejemplo la publicación de los estudios del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ilanud) donde se constató que en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una sentencia que fundamentara ello, la aplicación de la detención previa al juicio constituía una regla y no una excepción, la duración de las detenciones superaba, en ocasiones, el tiempo de condena probable. La situación no era positiva en ningún sentido. (Zaffaroni, 1986, p. 32).

Sobre el tema Duce, Fuentes y Riego señalan, que en varios países de nuestro continente existía algún tipo de régimen de inexcrcelabilidad, es decir, alguna regulación legal donde se establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debía, en general, permanecer en un control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o, por lo menos, por algún periodo importante de su desarrollo. (Duce, Fuentes, & Riego, 2009, p. 17).

Y aun cuando no hubiera inexcrcelabilidad, el diseño de los sistemas inquisitivos auspiciaba un amplio empleo de la prisión preventiva como una regla general, siendo parte de un diseño procesal que buscaba presionar poco a poco al imputado para obtener su confesión. Dicho sistema provocaba que a medida que el imputado se adentraba en él, iba perdiendo sus derechos y libertades, estableciéndose mayores estructuras de presión a efectos de que este confesara. En esa línea no había una gran distancia del grado de convicción desde la sola detención a cuando el sistema estaba dispuesto a procesar al imputado. De hecho, cuando el imputado era procesado, o sea, cuando el sistema formalizaba su intención de investigarlo por la supuesta comisión de un delito, el imputado automáticamente quedaba en prisión preventiva y la libertad era solo provisional.

Es así que en el contexto reseñado la expresión “pena anticipada” resulta acertada para graficar como operaba en la práctica la institución de la prisión preventiva. Y es que la “dinámica de funcionamiento del sistema provocaba que la lógica que estaba detrás de la prisión preventiva

impuesta respondiese a la mayor convicción que el tribunal tenía respecto de la responsabilidad del imputado durante la etapa investigativa y el plenario o etapa de debate solo operaba como un mecanismo que, por regla general, ratificaba aquello que el investigador y el tribunal ya sabían. Es así que la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal, que no solo se había mantenido durante la detención y posterior procesamiento, sino que también se había traducido en la acusación”.

La situación descrita, aunque a grandes rasgos, aunados a otros problemas propios del sistema inquisitivo, generaban constantes abusos a los derechos fundamentales y poca eficacia en la persecución penal. Ante ello muchos países de la región se han visto obligados a iniciar una reforma en sus sistemas de justicia criminal, orientados a reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos por modelos procesales de carácter acusatorio, adversariales, contradictorios y públicos.

Modificar la situación de la prisión preventiva fue uno de los grandes objetivos del movimiento de reformas procesales penales del continente. La preocupación esencial fue regular de manera diferente la prisión preventiva a aquella descrita previamente: se legisló desde un paradigma cautelar la aplicación de la misma en respeto al principio a la presunción de inocencia, se regularon los principios de excepcionalidad y proporcionalidad como líneas rectoras, se fijaron límites a la duración temporal de la medida, se fijaron medidas sustitutivas a ser utilizadas en

aquellos casos en los que el peligro procesal no ameritara el uso de la prisión preventiva. Se puso especial atención en su regulación normativa, de forma tal que se iniciara un proceso de superación del panorama que se presentaba como punto de partida. (Villegas Paiva, 2013, p. 78).

Nuestro país, sigue, en la medida que adolecía de los problemas anteriormente mencionados, también se vio en la necesidad de reformar su sistema procesal penal; implementación iniciada el 1 de julio de 2006, fecha en que entró en vigencia el Código Procesal Penal de 2004 en el Distrito Judicial de Huaura. Sobre dicho código se ha dicho que tiene como uno de sus principales objetivos: la libertad del imputado como regla general del procesado; o contrario sensu, la excepcionalidad de la prisión preventiva, la que debe sujetarse a requisitos específicos contemplados taxativamente en el Código Procesal Penal. (Villegas Paiva, 2013, p. 79).

2.1.2. Concepto

2.1.2.1. En la doctrina

El doctor Peña Cabrera señala que, la prisión preventiva es una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan. (Peña Cabrera, 2007, p. 712).

Asi tambien el doctor Angulo Arana por su parte, indica que, la prisión preventiva constituye una medida cautelar, personal, y provisional que teóricamente resulta variable, según las condiciones que se presenten; y, que, si se solicita y acuerda, debe suceder, solo cuando sea absolutamente indispensable. (Angulo Arana P. M., 2011, p. 15).

Medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. (Ossorio, 2010, p. 771).

La prisión preventiva es la medida cautelar de sujeción al proceso, antes llamada mandato de detención, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de quien es imputado en un delito. (Luján Túnez, 2013, p. 472).

Hoy en día la prisión preventiva funciona como pena anticipada, por ello el imputado queda en la misma condición que un condenado, pero

sin juicio; constituyendo una violación de la presunción de inocencia, “principios de principios” en materia de encarcelamientos preventivos. (Miranda Aburto, 2018, p. 91).

2.1.2.2. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional desarrolla una tesis, contraria a la doctrina y, particularmente, menos humanitaria, compensándola con fundamentos formales como la motivación de las sentencias que dictan la medida de la prisión preventiva.

Del Rio Lavarte es quien se encarga de analizar a la prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Al respecto, el TC peruano ha señalado lo siguiente:

[...] En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad [...] [STC 0791- 2002 - HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»)].

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional vincula de manera clara la presunción de inocencia y el carácter instrumental de la prisión preventiva. Es cierto que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen

derecho configura un presupuesto adicional de la prisión preventiva; pero si se considera dicho presupuesto en forma aislada, entonces el único criterio en el que se apoya la privación cautelar de libertad es en el de un alto grado de probabilidad de sancionar luego al imputado como autor o partícipe del hecho. Si eso sucede, es decir, si la medida no se aplica con el propósito de neutralizar el peligro procesal, desaparece su función cautelar-instrumental. Lo que ocurre es que cuando en un ordenamiento como el peruano, que exige la aplicación concurrente de ambos presupuestos, se justifica la medida solo en el *fumus boni iuris*, ello implica una ausencia de motivación respecto al requisito del peligro procesal, indispensable para aplicarla y, en consecuencia, se afecta su correlativo, el principio de proporcionalidad. La prisión preventiva per se no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide ya —como veremos más adelante— al analizar su proporcionalidad. (Del Río Labarthe, 2008, pp. 100 – 101).

2.1.3. Naturaleza jurídica

El doctor Miranda Aburto es una de las instituciones procesales que ha recibido severas críticas es la prisión preventiva, pues suele ser uno de los aspectos más polémicos de todo ordenamiento procesal penal; en el caso de nuestro país no ha sido la excepción, puesto que las reglas que regulan la posibilidad de su imposición han sido modificadas en numerosas ocasiones en los últimos años y tanto su contenido como su práctica se

encuentran permanentemente bajo cuestionamiento. (Miranda Aburto, 2018, p. 92).

La persona que es detenida debe recibir un trato digno, es una obligación que todo policía debe cumplir, ya que deriva del derecho a la dignidad inherente a la persona.

Dicha obligación fue inobservada en un caso por el personal policial que ejecutó la detención del demandante “con un despliegue de fuerzas, propio o adecuado para la captura de un avezado criminal pero no para quien, como el demandante, ostenta buena reputación como así se pudo apreciar de la cobertura periodística televisada de un canal insólitamente presente al momento de la intervención policial. Basta pensar el daño –casi irreparable– que sufre una persona a la que se le imputa la comisión de un delito mediante una sensacionalista cobertura televisiva o con singular destaque en la prensa nacional con términos indubitadamente denigratorios”; dijo el Tribunal Constitucional (Caso Elvito Rodríguez Domínguez, 2007, p. 03)

Respecto a este tipo de privación de la libertad, señala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en referencia a lo que se indica en el artículo 8.2 de la Convención de Costa Rica, que aquella constituye una medida cautelar no punitiva. (Angulo Arana P. M., 2011, p. 16).

Este mismo autor, establece que tal naturaleza, conforme a la idea anotada, aparece definiendo, conjuntamente con otras figuras, un tipo de función que el nuevo modelo procesal, encarga enteramente al fiscal, como es la

función cautelar, en virtud de la cual debe efectuar solicitudes, en el ejercicio de sus atribuciones, para prevenir que se burlen las finalidades del proceso penal (artículo 268.1 del Código Procesal Penal). (Angulo Arana P. , 2007, p. 351).

Así pues, por corresponderle al fiscal la carga de la prueba y, como colorario, la protección y conservación de aquella —esto es la función cautelar de las finalidades del proceso—, durante la investigación formal del delito (investigación preparatoria), resulta siendo el único facultado para solicitar la prisión preventiva y si no lo hace, nadie más podrá hacerlo. En este punto, debemos recordar que esta medida se aplica tanto a delitos doloso como culposos. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 21).

Por lo demás, Martínez Arrieta señala que, la realización de la medida en sí misma, constituye una decisión jurisdiccional, que resultará como fruto de una evaluación material, respecto a la presencia de los presupuestos de la prisión preventiva, sustentados objetivamente por el fiscal, que excluye la licitud de cualquier automatismo o su superficialidad en la calificación de aquellos, constituyendo esta intervención fundamental una garantía más de la objetividad de las circunstancias que rodearían su imposición. (Martínez Arrieta, 2003, p. 22).

2.1.4. Finalidad

El doctor Miranda Aburto explica que, entender a la libertad individual como un derecho fundamental fue una 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. (Miranda Aburto, 2018, p. 17).

Desde entonces, las diferentes Constituciones de corte liberal han reconocido, de una forma u otra, este derecho. En nuestro país, la Constitución de 1993 ha seguido el precedente establecido en la Carta fundamental de 1979, reconociendo como fundamentales todos los derechos de las personas, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales o ambientales, o de cualquier otro de naturaleza análoga que se funde en la dignidad del ser humano. Teniendo el derecho a la libertad individual una connotación particular, por su naturaleza fundante y relacional respecto del goce y ejercicio de otros derechos. Es por ello que, con acierto, el doctor Gimeno Sendra señala que: todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el máspreciado. (Gimeno Sendra, 1985, p. 17).

Pese a reconocerse que la libertad individual es uno de los derechos máspreciados –junto con la dignidad humana y la igualdad–, el constituyente y el legislador han previsto supuestos taxativos en los que procede su restricción en pro de resguardar otros derechos y bienes constitucionales. Así, a fin de proteger bienes jurídicos valiosos y la seguridad de la población se ha legitimado la restricción de la libertad individual en un

proceso penal a través de las medidas cautelares personales y la pena.
(Miranda Aburto, 2018, p. 18).

Así, se ha dicho que la finalidad de las medidas cautelares personales, como la prisión preventiva; es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor y/o partícipe del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez, o evitar su insistencia y la consecuente frustración de la celebración del juicio oral. (Miranda Aburto, 2018, p. 18).

Por su parte, Maier, define que las medidas cautelares personales como: “aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar un tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”. (Maier, 1978, p. 127).

Mientras que (San Martín Castro, sostiene que: “El proceso cautelar garantiza la efectividad de la potestad jurisdiccional, a través de la cual se concreta la potestad punitiva del Estado, indicando que el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado sancionando al culpable de la comisión del delito e indemnizando al agraviado”. (San Martín Castro, 2003, p. 780).

Precisamente, atendiendo a dicha finalidad y la restricción de la libertad individual por las medidas restrictivas de la libertad, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 8, inciso 2 de la Convención, ha señalado que existe una “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente

necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia”. (Miranda Aburto, 2018, p. 19).

La prisión preventiva, Es descrita por Bobino y Bigliani, como una medida poco popular y siempre criticada, por sostenerse que se opone flagrantemente a la presunción de inocencia y que supone, también, un anticipo de pena, resulta un instituto que goza de muy buena salud y resulta mantenido en todo el Derecho Comparado. (Bovino & Bigliani, 2008, p. 134).

Precisamente, aquello que explica que se le mantenga en todas las legislaciones es la finalidad de preservar la efectiva aplicación de la ley, lo mismo que se concibe como una necesidad primordial en un Estado de Derecho; considerándose la razonabilidad de que el ciudadano debe soportar la medida, que por grave, deber ser limitada. Incluso, se parecía que se ha derivado en criticar últimamente no la medida en sí misma, sino a su excesiva prolongación en el tiempo. (Cáceres Julca, 2009, p. 166).

En palabras del doctor Claus Roxin, para resumir, son tres los objetivos que se persiguen: 1) Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal. 2) Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución. 3) Pretende asegurar la ejecución penal. (Roxin, 2000, p. 257).

Se advierte de hecho, que los que menciona Roxin son todos objetos que correspondería cautelar durante el periodo de investigación, para que esta última prospere, sin ser objeto de atentados contra su desarrollo; se mantenga la presencia del imputado en el proceso y, de ser el caso, conforme deber ser previsible a partir de los elementos de convicción recaudados, se asegure la imposición de la sanción penal. (Angulo Arana P. M., 2011, p. 17).

Todos los fines mencionados: presencia del imputado, garantizar el buen resultado de la investigación, impidiendo su obstaculización; y el aseguramiento de la ejecución de la ejecución penal o los fines del proceso, resultan mayoritariamente aceptados por la doctrina; sin embargo, han surgido también algunas iniciativas para cautelar otros fines. En todo caso, entre nosotros el Tribunal Constitucional⁵ ha señalado que la finalidad última de la medida es asegurar el éxito del proceso penal. (Caso Alejandro Rodríguez Medrano, 2002, p. 17).

A nuestro entender, termina tenemos a lo prescrito por Angulo Arana, el cual estipula que aceptando que la sociedad resulta muy vulnerable, cada vez más ante la sola potencialidad del delito moderno, su grado de organización y lo peligroso de los recursos técnicos y científicos que pueden ser manipulados, en perjuicio de la sociedad, así como que existen delincuentes prácticamente desquiciados, con voluntad dirigida

⁵ STC Exp. N° 1567-2002-PHC/TC (caso Rodríguez Medrano): “La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia de la labor jurisdiccional” (Fundamento 3).

simplemente a hacer mal, deberíamos considerar también que otras finalidades, bien pueden razonablemente justificar medidas de prisión, legítimas y defendibles, aunque técnica y legalmente, ya no estaremos hablando de la prisión preventiva, sino de alguna otra medida excepcional. (Angulo Arana P. M., 2011, p. 18).

2.1.5. Presupuestos materiales

2.1.5.1. Presupuestos

Tenemos a la Propuesta de Flores Neyra que desarrolla no solo presupuestos materiales para dictar la prisión preventiva, sino, también, presupuestos formales relacionados a todos los requisitos que debe contener la resolución que la establezca.

2.1.5.1.1. Presupuestos materiales

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

Este presupuesto constituye un análisis acerca de la apariencia de la comisión del delito. Es decir, sí existen suficientes elementos de convicción que señalan que el imputado ha cometido el delito –pero no en grado de certeza, exigidos solo para los fallos condenatorios–.

En ese sentido, Neyra Flores (citando a San Martín Castro) señala dos reglas del *fumus bonis iuris* o *fumus delicti comissi*:

1. La constancia en la causa de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, lo que

debe ser mostrado por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento.

2. El segundo está en función del juicio de imputación contra el inculpado, el que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito. (Flores Neyra, 2010, p. 104).

2.1.5.1.1.2. Peligro procesal o *periculum in mora*

Este requisito es el más importante pues de él depende que se imponga o no la prisión preventiva. El *periculum in mora* desarrolla el riesgo de frustración y peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguirlo y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad.

En tanto que peligrosidad procesal es aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal.

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

i) Peligro de fuga

Este peligro está relacionado a la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y no se pueda cumplir como consecuencia de ello con los fines del proceso. Es decir, el procesado por diversas razones se sustrae de la acción de la justicia. (Flores Neyra, 2010, p. 105, p. 105).

El CPP de 2004 ha señalado en su artículo 269 que se tomará en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”.

ii) Peligro de obstaculización

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

2.1.5.1.2. Presupuestos formales

Los presupuestos formales son de observancia obligatoria y de desarrollo constitucional, es decir para “el quién” ha de aplicarlo y “cómo” ha de aplicarlo; estos presupuestos son desarrollados en el CPP de 2004 en el artículo VI de su Título Preliminar y en las disposiciones aplicables a la prisión preventiva.

Las medidas que limitan derechos fundamentales, (...), solo podrán dictarse por la autoridad judicial (jurisdiccionalidad), en el modo, forma y con las garantías previstas en la Ley (legalidad). Se impondrán mediante resolución motivada (motivación de las resoluciones).

La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción en atención a la naturaleza y finalidad de las medidas (excepcionalidad) y el derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad (proporcionalidad).

Finalmente y de acuerdo con el modelo acusatorio contradictorio implementado en la reforma procesal penal, podemos establecer que la audiencia constituye también un presupuesto formal de la prisión preventiva, que se traduce en el hecho de que la medida de prisión preventiva a dictarse debe darse en una audiencia.

Así lo ha reconocido el artículo 271.1 del CPP de 2004 que establece, con respecto al juez, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la

audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva (...) con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor. (Flores Neyra, 2010, p. 106).

2.1.6. Prisión preventiva y lógica cautelar

El Código Procesal Penal de 2004, siguiendo a los demás códigos de la región, ha tratado de regular a la prisión preventiva desde un nuevo paradigma: la lógica cautelar⁶, por la cual, se tiene presente que la finalidad del instituto de la prisión preventiva es únicamente garantizar la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias, en tal sentido su objetivo será “asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio”. (Sánchez Valverde, 2006, p. 201).

Por lo tanto, la prisión provisional no puede perseguir objetivos de Derecho Penal material, como afirma (Hassemer, 2003, p.109), asimismo, no puede aumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, sino que las únicas finalidades que pueden justificar la prisión preventiva provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación, por lo que toda norma o resolución judicial que imponga tal coerción con cualquier otra finalidad es inconstitucional, señala (Jauchen, 2005, p. 62).

⁶ La mayoría de países que reformaron sus sistemas procesales penales, partieron de la idea de la lógica cautelar, aunque en la actualidad, se viene dando lo que se ha denominado, desde una perspectiva crítica, como un proceso de contrarreforma, en tanto parece que las modificaciones legislativas producidas parecen ir en sentido similar a lo que en un inicio se pretendió evitar. (Duce, Fuentes, & Riego, 2009, p. 54).

Queda claro, entonces, que dicha medida –al igual que las otras medidas de coerción personal– no tiene el carácter de medida punitiva, lo que lleva a la conclusión que no puede ser usada como pena anticipada, pues esto último acarrearía su deslegitimación en un Estado Constitucional⁷ de Derecho. (Villegas Paiva, 2013, p. 80).

Tendencias de la deslegitimación de la naturaleza de la prisión preventiva se presentan cuando esta es impuesta con fines retributivos o preventivos (especiales o generales), propios del derecho material; al considerar para su impresión criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho de impedir que el imputado cometa nuevos delitos o merced a la alarma social, la cual es definida como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, esto es, la repulsa ciudadana provocada por la comisión de un hecho delictivo. Cumple de esta forma una función sedativa, y apacigua el ansia vindicativa que toda acción delictiva de cierta entidad, genera en el ciudadano. Sin embargo, la imposición de la prisión preventiva por la alarma social, es darle a dicha medida cautelar una finalidad de prevención general exclusiva de la pena, por lo tanto, la prisión provisional no puede ser utilizada para satisfacer las demandas sociales de seguridad o de indignación generadas por la comisión de un determinado hecho delictivo. (Villegas Paiva, 2013, p. 81).

2.1.7. Prisión preventiva y presunción de inocencia

⁷ En términos generales los Estados son constitucionales cuando en su sistema jurídico existe una auténtica Constitución democrática en la cima de la supremacía jerárquica, y con el carácter de normativo, que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos. (Castillo Córdova, 2006, p. 879).

Villegas Paiva, es el autor peruano que desarrolla ampliamente a la presunción de inocencia en relación a la prisión preventiva.

Cuando se habla de “presunción de inocencia”, “estado de inocencia”, “principio de inocencia”, nos estamos refiriendo a un auténtico derecho fundamental, o lo que es lo mismo para nuestro ordenamiento jurídico: un derecho constitucional, por el cual se consideran a priori, como regla general, que todas la personas actúan conforme con la recta razón, comportándose de acuerdo con los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico; mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible, determinadas por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido proceso y justo proceso. (Villegas Paiva, 2013, p. 86).

En cuanto a las formas en las cuales se manifiesta este principio, se dan el marco de dos dimensiones; una extraprocesal y otra intraprocesal o procesal, de la siguiente manera:

2.1.7.1. Dimensión extraprocesal

Esta dimensión ha sido reconocida primigeniamente por la jurisprudencia, tal es el caso del Tribunal Constitucional español, el que ha sostenido que la presunción de inocencia:

“[...] opera en situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las

consecuencias o los efectos jurídico anudados a hechos de tal naturaleza a las relaciones jurídicas de todo tipo” (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 1986, p. 22)

La mayor parte de la doctrina ha seguido este criterio planeado por el Tribunal Constitucional español. En tal perspectiva se señala que la presunción de inocencia es un derecho subjetivo por el cual, a nivel extraprocesal, al sindicado se le debe dar un trato de “no autor”, es decir, que nadie, ni la policía, ni los medios de comunicación pueden calificar a alguien como culpable, sino solo cuando una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen. (Quispe Farfán, 2002, p. 40).

En esa perspectiva se puede apreciar que es en el ámbito del tratamiento informativo periodístico donde resulta más ampliamente aplicable. (Quispe Farfán, 2002, p. 87).

2.1.7.2. Dimensión intraprocesal

El ámbito principal de aplicación de la presunción de inocencia es en el proceso judicial, en especial, pero no únicamente, en la jurisdicción penal. Ahora bien, en la dimensión procesal, este macro-derecho, para cumplir con su finalidad, se le ha descompuesto en derechos más específicos que rigen en cuatro ámbitos de aplicación distintos: a) como modelo informador del proceso penal, b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, c) como regla de prueba, y d) como regla de juicio.

A continuación desarrollaremos estos aspectos de la presunción de inocencia:

2.1.7.2.1. Como principio informador del proceso penal

Por esta vertiente, la presunción de inocencia actúa como el derrotero a seguir durante todo el proceso penal, con lo que quedará reflejado el corte garantista del ordenamiento jurídico de un Estado. (Quispe Farfán, 2002, p. 89).

La presunción de inocencia se constituye en el concepto fundamental en torno al cual se construye un modelo procesal penal liberal, en el que se establecen garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. En tal perspectiva, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la finalidad principal de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del ius puniendi, otorgándole al imputado una protección especial – inmunidad– frente a los posibles ataques indiscriminados de la acción estatal. De este modo, la presunción de inocencia, junto con el resto de garantías procesales, busca minimizar el impacto que la actuación del Estado produce en el ejercicio del ius puniendi. (Quispe Farfán, 2002, p. 90).

2.1.7.2.2. Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal

La presunción de inocencia impone, a la vez, la obligación de tratar al procesado como si fuera inocente. Como tal, impide la aplicación

de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre el imputado y culpable y por lo tanto, cualquier tipo de resolución que suponga una anticipación de la pena.

Y es que, tal como afirma el doctor André Ibáñez “[...] el proceso penal trata no solo con culpables, y que únicamente partiendo de una posición de neutralidad, es decir, de ausencia de prejuicios, es posible juzgar de manera imparcial. Por lo tanto como regla de tratamiento del imputado, el principio de presunción de inocencia proscribire cualquier forma de anticipación de la pena, y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional”. (Andrés Ibáñez, 2007, p. 116).

2.1.7.2.3. Como regla probatoria

La presunción de inocencia implica la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, suficiente, practicada con todas las garantías, de tal forma, que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. (Andrés Ibáñez, 2007, p. 90).

De esta vertiente de la presunción de inocencia se derivan las siguientes consecuencias:

a) La concurrencia de pruebas de cargo suficiente

Cuando en la doctrina o en las resoluciones judiciales se alude a expresiones tales como “mínima actividad probatoria” “actividad probatoria” o simplemente “prueba” se pretende

indicar que deben presentarse verdaderos actos de prueba para destruir la presunción de inocencia; por ello quizá sea lo más correcto hablar de una concurrencia o presencia de pruebas (aquellas es actuada en el juicio oral, salvo las excepciones previstas en la ley: prueba anticipada y prueba preconstituida) para enervar la presunción de inocencia. (Andrés Ibañez, 2007, p. 91).

b) La prueba debe haber sido admitida y actuada con el debido respeto a los derechos fundamentales

La presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita. Desde la óptica del principio de libre valoración de la prueba debe rechazarse esa errónea concepción que amparaba la utilización de las pruebas ilícitas. La licitud de la prueba no es una cuestión de apreciación o valoración, sino un presupuesto ineludible de dicha apreciación. La libre valoración de la prueba solo puede predicarse de aquellas pruebas obtenidas de forma lícita y con todas las garantías, y ella misma no puede fundar su licitud.

Por lo tanto, no pueden ser tomadas en cuenta en el proceso las pruebas reputadas de ilícitas, esto es, aquellas que han sido obtenidas o actuadas con vulneración de derechos fundamentales, ya sea que estén reconocidos directamente en la Constitución o indirectamente –tal como está prescrito en el artículo 3 de la Constitución– por poseer una naturaleza análoga

a aquellos expresamente recogidos en la carta fundamental o por fundarse en la dignidad del hombre. (Andrés Ibañez, 2007, p. 92).

2.1.7.2.4. Como regla de juicio

Finalmente, la presunción de inocencia actúa como regla de juicio para aquellos casos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una sentencia, ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, esto es, “cuando se encuentra en estado de duda irresoluble”, debe optar por absolver al procesado. (Andrés Ibañez, 2007, p. 96).

Aquí estamos ante la siguiente situación: cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado que de ella se deriva no es concluyente, y por lo tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él. En estos casos, la duda –como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente – debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia. La única manera única manera de que el juez emita una sentencia condenatoria es cuando haya alcanzado el grado de certeza de la culpabilidad del acusado, cuando exista una duda razonable sobre ello, debe absolverlo. (Andrés Ibañez, 2007, p. 97).

2.1.8. Principios que rigen a la prisión preventiva

La doctrina desarrolla diversos principios, pero aquí se desarrollan los más esenciales por Miranda Aburto.

2.1.8.1. Principios rectores que orientan las medidas cautelares restrictivas de la libertad individual

Un enunciado inicial de lo que se entiende por principio podemos encontrarlo en Zagrebelsky, quien señala que estos: “Son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio”. Una definición más clara lo encontramos en Rodríguez Gómez, quien precisa que: “Los principios desempeñan un papel ‘constitutivo’ del orden jurídico, [pues] proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, generando actitudes favorables o contrarias”.

Lo propio indica Alexy, para quien: “Los principios son (...) mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. (Miranda Aburto, 2018, p. 29).

Los principios constitucionales también irradian si línea directriz cuando se regula y aplica medidas restrictivas de la libertad personal. Así tenemos que las medidas de coerción procesal se rigen por determinados principios, conforme lo señalan los numerales 2 y 3 del artículo 253 del Nuevo Código

Procesal Penal. Al respecto, Ortells Ramos indica que: “En tanto las medidas cautelares restringen derechos fundamentales, resulta imprescindible rodearlas del máximo de las garantías de un proceso, en la medida en que se trata de una materia de directa relevancia constitucional”; en este caso, tales garantías se ven representadas por los principios.

2.1.8.1.1. Motivación de las resoluciones judiciales

El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política indica que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. (Miranda Aburto, 2018, p. 30)

El deber de la motivación de las resoluciones judiciales que limitan las medidas de coerción, y en especial el derecho fundamental a la libertad individual, es una garantía frente a la deducción irracional, absurda o manifiestamente caprichosa de los operadores de justicia. Con ello, se solicita que la detención judicial esté sustentada en datos objetivos que proporcione el ordenamiento jurídico. Este derecho también debe alcanzar a las disposiciones, requerimientos y conclusiones del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo 64.1 del Nuevo Código Procesal Penal:

“1. El Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica de manera que se basten a sí mismo, sin remitirse a

las decisiones del juez, ni las disposiciones o requerimientos anteriores (...)"

El Tribunal Constitucional peruano ha confirmado que dos son las características que debe tener la motivación: En primer lugar, tiene que ser suficiente, esto es, debe expresar por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser razonada, es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada. (Miranda Aburto, 2018, p. 32).

2.1.8.1.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad ha sido recogido internacionalmente tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11, numeral 2), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 9) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15). (Miranda Aburto, 2018, p. 33).

También ha tenido reconocimiento normativo en el Derecho nacional puesto que en la Constitución de 1979 se estableció dicha garantía, por primera vez y de forma expresa, en el artículo 2, inciso 20.d, al disponer que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

En la Constitución de 1993 se hizo lo propio, al establecer taxativamente en el artículo 2, numeral 20, inciso “d” que: “Nadie será procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El principio de legalidad se configura, entonces, como una exigencia máxima a nivel normativo entre los principios informadores del ordenamiento jurídico: en tanto que la Constitución exige como principio básico, que la actuación de los poderes públicos se desarrolle conforme a la ley y al Derecho. Y es que este principio prohíbe el poder absoluto del *ius puniendi* del Estado sobre los ciudadanos, constituyéndose en una garantía frente a la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales. (Miranda Aburto, 2018, p. 34).

Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y otros autores afirman, al respecto, que: “El principio de legalidad es expresión política de la garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de estos por el Estado”. El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno a esta posición y ha señalado que la legalidad penal se configura como un principio, pero también como en un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. “Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación que dispone el Poder Legislativo al

momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”. (Miranda Aburto, 2018, p. 36).

En el ámbito infraconstitucional observamos la configuración procesal del principio de legalidad penal en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal del 2004, donde se establece que:

“1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado

2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

4. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo” (el resaltado es nuestro) (Miranda Aburto, 2018, p. 37).

2.1.8.1.3. Principio de proporcionalidad

Este principio afirma que las medidas coercitivas de carácter personal que se adopten en el transcurso de un proceso penal deben estar ligadas a la finalidad que persiguen. En buena cuenta, la medida coercitiva (prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario) debe ser proporcionada en relación con la gravedad del hecho y el eventual peligro. (Miranda Aburto, 2018, p. 39).

“Así visto, el principio de proporcionalidad constituye un mecanismo de control sobre la actuación de los poderes públicos cuando estos intervienen los derechos fundamentales, evaluando si una medida estatal determinada es idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, si tal medida es necesaria al no existir otro medio apropiado para conseguir el mismo fin y si existe un balance o equilibrio entre: i) el logro del fin constitucional que se pretende obtener con la medida estatal, y ii) el grado de afectación del derecho fundamental intervenido (prueba de la ponderación o de la proporcionalidad en sentido estricto), pues lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, y estar plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo”.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno al análisis de cómo debe aplicarse la ponderación, pues ha señalado: “Cuando se dicta la medida, el magistrado debe ponderar básicamente dos intereses sumamente importantes que tiene toda sociedad, que son indispensables para la convivencia en sociedad y que son garantizados por el Estado, como la eficacia procesal, el cual genera confianza en el derecho y la protección de los derechos fundamentales, que es vital en un Estado Democrático Social y de Derecho, ambos deben estar en justo equilibrio para no menoscabar la protección de uno frente al otro, prefiriendo el segundo por ser la libertad la regla y la detención la excepción; el Tribunal Constitucional distingue los intereses como: a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado”. (Miranda Aburto, 2018, p. 40).

En tal sentido, la proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida se unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel. En consecuencia, una medida coercitiva personal será proporcionada cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad. (Miranda Aburto, 2018, p. 41).

Ahora bien, se sabe que el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el caso de las medidas cautelares personales, el juez penal también debe controlar la subsidiariedad de la medida restrictiva de la libertad personal. (Miranda Aburto, 2018, p. 42).

1.1. Idoneidad

Este subprincipio del test de proporcionalidad exige, en primer término, identificar un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado verificar si la medida es idónea o adecuada para lograr tal fin; es decir, se debe adecuar la medida restrictiva de un derecho fundamental a la consecución de un resultado, por esta razón se llama también de adecuación. La decisión judicial de la diligencia de investigación cumplirá este requisito si virtualmente coopera en el esclarecimiento de un hecho delictivo. Adicionalmente, esta medida debe ser coherente entre el fin perseguido y el medio empleado.

Ávalos Rodríguez señala que este subprincipio: “Está referido a la capacidad que debe tener la restricción de los derechos fundamentales a la que se recurre en calidad de medio para posibilitar el logro de la finalidad perseguida. La idea básica es

que una injerencia en los derechos fundamentales carente de utilidad, por inidoneidad para logro del fin perseguido, resulta ser claramente desproporcionado”. (Miranda Aburto, 2018, p. 44).

Como se observa el autor refiere sobre la capacidad y sobre la restricción de los derechos fundamentales, y plasma el hecho de la existencia de la idea de que nos son absolutos, si no que con el tiempo van adquiriendo un nivel desproporcional en razón de los imputados.

Por su parte, Gonzales-Cuellar Serrano identifica tres requisitos para establecer la idoneidad de una medida cautelar personal:

1. Desde una perspectiva cualitativa, que la medida cautelar ha imponerse sea la más apta para alcanzar la finalidad procesal concreta que se pretende proteger.
2. Desde una perspectiva cuantitativa, se requiere que la medida cautelar no dure más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de sus fines.
3. Desde el ámbito subjetivo de aplicación se requiere la individualización del imputado y su diferenciación de otros procesados a efectos de identificar la situación procesal de cara a determinar, si en si su caso la medida cautelar que se le pretende imponer alcanzará los fines previstos por la norma procesal. Es de notar que las circunstancias que permiten si individualización son las mismas que

fundamentan la sospecha acerca de la participación del imputado en la comisión del hecho punible.

3.2. Necesidad

Con este subprincipio se busca poner freno a la tendencia inquisitiva de los operadores de justicia de emplear medios contundentes para supuestamente alcanzar objetivos de manera eficaz. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Womah Mukong vs. Camerún* indicó sobre el particular que: “La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”. (Miranda Aburto, 2018, p. 45).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental”.

En tanto que Pujadas Tortosa sostiene que los parámetros para determinar la necesidad de imponer la medida cautelar de la prisión preventiva (detención preventiva) son:

1. El efecto de la medida, esto es, el derecho que es objeto de limitación con su imposición (por ejemplo, la libertad si se está analizando la lesividad de la prisión provisional). Esta asignación de valor reconduce la cuestión de gradación de los diferentes derechos fundamentales y constitucionales.
2. Los efectos indirectos o colaterales de imponer la medida (siguiendo el ejemplo anterior, pérdida del empleo, merma efectiva por desvinculación del ámbito familiar y social, reducción de la intimidad de la persona que se ve obligada a residir en un lugar de pequeñas dimensiones con alguien que probablemente no conoce, etc). (Miranda Aburto, 2018, p. 46).

3.3. Subsidiariedad

La aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva para asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio entre las opciones que dispone un juez para asegurar el éxito del proceso penal. El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala al respecto, que la prisión preventiva de las personas que han de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo propio se expone en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas

privativas de la libertad (reglas de Tokio), que precisa que solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que: “La detención preventiva es una medida excepcional, que se aplica sumamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en los que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”.

3.4. Proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio también es conocido con el nombre de ponderación. En el caso de las medidas cautelares, cabe precisar que la prisión preventiva debe aplicarse únicamente cuando sea indispensable para los fines del proceso penal. (Miranda Aburto, 2018, p. 47).

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, el Tribunal Constitucional ha señalado que: Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho

fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso. (Miranda Aburto, 2018, p. 48).

Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importante deban ser los intereses generales que la regulación proteja; que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, que cuanto más se afecte una intervención a los derechos fundamentales, deba ser cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha destacado que la ponderación: Exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda. En buena cuenta, se exige una comparación entre el grado de realización u optimización

del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad individual.

2.2. VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

2.2.1. Concepto de violación sexual

La Corte Interamericana a propósito del caso Rosendo Cantú Fernández vs. México, en el considerando veintisiete ha reconocido que: “La violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse una ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o agresores”.

2.2.1.1. Concepto de violación sexual de menor de edad

Para James Reátegui: “el delito de violación de menores también se conoce con el nombre de violación presunta, porque no admite prueba en contrario, es decir, demostrar o probar que la persona agraviada, hubiera prestado su consentimiento voluntariamente para el acceso carnal”. (Reátegui Sanchez, 2018, p. 161).

2.2.1.2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, bien jurídico protegido que se tutela con las conductas delictiva previstas en las normas sustantivas lo cual, además es recogido por el acuerdo plenario N° 4-2008/CJ-116 donde se señala que la supuesta víctima de acceso carnal sexual, tiene menos de catorce años y presta su consentimiento para efectuar

relaciones sexuales, aquel consentimiento no servirá para eximir de responsabilidad penal al imputado. (Reátegui Sanchez, 2018, p. 162)

Sin embargo, al consumarse el ultraje, se atenta a la integridad sexual de la persona menor de edad, quebrantando así el normal desarrollo de su personalidad, siendo ello además una forma de violación de la dignidad y el no empleo de la violencia moral, psíquica y moral, pregonada por nuestra Constitución Política. (Reátegui Sanchez, 2018, p. 163)

2.2.1.3. Tipicidad objetiva

2.2.1.3.1. Sujeto activo

El sujeto puede ser cualquier persona, es decir, se trata de un delito de sujeto activo indeterminado y aunque el tipo penal no diga expresamente se puede tener como autores materiales y en la mayoría de casos lo son, a los enamorados, a los novios o conviviente de la víctima. (Reátegui Sanchez, 2018, p. 176)

2.2.1.3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, con la condición trascendente de tener una edad cronológica menor de 14 años, independiente del desarrollo de su capacidad de discernimiento del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido ante experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. (Reátegui Sanchez, 2018, p. 176)

2.2.1.3.3. Modalidad típica

El Código Penal Peruano, establece la modalidad típica de este delito, en el artículo 173°, de la siguiente manera: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías, con una menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua”.

2.2.2. El interés superior del niño

El Tribunal Constitucional [STC Exp. 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio de constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental, en cuanto establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido por la Convención

sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada convención se publicó en Separata Especial N° 25302 del 22 de noviembre de 1990 y publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente internacional la difusión de la Convención sobre los Derechos del Niño. (STC Exp. N° 04058-2012-PA/TC, f. 14).

Ahondando en el ello, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 06165-2005-HC/TC, este Tribunal reconoció que: La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Quiroz Frías, 2017, pp. 184-185).

De los antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña, y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose, por tanto, en un principio de ineludible

materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluídos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales. (Quiroz Frías, 2017, pp. 184-185).

2.3. EL ERROR JUDICIAL

2.3.1. Definición

En sentido amplio, se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas correctas(s) para un determinado problema jurídico. (Malem Seña, 2008, p. 101)

A demás, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en algunas de esas respuestas correctas, esas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes. (Malem Seña, 2008, p. 101)

El error judicial puede ser tanto de hecho como de derecho y ser cometido por un juez tanto por un juez de primera instancia como por un tribunal de apelaciones, un tribunal supremo o un tribunal constitucional (Malem Seña, 2008, p. 102).

En cambio, en sentido estricto Malem Seña, señala que: la idea de error judicial dependerá de consideraciones legales impuestas por los sistemas jurídicos concretos, de las aportaciones jurisdiccionales y de algunas precisiones doctrinales que complementan ambos aspectos. (Malem Seña, 2008, p. 102)

“En su sentido gramatical, el "error judicial" es: un concepto equivocado en el juicio, en la administración de justicia. En sentido jurídico, presentamos dos acepciones de la doctrina: 1) en España, el supuesto origina una indemnización por parte del Estado por los daños y perjuicios causados en la administración de justicia a la víctima, en éste supuesto, es indispensable que exista una resolución judicial que de manera expresa que reconozca que hubo un error; que la resolución rompa la armonía del concierto jurídico, por desatención del juzgador al cometer el error por datos indiscutibles que dé lugar a una resolución absurda; 2) en Francia, el error judicial es un error de hecho cometido por los miembros de un tribunal, durante el juicio en su apreciación de la culpabilidad de una persona perseguida. Lo anterior supone que la jurisdicción, tuvo conocimiento del caso, y encontró este error y lo neutralizó, de manera que esta autoridad judicial reconoció la existencia del error judicial. En los dos casos de Europa citados un elemento importante es que se dicte una sentencia reconociendo el error judicial. El error judicial da lugar a un “error de impunidad”, a un “culpable impune” y a un “inocente condenado”.” (Islas & Cornelio, 2017, p. 25).

2.4. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

2.4.1. El derecho al proyecto de vida

El tratadista que mayores alcances doctrinarios ha aportado a este tema es el maestro Sessarego. Ontológicamente, se ha afirmado que el hombre es libertad. Pero que esta libertad exige ser exteriorizada en las diferentes relaciones intersubjetivas, hacerse “vida de la libertad”, con la finalidad

que la libertad ontológica pueda cumplirse en la realidad como “proyecto de vida”. Es decir, que la libertad que somos, se proyecte al mundo exterior como acto, conducta o comportamiento, dada su vocación de realizarse, de concretarse. Esta fenomenalización de la libertad es el “proyecto de vida” (Fernandez Sessarego, 2002, p. 63).

El derecho al proyecto de vida tiene íntima vinculación con el derecho y a reconocido constitucionalmente al libre desarrollo de la personalidad, pero con mayores implicancias que éste último, Fernandez Sessarego, al respecto nos dice con acierto que: “todo ser humano concibe, consciente o inconscientemente en determinada altura de su trayectoria existencial” (Saenz, 2015, p. 52), un proyecto de vida.” Es decir, dicho con otras palabras, el ser humano traza un plan vital, un programa de vida, una trayectoria existencial, desde el instante que es capaz de hacerlo. Estas expresiones son, como se puede apreciar, diferentes maneras de referirse al “proyecto de vida”. Para el profesor sanmarquino el “proyecto de vida”, por ser resultado de una valoración axiológica del ser humano que le posibilita escoger entre varias opciones, le otorgan a su vivir un sentido un rumbo, una razón de ser. Se vive para, en lo posible, cumplir con el proyecto de vida. Si ello, ocurre, el ser humano se siente realizado desde que ha cumplido con su proyecto de vida superando casi todos o muchos de los obstáculos que se le han presentado para hacer realidad su decisión.

2.4.2. Definición del daño al proyecto de vida

Fernández Sessarego citando a Joel Díaz señala que “daño al proyecto de vida” (Fernández Sessarego, 2006, p. 10), constituye una real afectación a las oportunidades u opciones de realización del ser humano. Es decir, que

como consecuencia de dicho daño se puede producir una frustración o menoscabo de la libertad fenoménica de la persona.

2.4.3. Supuesto fundamental del daño al proyecto de vida

Sobre el tema Cubero Soto desarrolla, a Fernández Sessarego, y explica a la libertad, como el elemento fundamental para el proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida supone primordialmente que todo ser humano es ontológicamente libre, es un ser coexistencial, temporal y, en razón de éstas, posee la capacidad de proyectarse en el porvenir y constituir un plan existencial.

Se trata de supuestos filosóficos que fueron utilizados por el autor del concepto para desarrollar la figura, partiendo de un punto de vista existencialista y personalista que como se verá posteriormente impregna todo el instituto jurídico del daño al proyecto de vida. (Cubero Soto, 2010, p. 72)

2.4.3.1. Libertad

La libertad, desde nuestro punto de vista, es el supuesto primordial para el desarrollo del proyecto de vida y su respectivo daño. Es el punto de partida para comprender lo que implica este daño desde un punto de vista teórico.

Autores como Mounier, Jaspers y Sartre, entre otros, llegaron a la conclusión de que el hombre es libertad. Es decir, la libertad no es

algo que se adquiere o se desarrolla, sino que es parte de la esencia del ser humano. La libertad para estas corrientes filosóficas, consiste principalmente en “(...) la libertad de descubrir por sí misma su vocación y de adoptar libremente los medios de realizarla. No es una libertad de abstención, sino una libertad de compromiso.”.

Sartre en una manera enfática señala que estamos “condenados” a la libertad, es decir, “somos una libertad que elige, pero no elegimos ser libres”. Gabriel Marcel expresa que “En última instancia decir soy libre es decir soy yo”.

En el mismo sentido, el autor Carlos Fernández Sessarego, indica que “La libertad no resulta ser una, una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad sino que es libertad. Es albedrío. Y esta es una situación ontológica en el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino. De acuerdo con dicho autor, la libertad es irrenunciable y constitutiva. Es decir es parte inseparable del ser humano y la única forma de que ésta se termine es con la muerte. (Cubero Soto, 2010, p. 73).

Ahora, esa libertad está íntimamente relacionada con la decisión, en cuanto “el decidirse, es una forzosidad: la forzosidad de ser libres.” Es decir, el ser humano como ser libre que es, debe tomar decisiones, para lo cual requiere de un proceso volitivo, valorativo y pensante para poner en marcha esa “potencialidad actuante que nos permite decidir, elegir, entre muchas oportunidades o posibilidades de vida (...)”

Como lo señala Fernández Sessarego, “El ser libertad, para preferir, debe valorar. Por ello, el ser libre es estimativo. Los valores nos abren al mundo del espíritu. El hombre es un ser espiritual, lo que lo coloca en un rango de preeminencia frente a los demás animales mamíferos que, por carecer de libertad, no son espirituales.” Dicha libertad, no obstante difiere de la voluntad. Esta última es “. En este sentido la voluntad se presenta como una”.

Víctor Pérez Vargas señala que “Se denomina normalmente ‘voluntad’ a aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad es poder subjetivo, o más bien, una aptitud propia del ser humano, con la cual puede condicionar su vida futura mediante decisiones relativamente autónoma. Se trata de un conocimiento de fines y motivos, propios solo de la esfera superior y por ello propia solo del ser humano” (Cubero Soto, 2010, p. 74).

Lo anterior implica que la libertad como esencia del ser humano funciona como una especie de supuesto de las voliciones, en donde como señala Sartre, estas son: “ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria”.

La libertad siguiendo al autor Fernández Sessarego, cuenta con dos vertientes o instancias. La primera vertiente la llama ontológica y la segunda fenoménica. Citando textualmente el autor, “La libertad ontológica nos hace ser lo que somos: seres libres, espirituales. Es

nuestro ser. La libertad, en cuanto decisión, está constantemente proyectando de acuerdo con valores. Para traducir la decisión en acto la libertad ontológica debe utilizar su estructura psicosomática y las opciones que le ofrece su mundo circundante.

La libertad ontológica se vuelca, así, hacia el mundo exterior, se convierte en fenómeno, según el significado griego de este concepto.

Entonces, la libertad en su primera vertiente se manifiesta como las íntimas decisiones que tienen como vocación su realización en el mundo exterior a través de conductas, actos, comportamientos. Es decir, en la primera instancia es cuando los seres humanos toman las decisiones internamente de qué quieren hacer y lo que tienen como proyecto. Por otro lado, la segunda vertiente, la fenoménica, consiste en que dichas decisiones se exteriorizan y entran en el mundo objetivo y de conocimiento por los demás a través de actos o conductas. (Cubero Soto, 2010, p. 75).

Para dicho autor latinoamericano, es importante diferenciar estas dos instancias, en cuanto, la primera, la ontológica, no puede limitarse, restringirse o recortarse, más bien, es aquella que solo puede eliminarse con la muerte. Por otro lado, la segunda instancia de la libertad, la fenoménica, en donde ya existe la exteriorización, sí puede ser limitada o condicionada por diferentes factores o elementos externos a ésta.

Estas limitaciones a la segunda instancia de la libertad, se basan en los valores de justicia, solidaridad y seguridad que dirigen todo Estado de

Derecho. Entre éstas, se citan por ejemplo el orden público, buenas costumbres, buena fe, función social, normal diligencia, abuso del derecho, entre otras. Es decir, como lo expresa en sus obras el autor peruano, las decisiones a lo interno del ser humano son libres, no obstante encuentran limitaciones o resistencia en el entorno, haciendo entonces que la libertad como un todo no sea absoluta.

Fernández Sessarego ilustra el tema al decir que: “De lo expuesto se desprende que si bien la persona puede decidir por sí misma lo que quiera o lo que se le ocurra, no siempre es posible –dados los condicionamientos a que está sujeta la libertad cuando pretende exteriorizarse-, el que sus decisiones se cumplan, se realicen, se conviertan en actos. Por el contrario, generalmente –o casi siempre nuestras decisiones, en cuanto somos seres libres, no logramos verlas realizadas por los a veces agobiantes condicionamientos que nos limitan y nos constriñen.”.

Es aquí donde libertad difiere del éxito por cuanto como lo indica Sartre, “ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en su sentido más amplio) por sí mismo.” (Cubero Soto, 2010, p. 76).

Un aspecto importante de la libertad es que ésta se proyecta. Es decir “El proyecto de vida encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, solo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más no podría existir sin proyectar. La libertad

es, de suyo, un proyecto. Ser es proyectar.” (Cubero Soto, 2010, p. 77).

El ser humano debe hacerse a sí mismo, elaborando su propia persona, haciendo uso de su libertad, condiciones, oportunidades y proyectos que se formula. La libertad y la temporalidad se unen para que así, el ser humano se desarrolle constantemente.

CAPÍTULO III

DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. El entroncamiento entre la aplicación de la prisión preventiva y la presunción de inocencia

La prisión preventiva como ya se ha descrito en el marco teórico, es:

“Sin duda alguna, la mediada de coerción personal más aflictiva y polémica de las que existen en el ordenamiento jurídico procesal penal, y lo es no tanto por su aceptación expresa en las leyes nacionales y supranacionales; sino más bien en la fórmula de su regulación positiva, pues esta debe realizarse de manera más acorde con los derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia, como indica (Asencio Malledo, 1987, p. 147).”

Es preciso, pues, determinar, qué naturaleza tiene la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico, que, debe someterse a un análisis iusfilosófico ya que el estado se encuentra dentro de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, donde operan no solo meras reglas sino que son necesarios los principios para la aplicación de éstas, es decir, en medio de un universo de reglas y principios, éstos deben ser aplicados teniendo en cuenta su grado de valoración; y este criterio, es el adoptado por la corriente ius filosófica del post positivismo y radica en un cambio de paradigma:

“El postpositivismo explica que, para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas)”. (Aguiló Regla, 2007, pp. 669 - 670).

De ello, se puede deducir que, la prisión preventiva es una institución dentro del sistema procesal penal que para su funcionamiento necesita de un conjunto de reglas; no es un derecho fundamental ni un principio, por lo que, para su aplicación necesita de la directriz de principios, que no son parte del instituto que regula la aludida medida cautelar de la libertad personal, sino que, están sobre el instituto. Es decir, que, para ser aplicadas se tienen que tener en cuenta determinados principios. En suma, la prisión preventiva, para el paradigma del postpositivismo es una institución, porque contiene un conjunto o complejo de reglas de aplicación inmediata, es decir, encajar, encuadrar, determinados requisitos en los presupuestos que requiere la ley para que ésta sea aplicada. Cómo se le llama a este procedimiento, subsunción o regla del “todo o nada”, que quiere decir, que, si la conducta o requisitos no enmarcan plenamente en la ley, esta no se aplica.

Ahora, determinemos la naturaleza de la presunción de inocencia, que, al entender de los investigadores, también vendría a ser una regla, pero, integrada en nuestra Constitución, así ésta, establece en su artículo 2, inciso 24, literal e), que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”

Podemos deducir de su redacción que, la presunción de inocencia es un mandato constitucional definitivo (o regla), y en ese punto, se le da la razón a Ferrajoli⁸, para quien las disposiciones constitucionales son reglas que expresan mandatos

⁸ Tiene una postura que parece negar la distinción entre principios y reglas, para él, los derechos constitucionales son reglas que expresan mandatos definitivos y que, si se pondera, no es porque seas mandatos optimizables, sino porque los supuestos de hecho son variados. La ponderación no incide de este modo en el ámbito de la estructura normativa, sino en todo caso en la necesidad de valoraciones respecto de los supuestos de hecho. (Ferrajoli, 2014, p. 193)

definitivos y que, si se ponderan, no es porque sean “mandatos optimizables”, sino porque los supuestos son variados.

Otra, postura que coadyuva a la nuestra, en cuanto a la presunción de inocencia, es lo que señala Alexy, con respecto a la diferencia entre reglas y principios, señalando que la diferencia emerge de la separación disyuntiva entre dos modelos de razonamiento. Mientras las reglas se aplican mediante silogismo subsuntivos, los principios exigirían ser optimizados mediante el mecanismo de la ponderación. De este modo Alexy, defiende una conexión necesaria entre teoría de los principios y ponderación. La medida de los principios sería, de este modo, el test de proporcionalidad estructurado en tres sub test (adecuación, necesidad y ponderación) que permitirían por fin establecer relaciones de prelación o jerarquía entre principios en conflictos de forma “correcta” para cada caso.

Siendo así, la presunción de inocencia no debería ser uno de los principios rectores que regulen la aplicación de la prisión preventiva como bien lo afirman Villegas Paiva, Angulo Arana y Miranda Aburto, sino una regla que encuentra su fundamento en la dignidad⁹ de la persona humana, y que, por encontrarse recluida dentro de la Ley Fundamental debe preferirse sobre cualquier otra regla de alcance legal, respetando de ese modo el principio de unidad¹⁰ de la Constitución.

Se debe entender que la Constitución no establece a la presunción de inocencia como un principio, sino como una regla, consagrando el mandato, que, toda persona “debe ser” considera inocente, mientras no se declare su culpabilidad

⁹ La noción de la dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres vivos. [...]. (Varsi Rospligiosi, 2010, p. 29).

¹⁰ Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. (STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12a)

judicialmente. Ordena, entonces como debe ser tratada cualquier persona que, se encuentre inmerso en un proceso penal.

Ahora, pues, habiendo deslindado la naturaleza jurídica de la prisión preventiva y la aparente naturaleza jurídica de la presunción de inocencia, pasamos a describir, y opinar ontológicamente sobre la realidad procesal nacional, donde la prisión preventiva es la regla que se aplica por excelencia. La totalidad de la doctrina moderna, la que hemos desarrollado en el capítulo anterior, ha señalado que la prisión preventiva debe ser no la regla general sino una excepción de la ley; y ésta, a nuestro criterio, debería aplicarse para salvaguardar derechos fundamentales más grandes o superiores a la libertad con el que cuenta toda persona y en especial, en este caso, el procesado.

Decimos, “debería”, porque tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han desarrollado tesis pro procesalistas¹¹, es decir, las que están en defensa del proceso, lo cual, a nuestro criterio resulta ser un craso error, ya que, lo que se debe buscar con prioridad es la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales de la “persona” del procesado y de la víctima, y no debe existir otro motivo fuera de éste, que permita quitarle o privarle de libertad al procesado, que es el valor supremo del ser humano como señala Fernández Sessarego.

¹¹ La prisión preventiva debe ocupar el último lugar en la aplicación de dichas medidas. Debe preferirse otra alternativa menos lesiva a los derechos individuales y aquella que resulte estrictamente necesaria a los fines procesales y no a los fines populistas de seguridad ciudadana. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 52).

La prisión preventiva per se no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide ya —como veremos más adelante— al analizar su proporcionalidad. (Del Río Labarthe, 2008, p. 100 – 101).

Siendo que, en caso de ser aplicada, debería serlo, por asegurar el proceso en pro de los derechos fundamentales de la parte agraviada, como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso, a la verdad, o, a que sus derechos sean resarcidos como la indemnidad sexual, a la identidad, a la integridad, etc. Y, si, no es aplicada, sería por garantizar los derechos del procesado (como persona humana que tiene dignidad), como su derecho a un proceso justo, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional, a su integridad, a su libertad, a su proyecto de vida.

No debe pensarse, pues, que la aplicación o no aplicación de las reglas de la prisión preventiva está destinada al aseguramiento del proceso, entendido como el conjunto de etapas, actos procedimentales, plazos y otros; sino, que, como ya mencionamos, el proceso debe protegerse para asegurar los derechos fundamentales de las partes procesales: procesado – víctima.

Entonces, es correcto afirmar, que la prisión preventiva es una medida cautelar necesaria en el ordenamiento jurídico, lo incorrecto, es sostener que, dicha medida asegura la estructura del proceso penal *in abstracto*, o considerar a la presunción de inocencia como principio regulador de las reglas de la prisión preventiva.

En cuanto, al aseguramiento del proceso, ya se ha zanjado que, lo que se asegura con ello, es la garantía de los derechos fundamentales de las partes procesales.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunción de inocencia, hemos precisado que ésta vendría a ser una regla de rango constitucional, y que, por ende, debe ser tratada con tal consideración. En ese escenario, nos encontramos frente a una

antinomía¹² normativa, puesto que, tanto la regla de presunción de inocencia recogida por la Constitución, como las reglas de la institución de la prisión preventiva contenidas en el Código Procesal Penal, regulan a la libertad como derecho fundamental de la persona humana, en condición de procesado.

Sin embargo, en tanto, la presunción de inocencia protege el derecho a la libertad de la persona, la prisión preventiva, más bien, limita o afecta el derecho a la libertad del procesado. Surgiendo así, la antinomia anteriormente advertida.

Por ello, seguimos afirmando que, es incorrecto señalar que la presunción de inocencia es el principio que regula la aplicación de las reglas de la prisión preventiva, puesto que, por ser ambas reglas, se someten a la subsunción como forma de aplicación, por la cual, debe elegirse de entre ellas, sólo una.

El criterio por excelencia o el más preponderante para elegir entre ambas reglas, debe ser la relación de subordinación entre éstas, puesto que una ellas, se encuentra recogida dentro de la Constitución y la otra, en el Código Procesal Penal norma de rango legal. Sin embargo, excepcionalmente¹³, debe dejar de ser

¹² Una antinomia, es una situación en la cual el mismo caso está regulado por disposiciones diversas e incompatibles entre sí. La incompatibilidad entre las reglas antinómicas consiste precisamente en el hecho de que no se puede cumplir una sin violar otra. (Barberías, 2015, p. 176).

¹³ A nuestro parecer, de ahí es que deviene la “excepcionalidad” que reviste la prisión preventiva dentro del ordenamiento jurídico y de la que tanto se manifiesta la doctrina nacional en su totalidad. Así también considera a la prisión preventiva el Tribunal Constitucional: "...una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 51002006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras). (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 13, Caso: Keiko Fujimori Higuchi) y

aplicada la presunción de inocencia y preferirse a la prisión preventiva, esto por garantizar el ejercicio pleno de derechos fundamentales superiores a los fines de las aludidas reglas; ello sucederá cuando los principios que regulan la aplicación de la presunción de inocencia y la prisión preventiva, encuentren un orden lógico de regulación (al ponderarse), para afectar menos, en cada caso concreto, derechos fundamentales.

En buena cuenta, se podría concluir señalando que, la presunción de inocencia es la regla general a tenerse en cuenta al momento de determinar la situación jurídica del procesado penalmente, y, excepcionalmente, podrían aplicarse las reglas de prisión preventiva, esto por alcanzar fines superiores a la libertad del procesado.

3.2. La dignidad y la ponderación de derechos entre el procesado y la víctima: el proyecto de vida versus la indemnidad sexual

No debe ser motivo de alarma, ni asunto que obligatoriamente necesite ser citado, señalar que en los países que tienen como fin supremo el respeto a la “Dignidad Humana”, se idealice a la persona. En efecto, nuestro país, es por demás, un Estado que ha organizado su ordenamiento jurídico (casi todo), teniendo como directriz a la dignidad, sin embargo, creemos que, en caso de la prisión preventiva, lo que falla, no es la norma que la regula, sino, los aplicadores de la ley.

La dignidad no nace del pensamiento filosófico jurídico, como el naturalismo, positivismo, pragmatismo, escepticismo, postpositivismo, entre otros. Sino que

(EXP N ° 04780-2017-PHC/TC, f. j. 32, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

nace de la naturaleza del propio “ser humano”, es decir, de una teoría humanista¹⁴ de la persona.

En efecto, la dignidad ni siquiera nace de una corriente constitucionalista, ya que este término no aparece siempre en los textos constitucionales a lo largo de la historia. Es por ello, que la dignidad aun cuando se encuentre reconocida en nuestra Constitución, es superior a ésta, y se podría afirmar que, todas las constituciones que tienen tinte británico, con aires de privilegios, y de corte francés con matices de libertad, han sido fundadas, sin saberlo, no en la dignidad sino “por la dignidad” de la persona.

Entonces, se puede definir a la dignidad, como la virtud inherente a la persona, por tener la naturaleza de ser un “ser humano”, que la hace merecedora de todo derecho que le permita desarrollarse plenamente sin estorbo y sin estorbar a otros.

Siguiendo a Sessarego, y sin separarse de su postura personalista y existencial, que señala que el “ser humano” es libertad, nosotros extendemos dicho criterio para señalar que el “ser humano” es dignidad, de la cual, surge la libertad.

Traduciendo: el ser humano, tienen intrínsecamente libertad, porque tiene

¹⁴ [...] No tiene en cuenta la postura humanista de la que parte nuestra Carta Fundamental desde su primer artículo, que a la letra preceptúa "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." Es decir, que siendo la persona humana digna en todo sentido y titular de derechos fundamentales, inherentes y consustanciales a ella, sus derechos nunca deben ser olvidados ni dejados de lado al investigar presuntas situaciones de corrupción, imputar responsabilidades individuales ni imponer medidas restrictivas de la libertad; máxime por quien administra justicia y debe conocer, de modo inexcusable, los principios y valores que recoge la Carta Magna, así como el rol de la persona humana en nuestro sistema constitucional y los derechos fundamentales de los que esta es titular, cuya garantía de protección, resguardo y vigencia resultan de ineludible cumplimiento por toda judicatura. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 86, Caso: Keiko Fujimori Higuchi) y (EXP N.º 04780-2017-PHC/TC, f. j. 125, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

dignidad, *contrario sensu*, sin dignidad no tendría el goce de ningún derecho. Y así, implementamos la postura naturalista de la persona que surge de la dignidad.

Nadie más que la persona humana, tiene dignidad, por ello, resulta descabellado pensar en derechos de animales, ya que no son portadores de la dignidad, porque esta virtud, no es parte de su naturaleza. Así como los perros vuelven a su vómito, siendo ésta su naturaleza, resulta irracional o absurdo pensar que las personas humanas puedan realizar dicho acto propio de la naturaleza del animal.

Es preciso señalar lo que establece Landa Arroyo:

La dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dínamo de los derechos fundamentales. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

Siendo de ese modo, tanto el procesado como la víctima en un proceso penal, por tener la calidad de ser “seres humanos” cuentan con dignidad, y por ende, el ejercicio pleno de sus derechos debe ser garantizado por el *erga omnes*.

Sin embargo, es también sabido, que los derechos fundamentales tienen límites, que son aquellas barreras más altas que ellos mismos, que enervan de la dignidad de otras personas que, al contraponerse, resultan tener mayor valor subjetivo para ser respetados y reconocidos frente a los otros. Como señala el Tribunal Constitucional:

Como todo derecho fundamental, la libertad individual y los derechos que comprende no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como los son otros derechos, así como los principios y valores constitucionales. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 7, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

Dictar prisión preventiva sobre una persona, implica afectar su derecho fundamental a la libertad individual e inaplicar la regla constitucional de presunción de inocencia. La afectación de un derecho fundamental, o su limitación, puede ser justificada cuando la propia Constitución establezca dicha restricción de forma implícita o explícita. En este caso, se busca asegurar los derechos a la prueba, a la verdad y la eficacia del principio de tutela jurisdiccional y debido proceso que desembocan en la verdad y la justicia, principio supremo de cualquier Estado Democrático y Social como el Perú; y no solo de la víctima, sino también, del procesado.

En esa perspectiva, ¿existiría relación de contraposición entre el proyecto de vida del procesado y la indemnidad sexual de la víctima? En ninguna manera, puesto que la afectación del proyecto de vida del procesado está sujeta a la resolución que declare fundada el pedido de prisión preventiva, es decir, que, se podría evitar la limitación o vulneración de este derecho imponiéndole una medida diferente, pero, con el mismo fin, como la comparecencia restringida. Por el contrario, en cuanto a la víctima, la indemnidad sexual ya ha sido vulnerada y el daño ha sido efectuado. Así que, aun cuando el resultado del proceso sea la cadena perpetua para el culpable, el daño no desaparecerá.

Como señala Bullard, haciendo un análisis económico del los daños en la responsabilidad civil:

El punto de partida respecto a la indemnización por daños y perjuicios es que hay un principio que siempre nos enseñan y repetimos, pero yo creo que está equivocado, aquel que dice que, “aquel que dañe a otro debe indemnizarlo”, no es cierto, no hay ningún código que lo formule de esa manera, lo que hacen los códigos es establecer algún tipo de factor de atribución o elemento adicional para que proceda una indemnización por daños y perjuicios, por ejemplo, aquel que causa un daño a otro por culpa o dolo, o mediante una actividad riesgosa o peligrosa, en esos casos hay un elemento adicional, aquel mediante alguna razón o actividad cause daño a otro, la razón es simple, los daños que se causan no siempre deben ser indemnizados por que una vez causado el daño este es una pérdida social, por ejemplo: ya se perdieron los recursos generados del auto que se chocó no puede ser recuperado, puede ser recuperado, pero con los recursos de alguna otra parte de la sociedad, del causante, del dueño, de los asegurados, dependiendo del tipo de reparación, no es que el daño desaparece, solo se traslada, pero además el costo del traslado del daño existe, ya que se tiene que incurrir en ese costo, incluso se incrementa como consecuencia del costo social de tener que reparar el daño, jueces, abogados y tiempo. Desde este punto de vista, la regla más lógica es que los daños caen y quedan en la víctima, salvo que existan buenas razones para trasladar el daño, cuales son, por ejemplo, motivar que en el futuro no se causen más daños, a pesar de que el traslado del daño tiene un costo, uno puede incurrir en estos costos para tratar de que en adelante no se vuelvan a causar estos daño, de manera que esto es una señal para que los demás sepan que deben evitar manejar ebrios porque van a ser responsables de lo que causen, la razón de la reparar el daño no es la reparación, porque el daño no es reparable, sino porque genera un incentivo adecuado para no volver a causarlo, otra es que, compensar a las víctimas, y que, quien pague la indemnización sufra menos para pagar, con el seguro obligatorio, que el sufrimiento de pagar el daño se haga entre varios, y el sufrimiento sea menor, o puede ser para reducir los

costos mismos del sistema de transferencia de costos propiamente, la culpa es un excelente ejemplo de que este principio es correcto, cuando uno es atropellado por un no culpable, en un régimen de culpa, imaginemos de que no es un régimen de responsabilidad objetiva, entonces no se le paga, la víctima carga con su propio daño, en consecuencia no todos los daños son reparados, solo son reparados aquellos bajo un sistema de culpa, aquellos daños causados por personas culpables. La culpa está vinculada claramente al efecto de desincentivo de daños, lo que la culpa trata de prevenir es la primera razón de ser, es decir, hacer responsable a la persona que se comporta de aquella manera que incrementa la probabilidad de que los daños se den, en consecuencia cuando uno dice todos los daños son indemnizables, no es cierto, la culpa es un ejemplo de que los daños no siempre son indemnizables, los daños causado sin culpa en un sistema de culpa no son indemnizados, solo son indemnizado cuando cumplen una buena razón, y cuál es esa, desincentivar accidentes futuros. (Bullard 2013, p. 62),

El daño al bien jurídico de la víctima ha sido ya vulnerado, por lo que, la investigación que se siga contra el posible culpable, será para satisfacer el costo del daño, castigar de cierta forma al culpable, pero lo más importante, enviarle un mensaje a la sociedad, para que, el daño no vuelva a ser causado. Esto, más la resocialización, son los fines de la pena. Sin embargo, cuando hablamos de la pena, entenderemos que ya se habrá encontrado a un culpable. En este caso, se alude al término procesado, debido a que, aun no se ha demostrado su culpabilidad, motivo suficiente para no afectar su libertad.

Es también, cierto, que, la indemnidad sexual es un derecho fundamental del niño y del adolescente que debió ser protegido y garantizado principalmente por el Estado y la sociedad, por tanto, cuando sea dañado, debe ser reparado

indefectiblemente, pero no solo por el posible causante del daño, sino por aquellos que están llamados obligatoriamente a garantizar la defensa de este derecho.

El interés superior de niño y del adolescente, es el principio que vincula a todo poder y ente público, para actuar en defensa de los derechos de los menores¹⁵. Es sin duda alguna, el motivo que induce a los Fiscales a solicitar prisión preventiva para el procesado y que convence a los Jueces para conceder dicha medida.

A pesar de ser una buena razón para dictar la prisión preventiva, el derecho que tanto el Estado como la sociedad deben proteger, ya ha sido vulnerado, por ello, lo que se pretende no es garantizar la protección de la indemnidad sexual, sino su reparación, situación que no podrá ser posible físicamente, sino solo jurídicamente con la pena y la reparación civil o indemnización.

Sin embargo, lo que sí se debe proteger y garantizar mientras sea posible, son los derechos fundamentales que aún no han sido vulnerados, como el proyecto de vida¹⁶ del procesado, que también debe ser atendido por el Estado, como señala Sáenz Dávalos, que, el nivel de legitimación que pueda acompañar a un nuevo derecho no se genera necesariamente en función de un sentimiento absolutista o

¹⁵ **Art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el Respeto a sus derechos.

¹⁶ El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que, tal como ha establecido en su jurisprudencia, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 "está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado" (Sentencia 0032-2010PI/TC, fundamento 17). (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 10, Caso: Keiko Fujimori Higuchi) y (EXP N.º 04780-2017-PHC/TC, f. j. 29, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

mayoritario (dominante como suelen decir algunos teóricos), bien puede medirse a partir de una simple y elemental sentimiento de minoría social, pues lo que se toma en cuenta no es la coincidencia absoluta de todos quienes integran la colectividad, sino el grado de importancia que el derecho reclamado como nuevo tiene para el individuo y para los propósitos de su autodeterminación y bienestar. (Sáenz Dávalos, 2009, p. 20).

La ponderación de los derechos de la víctima a ser indemnizada, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, a la verdad, entre otros, con los derechos del procesado al proyecto de vida, a la libertad, al proceso justo, entre otros, queda sujeta de manera directa, a la mayor cantidad de medios de prueba que se puedan recabarse de la investigación que vinculen al procesado con los hechos *in examen*. No existe otra manera de ponderar dichos derechos, sino de la manera más objetiva y concreta posible, en cada caso, es decir, el análisis que determine el daño al proyecto de vida no es una tarea que se pueda realizar sin respaldo práctico o casuístico.

3.3. El error judicial y prisión preventiva: Análisis de resoluciones judiciales

En cuanto al error judicial:

“En su sentido gramatical, es: un concepto equivocado en el juicio, en la administración de justicia. En sentido jurídico, presentamos dos acepciones de la doctrina: 1) en España, el supuesto origina una indemnización por parte del Estado por los daños y perjuicios causados en la administración de justicia a la víctima, en éste supuesto, es indispensable que exista una resolución judicial que de manera expresa que reconozca que hubo un error; que la resolución rompa la armonía del concierto jurídico, por desatención del juzgador al cometer el error por datos indiscutibles que dé

lugar a una resolución absurda; 2) en Francia, el error judicial es un error de hecho cometido por los miembros de un tribunal, durante el juicio en su apreciación de la culpabilidad de una persona perseguida. Lo anterior supone que la jurisdicción, tuvo conocimiento del caso, y encontró este error y lo neutralizó, de manera que esta autoridad judicial reconoció la existencia del error judicial. En los dos casos de Europa citados un elemento importante es que se dicte una sentencia reconociendo el error judicial. El error judicial da lugar a un “error de impunidad”, a un “culpable impune” y a un “inocente condenado”. (Islas & Cornelio, 2017, p. 18).

Un problema grave en el Perú, a propósito del error judicial, es la carga procesal que no permite un flujo rápido de procedimientos. Y los que se realizan se hacen no con detenimiento.

En la prisión preventiva, juega un papel preponderante, la prueba, que además de ser un derecho fundamental, para determinar la verdad material (que es tema muy amplio), es un aparente obstáculo para la deliberación. Es verdad que uno de los presupuestos para la prisión preventiva es la convicción que el fiscal encuentre en el juez con el ofrecimiento y la actuación de diferentes medios de prueba, que no permiten decidir de momento, sino que, todavía, está en juego un proceso judicial.

Así señala el Tribunal Constitucional:

Lo que se entiende por fundados y graves elementos de convicción se estructura sobre la base de pruebas fehacientes o suficientes indicios que, de manera conjunta, acreditan uno o varios hechos o permiten aseverar determinadas situaciones como razonablemente producidas, no sobre la base de conjeturas o meras deducciones apriorísticas. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 241, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

No por el hecho de que el procesado luego de un proceso judicial salga indemne, quiere decir que su conducta no haya sido confrontada, sino que, por falta de pruebas o por el surgimiento de la duda razonable, su culpabilidad no ha sido probada. Por ello Mazini establece que:

“sostiene que la presunción de inocencia “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”. Así, según este autor, lo mejor sería hablar en proceso penal, no de una “presunción de inocencia”, sino más bien de una “presunción de culpabilidad”. (Mazini, 2011, p. 63).

Con quien estamos totalmente de acuerdo, ya que, no se le puede atribuir a alguien, la culpabilidad de alguna conducta que no haya estado dentro de su esfera de dominio, es decir, dentro de sus posibilidades de control. Sin embargo, en un sistema procesal objetivo, los elementos de convicción al momento de valorar los presupuestos de la prisión preventiva deberían ser los más objetivamente posible acreditados o acreditables, adicionalmente a ello, se debe motivar debidamente, cada uno de los presupuestos requeridos para la configuración de la prisión preventiva.

Tal como lo expresa el Tribunal Constitucional:

En efecto, el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aún si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aún no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad. En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su

dictado. En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 15 y 16, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

Finalmente, resulta necesario señalar que el juez debe precisar en la motivación de su resolución, no solo asuntos de materia probatoria, sino una verdadera ponderación de derechos, en caso de la violación sexual de menores, está en juego la satisfacción del resarcimiento de la indemnidad sexual, que no es parte del derecho a la libertad, sino del derecho a la vida y por ende, al de la integridad, sin la cual la vida no podrá ejercerse plenamente. Así como señalamos precedentemente en este capítulo.

Por tanto, la ponderación que realice el Juez al dictar la medida de la prisión preventiva en los casos de violación sexual de menor de edad, deberá orientarse, no solo en considerar la apariencia del derecho, el quantum de la pena o el peligro procesal, que son de naturaleza procesal, sino que, deberá considerar la garantía de la protección de los derechos fundamentales de los menores, que son direccionados por el interés superior del niño, y de los derechos del procesado, que por la libertad detenta la presunción de inocencia que es un mandato constitucional.

En el acápite anterior, hemos zanjado la forma en que se debe entender el derecho al proyecto de vida del procesado y el derecho a la indemnidad sexual de la víctima.

Es así, como queda demostrado que, el error judicial, no se asume por una sentencia absolutoria, que tenía como efecto la disposición de prisión preventiva, sino por la ausencia de fundamentos facticos y jurídicos, o la malversación de las disposiciones legales. Puesto que, al existir elementos que le permitan al juez tener convicción no solo de la comisión del delito, sino del peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización) y el *quantum* de la posible pena, la medida debe dictarse, aun cuando el resultado del proceso sea la absolución del procesado.

Empero, si se dicta prisión preventiva y sin que se hayan reunido los tres presupuestos que establece la ley procesal, evidentemente, existirá un error judicial, puesto que, la presencia de elementos que acrediten tales presupuestos es ineludible para la fundamentación y motivación de la resolución, ya que, dicho fallo limitaría un derecho fundamental de primera línea como es la libertad individual y además descartaría la aplicación de la presunción de inocencia como regla general y constitucional para la determinación de la situación jurídica del procesado.

Así lo señala también el Tribunal Constitucional:

E1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva.

En definitiva, pues, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este Tribunal considera

que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. (EXP N ° 04780-2017-PHC/TC, f. j. 121 y 122, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

En el caso de violación sexual de menores de edad, creemos, que, lo que le llevaría al juez a determinar la existencia de los presupuestos exigidos por la ley para dictar la prisión preventiva, además de las pruebas médicas de la víctima que puedan mostrarse adversas al procesado, sería la relación que existe entre la prognosis de la pena y el peligro procesal, puesto que, a cualquier persona que se le instruya sobre la futura pena a imponérsele por el aludido delito, que como se sabe, oscila entre los 25 años de pena privativa de libertad a más, le sobrarían motivos para no someterse al juzgamiento y buscar el modo de eludir o evitar a la justicia.

Sin embargo, en cuando se refiere a la presunción de un presupuesto por otro, o la presunción de lo que haría o lo que haya hecho cualquier otra persona, el Tribunal Constitucional, ha señalado:

Empero, sobre el particular, la Sala Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios ha señalado en revisión que "...la norma (artículo 269, numeral 4, del Código Procesal Penal) no autoriza la valoración del peligro de fuga en función al comportamiento de otros imputados." (cfr. f. 276), con lo cual coincide este Tribunal, por cuanto, no resulta razonable, lógico, ni ceñido a las reglas de un Estado Constitucional, evaluar el comportamiento de otros imputados para concluir que puede haber peligro de fuga en el caso de la señora Keiko Fujimori; máxime si en el caso concreto la defensa técnica nunca podrá desvirtuar hechos objetivos, como puede ser la fuga de otros investigados. Por ello, la Sala concluye "En ese sentido, el agravio es fundado, concluyéndose que no existe indicio razonable para presumir el peligro de fuga de la investigada KEIKO SOFÍA

FUJIMORI HIGUCHI" (cfr. f. 378). (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 111, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

En esa perspectiva, entonces, se afirma que, cada presupuesto debe acreditarse probatoriamente con elementos de convicción, y no argumentarse o motivarse con simples presunciones o conjeturas lógicas, de ser el caso, se incurriría en un grave error judicial, que vulnera derechos fundamentales.

A continuación, realizamos el análisis de doce casos judiciales sobre el delito de violación sexual de menor de edad, donde se dictó prisión preventiva sobre los procesados. Se analizan en cada caso, hechos más preponderantes, y los elementos de convicción para acreditar la existencia o presencia de cada presupuesto exigido por la ley para dictarse dicha medida coercitiva. En cada caso, se arriba a una conclusión donde se plasma nuestro criterio en armonía con lo que el Tribunal Constitucional ha señalado sobre dicha aplicación.

3.3.1. Análisis de Resoluciones Judiciales sobre Prisión Preventiva dictadas por el Primer y Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Chota

A continuación se procederá a analizar los autos de prisión preventiva dictados en el segundo y el primer juzgado de investigación Preparatoria de la provincia de Chota durante los años 2016 a 2019, debemos precisar que para el desarrollo del trabajo de investigación se han tomado en cuenta 12 sentencias debido al muestreo planteado.

Tabla N° 01

Análisis del expediente N° 00434-2015-0-0610-JR-PE-01/ Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	00434-2015-0-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	SERGIO IDROGO VÁSQUEZ
	AGRAVIADO	C.D.Y.F
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
La menor asegura haber sido víctima de ultrajes cuando ésta tenía 8 años, sindicando como presunto autor al imputado. Señala que éste le venía realizando tocamientos indebidos y que el imputado llegaba con el pretexto de pedir agua, aprovechando la ausencia de sus padres para tocarle, siendo que cuando se dirigía a dar de comer a sus vacas, sorpresivamente aparece su tío, quien le bajó el pantalón, para luego introducirle su pene en su vagina. Luego de esa vez los ultrajes han sido constantes hasta la edad de doce años.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción - Acta de denuncia verbal 11/11/2015. - Certificado médico legal-desfloración antigua. - Pericia Psicológica- se muestra tensa e insegura.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena - Artículo 1° del artículo 173° del Código penal: “menor de 10 años”, pena de cadena perpetua.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización. - Vive con su madre. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: - La medida es idónea; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA - 06 meses
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Las investigadoras hemos llegado a la conclusión de que en la presente resolución, si bien existen elementos de convicción que acreditan la existencia del delito, no son suficientes para sindicar al imputado como presunto autor del hecho, en ese sentido, con la finalidad de acreditar la presencia del acusado en juicio oral donde se demostrará su culpabilidad o no, se pueden tomar otras medidas coercitivas como la comparecencia restringida; además la fundamentación a criterio nuestro no es la adecuada, ya que no hace referencia explícita a la declaración de la menor y tampoco hace referencia si se cumplen o no los presupuestos para considerar su declaración como válida; teniendo en cuenta que es el principal elemento de convicción que sustenta su resolución, lo que genera error en su resolución. Aunado a ello, tampoco han sido evaluados correctamente, y no fundamenta como se cumplirían los tres requisitos copulativamente.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 02

Análisis del expediente N° 349-2015-27-0610-JR-PE-0/ Segundo JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	349-2015-27-0610-JR-PE-0
	JUZGADO	SEGUNDO JIP - CHOTA
	IMPUTADO	BENJAMIN GAONA LUMBA Y OTRO
	AGRAVIADO	M.LL.H
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa a Benjamín Gaona, haber violado sexualmente a la menor agraviada, en horas de la noche días del mes de julio de 2015. Y se le imputa a Wildor Silva Lucano haberla ultrajado varias veces en el mes de agosto de 2015, circunstancias cuando en la noche se encontraba descansando en su cama, los unía una relación sentimental con la menor de 13 años.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción - Acta de denuncia verbal. - Certificado médico legal: embarazada. - Declaración de la menor.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena - Numeral 2° del artículo 173° del Código penal: no menor de 30 ni mayor de 35 años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga-Obstaculización. - Domicilio conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: - La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA - 5 meses.
CONCLUSIÓN ARIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Las investigadoras hemos llegado a la conclusión de que en la presente resolución, si bien es fundamentada adecuadamente por el magistrado, no se ha tenido en cuenta lo que manifiesta la agraviada en su declaración, ya que señala que ha tenido una relación sentimental con el imputado; además de ello se ha cuestionado la forma de obtención de su declaración, lo que genera error, a pasar por alto estos puntos relevantes. Asimismo, respecto a los otros requisitos tenemos que no hay peligro de fuga ni obstaculización, en cuanto tiene domicilio conocido y las pruebas ya se habrían obtenido; por lo tanto no se cumplirían copulativamente los requisitos de la prisión preventiva.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 03

Análisis del expediente N° 524-2018-20-0610-JR-PE-01/ Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	524-2018-20-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	BRANCO FABIAN NUÑEZ OCHOA
	AGRAVIADO	SMCB
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa a Branco Núñez haber abusado sexualmente de la menor agraviada en dos oportunidades y a la vez incitar a la menor a que se tome fotos desnuda y le envíe vía whatsapp, desde el 2011, cuando la menor tenía 11 años, en un hotel, donde dicho imputado le incitó a tomar alcohol.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal: Lesiones traumáticas recientes, desfloración antigua.
		- Declaración de la menor.
		- Pericia Psicológica.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Numeral 2° del artículo 173° del Código penal: no menor de 30 ni mayor de 35 años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido.
		- Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 5 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Las investigadoras hemos llegado a la conclusión de que en la presente resolución, si bien se realiza una correcta fundamentación de los presupuestos para la prisión preventiva, consideramos que se debe hacer un mayor análisis a la declaración de la menor, ya que según manifiesta en su declaración, ella ha estado libando licor con el imputado y otras personas más; por otro lado ella manifiesta que luego de la supuesta primera violación, invitó al imputado a su cumpleaños, horas después sucedió la otra violación. Además los otros presupuestos no se cumplen, y para otorgar la prisión preventiva tiene que ser copulativos los presupuestos.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 04

Análisis del expediente N° 480-2018-38-0601-JR-PE-01/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	480-2018-38-0601-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	YODMAR ALARCON NUÑEZ
	AGRAVIADO	LEV B
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa a Yodmar Alarcón Núñez, haber practicado el acto sexual con la menor agraviada, de 12 años de edad, hecho ocurrido el 03 de octubre de 2018, en horas de la tarde, en el cuarto del denunciado, quien habría sido su enamorado y no es la primera vez que sucedió.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Acta de denuncia verbal.
		- Certificado Médico Legal: desfloración antigua.
		- Entrevista en Cámara Gesell.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Artículo 173° del Código penal: pena de cadena perpetua.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido. Profesión Policía.
		- Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 5 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Las investigadoras hemos llegado a la conclusión de que, en la presente resolución, la resolución está debidamente fundamentada; sin embargo, consideramos se debió verificar si la declaración de la menor cumple con los presupuestos del pleno 2-2005; ya que del debate se aprecia que la menor tiene contradicciones. También consideramos se puede dar un medida menos gravosa, debido a que el imputado tiene un trabajo conocido, un domicilio conocido y no existe obstaculización; por lo tanto no se cumplen copulativamente los requisitos.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 05

Análisis del expediente N° 146-2016-6-0610-JR-PE-1/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	146-2016-6-0610-JR-PE-1
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	José Eder Vásquez Díaz
	AGRAVIADO	V.B.Y.M
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa a José Eder Vásquez Díaz, haber violado sexualmente a la menor V.B.Y.M., el día 02 de marzo de 2016. La mamá de la agraviada realiza la denuncia. El hecho habría ocurrido a las 13:00 horas cuando mandó a su hija a comprar a la ciudad de Chota, siendo las 18:40 horas de la fecha la menor todavía no había retornado. Con fecha 03 de marzo, la menor agraviada fue encontrada por sus padres, quienes la condujeron hasta la comisaría, refirió que había sido víctima de violación sexual por parte del imputado, quien le habría hecho pernoctar en hotel “Royal -Suite” de Chota.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Declaración de la menor. - Reconocimiento Médico Legal. Desfloración antigua. - Pericia Psicológica.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2 artículo 173° del Código penal: no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido. Trabajo conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 5 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Las investigadoras hemos llegado a la conclusión, que la presente resolución está realizada con la fundamentación adecuada; sin embargo, se debió considerar que el acusado tiene domicilio real y domicilio laboral conocido, consideramos que se ha debido tener mayor atención en la declaración de la menor, su ampliación y en la individualización del imputado.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 06

Análisis del expediente N° 425-2015-99-76-2016-0-0610-JR-PE-01/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	425-2015-99-76-2016-0-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	Eiver Salcedo Bueno
	AGRAVIADO	L.A.V
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa al investigado haber ultrajado sexualmente el día 09 de octubre de 2015 en circunstancias que la menor agraviada se encontraba durmiendo en su domicilio y al tener necesidad de ir al baño, se dirigió a la letrina, fue en ese momento que apareció el imputado, quien a jalones la llevó a un cuarto, donde el sujeto le bajó el pantalón y contra su voluntad le obligó a mantener relaciones sexuales.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal.
		- Pericia psicológica.
		- Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido. Trabajo conocido.
		- Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 06 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
A la conclusión que arribamos es que si bien se tiene los elementos principales como son la declaración de la menor, la pericia psicológica y el examen del médico legista, estos elementos deben dar una alta probabilidad de que el acusado sea el culpable, asimismo no se han analizado correctamente los otros presupuestos de la prisión preventiva para determinar si la prisión preventiva es la medida idónea que debe aplicarse.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 07

Análisis del expediente N° 253-2016-27-0610-JR-PE-01/ Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	253-2016-27-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	Reynerio Torres Idrogo
	AGRAVIADO	Y.C.M.
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
El día 10 de abril de 2016, a horas 08:00 am, en circunstancias en que la agraviada se encontraba en el domicilio de sus abuelos, en compañía de sus hermanos menores, hizo su aparición el imputado quien le solicitó un vaso de agua y es en ese momento que ingresó al inmueble llevando a la fuerza a la menor a uno de sus dormitorios, dándole a los otros dos menores dinero y su celular para que no digan nada y abusó sexualmente de la referida agraviada.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal.
		- Pericia psicológica.
		- Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido.
		- Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 09 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Hay que considerar que para aclarar los hechos debió tenerse en cuenta también la declaración de los hermanos, para tener mayor convicción y una alta posibilidad de que el acusado ha realizado dicho delito como lo establece el acuerdo plenario 1-2009 y la resolución de Tribunal Constitucional respecto del caso de Keiko Fujimori, es decir si existe alta probabilidad de que el acusado haya cometido los hechos y que vaya a ser condenado. Asimismo, se debió analizar los otros presupuestos pues tiene domicilio conocido y no se ha probado las amenazas.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 08

Análisis del expediente N° 434-2015-0-0610-JR-PE-01/Primer JIP

DATOS GENERALES		N° DE EXPEDIENTE	434-2015-0-0610-JR-PE-01
		JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
		IMPUTADO	Sergio Idrogo Vásquez
		AGRAVIADO	C.D.I.F
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS	
Se imputa al investigado haber ultrajado sexualmente en varias oportunidades a la menor agraviada, siendo la primera vez en su domicilio, con el pretexto de pedir agua y otras veces la ultrajaba sexualmente por las chacras, bosques o cuando la encontraba sola, refiriendo la agraviada que estos ultrajes sucedieron desde que tenía 8 o 9 años y han continuado hasta la edad de 13 años.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción	
		- Certificado médico legal. - Pericia psicológica. - Acta de declaración referencial de la menor agraviada.	
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena	
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.	
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización.	
		- Domicilio conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación.	
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:	
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.	
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA	
		- 06 meses.	
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS			
Concluimos que, en este caso, la prisión preventiva está bien fundamentada. En cuanto, hay una sospecha grave que el acusado haya cometido el delito de violación. Tal como lo demuestran los elementos de convicción, y se encuentran bien fundamentados los otros requisitos de la prisión preventiva, considerando los que señala el artículo 268° del CP y la Casación N° 626-2013- Moquegua.			

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 09

Análisis del expediente N° 424-2015-33-0610-JR-PE-01/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	424-2015-33-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	SEGUNDO MIGUEL VELARDE DELGADO
	AGRAVIADO	CCLE
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa al investigado haber ultrajado a la menor agraviada desde que tenía doce años, la primera sería cuando llegó del colegio, la segunda vez sería cuando se encontraba haciendo sus tareas, en otra oportunidad fue cuando la mujer fue a dar agua a los animales y así han sido varias veces que abusó de ella, durante dos años. La última agresión ocurrió en el mes de mayo de 2015.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal.
		- Pericia psicológica.
		- Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido.
		- Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 06 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Concluimos que, en este caso, la prisión preventiva está bien fundamentada. En cuanto, hay una sospecha grave que el acusado haya cometido el delito de violación. Tal como lo demuestran los elementos de convicción, y se encuentran bien fundamentados los otros requisitos de la prisión preventiva, considerando los que señala el artículo 268° del CP y la Casación N° 626-2013- Moquegua.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 10

Análisis del expediente N° 348-2015-86-0610-JR-PE-02/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	348-2015-86-0610-JR-PE-02
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	Elmer Eduardo Julca Correa
	AGRAVIADO	F.M.J.L
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa al investigado haber violado sexualmente a su hijastra, el día 21 de junio de 2014, en circunstancias que este llegó a la casa donde vive la agraviada con el fin de ver a su conviviente quien estaba muy enferma, habiendo llegado a las 07:00 pm, se sentó en la cama donde se encontraba acostada, lo mismo hicieron sus hijas, entre ellas la agraviada. Minutos más tarde el imputado se levantó de la cama y se dirigió a la cocina, al otro lado del cuarto donde se encontraban, la cual estaba dividida por triplay y una puerta de cortina, lugar a donde llamó a la agraviada para que le alcance un tarro de milo y una vez que entró, el imputado a la fuerza la agarró de la cintura y sin decirle nada le bajó el pantalón y su ropa interior, el también bajó su pantalón, recostó a la menor sobre una mesa durante quince minutos.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal. - Pericia psicológica. - Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga-Obstaculización.
		- Domicilio conocido. Trabajo conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 04 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Consideramos que según la narración de los hechos, debió analizarse mejor el caso para otorgar prisión preventiva, pues no existe sospecha grave de que los hechos hayan ocurrido, en cuanto se señala que la casa era con separaciones de triplay, la menor pudo gritar, llorar, pedir ayuda, y hubiera sido muy fácil escucharla, por lo tanto el primer requisito respecto de los elementos de convicción graves y fundados no estaría bien fundamentado, asimismo, no se ha fundamentado correctamente los otros presupuestos para otorgar la prisión preventiva.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 11

Análisis del expediente N° 66-2019-60-0610-JR-PE-01/Primer JIP

DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	66-2019-60-0610-JR-PE-01
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	Elver Delgado Huamán
	AGRAVIADO	I.C.A.L
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Los hechos ocurrieron cuando la agraviada tenía 12 años, se encontraba en el cuarto de su tía, al promediar las 20:30 horas, cuando se encontraba en el balcón de su casa, ha pasado en una moto lineal el imputado acompañado de un muchacho, es así que el imputado la invita a una fiesta del caserío, fueron a la fiesta y tomaron cerveza, luego regresaron al promediar las 00:50 horas, al regresar el amigo del imputado se fue y la agraviada se dirigía a su casa, siendo que el imputado llevó a la menor a su cuarto donde la violó.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción
		- Certificado médico legal. - Pericia psicológica. - Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena
		- Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal-Peligro de fuga -Obstaculización.
		- Domicilio conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
		- La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA
		- 06 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
En este caso, si bien los hechos demuestran una alta probabilidad de responsabilidad penal del acusado, también se debe tener en cuenta el aspecto social, pues si bien las menores de 14 años, según la norma, aún no tienen discernimiento, en la actualidad la sociedad está muy cambiante y debe considerarse que últimamente las adolescentes empiezan su vida sexual desde muy corta edad, con su consentimiento, en estos casos otorgar prisión preventiva, perjudicaría la vida de una persona que no tuvo la intención de cometer un delito; por lo tanto consideramos que debe analizarse los hechos con mayor detenimiento según la declaración de la menor para determinar si es necesario la prisión preventiva u otra medida coercitiva, como en este caso, que no habiéndose cumplido los otros presupuestos, hubiera sido conveniente una comparecencia restringida.		

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla N° 12

Análisis del expediente N° 314-2016-10-0610-JR-PE-02/Primer JIP

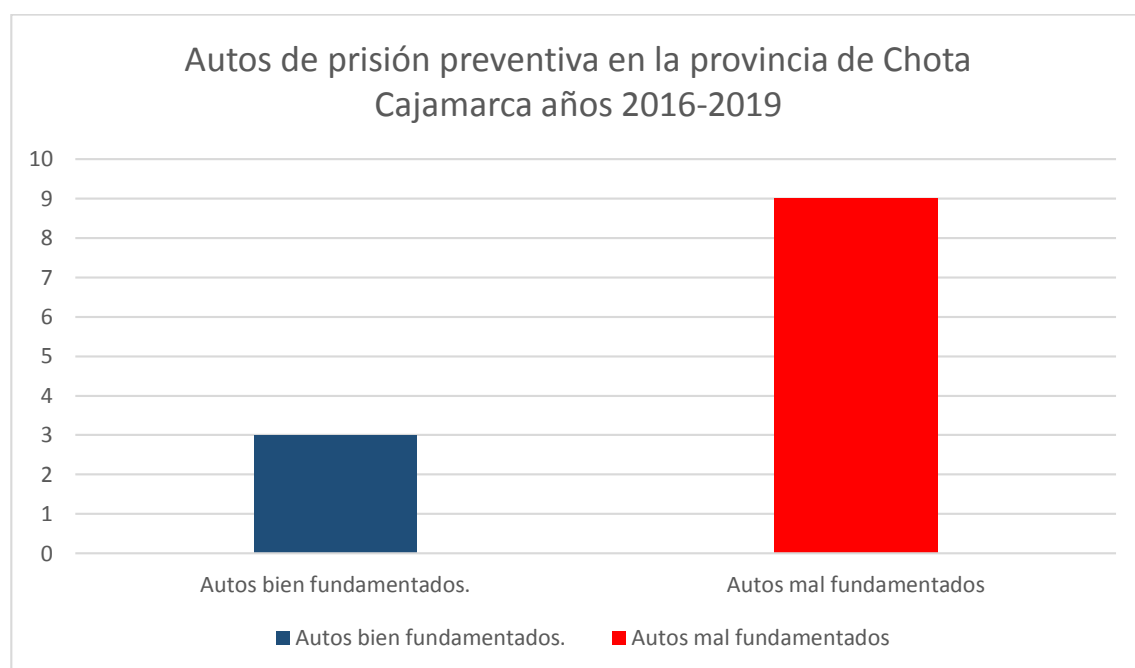
DATOS GENERALES	N° DE EXPEDIENTE	314-2016-10-0610-JR-PE-02
	JUZGADO	PRIMER JIP - CHOTA
	IMPUTADO	Francisco Aguilar Tantaleán
	AGRAVIADO	K.A.C
HECHOS RELEVANTES		ARGUMENTOS
Se le imputa al investigado haber abusado sexualmente de la agraviada en varias oportunidades, en la vivienda donde ambos viven. La primera en el año 2015, cuando estaban solos en la casa aproximadamente a las 02:00 pm cuando estaba barriendo el imputado la llevó a la fuerza a su cuarto donde la violó. Siendo la última vez el 22 de julio de 2016, cuando se encontraba sola en su casa.		PRIMER PRESUPUESTO: Fundados y graves elementos de convicción - Certificado médico legal. - Pericia psicológica. - Acta de declaración referencial de la menor agraviada.
		SEGUNDO PRESUPUESTO: Prognosis de la pena - Inciso 2) del Artículo 173°: de treinta a treinta y cinco años.
		TERCER PRESUPUESTO: Peligro Procesal- Peligro de fuga-Obstaculización. - Domicilio conocido. Trabajo conocido. - Respecto al peligro de obstaculización se tiene que realizar diligencias de investigación. Amenaza a la menor.
		PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: - La medida es idónea, necesaria y proporcional; no existe otra medida que cumpla con el objetivo de manera eficaz.
		PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA - 09 meses.
CONCLUSIÓN ARRIBADA POR LAS INVESTIGADORAS		
Concluimos que, en este caso, la prisión preventiva está bien fundamentada. En cuanto, hay una sospecha grave que el acusado haya cometido el delito de violación. Tal como lo demuestran los elementos de convicción, y se encuentran bien fundamentados los otros requisitos de la prisión preventiva, considerando los que señala el artículo 268° del CP y la Casación N° 626-2013- Moquegua.		

Fuente: Elaboración Propia.

De lo antes observado en las resoluciones de los expedientes en mención se ha podido desarrollar el siguiente cuadro, el cual engloba la fundamentación en los autos sobre prisión preventiva.

Figura N° 01

Autos de prisión preventiva durante los años 2016-2019



Fuente: Elaboración Propia.

Del análisis de las tablas anteriores desde la 01 hasta la 12, y tal como se puede observar en la figura N° 01, se puede señalar que de los 12 casos analizados, 9 de ellos se encuentran mal fundamentados, ya que se observa que se no han analizado de manera correcta los medios de prueba ofrecidos, así como tampoco se ha tomado en cuenta los presupuestos que tiene prisión preventiva, como es el peligro de fuga que en la mayoría de los casos es inexistente, y el peligro de obstaculización, que en la mayoría de casos tampoco se presenta, aunado a ello tenemos que el juez no ha fundamentado adecuadamente cada presupuesto para la configuración de la prisión preventiva, en tanto, a pesar de contar con elementos que determinen la apariencia del derecho sobre delito, y con ello, la prognosis de

la pena, no se ha podido acreditar fehacientemente el peligro procesal, consistente en el peligro de fuga y en el peligro de obstaculización, puesto que, los imputados tenían domicilio conocido, y habían colaborado con su presencia en cada diligencia procedimental.

El máximo intérprete de la Constitución de nuestro Estado ha señalado respecto a lo anterior:

Cabe, por lo demás, añadir que la obligación de evitar discursos especulativos o meramente presuntivos resulta tanto más exigible cuando lo que se busca o pretende como finalidad, es limitar, legítimamente, uno o varios derechos fundamentales, y ello, no es un simple *desideratum* sino que encuentra pleno respaldo en el estándar de motivación especialmente cualificada desarrollado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Colegiado. En otras palabras, y mientras más severa o radical resulte la restricción ha de requerirse de mayor o más fuerte argumentación. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 242, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

Del análisis, resulta evidente, también, la inadecuada aplicación de las reglas de la prisión preventiva, y el incipiente conocimiento del alcance de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad individual, el proyecto de vida y la dignidad de la persona.

Señala el Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia:

La presunción de inocencia exige también asumir, como regla general, que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y solo por vía de excepción privada de ella (principio de excepcionalidad). (EXP N.º 04780-2017-PHC/TC, f. j. 82, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 20171 p. 18).

Señala el Tribunal Constitucional sobre la libertad individual:

El caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, tiene un doble carácter a saber. "En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales. (EXP N ° 04780-2017-PHC/TC, f. j. 27, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia) y (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 8, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

El tribunal constitucional a través de esta sentencia implementa el doble sentido de la libertad individual, una siendo es el aspecto subjetivo, que va a estar ligado a la libertad física de la persona, mientras que el aspecto positivo va a ser ligado al tema del libre ejercicio de sus derechos como parte de la sociedad.

Señala el Tribunal Constitucional sobre el proyecto de vida:

El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que, tal como ha establecido en su jurisprudencia, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 "está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado" (EXP N ° 04780-2017-PHC/TC, f. j. 29, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón) y (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 10, Caso: Keiko Fujimori Higuchi).

Como se puede observar es el tribunal constitucional el que ampara como fase fundamental del constitucionalismo moderno al proyecto de vida, que a su vez se encuentra guiado por su libertad, empero también señalan que este proyecto de vida no debe ir en contra de las leyes interpuestas por el estado.

Señala el Tribunal Constitucional sobre la dignidad humana:

[...] No tiene en cuenta la postura humanista de la que parte nuestra Carta Fundamental desde su primer artículo, que a la letra preceptúa "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." Es decir, que siendo la persona humana digna en todo sentido y titular de derechos fundamentales, inherentes y consustanciales a ella, sus derechos nunca deben ser olvidados ni dejados de lado al investigar presuntas situaciones de corrupción, imputar responsabilidades individuales ni imponer medidas restrictivas de la libertad; máxime por quien administra justicia y debe conocer, de modo inexcusable, los principios y valores que recoge la Carta Magna, así como el rol de la persona humana en nuestro sistema constitucional y los derechos fundamentales de los que esta es titular, cuya garantía de protección, resguardo y vigencia resultan de ineludible cumplimiento por toda judicatura. (EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC, f. j. 86, Caso: Keiko Fujimori Higuchi) y (EXP N.º 04780-2017-PHC/TC, f. j. 125, Caso: Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

El juez no debe olvidar que, el procesado tiene es también una persona que goza de dignidad, por lo que, deben respetarse todos sus derechos, y con mayor razón, aquellos fundamentales para su desarrollo. Por ello, la prisión preventiva que se dicte sin haberse reunido los elementos procesales, configuran un error judicial que vulnera el derecho al proyecto de vida del procesado.

Nuestra tesis, propone que el proyecto de vida significa no un derecho sino la manifestación de otros, como: la vida, la libertad y el libre desarrollo de la persona.

Así la vida está definida como:

La vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico. Y el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. [...]. (STC 06057-2007-HC, f. j. 6).

La definición de vida que nos brinda el Tribunal Constitucional, es como el derecho supremo, sin el cual el resto de derechos no podría existir en la realidad y a sí mismos no podrías ser ejercidos, lo vincula también con la dignidad, el derecho a la vida y a la seguridad personal.

Así la libertad está definida como:

El valor supremo del ser humano, siendo este el único animal que la posee. Implica aquella capacidad que tiene el sujeto para realizarse con autonomía dentro de sus relaciones sociales. Permite actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otros, tomando en consideración que, como derecho, está ligado al interés social. (Varsi Ropigliosi, 2010, p. 29).

La libertad es definida por el tribunal Constitucional como la capacidad que va atener una persona para poder realizarse de manera autónoma,. Es decir de poder realizar su proyecto de vida por si mismo, y que a su vez va a permitir al ser humano actuar por si mismo.

Y el libre desarrollo de la persona, se concibe:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad. (STC 02868-2004-AA, f. j. 14).

Como se observa en la sentencia el proyecto de vida sería el conjunto de objetivos fundamentales (actos jurídicos) que serán posibles por la vida y la libertad, para ejercer el derecho al libre desarrollo de la persona y éste termine desembocando en el pleno desarrollo de persona.

La prisión preventiva atenta directamente contra el proyecto de vida porque afecta a sus derechos alimentadores, la libertad y el libre desarrollo de la persona.

Como vemos, la dignidad es lo que engloba a todo derecho ligado a la persona humana, es por ello, que los humanos son susceptibles de ejercer derechos. Y como asegura Sessarego: la esencia del hombre es la libertad. Pero la libertad no podrá ser ejercida sin que antes no se respete y se reconozca la dignidad.

Pues bien, si tenemos en cuenta la existencia de un total de 9 autos de 12 analizados que no se encuentran debidamente motivados, ya que en ellos se pueden observar diversas falencias que radican en el análisis de los medios de prueba, podemos indicar que con la existencia de la privación de la libertad de estas personas acusadas de la comisión de un delito sin tener en cuenta la inexistencia de un presupuesto de la prisión preventiva, se está vulnerando de manera directa su proyecto de vida, ya que como se ha observado son diversos los acusados a los que se les ha impuesto un plazo de prisión preventiva que los va a afectar en su desarrollo a la sociedad, y su desarrollo como persona, independientemente del hecho de que como sean vistos estos en la sociedad la cual observe como serán llevados a una prisión.

CONCLUSIONES

- ✓ Se ha determinado la existencia de error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019, debido a que de las 12 resoluciones que se han analizado 9 de ellas se encuentran mal motivadas, debido a que no han tomado en cuenta los presupuestos para que se den la prisión preventiva.
- ✓ Se ha determinado que la consecuencia del error judicial al dictar prisión preventiva en la provincia de Chota durante los años 2016 y 2019 sin la existencia de una debida motivación por parte de los juzgados, va a generar daño al proyecto de vida del acusado, debido a que se va a privar de una manera arbitraria la libertad de una persona.
- ✓ Con la aplicación del error judicial en la aplicación de la prisión preventiva en los procesos de violación sexual de menor de edad en la provincia de Chota en los años 2016 a 2019, se está privando de manera arbitraria de su libertad, ya que no existe una motivación correcta, en las resoluciones analizadas.
- ✓ Se han analizado diversas resoluciones las cuales a la fecha han sido implementadas, y han surgido sus efectos procesales correspondientes, por ello con la dación de estas resoluciones se ha transgredido de manera directa la debida motivación de las resoluciones judiciales, ya que no se han valorado los medios de prueba de manera fehaciente y en ellas no se ha fundamentado ni subsumido de manera correcta los presupuestos para que se dé la prisión preventiva.

RECOMENDACIONES

- Se debe realizar un estudio por parte de la comunidad académica con el objeto de poder observar si es que el error judicial de no motivar de manera correcta un auto de prisión preventiva se da solo en el distrito de Chota de la ciudad de Cajamarca, o si es un fenómeno que se manifiesta en otros distritos judiciales.
- Se debe realizar un estudio con la finalidad de poder determinar la viabilidad de poder crear un decreto legislativo o una ley que regule de mejor manera el proceso inmediato, para asegurar con esto que no se vulneren derechos fundamentales de personas están en etapa de investigación por la comisión del ilícito penal de violación sexual de menor de edad.
- Se debe realizar un por parte de la comunidad académica un estudio para poder observar si este fenómeno del error judicial de la falta de motivación solo se manifiesta en los delitos de violación sexual de menor o si se da en otro tipo de delitos.

LISTA DE REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, J. (2007). POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* ISSN: 0214-8676, 665 - 675.
- ALEXY, R. (1988). "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Doxa.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (2007). *Justicia Penal, derechos y garantías* . Lima-Bogotá: Palestra-Themis.
- ANGULO ARANA, P. (2007). *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano*. Lima: Jurista Editores.
- ANGULO ARANA, P. M. (2011). LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 13 - 29.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (1987). *La prisión provisional*. Barcelona: Bosch.
- BARBERIS, M. (2015). *Introducción al Estudio del Derecho*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- BARREIRO, A. J. (2004). La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional. *Jueces para la Democracia, Información y Debate*. N° 51. Madrid, 37.
- BOVINO, A., & BIGLIANI, P. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: 2008.
- BULLARD, A. (2013). Recuperado el 09 de AGOSTO de 2019, de Página: IUSTA LEX: https://www.youtube.com/watch?v=GMZ_7PmA-W8

- CÁCERES JULCA, R. E. (2009). *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2006). *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*. Montevideo: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- CUBERO SOTO, M. (2010). *Análisis y Desarrollo del concepto daño al proyecto de vida*. San José: Universidad de Costa Rica sede Rodrigo Facio.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2008). La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En J. HURTADO POZO, *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (págs. 97 - 121). Lima: Fondo Editorial PUCP. Obtenido de Derecho Penal.
- DUCE, M., FUENTES, C., & RIEGO, C. (2009). *Prisión Preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- Editora El Comercio . (28 de Setiembre de 2013). El Comercio. Obtenido de <http://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/eva-bracamonte-libre-caso-fefer-linea-tiempo-noticia-1636706>
- ESPINOZA ESPINIZA, J. (2007). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (5ta ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2006). *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*. Lima: Jurista Editores.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.). *El “Derecho de Daños” en el Umbral de un Nuevo Milenio*.

- FERRAJOLI, L. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores.
- FLORES NEYRA, J. A. (2010). *Manual del Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GIMENO SENDRA, V. (1985). *El proceso de Hábeas Corpus. Temas claves de la Constitución española*. Madrid: Tecnos.
- HASSEMER, W. (2003). *Crítica al Derecho Penal de hoy. Traducción de Patricia S. Ziffer*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ISLAS, A., & CORNELIO, E. (2017). Error Judicial Judicial Error. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, ISSN 2070-8157.
- JAUCHEN, E. (2005). *Derechos del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO. (2018). *La Prisión Preventiva Comentarios a los casos emblemáticos*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- LANDA ARROYO, C. (2011). Dignidad de la Persona Humana. *Ius et Veritas 21/ Revistas PUCP*, 10 - 25.
- LUJÁN TÚNEZ, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal - ISBN: 978-612-311-038-3*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MAIER, J. (1978). *La Ordenanza Procesal Penal alemana*. Buenos Aires: Depalma.
- MALEM SEÑA, J. (2008). *El error judicial y la formación de jueces*. Barcelona: Gedisa.
- MARTINEZ ARRIETA, A. (2003). *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Madrid: Osezmo editores.

- MAZINI, V. (2011). Tratado de Derecho procesal penal, Tomo I. En: ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Principios del proceso penal”, Editorial Reforma, p. 63., p. 63.
- MIRANDA ABURTO, J. E. (2018). *Prisión Preventiva, Comparecencia Restringida y Arresto Domiciliario*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ORÉ GUARDÍA, A. ,.-A. (2017). *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- OSSORIO, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. México: Heliasta.
- PEÑA CABRERA, A. R. (2007). *Exegésis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Rodhas.
- QUIROZ FRÍAS, A. (2017). Implicancias del síndrome de alienación parental en el interés superior del niño. *GACETA CONSTITUCIONAL - 1997 - 8812*, 175 - 186.
- QUISPE FARFÁN, F. S. (2002). *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra Editores.
- RAE. (20 de Septiembre de 2018). *dle.rae.es*. Obtenido de dle.rae.es: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=silogismo>
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2006). *En busca de la prisión preventiva*. Lima: Jurista Editores.
- REÁTEGUI SANCHEZ, J. (2018). *Delitos contra la Libertad Sexual en el Código Penal*. Lima: Brand Perú.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- SÁENZ DÁVALOS, L. R. (2009). Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización. En L. Sáenz Dávalos, E. Pestana Uribe, R. Rodríguez Santander, J. Sosa Sacio, L. Huerta Guerrero , O. Díaz Muñoz, . . . C. Kuo Carreño, *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional* (págs. 13 - 47). Lima: Gaceta Jurídica.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ VALVERDE, P. (2006). *Introducción al nuevo proceso penal. 1ra Edición*. Lima: Idemsa.
- VARSÍ ROSPLIGLIOSI, E. (2010). Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. *Gaceta Constitucional*, 27-39.
- VILLEGAS PAIVA, E. a. (2013). *La detención y la prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ZAFFARONI, E. (. (1986). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*. En I. I. Humanos, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*. Buenos Aires: Depalma.

ANEXOS

AUTOS DE PRISION PREVENTIVA.