

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

**LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS
PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL**

Tesis para obtener el título de abogado

AUTOR

Bach. José Miguel Dávila Sevillano.

Bach. Samuel Quiliche Chatilan.

Asesor:

Mg. Augusto Quevedo Miranda

Cajamarca – Perú

Setiembre – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

**LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS
PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL**

Tesis para obtener el título de abogado

AUTOR

Bach. José Miguel Dávila Sevillano.

Bach. Samuel Quiliche Chatilan.

Asesor:

Mg. Augusto Quevedo Miranda

Cajamarca – Perú

Setiembre – 2020

COPYRIGHT 2020 © by

José Miguel Dávila Sevillano

Samuel Quiliche Chatilan

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

**LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS
PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Presidente: **Mg. JOSE LUIS COBA URIARTE**

Secretario: **Mg. OTILIA LOYITA PALOMINO CORREA.**

Asesor: **Mg. AUGUSTO QUEVEDO MIRANDA.**

DEDICATORIA

Con mucha gratitud a todas las personas que hicieron posible cumplir nuestros sueños y lograr ser profesionales

AGRADECIMIENTO

A todos los abogados que apoyaron en nuestra investigación y a todos quienes nos facilitaron la información para la realización de la presente

INDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
INDICE.....	6
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
CAPITULO I	10
INTRODUCCIÓN	10
1.1. Planteamiento del problema de investigación	10
1.2. Objetivos de la investigación	13
1.2.1. Objetivo general.....	13
1.2.2. Objetivos específicos.....	13
1.3. Hipótesis de la investigación	14
1.4. Metodología de la investigación	16
1.4.1. Aspectos generales.....	16
1.4.2. Aspectos específicos	16
1.4.3. Técnicas de investigación	17
1.4.4. Instrumentos	18
1.5. Viabilidad del estudio.....	18
1.6. Aspectos éticos de la investigación.....	19
CAPÍTULO II	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. Antecedentes de la investigación	19
2.2. Teorías que sustentan la investigación	21
2.3. Bases teóricas	24
2.4. La prisión preventiva en el derecho comparado	64
2.5. Definición de términos básicos.....	73
CAPÍTULO III	74

LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA AMPLIAR LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	74
3.1. Arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva	74
3.2. Proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido	77
3.3. Escaza motivación constitucional al derecho a la libertad	80
3.4. La ultima ratio de la norma penal.....	85
CAPÍTULO IV	89
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	89
4.1. Presentación de resultados.....	89
4.1.1. Pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional	90
4.1.2. Pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	95
4.2. Discusión de resultados.....	101
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	108
LISTA DE REFERENCIAS	109

RESUMEN

Esta investigación aborda el análisis del artículo 268° del código procesal penal referido a la medida cautelar de prisión preventiva, la cual es muy cuestionada en nuestro país y en cuya aplicación viene poniendo en riesgo derechos importantes que son garantizados por nuestra Constitución, entre ellos el derecho a la libertad el cual se ve vulnerado conforme la aplicación de la medida, que en esencia necesariamente debe ser aplicada en estricto cumplimiento de los presupuestos penales de rango constitucional que se exigen los cuales están estipulados en nuestro sistema jurídico y que deben ser aplicado en última ratio, sin embargo observamos que los presupuestos de este artículo no son suficientes por lo que nos planteamos la necesidad de ampliar estos presupuestos para que ya no se afecte el derecho a la libertad.

En la investigación de un proceso penal, se salvaguarda los derechos fundamentales de los imputados, previa verificación de los presupuestos que exige la prisión preventiva, medida que afecta estos derechos fundamentales, es por ello que planteamos en nuestra hipótesis que los fundamentos jurídicos para la ampliación de los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal, son la arbitrariedad en su aplicación, falta de proporcionalidad en el análisis del delito, falta de motivación frente al derecho a la libertad y que dicha medida no se aplica como última ratio. La investigación posee un enfoque mixto, es de tipo aplicada y tiene un diseño descriptivo – transversal. Su método es el dogmático, exegético y hermenéutico, para lo cual se hará uso de la observación documental con la ficha de recojo de datos, así como el análisis de contenido y la comparación de sistemas jurídicos extranjeros, con el uso de la libreta de anotaciones, fichas de lectura y hojas guía

Palabras claves: Prisión preventiva, derecho a la libertad, ampliación de presupuestos jurídicos.

ABTRACT

This research addresses the analysis of article 268 of the criminal procedure code referring to the precautionary measure of preventive detention, which is highly questioned in our country and in whose application it has been putting at risk important rights that are guaranteed by our Constitution, including the Right to liberty which is violated according to the application of the measure, which in essence must necessarily be applied in strict compliance with the criminal requirements of constitutional rank that are required which are stipulated in our legal system and which must be applied in Last ratio, however we observe that the budgets of this article are not enough, so we consider the need to expand these budgets so that the right to freedom is no longer affected.

In the investigation of a criminal process, the fundamental rights of the accused are safeguarded, after verification of the assumptions that preventive detention requires, a measure that affects these fundamental rights, that is why we propose in our hypothesis that the legal bases for the extension of the presuppositions of article 268 of the Criminal Procedure Code, are the arbitrariness in its application, lack of proportionality in the analysis of the crime, lack of motivation regarding the right to liberty and that said measure is not applied as a last resort. The research has a mixed approach, is applied and has a descriptive-cross-sectional design. Its method is dogmatic, exegetical and hermeneutical, for which it will use documentary observation with the data collection sheet, as well as content analysis and comparison of foreign legal systems, with the use of the notebook. , reading cards and guide sheets

Keywords: Pretrial detention, right to liberty, expansion of legal budgets.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del problema de investigación

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

El Código Procesal Penal como tal regula no solo las normas propias de las etapas del proceso penal, sino también señala todo el marco general de la justicia penal, sujetos, la prueba, medidas de coerción personal, entre otros; respecto a esta institución es que centraremos nuestra investigación, pues entendemos a las medidas de coerción como medidas cautelares, que restringen el ejercicio de derechos personales como es el caso del derecho a la libertad, medida impuesta por nuestro ordenamiento procesal, cuya finalidad es asegurar la sujeción del imputado al proceso, garantizando que esté presente hasta su culminación y pueda hacerse efectiva la sentencia” (Flores Sagástegui, 2016, p. 356).

Y es justamente en que recae en el artículo 268° del Código Procesal Penal los presupuestos que se exigen para la aplicación de la prisión preventiva, una de las medidas de coerción personal muy cuestionada y controvertida, sujeta a debate por parte de diversos juristas, operadores procesales del derecho, encontrando muchas interpretaciones que manifiestan a favor y otras en contra, dado que requiere la concurrencia de los presupuestos procesales establecidos en este artículo, que advierten solo la presencia de fundados y graves elementos de convicción, prognosis de pena y peligro procesal, presupuestos que deben ser ampliados para no afectar el derecho a la libertad de forma arbitraria.

El problema que genera la aplicación de este artículo es la forma desmedida en que viene siendo empleada llegando a lesionar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos tales como la libertad, y otros derechos tales como la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, olvidándose que uno de los principios del derecho penal, es que debe ser aplicado en última ratio.

Pues con ello encontramos casos en donde se observa que los presupuestos han sido pormenorizados como el caso la profesora que atropello a menores de edad hecho realizado en la ciudad de Lima, donde se observa que la calificación de los presupuestos fue menor, convirtiéndose en un uso abusivo y desmedido de la prisión preventiva, lo que determina que haya una discordancia con el marco constitucional y convencional que regulan su uso” (Reyna Ibañez, 2019, p. 2), es por ello, que esta investigación establece fundamentos jurídicos para lograr una adecuada aplicación de la prisión preventiva.

El artículo 268° del código procesal penal, debe tener encuentra otros factores tales como el de personas enfermas tanto física como mentalmente, madres gestantes, situación profesional, entre otras, que requieren por su situación, la aplicación de una medida coercitiva distinta a la prisión preventiva; como el ejemplo citado anteriormente.

De allí que, los presupuestos de este artículo son mínimos ya que en su aplicación como regla general en los procesos hace que esta medida sea desarrollada sin motivación que la respalde, desestimando medidas cautelares menos gravosas que puedan garantizar efectivamente la libertad personal de tal manera que se garantice legítimos derechos

constitucionalmente reconocidos. Desde esta perspectiva se está planteando la modificación del artículo 268° del Código Procesal Penal con la finalidad de aumentar los presupuestos jurídicos que generen el uso racional y fundamentado de la prisión preventiva, ya que es necesario resguardar la idoneidad de la norma procesal para que no se convierta en una suerte de sanción anticipada.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la ampliación de los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal?

1.1.3. Justificación del problema

1.1.3.1. Justificación práctica

La justificación del problema es importante porque nos ayuda a identificar no solo las arbitrariedades que se comenten al momento de aplicar el artículo 268 del código procesal penal, sino que además de ello nos permitirá establecer estos fundamentos jurídicos para ampliar los presupuestos de este artículo, buscando aminorar la aplicación de esta medida, en salvaguarda de los justiciables.

Aunado a ello, esta investigación se justifica en que hoy en día existe un debate sobre los presupuestos de esta medida así como los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional e inclusive de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que la aplicación de los presupuestos que señala este

artículo no sean usados como regla general en los procesos, por lo que tratar esta realidad jurídico social contribuirá a mejorar nuestro sistema procesal penal , posibilitando la realización de cambios normativos.

1.1.3.2. Justificación teórica

La justificación teórica se advierte en la presente investigación porque nos va ayudar a encontrar los fundamentos para que los presupuestos del artículo 268 del código procesal penal sean aumentados con la finalidad de evitar arbitrariedades contra los justiciables.

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para la ampliación de los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal.

1.2.2. Objetivos específicos

- a) Determinar los derechos que vulneran con la aplicación del artículo 268° del Código Procesal Penal.
- b) Análisis comparativo de la prisión preventiva con el derecho comparado.
- c) Analizar los pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva.
- d) Proponer una modificatoria del artículo 268° del Código Procesal Penal.

1.3. Hipótesis de la investigación

Los fundamentos jurídicos para ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva en el Perú dirigidos a lograr una correcta aplicación, son:

- a) Arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva
- b) La proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido.
- c) Escasa motivación constitucional del derecho a la libertad.
- d) La ultima ratio de la norma penal.

HIPOTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTO
<p>Los fundamentos jurídicos para ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva en el Perú dirigidos a lograr una correcta aplicación, son:</p> <p>a) Arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva</p> <p>b) La proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido.</p> <p>c) Escasa motivación constitucional del derecho a la libertad.</p> <p>d) La ultima ratio de la norma penal</p>	<p><u>Variable dependiente:</u> Ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva.</p>	<p>Son los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal</p>	<p>Derecho Procesal Penal</p>	<p>Estudio dogmático de la prisión preventiva.</p>	<p>Fichas de observación documental</p> <p>Fichas de registro de sentencias constitucionales.</p>
	<p><u>Variable independiente:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> -Arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva -La proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido. -Escasa motivación constitucional del derecho a la libertad. -La ultima ratio de la norma penal 	<p>Son todas los fundamentos de carácter jurídico por los que se debe ampliar estos requisitos.</p>	<p>Derecho Constitucional</p> <p>Derechos Humanos</p>	<p>Estudio dogmático del derecho a la libertad y presunción de inocencia a nivel constitucional e internacional.</p>	<p>Fichas de observación documental</p> <p>Fichas de registro de sentencias constitucionales.</p>

1.3.1. Operacionalización de variables

1.4. Metodología de la investigación

1.4.1. Aspectos generales

1.4.1.1. Enfoque

Esta investigación tiene un *enfoque cualitativo*, enfocándonos más en el aspecto empírico de la valoración de la prisión preventiva a nivel constitucional, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

1.4.1.2. Tipo

La investigación se adhiere a una ciencia básica basada en el *lege ferenda* por lo que es una investigación que trata hacer una modificación en el artículo 268° del Código Procesal Penal, dado que se busca ampliar los presupuestos de la prisión preventiva.

1.4.2. Aspectos específicos

1.4.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra

El universo, muestra y unidad de análisis se encuentra circunscrito por el marco dogmático legal de la prisión preventiva en el Perú. Sin perjuicio de ello se realizará un registro de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional en torno a la prisión preventiva, para tal efecto se ha utilizado el criterio técnico de muestra no probabilística por conveniencia.

1.4.2.2.Métodos

Nuestra investigación se funda en el método dogmático jurídico, porque tiene el fin de estar conexas entre sí, toda la investigación se ha interpretado de una manera que no se aísle entre unas y otras, contrario sensu que exista cierta relación entre sí para que la investigación sea más plena y acertada, en tanto analizaremos e interpretaremos la doctrina afín a la prueba en el proceso penal (Ramos Nuñez, 2005, p. 100).

1.4.3. Técnicas de investigación

1.4.3.1.Técnica de observación documental

La investigación será a partir del análisis de las fuentes documentales. Mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418).

1.4.3.2.Técnica de procesamiento para el análisis de datos

A partir de la observación documental, se recogerá la información doctrinaria y casuística para proceder luego a su análisis.

1.4.4. Instrumentos

1.4.4.1. Fichas de observación documental

Nos permite recolectar datos sobre las variables a investigar.

1.4.4.2. Fichas de registro de sentencias

Permite registrar las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre prisión preventiva.

1.4.5. Limitaciones de la investigación

En esta investigación se identifica como limitaciones aquellas de carácter temporal, en la medida que no se cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para la búsqueda de información y aplicación de instrumentos, no obstante, dichas limitaciones se verán superadas en la medida que se establecerá un cronograma de acuerdo al tiempo del autor para poder realizar todas las actividades trazadas

1.5. Viabilidad del estudio

La presente investigación puede ser válidamente realizada, a pesar de las limitaciones que pueden ser superadas, con el objeto de contribuir al derecho procesal penal, ya que se hará un análisis dogmático y casuístico de los presupuestos de la prisión preventiva.

1.6. Aspectos éticos de la investigación

En la investigación no vamos a tocar, o identificar a personas que se pueda vulnerar su derecho a la confidencialidad, llámese de casos legales, etc., por lo que nuestra investigación no va a atentar con los aspectos éticos que se delega.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Tenemos como antecedentes la investigación titulada *“El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano”* realizado para la Universidad Peruana Las Américas, por el Bach. Salvador Donald Delgado Llalla en el año 2018, cuya finalidad es determinar el objetivo de la prisión preventiva en el marco de la presunción de inocencia, y donde concluye que la prisión preventiva es un exceso por efecto en la libertad personal que conlleve a una persona que presume ser inocente. De tal manera que los límites que de acuerdo al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos poseen gran relevancia, ya que delimitan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Se debe considera la evaluación periódica que se inicie sin actividad de parte interesada de la prisión preventiva, al margen que tenga asidero formal, sino que se sustenta en el Derecho internacional.

Mediante de una revisión permanente de los aspectos que inicialmente lo respaldaron, lo que permite el derecho a la libertad, lo que permite evitar la permanencia arbitraria de los inculpados en las instituciones penitenciarios.

En la actualidad existen prácticas inquisitivas, que conllevan al exceso de la prisión preventiva, contraviniendo al principio de proporcionalidad, excepcionalidad y del plazo razonable, convirtiéndose en una verdadera pena anticipada (Delgado Llalla, 2018, p. 117).

La investigación de titulada *“La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia”* realizada en el año 2018, para la Universidad Autónoma del Perú realizado por la Bach. Liliana Patricia Ortiz Espino, cuyo objetivo general de investigación son determinar cuáles son las causas que generan la desnaturalización de la prisión preventiva y su vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia, y donde se arriba que la aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley. En este sentido es una medida netamente del derecho procesal penal, y es una medida cautelar de carácter personal, establecido en nuestro ordenamiento penal peruano. Y no se puede desnaturalizar su aplicación para convertirlo en una regla del derecho penal y punitivo como una forma de control social.

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

En efecto, el Principio de Inocencia, es un derecho fundamental reconocido en nuestro ordenamiento nacional e internacional, y se debe cumplir su finalidad por lo que toda persona debe llevar un juicio en libertad durante todo el proceso hasta que se emite la sentencia por parte del juzgador (Ortiz Espino, 2018, p. 108).

La investigación realizada por la Universidad Nacional de la Pampa, titulada “*El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal*” en el año 2016, realizado por la Bach. Nicolás Rojo, cuyas principales conclusiones arriban que lamentablemente, nada más alejado de la realidad. Debido al tenso equilibrio que existe hoy en día entre el principio de inocencia; y la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, parece romperse este fundamento principal, dado a la petición social de mayor seguridad y castigo, y como secuela de la misma, el encarcelamiento preventivo, tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la sensación de que, con la imposición de una prisión preventiva, se soluciona el problema o por lo menos se lo reduce, y es esta situación es la que produce el uso Abusivo de la Prisión Preventiva (Rojo, 2016, p. 92).

2.2. Teorías que sustentan la investigación

2.2.1. Teoría del Garantismo Penal

Esta teoría remite a la obra de Luigi Ferrajoli denominada “Derecho y razón”, que aunque lleva por subtítulo “teoría del garantismo penal”, está sustentada en una teoría general del garantismo, que presenta una teoría propia del Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli, 1989, p. 462); es decir, la que inspira y promueve la construcción de las paredes maestras

del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder. Siendo el garantismo no un simple legalismo o no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.

2.2.2. Teoría del Derecho Penal Mínimo o Minimalismo (Ferrajoli)

Luigi Ferrajoli, plantea también esta teoría en su obra *“Il Diritto Penale Minimo”*. Esta corriente de política criminal reconoce la inutilidad del actual esquema de represión penal de la criminalidad. Se incluye la lentitud judicial, el proceso de estigmatización, la selectividad del proceso penal, la cifra negra de la criminalidad. Propicia la reducción del derecho penal a la mínima expresión que pueda ser tolerada por la sociedad (Buján, 1998, pp.246-247). Es claro que el Derecho Penal Mínimo tiene correlato con el “máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo” (Ferrajoli, 1995, p. 104). En esta teoría se propone incluso descriminalizar un sin número de comportamientos como los delitos contra la familia, la moralidad pública, entre otros (Sueiro, 2014, p. 3).

2.2.3. Teoría cautelar de la prisión preventiva

Para la realización de la presente investigación es importante recurrir a la teoría cautelar la misma que es entiende que “las medidas que integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas), sino instrumental y cautelar; solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los

peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva” (Miranda, 2015, p. 110).

Esta teoría propugna que en principio que toda medida cautelar no tiene naturaleza sancionadora a diferencia de la pena, sino unicamente de carácter instrumental, es de como medio para que a futuro se asegure la finalidad persguida, que en este caso sería la condena o absolución; y conforme bien señala la teoría, la prisión preventiva a tener una naturaleza cautelar solo debe ser concebida en cuanto sea necesaria. Por otro lado, se considera esta teoría con una “concepción más proteccionista estatal, de coerción, al decir que no es una pena sino una medida cautelar e incluye la necesidad que debe tener para alcanzar el fin del proceso. Es decir, se justifica las acciones del Estado con su poder coercitivo. Pero debe hacerse respetando los derechos fundamentales” (Almeyda Chumpitaz, 2017, p. 18).

2.2.4. Teoría garantista

Esta teoría penal sustenta ampliamente mi investigación en la medida es propuesta por el reconocido jurista Luigi Ferrajoli, respecto del garantismo en sede penal en el año 1970 y que señala “cualquier técnica de tutela de los derechos, y en particular de los derechos fundamentales; es decir, cualquier sistema de límites y vínculos, de prohibiciones y de obligaciones dirigidas a los poderes públicos, e idóneas para asegurar efectividad a los derechos fundamentales establecidos por la Constitución” (Ferrajoli, 2002, p. 18).

Esta teoría sostiene que en toda etapa del proceso penal, el investigado o imputado acude a la audiencia y/o diversos actos propios del proceso con todas las garantías constitucionales que se le atribuye y aunado a ello se reconoce “la supremacía de la libertad, se sugiere medida alternativas a la prisión, son con fines procesales y cautelares, en donde la persecución estatal es limitada al ordenamiento constitución. En la legislación peruana se incorpora el garantismo en lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal” (Almeyda Chumpitaz, 2017, p. 19); entonces en todo proceso penal el juez debe dejar de lado la postura legalista y asumir una visión constitucional del derecho penal, en todo cuanto al proceso penal, y ello implica a su vez la de la prisión preventiva, una evidente manifestación del garantismo esta prescrito en el artículo IX del Titulo Preliminar del Código Procesal Penal.

2.3.Bases teóricas

2.3.1. Los derechos fundamentales vulnerados al aplicar la prisión preventiva incorrectamente

2.3.1.1.Cuestiones generales del derecho a la libertad personal

2.3.1.1.1. Definición de libertad

Es una condición para la realización humana, por tanto exige de las personas atención permanente a sus actuaciones; tiene conexión directa con el conjunto de valores humanos; debe ser desarrollada con esfuerzo; La libertad como valor tiene dos características peculiares: Parte de la premisa de la verdad, por lo cual nadie sería libre si no está en proceso de encontrar sinceramente la verdad; solo puede ser empleada en función de actos humanos libres, por lo cual

cuando se emplea para caer en actuaciones incorrectas deja de ser libertad y se convierte en libertinaje/esclavitud (Gómez López, 2002, p. 75); y la segunda encontramos a la verdad, por lo que es un valor ligado a toda la existencia del ser humano cuyo punto de partida es el libre albedrío, es decir, la facultad que tenemos todos de tomar las decisiones. Es por eso que, el primer vínculo de la libertad es la voluntad humana, que a su vez es entendimiento de sus implicaciones.

2.3.1.1.2. Definición de libertad personal

Es un derecho fundamental del ser humano; solo superado por la vida como bien máximo; sin olvidar que la libertad se encuentra hondamente ligada y corresponde con todo lo que significa una existencia plena y digna (Oré Guardia, 2011, p. 34).

Pero, ese derecho, valor y bien jurídico máximo, que es la libertad, no es absoluto ni omnipotente, puesto que puede ser restringido válida y proporcionalmente, en forma excepcional, cuando colisiona o es incompatible radicalmente, con otros derechos e intereses públicos fundamentales; en los casos que así lo determine o lo mande la ley, expresamente.

2.3.1.1.3. La libertad personal como derecho humano

El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2, inciso 24, de la Constitución), garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas. Como derecho objetivo, es uno de

los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales, a la vez que justifica la propia organización constitucional. La antigüedad había puesto al acento la ley natural (la regla objetiva de la conducta) pero no tanto en el derecho natural que surge esa ley natural (la actividad libre de ese sujeto) la idea del derecho personal, es decir, de una esfera particular en la que cada uno deba poder actuar y disponer de su voluntad. (Roberto Darós, 2006, p. 115)

La ley natural, el orden de la naturaleza es objeto o independiente de los deseos de los hombres, pero el derecho natural surge de la libertad de la persona, de la naturaleza de la persona, de los principios internos del hombre; por lo que la libertad es el núcleo de la persona humana, sujeto de derecho. Por lo que señala que renunciar a la libertad es renunciar a la condición de hombre (Roberto Darós, 2006, p. 125).

2.3.1.2. La prisión preventiva

2.3.1.2.1. Alcances históricos

En la historia jurídica del derecho antiguo la iniciamos en Grecia, en el cual no se registra el uso de la prisión preventiva, esto puede deberse a que, en ese tiempo, la cultura jurídica griega fundamentó su idea de dignidad humana en la identidad del cuerpo físico con el concepto persona, lo cual estimuló una práctica en el proceso penal de un respeto absoluto a la libertad del imputado, desde el punto de

vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquélla por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación. (RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. 1891 p. 97.)

En el derecho romano, la república permitió a los jueces penales acordar la prisión preventiva discrecionalmente, pero en vista de la degeneración en el uso abusivo de esta medida cautelar, fueron dictadas regulaciones y sanciones para contrarrestar dicha práctica, sin embargo, con la madurez científica del derecho romano, contenido en la Ley de las Doce Tablas, y en atención al principio de igualdad de oportunidades, la libertad del acusado, en el transcurso de la causa penal, comienza a recibir un notable respeto, que terminó proscribiendo la prisión preventiva en la mayoría de casos, decretándose ésta solamente contra delitos relacionados a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos; estas afirmaciones son apoyadas en el siguiente texto:

“Durante la República, siglo V hasta el año 134, a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V (...) por lo general se prescindía del encarcelamiento, (...) Ya a partir de las Leges Iulia

de vi publica et privata, año 17, a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el (...) principio de igualdad, (...) situación, que, en el sistema de justicia pública, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo, era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.” (RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. 1981. p. 99.)

El derecho romano del imperio tenía las siguientes tres formas de prisión preventiva: *in carcelum*, donde el indiciado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; *militi traditio*, la libertad del indiciado era responsabilidad de un militar, por lo general anciano; y *custodia libera*, donde el indiciado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él. Por tanto, durante el Imperio romano la libertad provisional era la regla general, usando la prisión preventiva sólo en casos de reos ausentes; y prohibiendo su práctica como pena anticipada; exigiendo para decretarla en delitos graves, evidencias concretas. Los anteriores comentarios nacen de esta cita literal:

“En época del Imperio, (...) esta medida revistió las modalidades siguientes: in carcelum (...) militi traditio (...) y custodia libera (...) La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar quedaba a la discreción del

magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado. Salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculpado sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad (...); ya admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aún en el caso de los delitos graves (...) era imprescindible contar con evidencias concretas; igualmente se procuró reducir la duración de la detención preventiva; la libertad provisional era de derecho (...)”(RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. 1981, p. 101.)

En la Edad Media Alta (siglo XVI), adquirió carta de ciudadanía la utilización de la prisión preventiva como regla general, lo cual puede considerarse natural al tenerse en cuenta el funcionamiento de la lógica objetiva del proceso penal inquisitivo, predominante en esta época, que aplicó como método de interrogación la tortura, lo cual suponía como necesidad técnica mantener detenido al imputado, en aras de la extracción efectiva de la verdad. Esto se contiene en el texto siguiente:

A principio del siglo XVI, los fines del procedimiento inquisitorio se reducían a dos; primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y

aprehender al sospechoso de haberlo cometido (...) Así, durante el medioevo, la detención pierde su carácter excepcional ya que, en consonancia con el sistema inquisitorio, la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle una confesión. (RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. p. 103. 1981)

En la edad Moderna con la revolución francesa de 1789 constituye el principal referente histórico del derecho moderno eurocentrista, que marca la pauta del origen de la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos; dicha revolución promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en ese año, y en 1793 realizó una segunda versión de la misma; luego, con los principios científicos del derecho romano, fue creado en 1804 el célebre Código Civil, y en 1808 el célebre Código de Instrucción Criminal.

La primera Declaración Francesa de 1789 estipuló en su artículo 7 la obligación de decretar la detención conforme a la ley; esta primera Declaración fue incorporada en la Constitución francesa de 1791, la cual reguló en su artículo 10, unos mandatos para proceder a la detención del presunto culpable de un delito. Por su lado, en el Código de Instrucción Criminal de 1808 la detención preventiva se decretaba a discreción del juzgador, permitiendo a los delincuentes primarios mantener la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando estuvieran acusados por delitos

castigados con pena correccional. (RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. 1981. p. 115.)

La prisión preventiva se adoptó en el pasado con la finalidad de la ejecución forzada de las obligaciones civiles y mercantiles, la cual se convertía en *prisión por deudas*. Su utilización para dichos fines se remonta hasta el derecho romano, llegando incluso a períodos comprendidos en la edad moderna, por lo que, a continuación se elabora una sucinta historia jurídica de esta peculiaridad del uso de la prisión preventiva, examinando su regulación en tres países europeos y tres latinoamericanos.

En el siglo XVIII se lleva a cabo la separación nocturna de los presos, creándose la casa de corrección. El modelo de corrección, fue establecido en Roma, en el año de 1704, Clemente XI, allí los reclusos aprendían un oficio para trabajar en el día y en la noche se suministraba instrucción elemental y religiosa, bajo el silencio absoluto. Así inicia el gran modelo de regeneración del individuo, puesto que nada se hace con apresar a una persona y no tratar de que aprenda algún oficio para devolverlo a la sociedad como una persona de bien arrepentida.

Para Von Henting, la prisión preventiva no se diferenció en cuanto a su aplicación de la prisión como pena, ya que todos los presos fueron sufriendo igual trato así en Europa como en los Estados Unidos de América, que durante el siglo XVIII, la cárcel era prisión militar, manicomio y custodia de deudores, etc. A finales del siglo,

en Walnut Street Jail no había ninguna separación entre presos, llegando hasta el aislamiento celular riguroso de principio del siglo XIX.

Los procesados estaban siempre junto con los condenados sufriendo las mismas consecuencias. Más tarde surge la fase correccionalista y moralizadora de los siglos XVIII y XIX, y por último el periodo reconciliador y readaptador del sistema penitenciario.

En América Latina, Dejando la antigüedad remota y estando a la historia más reciente, la evolución de la prisión preventiva en América Latina aparece en las dos últimas décadas y ha tenido lugar un proceso muy vigoroso de reformas al sistema de justicia penal.

La prisión preventiva ha evolucionado tanto, que casi en todos los países de habla hispana se ha abandonado el sistema inquisitivo tradicional, que adoptaba esta medida cautelar como un regla, y se ha remplazado por sistemas acusatorios, que la acogen como una excepción.

La regulación de la prisión preventiva ha sido con probabilidad el tema relevado por las reformas en la justicia penal, que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región.

En Latinoamérica, como en Chile, la prisión por deudas se decretó en 1837; luego, en 1868 se restringió a cuatro casos, hasta después de la segunda década del siglo XX.

Durante el anterior tiempo la prisión preventiva por deudas se basaba en la simple declaratoria en quiebra del deudor, situación declarada inconstitucional por la jurisprudencia chilena después de 1925, en el sentido de exigirse en adelante como requisito para decretar dicha medida precautoria haberse calificado la quiebra de culpable o fraudulenta, adhiriéndose de esta manera al criterio de la jurisprudencia española del siglo XIX sobre esta materia; lo antes expuesto se documenta en seguida:

“(...) Por decreto-ley de 1837, firmado por Prieto y Portales, se estableció (...) la prisión por deudas. Pero después, en una ley dictada el 23 de junio de 1868, se la suprimió, dejándose a manera de pena sólo en (...) 4 casos (...) Un decreto-ley 778 establecía que por la sola circunstancia de ser declarada en quiebra una persona se le sometía a prisión preventiva, por si la quiebra llegaba a ser culpable o fraudulenta (...) La jurisprudencia declaró que era inconstitucional, por dictarse después de 1925 (...) la situación existente hoy en cuanto a la prisión es la siguiente: Declarada la quiebra, se inicia el procedimiento de calificación de la quiebra, que tiene por objeto ver si la quiebra es fortuita, culpable o fraudulenta; y sólo después que se comprueba que es culpable o

fraudulenta se la reduce a prisión.” (NOVELLINO, Norberto José. 2006. Pág. 75.)

En Argentina, la prisión por deudas fue derogada en 1872 por la Ley 514, dejando en esa época su aplicación solamente en los casos donde se comprobará el dolo o fraude del deudor en lo mercantil, entonces podía el juez acordar la prisión preventiva hasta por el plazo máximo de un mes, mientras se determinaba la existencia del mérito para procesar penalmente al deudor. Lo anterior se funda en lo siguiente:

“(…) la humanización del derecho en la Argentina (…) comienza en el año 1872 al sancionarse la ley 514 cuyo art. 1º suprime “la prisión por deudas en toda las causas civiles y mercantiles que se tramiten ante los tribunales nacionales” (...) su art. 2º sólo exceptúa de tal abolición a los casos de insolvencia en que, por información sumaria, se acredite que no hubo dolo o fraude por parte del deudor (inc. 2º), aclarándose en su art. 3º que en ambos supuestos de excepción la prisión preventiva no podrá durar más de un mes pasado el cual el deudor será puesto en libertad, si no hubiese mérito para proceder criminalmente contra él.” (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. 1971. p. 77.)

En el Perú el artículo 2.24, literal c) de la Constitución Política¹⁰¹ establece que “no hay prisión por deudas”, lo cual implica una declaración con evidentes repercusiones en el ámbito

jurídico penal. Es que la jerarquía normativa que tiene la Constitución como carta fundamental, y la ubicación y trascendencia que dentro de ella tiene el artículo 2, en virtud a su condición de derecho fundamental, plantea un imperativo categórico dirigido tanto al legislador como a los operadores de la justicia penal.

Este imperativo categórico al que se hace alusión y que da plasmación a dos derechos fundamentales de primera generación como la libertad y seguridad, contiene un mandato que imposibilita al legislador y al operador de justicia penal recurrir al instrumento punitivo más intenso, la prisión, para satisfacer intereses particulares de carácter meramente patrimonial.

Durante los últimos 20 años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente.

Las razones que motivaron el proceso de transformación a la ley procesal penal fueron los abusos contra los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia de éste sistema en la persecución penal, siendo la prisión preventiva la institución que más motivó a dichos cambios, entre otras.

2.3.2. *La Prisión preventiva en el Perú.*

2.3.2.1. Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863

Es el primer código en materia procesal penal, que rigió desde el 1 de mayo de 1863; el cual regulaba el presente tema que es materia de investigación, en el Título VI, denominado de la captura, detención y prisión de los reos, comprendiendo del art. 70° al 76°; siendo el artículo 73° el que regulaba la Prisión de Formas, por el cual “se tenía efectuada la captura y puesto a disposición del Juez, si éste, de las primeras diligencias lo consideraba inocente lo pondrá en libertad, y si por el contrario del sumario resulta probada la existencia del delito y la culpabilidad del enjuiciado se libraría mandamiento de prisión en forma. Librado mandamiento de prisión, no podía ponerse en libertad al reo sin que el auto que así lo resuelva sea aprobado por el Superior Tribunal”. (Peña Cabrera, 2003, p. 112)

2.3.2.2. Código de enjuiciamiento en materia criminal de 1920

Esta normatividad se promulgó por Ley 4919 el 2 de enero de 1920, por el ex presidente Augusto B. Leguía y entro en vigencia el 18 de marzo de 1920 hasta el 17 de marzo de 1940; en el cual se regulaba, el tema objeto del presente estudio, en el Título V del Libro Primero, denominado principio de la instrucción y detención del acusado. (Peña Cabrera, 2003, p. 119)

2.3.2.3.Código de procedimientos penales de 1940

Mediante Ley N° 9024 promulgada el 23 de noviembre de 1939, y según lo establecido en la propia Ley, entró en vigencia el 18 de marzo de 1940, el cual establecía la detención provisional del imputado, en el Art. 81 de la citada norma. (Peña Cabrera, 2003, p. 122)

No obstante, con el transcurso del tiempo esta normatividad ha sufrido una serie de modificaciones.

2.3.2.4.Código Procesal de 1991

A fines del siglo XX se aprueba el Código Procesal de 1991, mediante Decreto Legislativo N° 638, el cual en su artículo 135 prescribe el mandato de detención, en base a determinados parámetros que se tenían que cumplir, para declarar fundada una prisión preventiva. (Peña Cabrera, 2003, p. 125)

No obstante, dicha norma fue modificada por la **Ley 27226** del 17 de diciembre de 1999 y la **Ley 27753** del 09 de junio del 2002, esta modificatoria estableció el hecho que *"no constituía elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado"*.

Lo que en realidad se buscó con esta norma era determinar la responsabilidad penal personalísima, siendo que miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado, serán responsables en la medida que tengan una participación criminal en el hecho delictivo, solo si existen otros elementos que vinculen al imputado con la autoría del hecho delictivo; así mismo cerró el marco de amplitud respecto al peligro procesal, exigiendo en la determinación del peligro de fuga la existencia de "suficientes elementos probatorios que lo determinen", eliminando del texto originario "otras circunstancias".

Asimismo mediante **Ley 28726**, publicada el 09 de mayo del 2006 modificó el Inc.2 del Art.135 del Código Procesal de 1991, en el que para ordenar una detención preventiva, la pena probable debe superar a un año de pena privativa de libertad y ya no cuatro años; o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito. (Carrión Díaz, 2016, p. 56)

Si bien la norma procesal penal anterior exigía la concurrencia de tres elementos para que se dicte un mandato de detención: *la existencia de pruebas suficientes, que la pena a imponerse supere los 4 años y que hubiera peligro de fuga*, con la ley 28726 se modificó sustancialmente el inciso 2 del artículo 135°, al establecer que se podía dictar detención cuando *“la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad*

o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito”.

Sin embargo mediante Ley 29499 (19 de enero de 2010) se modificó el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 (vigente en los distritos judiciales donde no se aplicaba el NCPP) y se estableció como requisito de la detención preventiva, que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad (y ya no una pena probable superior a un año, como lo establecía la Ley 28726), con lo que se equiparó el marco de la prognosis de pena superior a cuatro años prevista para la prisión preventiva en el art. 268 del NCPP, permitiendo que ambos ordenamientos tengan exigencias similares. (Carrión Díaz, 2016, p. 75)

2.3.2.5.Código Procesal Penal del 2004

Finalmente, el NCPP en su Art.268, refiriéndose a los presupuestos materiales de la prisión preventiva, se evidencian que se exige la presencia de "fundados y graves elementos de convicción" para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, y, vuelve a la redacción original del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991; empero introduce en los Arts.269 y 270, pasos para determinar claramente en cada caso la existencia del peligro procesal de fuga o de perturbación de la actividad probatoria. (Pérez Lopez, 2014, p. 63).

2.3.2.6. Ley N° 30076

Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013; y entre otros artículos del NCPP modificó los artículos 268 y 269 referentes a la prisión preventiva y el peligro de fuga, respectivamente, suprimiendo el segundo párrafo del artículo 268, referente a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, dejó de ser considerado como un presupuesto material para dictar un mandato de prisión preventiva, y se incorporó como un supuesto que el juez tendrá en cuenta para evaluar el peligro de fuga. (Pérez Lopez, 2014, p. 72).

2.3.3. Naturaleza jurídica

Durante muchos años los doctrinarios y juristas penales han discutido sobre la naturaleza jurídica de la medida cautelar si estamos ante una medida cautelar/medida coercitiva o pena.

Así, María Horvitz sostiene que “las medidas cautelares en el proceso penal son aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; o bien en el comienzo del proceso tienen como finalidad asegurar el normal suceder del mismo. En atención a este criterio se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas

cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado” (Horvitz Lennon, 2004, p. 95).

En tanto, otros autores propugnan que la prisión preventiva tiene la calidad de penal, pues “es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos. En el estado de derecho actual se orienta a ser una potestad jurídica para la prevención de nuevos delitos como así también reprimir los ya acontecidos. La pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. Por ello, la pena sería aquella que se impone a una persona que comete un delito, es la retribución que siempre debe imponerse y ser equivalente al daño causado por el delito puniturquia peccatum est, por ello la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal” (Sierra, 2005, p. 43)

Sin duda, nosotros nos adherimos a la tesis de que la prisión preventiva es una medida cautelar, de carácter coercitiva conforme así lo regula el Código Procesal Penal, que tiene el carácter de previsional, variable y que guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia, pues goza de 3 objetivos:

1. Pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
2. Pretender garantizar una investigación de los hechos, en debida forma de los órganos de persecución penal.
3. Pretender asegurar la ejecución de la pena (Roxin, 2000, p. 257)

Entonces, se entiende que la prisión preventiva, es una medida de coerción procesal válida, que se encuentra condicionada al cumplimiento de determinados presupuestos, y conforme bien se señala esta institución “expresa una función penal – punitiva, pues conlleva la sentencia condenatoria o de revisión, se trata de una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho” (Peña Cabrera, 2007, p. 712).

2.3.4. Definición de prisión preventiva

La prisión preventiva es una institución procesal, que tiene como finalidad el desarrollo correcto de un proceso penal, designando el acto procesal a través de una resolución jurisdiccional previamente requerido por el representante del Ministerio Público y que produce la privación provisional del imputado, con el propósito de asegurar el progreso del proceso penal y una posible ejecución de la pena (San Martín Castro, 2000, p. 600). Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la investigación de la verdad, por lo que la prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares. Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a lo cautelar, se degenera su finalidad y naturaleza, como consecuencia la prisión preventiva sería ilegítima si no cumplen con tal función.

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal que consiste en la total privación del derecho a la libertad ambulatoria del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante

la substanciación de un proceso penal. Representa la más grave intromisión que puede ejercerse en la esfera de la libertad del individuo, pues se aplica sin mediar todavía una sentencia penal firme que la justifique, razón por la cual debe ser cuidadosamente analizada, desde la perspectiva del derecho comparado, la interpretación constitucional y la reglamentación específica que emana de la ley adjetiva. La prisión preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el “riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental (Pérez Lopez, 2014, p. 36).

2.3.5. Principios constitucionales que rigen a la aplicación de la prisión preventiva

a. Principio de proporcionalidad

Al respecto se ha dicho que: “Para la imposición de la prisión preventiva es de esencial importancia tener en cuenta el criterio de proporcionalidad, lo que quiere decir que, debe

analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad. Este criterio de proporcionalidad es susceptible de aplicarse en dos dimensiones, la primera relacionada con la diferencia intrínseca que debe haber entre la naturaleza de la privación de libertad como medida cautelar que se aplica a una persona cuya posición jurídica sigue siendo la de un inocente y la privación de la libertad derivada de una condena; y la segunda, relativa a la congruencia entre la detención preventiva como la medida cautelar más severa de que dispone el derecho penal y los fines que con ella se persiguen en el caso concreto. La Corte Interamericana se ha referido de manera muy concreta a estos dos aspectos de la proporcionalidad en los siguientes términos: Una persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada.

El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida.

El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 122).

También se sostuvo que: “La Corte ha dicho además que la adopción de la prisión preventiva “requiere de un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”. Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada (CrEDH, Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03), Sentencia del 18 de marzo de 2008, Sección Cuarta de la Corte, párrs. 55 y 56).

En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. Igualmente se deberá

considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada (CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 110).

El mencionado postulado es un principio general del derecho que, en un sentido amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto. Por lo tanto exige el conocimiento de los intereses en juego, la comparación de los valores sobre los que se apoyan y la limitación, en la medida de lo necesario, del sacrificio de los que deben ceder de forma tal que, para alcanzarse un objetivo determinado, se tomen en cuenta los medios utilizados y se llegue al resultado con el menor sacrificio de derechos individuales. (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO Nicolás, 1990, p. 225)

En tal entendimiento, “Se trata tan sólo de una ponderación de valores, según la cual, en un determinado momento, triunfa el interés individual sobre el colectivo, mejor dicho, sobre el interés estatal implicado en la realización efectiva del poder penal”. (MAIER Julio, 1996, p. 528)

En esa dirección se encamina el art. 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, (“Reglas de Mallorca”) en cuanto disponen: “En relación con la adopción de las medidas limitativas de

derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptado” (MAIER Julio, 1996, p. 530)

b. Principio “Favor Libertatis”

Se considera a este postulado como un aspecto más del principio in dubio pro reo, que reconoce su origen en el iluminismo y asegura que el estado de duda llevará siempre a una decisión en favor del imputado. Ambos son pautas derivadas de un mismo origen. El favor libertatis debe entenderse como aquél por el cual todos los institutos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal, y en cambio el in dubio pro reo (en sentido estricto) es el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidad del imputado; y concierne, no ya al estado de libertad personal, sino a la declaración de certeza de una posición de mérito con relación a la notitia criminis. (SOLIMINE Marcelo, 1998, p. 1220)

El principio en cuestión es definido entonces como: “la posición del sujeto que soporta una limitación en la propia esfera de libertad jurídica, está favorecida por el derecho, en el sentido de que dicha limitación sea siempre lo menos gravosa posible en la reglamentación de los intereses opuestos” (LEONE Giovanni, 1963, p. 187).

Ello implica que las normas excarcelatorias deben guiarse por el sentido más favorable al procesado en lo que atañe a la restricción de la libertad o al ejercicio de un derecho; por cuanto de esta manera, la cuestión debe ser resuelta en pro del derecho liberatorio, toda vez que la libertad durante la tramitación del proceso constituye además la regla general. (LEONE Giovanni, 1963, p. 188)

c. Principio “Pro Homine”

Conforme a este principio, ha de estarse siempre a la interpretación que resulta más favorable al individuo en caso de disposiciones que le reconozcan o acuerden derechos. Y, con el mismo espíritu, ha de darse preferencia a la norma que signifique la menor restricción a los derechos humanos en caso de convenciones que impongan restricciones o limitaciones, en tanto se reconoce al sujeto imputado como plenamente digno en razón de su innegable condición humana. Es así que la aplicación de la norma que más beneficia a las personas fue receptada por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-5 en estos términos: "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" (párr. 52). De esta forma, si una norma interna nacional asegura uno de los requisitos del debido proceso legal de una manera más beneficiosa para el peticionario que una internacional o provincial debe

prevalecer su aplicación, pues no se trata de enfrentar el derecho interno con el internacional ni la legislación procesal provincial con la nacional o segregar la naturaleza de las normas u otra diferenciación semejante, sino de receptor el principio que se encuentra arraigado en el derecho de todos los tiempos. (ALBANESE Susana, 2014, p. 76)

En consecuencia, debe ser considerado como un valioso criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente cuando, en general, los instrumentos internacionales establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor (CASIMIRO A. VARELA, 2012 p. 180.)

d. Principio de razonabilidad

Este principio íntimamente se relaciona con los precedentes y tiende a ponderar la naturaleza y duración de la medida cautelar propuesta, con el objeto de que sea consecuente con su naturaleza jurídica y su fundamento. Así, se sostuvo que: “De ahí la importancia del criterio de razonabilidad, pues mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada” (Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 229; Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77. Igualmente, CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 133; CIDH. Informe No. 2/97, Caso 11.205, Fondo, Jorge Luis Bronstein y otros, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 12; CIDH. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay,

OEA/Ser./L/VII.110. Doc. 52, adoptado el 9 de marzo de 2001. Cap. IV, párr. 34).

Adicionalmente, el propio Art. 7.5 de la Convención “impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esa medida cautelar” (Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119).

Cuando la detención previa al juicio se prolonga excesivamente aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia, pues ésta se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, dado que a pesar de su existencia como derecho, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados (CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 125; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 80).

e. Principio de última ratio

La privación de la libertad debe ser adoptada como último recurso dentro de las posibilidades de asegurar la realización del proceso, “El hecho de que muchos códigos penales se refieran en primer término a la prisión preventiva, y luego

contemplan las denominadas “alternativas a la prisión preventiva”, sugiere y conduce a una interpretación según la cual la prisión preventiva sería la primera medida a considerarse aplicable. Cuando, por el contrario, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la prisión preventiva debería ser la última ratio, es decir la última vía a la que debiera recurrirse cuando las otras medidas menos gravosas no sean suficientes para garantizar los efectos del proceso. (CASIMIRO A. Varela, 2012 p. 150.)

En consecuencia, en los hechos, debería ser el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. El juzgador, por su parte, deberá evaluar la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por medio de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, y si opta por imponer esta última medida tiene el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de su aplicación. De esta forma, se garantiza además, el ejercicio adecuado del derecho a defensa pues un análisis escalonado y gradual (de la medida menos lesiva a la más gravosa) permitiría a la defensa alegar y centralizar la discusión en las cuestiones concretas del análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se consideren” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe

sobre el uso de la prisión preventiva las Américas, Doc. 46/13, 30/12/13).

f. Principio de excepcionalidad

A este respecto, los Principios y Buenas Prácticas establecen que en función del contenido y alcances del derecho a la libertad personal los Estados “deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia”. Estas medidas alternativas de la privación de la libertad deben estar dirigidas a las tres etapas fundamentales del proceso penal: la etapa previa al juicio, el juicio mismo y el proceso de ejecución de la pena (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva las Américas, Doc. 46/13, 30/12/13).

El carácter excepcional de la prisión preventiva implica de manera concreta que los Estados hagan uso de otras medidas cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal. Por otro lado, tanto la Comisión Interamericana, como otros organismos internacionales de derechos humanos, han recomendado consistentemente a los Estados de la región recurrir con mayor frecuencia a las medidas cautelares no privativas de la libertad como parte de una estrategia conducente a reducir el número

de personas en prisión preventiva, y consecuentemente los niveles de hacinamiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva las Américas, Doc. 46/13, 30/12/13) Así, la Comisión propone, entre otras posibles, el siguiente catálogo de medidas alternativas:

- a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e. La retención de documentos de viaje;
- f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, de acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- g. El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;
- h. La prestación por sí o por un tercero de una fianza o caución pecuniaria;

- i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; y
- j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

La Comisión considera como estándar fundamental de aplicación, que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal, el juzgador deberá optar por la aplicación de aquella, sea en forma individual o combinada (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva las Américas, Doc. 46/13, 30/12/13)

g. Principio de interpretación restrictiva

De vital importancia para la recta aplicación del instituto de la libertad caucionada resulta el principio según el cual toda disposición que coarte la libertad personal o que limite el ejercicio de un derecho atribuido al imputado debe ser interpretada restrictivamente. (LEDESMA ÁNGELA Ester, 1998, p. 351)

Tal presupuesto, surge de entender que el estado normal del sujeto sospechado de haber cometido un ilícito es el pleno

goce de sus derechos, inclusive el de libertad ambulatoria garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Así ocurre pues, hasta tanto no sea declarado culpable del delito que se le atribuye, gozando de un estado jurídico de inocencia que obliga a los órganos estatales encargados de la persecución penal a tratarlo como tal, impidiendo restringir sus derechos como sanción anticipada. (CAFFERATA NORES José, 1984, p. 782)

En esta esfera, la norma jurídico-penal aparece como una norma-límite, en cuanto circunscribe los casos y establece las condiciones insuperables en que el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado puede imponer sacrificios a la libertad individual. (VELEZ MARICONDE Alfredo, 1969, p. 476)

h. Principio de presunción de inocencia

La observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad” (CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 168). “Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la

presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva” (CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 71 y 75). Este principio encuentra raigambre en nuestra Constitución Nacional cuando expresa en el art. 18 que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. En el lenguaje de la Carta Fundamental “penado” es el condenado por sentencia firme dictada conforme a proceso legal por los jueces naturales. Hasta no ser “penado” el habitante de la Nación es inocente. De tal regla surge el derecho constitucional del imputado a gozar de libertad durante el proceso penal, por el cual resulta lógico que quien es inocente no sea privado de su libertad¹⁸. Ello descarta, una vez más, que la detención durante el proceso sea de la misma naturaleza y persiga los mismos fines que la pena. (MAIER Julio, 1981, p. 24).

i. Principio de necesidad

Del principio de presunción de inocencia se deriva también, como lo ha establecido la Corte Interamericana, “la 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. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77). Por lo tanto, y de acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. En este sentido, pesa sobre el órgano a disposición del cual se encuentra el detenido la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los

motivos que originariamente la habían sustentado. Pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 100 y 102 y 105).

2.3.6. Presupuestos materiales de la prisión preventiva

El Código Procesal Penal consagra dentro de su artículo 268° los requisitos concurrentes que debe sustentar el titular de la acción penal, cuando solicita ante el Juez de Investigación Preparatoria que se le imponga la medida coercitiva de prisión preventiva a la investigación, estos presupuestos tienen que ser debidamente acreditados y sustentados, donde además entran en juego la aplicación de los principios antes descritos.

Así, en primer lugar, tenemos a la *“existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo”* este primer requisito que se debe acreditar y que es definido por la doctrina *“que para privar de la libertad a una persona inocente deben de existir necesariamente suficientes elementos de convicción que demuestren su responsabilidad penal; aunque se indique teóricamente que esta privación de libertad es preventiva, la realidad nos revela que las condiciones en donde se cumple dicha medida son las mismas en las cuales se cumple una pena privativa de libertad definitiva, lo cual*

significa que las consecuencias de su imposición son semejantes, vale decir, se trata como un culpable a un inocente sometiéndolo a los mismos efectos criminógenos de la prisión” (Rios Patio, 2018, p. 74). Es decir, el fiscal no debe tener una mera sospecha, sino una certeza de que el acusado es el autor del delito que se le imputa, debiendo para ello reunir la evidencia suficiente que demuestre su relación, vinculación y participación, se considera como un elemento sine qua nom pues, sino se ha demostrado el poder incriminatorio, la exigencia para la dación de la prisión preventiva se torna insuficiente.

El segundo elemento denominado “*prognosis de pena*” se encuentra referido a que “la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, lo que en la doctrina se le conoce como prognosis de la pena, lo cual implica que el juzgador realice un pronóstico de la pena que le impondrá al procesado si eventualmente es condenado. Debido al hiper punitivismo que actualmente impera en la política criminal de nuestro país resulta sencillo que la pena abstracta establecida en la mayoría de delitos satisfagan fácilmente este presupuesto material, por tanto, lejos de ser un requisito que torne en excepcional la imposición de esta medida coercitiva es muy fácil su cumplimiento” (Rios Patio, 2018, p. 78).

En nuestra opinión contiene una limitación normativa para acceder a esta medida coercitiva, pues se debe evaluar en primer lugar que el delito que se le atribuye supere la pena privativa libertad de 4 años, a lo que agregamos que por cuestiones de políticas criminales, no resulta idóneo dictar prisión preventiva contra un delito de menor pena, ya que

ello generaría la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios, este requisito no requiere mayor prueba que lo establecido por la norma.

El último presupuesto concurrente es denominado “*peligro procesal de fuga*”, es definido por la doctrina en dos modalidades “se puede dar de dos formas, ya sea como peligro de fuga, o peligro de obstaculización. El primero de ellos se configura, según la ley procesal, cuando en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular se pueda colegir razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia; y el segundo, cuando trate de obstaculizar la averiguación de la verdad” (Rios Patio, 2018, p. 78). Nuestro Código Procesal Penal, consagra los supuestos por los cuales el juzgador debe evaluar la existencia del peligro de fuga u obstaculización del proceso, tal es el caso del arraigo del país, la gravedad de la pena, la magnitud del daño causado, el comportamiento, entre otros factores que analiza el juzgador. Se debe precisar finalmente que basta la sola inexistencia de uno de estos presupuestos para preferirse la libertad del investigación por encima de la prisión preventiva.

2.3.7. Análisis del Acuerdo Plenario N° 01-2019/ CIJ-116

Con fecha 10 de septiembre del 2019, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales Permanentes se reunieron en mérito a lo señalado en el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para llevar a cabo el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente,

Transitoria y Especial tratando en esencia la institución jurídico procesal de la medida coercitiva de la prisión preventiva que por muchos años ha sido objeto de crítica por considerarla un exceso en su aplicación, generando en algunos casos la desnaturalización del mismo.

Los principales fundamentos se encuentran contenidos en los numerales 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71 del referido acuerdo plenario, los que en esencia son:

“Un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento [...] es el de sospecha grave y fundada, tal como está definido por el artículo 268, literal a, del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del fiscal” (La Ley, 2019, p. 2)

Es decir, debe existir una sospecha fuerte por parte del Fiscal debidamente acreditada, adicionalmente a ello, la Corte Suprema desglosa o intentan explicar de cierta manera los requisitos de la prisión preventiva tales son la comisión de un *delito grave* y el *peligro procesal*, sobre el primero se ha agregado dos sub elementos a valorarse tales como “la gravedad y características del delito imputado, así como la Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador,

respecto de la conminación penal, es desde luego determinante" (La Ley, 2019, p. 2).

Mientras que el segundo sub elemento, que comprende el peligro de fuga o obstaculización la Corte Suprema ha esclarecido que las conductas descritas en el artículo 269° del Código Procesal Penal, son si bien constitutivas del elemento a probar, esta tiene el carácter de *numerus apertus*, es decir, permite que el juzgador valore otros comportamientos que configuran situaciones que obstaculizan el proceso y la justicia.

De la misma manera, este Colegiado ha precisado el plazo de la prisión preventiva, el mismo que como sabemos el Código Procesal Penal señala que es de 9 meses hasta 18 meses en casos complejos como delitos cometidos por organizaciones criminales, etc; al respecto la Corte Suprema ha precisado algunos criterios, tales como "la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento; la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; iv) las actuaciones de investigación ya realizadas; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa" (La Ley, 2019, p. 3).

En nuestra opinión, no existe mayor aporte por parte de la Corte Suprema respecto a la prisión preventiva, se limita a reproducir los

elementos que prescribe el Código Procesal Penal. Finalmente, podemos precisar que los derechos vulnerados por la prisión preventiva van en primer lugar por el derecho a la libertad, seguidos del derecho al proyecto de vida, al trabajo, entre otros.

2.4. La prisión preventiva en el derecho comparado

Hemos creído conveniente realizar la comparación del tratamiento jurídico de la prisión preventiva en nuestro sistema procesal penal con otros ordenamientos jurídicos, lo que nos permitirá analizar los requisitos de cada uno de estos y su importancia e impacto con nuestro país.

En primer lugar, analizamos el derecho mexicano, en la época de la independización de México hasta la reforma de su Constitución estableció que la prisión preventiva solo procede en los casos en los que el delito merezca pena privativa de libertad, diferenciando la prisión como pena y como medida previsional, aunado a ello se establece que al ser el proceso penal un procesal acusatorio y oral, guiado por garantías constitucionales, la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo máximo que dije la ley, estableciendo además que la prisión preventiva no puede exceder los 2 años e inclusive se ha señalado como alternativas a la prisión preventiva, que el delito debe merecer pena privativa de libertad.

El sitio debe ser distinto de la ejecución de las penas pues distingue un sitio especial para delincuencia organizada y a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de ley, establece la obligación de presumir inocente al imputado, no podrá excederse del tiempo máximo de pena, este tiempo no podrá sobrepasar los 2 años salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado, la imposición de otras medidas

cautelares, contempla el cómputo del tiempo de la detención y establece que en el caso de menores el internamiento solo se utilizará en casos extremos (García Salazar, 2008, p. 34)

Entonces, podemos decir que en México si bien se establecen límites al uso indiscriminado de la prisión preventiva, tales como el principio de legalidad y razonabilidad en el otorgamiento de esta medida, también es necesario evaluar, contra quienes están dirigidos estas medidas, pues en dicho país cabe la posibilidad de evadir la prisión preventiva si se paga una caución juratoria, de allí que la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se ajusta a las directrices constitucionales en materia de prisión preventiva, repercutirá en el descenso en la aplicación de esta medida cautelar en los procesos de competencia federal; que se acentúe la tendencia decreciente del fenómeno en el ámbito de competencia local y que cesen las desviaciones y abusos en la aplicación de la prisión preventiva (Zepeda Lecuona, 2018, p. 237).

En el derecho Colombiano, la prisión preventiva es considerada como una medida de aseguramiento para la investigación y sanción posterior, se ha señalado que, el Código de Procedimiento Penal, 2004, arts. 306 lo regula como una medida procesal cautelar, no debería entenderse como una pena de prisión sin sentencia condenatoria; pues esto la convertiría en una figura inconstitucional, por atentar contra los principios constitucionales del derecho penal como lo es el derecho penal de acto (Código de Procedimiento Penal, arts. 6 y 9; Constitución Nacional, art. 29), la presunción de inocencia (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 7; Constitución Nacional, art. 29) y la

libertad penal (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 2; Constitución Nacional, art. 28) (Sorza Cepeda, 2015, p. 34)

Es decir, la denominada medida de aseguramiento de detención preventiva, como es denominada en Colombia, debe buscar un correcto y eficaz desarrollo del proceso penal, evitando un peligro para la comunidad y la víctima, e inclusive se visto una buena práctica jurisprudencial pues la Corte Suprema ha establecido el uso racional de esta medida “respecto a la prohibición de excluir del régimen establecido para el cese de prisión preventiva a determinados delitos, sin base en criterios objetivos, por la sola circunstancia de responder a estándares como alarma social, repercusión social o peligrosidad (Sorza Cepeda, 2015, p. 64)

En el Derecho Argentino, se reconoce la primacía del derecho a la libertad sobre la privación o carcelación, debiendo recurrir a esta última cuando se trate de delitos graves y de manera excepcional, la Constitución Argentina reconoce en su artículo 14° el derecho a la libertad, en tanto que el límite a dicho derecho se encuentra contenido en el artículo 18° como es la pena privativa de libertad como sanción jurídico penal y la denomina prisión preventiva, que a nivel normativa se encuentra prescrito, en el Código Procesal Penal de la Nación, dado mediante ley N° 23.984 en cuyo artículo 312° señala los supuestos de procedencia de la prisión preventiva al afirmar que el juez ordenaría la prisión preventiva, cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional; aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no

procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319° (Mariela Malica, 2013, p. 21)

A diferencia de nuestro país, en Argentina se establecen 2 únicos presupuestos materiales para la procedencia de la prisión preventiva, dejando un amplio margen discrecional al Juez, quien deberá evaluar la vinculación del sujeto con los medios de prueba aportados, así como que la pena privativa de libertad sea superior a 8 años de prisión y no proceda condena de ejecución condicional de la pena, finalmente el artículo 319° establece como restricciones de la excarcelación la posibilidad que tiene el investigado intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, con base en causales que se dividen en objetivas y subjetivas. Finalmente, podemos indicar que, luego que el fiscal solicite el encierro cautelar, tiene la obligación de explicar el tiempo estimado que durará la medida y acreditar su proporcionalidad y razonabilidad. La proporcionalidad en este aspecto no se vincula con la sanción a imponer sino con la investigación y duración del proceso penal, lo que implica discutir si es racional (Martínez, 2002, p. 8)

Es decir, en dicho sistema procesal penal, no se señala expresamente el plazo de duración de la prisión preventiva, no obstante, como límite a este tipo de medida cautelar son los principios de razonabilidad y proporcionalidad que tiene el Juez como parte de su discrecionalidad a determinar el tiempo de dicha medida, siempre guiado por la motivación expresa de sus resoluciones.

En el Derecho Boliviano, el sistema procesal penal el estudio que se realizó sobre la prisión preventiva surgió a raíz de la cantidad de personas que se encontraban privados de su libertad sin que sean sentenciados, lo que

evidenciaba un exceso en cuanto a la aplicación de esta medida, pues a pesar que en dicha legislación se entiende a la prisión preventiva como recurso excepcional, esta se había convertido en la regla general.

A fin de sustentar lo expuesto se tiene que, el Código de Procedimiento Penal, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, buscó consagrar la excepcionalidad de la detención preventiva, e instaurar un régimen de medidas cautelares que cumpla una función de control sobre la retardación de justicia, respondiendo a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y debido proceso (Orias, 2012, p. 153)

Por ende, en Bolivia se buscaba limitar el uso abuso de esa medida, razón por la cual se incorporaron nuevos criterios al momento de valorar esta medida, los cuales son:

- 1) El establecimiento de reglas que conviertan el uso de la detención preventiva en una medida excepcional.
- 2) La precisión de los fines de la detención preventiva y de la calificación de la fianza.
- 3) La incorporación de medidas sustitutivas y/o alternativas a la detención preventiva.
- 4) La adecuación del régimen de medidas cautelares a los principios establecidos por la Constitución Política del Estado y, en particular, a la vigencia del principio de presunción de inocencia (Lorenzo, 2006, p. 48)

Al igual que los otros ordenamientos jurídicos antes citados, la prisión preventiva debe ser el mecanismo excepcional, en una diligencia preliminar, y

debe optarse por llevar el proceso en libertad, debiendo de prevalecer el principio de presunción de inocencia.

A la fecha, se encuentra en debate el Proyecto de Ley N° 122 con la propuesta de un nuevo Código del Sistema Penal Boliviano. Dicho proyecto reformula todo el sistema de justicia penal y, en lo que se refiere a las medidas cautelares propone, entre otros cambios, que éstas no podrán ser impuestas de oficio por el juez y que la prisión preventiva solo tendrá lugar en los casos de crímenes y delitos de acción pública, o que tengan prevista una pena privativa de libertad en el mínimo legal igual o superior a 3 años, siempre y cuando las otras medidas cautelares no sean suficientes para asegurar los fines procesales (Tribunal Supremo de Justicia, 2017, p. 39)

Mientras tanto, en dicho país se mantienen los criterios que doctrinariamente instruyen la aplicación de esta medida, los mismos que son, criterio sustancialista, que se encuentra presente cuando la legislación regula la procedencia de este instituto a través del monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho. También lo son la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores (INECIP, 2012, p. 40)

Este criterio va de la mano con el *criterio procesalista* que supone evitar cualquier tipo de atentando contra el proceso, ya sea contra los elementos de prueba u obstaculización del mismo, de la misma manera es aplicable en esta legislación la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la

razonabilidad de la medida, que si bien son factores inherentes de toda medida cautelar en el proceso penal es innegable recurrir a elementos adicionales como la vinculación con el hecho, la gravedad, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

Finalmente, el último país que hemos tomado como ejemplo para contrastar la institución jurídico procesal de la prisión preventiva es el Derecho Ecuatoriano, donde se encuentra regulado en, el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra tipificado en el Título V Medidas Cautelares y de Protección, y se ha proveído ha enmarcar cronológicamente el Título de Medidas Cautelares que van desde el artículo 519° hasta el artículo 548°, en Capítulo Segundo sobre Medidas Cautelares en el Parágrafo Tercero en cuanto a Prisión preventiva, señalando que: Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción;
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción;
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena;
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la

prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad (Seminario Castillo, 2017, p. 37)

Como se advierte, el legislador ecuatoriano ha señalado los elementos que debe valorar el Juez para conceder y fundamentar la prisión preventiva, ello a su vez sirve como mecanismo para contrarrestar la arbitrariedad del juzgador y evitar la vulneración de derechos, y garantizar la permanencia de los sujetos investigados y dependiendo de la gravedad del hecho y las circunstancias, la medida puede ser prisión preventiva o comparecencia restringida, ello con la finalidad de lograr la verdad material dentro del proceso penal.

Ahora bien, habiendo establecido el tratamiento de diversas legislaciones sobre la prisión preventiva conviene hacer un parangón con nuestro sistema procesal penal.

Cuadro N° 1:

LA PRISION PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO			
PAIS	REGULACION	PRESUPUESTOS	PLAZOS
MEXICO	Código Nacional de Procedimientos Penales	Es subsidiario. Casos de delincuencia organizada. Presunción de Inocencia	No podrá exceder el tiempo fijado por ley (2 años)
COLOMBIA	Código de Procedimientos Penales del 2004	Nivel de vinculación el delito, debidamente acreditado. El peligro de fuga. Responde a la peligrosidad social.	No podrá exceder el tiempo fijado por ley

ARGENTINA	Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 312°	Que, el concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional. Que, el delito sea superior a 8 años de PPL.	Concede un amplio margen discrecional al Juez con obligación a motivar la razonabilidad de la medida.
BOLIVIA	Código de Procedimiento Penal de 1970	1) El establecimiento de reglas que conviertan el uso de la detención preventiva en una medida excepcional. 2) La precisión de los fines de la detención preventiva y de la calificación de la fianza. 3) La incorporación de medidas sustitutivas y/o alternativas a la detención preventiva. 4) La adecuación del régimen de medidas cautelares a los principios establecidos por la Constitución Política del Estado	La prisión preventiva aplica solo en casos de delitos de acción pública, que tengan como pena un mínimo legal de 3 años de PPL
ECUADOR	Código Orgánico Integral Penal desde el artículo 519° al 548°	1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción; 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena; 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.	No podrá exceder el tiempo fijado por ley
PERU	Código Procesal Penal del 2004, artículo 268° a 285°	1. Fundados y graves elementos de convicción que vinculen al investigado con el delito. 2. Que la sanción sea superior a 4 años de PPL. 3. Peligro de fuga u obstaculizar el proceso.	9 meses y puede prorrogarse hasta 18 meses. En casos complejos hasta 36 meses.

Fuente: Elaboración propia.

2.5. Definición de términos básicos

2.5.1. Prisión preventiva

Es definida “una privación de libertad como medida de precaución tomada a fin de garantizar una efectiva investigación del delito en cuestión, el juzgamiento del imputado y el eventual cumplimiento de la pena” (Chávez Tafur, 2006, p. 6).

2.5.2. Fundamento

Es un “término legal que determina si la parte que presenta la demanda tiene el derecho de hacerlo. El fundamento jurídico no se trata de los temas, sino de quién está presentando la demanda y si tiene el derecho legal de hacerlo. Es el principio u origen en que se asienta una cosa” (RAE, 2019, p. 105)

2.5.3. Motivar

Es “reconducir la decisión que en el mismo se contiene, a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica, y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto” (RAE, 2019, p. 105)

CAPÍTULO III

LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA AMPLIAR LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Esta investigación propone aumentar los presupuestos materiales para la prisión preventiva contenidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal del 2004, en tal sentido habiéndose establecido todas las bases teóricas que respaldan doctrinariamente la presente tesis, corresponde señalar los fundamentos jurídicos por los cuales se debe ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva en el Perú evitando el uso abusivo, desproporcionado que desnaturaliza la esencia de la misma. En tal sentido, consideramos estos presupuestos como son:

3.1. Arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva

La utilización de la prisión preventiva durante muchos años ha sido objeto de crítica en la esfera jurídico social, pues se considera que estamos ante un uso desmedido de esta institución que lejos de convertirse en la excepción se ha convertido en la regla general, pues consideramos que una valoración objetiva del juez se la orienta a una conclusión deductiva a partir de los antecedentes del imputado y no de las circunstancias concretas del caso particular, es decir, cuando su deber era evaluar circunstancias, datos de la realidad, la norma le exige presumir en razón de los antecedentes del imputado, este esquema permite que la prisión preventiva sea usada de manera jurídicamente incorrecta y políticamente nefasta, lo que hace necesaria su revisión y modificación (Sousa, 2019, p. 1)

La prensa escrita ha expresado su preocupación por considerar que la prisión preventiva viene siendo usada de forma direccionada y desproporcionada, lo que a su vez puede generar un grave atentado contra los derechos fundamentales del

investigado, se aplica lo expuesto al caso de la profesora que atropelló a menores de edad, denominado el Caso Velásquez, lo que demuestra que estamos ante un conflicto del análisis constitucional y factual de las normas que giran en torno a la prisión preventiva, en este caso el juez señaló que “al emitir el auto de prisión preventiva, que para evaluar el arraigo se deben tener en cuenta: el arraigo domiciliario, el arraigo laboral y el arraigo familiar” (Valenzuela Ylizarbe, 2016, p. 2)

Es decir, en este caso en particular el juez valoró los tres presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal, centrando su atención en el peligro de fuga, pues subjetivamente considera que a pesa de ser profesora, esta no tiene un arraigo domiciliario lo que puede afectar el desarrollo del proceso, por lo que, sin mayor fundamento concede la prisión preventiva.

De igual forma fue la prisión preventiva dictada contra el ex presidente Ollanta Humana y su esposa Nadine Heredia, donde el magistrado Concepción Carhuacho dictó 18 meses, observándose que, la extendida aplicación de la prisión preventiva no es nueva; y el debate en torno a ella aparece siempre en función del impacto mediático que tienen ciertos casos.

Algo que se alegó en la prisión preventiva dictada contra Ollanta Humala y su esposa para justificar lo cerca que estaban de presentar una acusación, esta medida termina siendo la regla y no la excepción. Rescata sí que las cifras del INPE revelen que está disminuyendo su aplicación; hasta el año pasado, el 52% de los internos estaba sin condena, hoy son 48% (Miró Quesada, 2017, p. 2)

Lo expuesto refleja que diversos penalistas señalan que en la práctica judicial (y ello se demuestra en los casos citados) el análisis y valoración de la prisión preventiva depende en mayor medida de la presión social y mediático, y esto

último se refleja no solo en los casos de delitos comunes, sino en mayor medida en los delitos cometidos por funcionarios públicos o ilícito con un alto repercusión social, eso último se refuerza con el caso de, la orden dictada contra el ex presidente Pedro Pablo Kuczynski, donde la prisión preventiva se está aplicando casi en la totalidad de los casos, es más hay un uso excesivo y, en algunos casos, hasta abusivo. Resolver la problemática de los privados de libertad sin condena, sin embargo, exige escarbar por sus causas antes de ensayar soluciones, aunque ha disminuido la proporción de presos sin sentencia, la aplicación de la prisión preventiva aparece hoy en el debate público como una preocupación de estos tiempos (El Comercio, 2019, p. 3)

Lo expuesto refleja que a pesar que, en nuestro sistema procesal penal, la prisión preventiva tiene carácter de excepcional y provisional, la praxis judicial nos demuestra que es la Fiscalía quien viene solicitando la aplicación de esa medida como regla general de forma mecánica, sin evaluar de manera adecuada los requisitos materiales, aunado a ello, se han señalado que muchas de las resoluciones analizadas carecen de motivación suficiente y adecuada que justifique el otorgamiento de esta medida.

La arbitrariedad se encuentra evidenciada en la grave lesión de los principios y derechos constitucionales, dado que la tutela del derecho a la libertad es tan importante como el derecho al honor o a la vida, por lo que, si bien no existe prevalencia entre uno u otro derecho, el juzgador debe preferir en todo momento la libertad de acusado y solo en situaciones particulares debidamente acreditadas podrá disponer la detención preventiva del sujeto.

Paralelamente a ello, la arbitrariedad encuentra su contraposición en el principio de presunción de inocencia, debiendo existir una tendencia judicial a promover y

proteger la libertad, si no es posible acuñar el término de razonabilidad y suficiencia probatoria para disponer la prisión preventiva.

3.2. Proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido

Este segundo fundamento se encuentra relacionado con el primer requisito material contenido en el artículo 268° del Código Procesal Penal, respecto a los suficiente y fundados elementos de convicción que vinculen al sujeto investigado con el delito que le imputa.

Estudiar la proporcionalidad supone recurrir al test de proporcionalidad implantado por el máximo intérprete de la Constitución y desglosar su estudio en sus tres sub principios, ello a raíz de que como sustentamos en el ítem anterior los márgenes y niveles de irracionalidad en cuanto al otorgamiento de esta medida se han desbordado.

Al respecto se tiene que, el test de proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, así, se exige:

- a. La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido.
- b. La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin).
- c. La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Mendoza Ayma, 2019, p. 2)

La Casación N° 626-2013-Moquegua, en donde la Corte Suprema señala otros requisitos adicionales que el Juez tiene la obligación de motivar, siendo este la aplicación y razonamiento del test de proporcionalidad, ahora esta obligación

jurisdiccional surge porque el fiscal tiene el deber de motivar oralmente como por escrito, la proporcionalidad de la medida, y la duración de ésta, es decir que se exige como otros requisitos para determinar la imposición de dicha medida, fundamentar la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de ésta medida, y como segundo requisito, el de fundamentar y motivar el tiempo de duración por la cual ha de imponerse la misma (Moreno Pérez, 2017, p. 6)

Siendo ello así, se advierte la importancia que ha señalado el juzgador de la Corte Suprema por hacer notas dos aspectos: de un lado su preocupación sobre el exceso en cuanto al otorgamiento de esta medida y de otro lado su interés por ejercer una función nomo filáctica y unificadora de la jurisprudencia nacional por que los demás órganos jurisdiccionales adopten esta medida. Por lo que, si bien no se trata de un requisito formal, positivizado normativamente, consideramos que esta ejecutoria suprema sienta un precedente importante al invocar y exhortar a los Jueces de Investigación Preparatoria pronunciarse sobre cada uno de los elementos de este test, solo así se evita la arbitrariedad y se garantiza la legitimidad.

Este criterio señalado por la Corte Suprema guarda estrecha relación con lo contenido en el artículo 253° del CPP, el cual estatuye en su inciso 2 que la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad; siendo éste un precepto general que va a regir a todas las medidas de coerción procesal (Moreno Pérez, 2017, p. 6)

De la misma manera el inciso 1 del artículo 203° de la citada norma adjetiva establece que en toda medida que se imponga ya sea la prisión preventiva u otros medios de coerción personal deberán hacerse conforme al principio de

proporcionalidad, de allí que con justa razón se considera que, los principios de motivación adecuada de las resoluciones y requerimientos, y el de proporcionalidad respecto de los cuáles serán los pilares para la medida de prisión preventiva por el cual se va a requerir, y sobre todo que se ha de sustentar tanto en el requerimiento escrito, como en el sustento oral en el momento de la audiencia correspondiente (Moreno Pérez, 2017, p. 7)

La proporcionalidad va más allá de una regulación meramente legislativa, sino que tiene un sustento con amplia importancia e irradiación a todo el ordenamiento jurídico que es el del mandato constitucional contenido en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución, donde se privilegia la proporcionalidad y motivación en toda decisión judicial, sobre el factor de la motivación será analizado con posterioridad.

Con inusitada claridad se evidencia la importancia e impacto que tiene la proporcionalidad en los derechos fundamentales, ya que debe considerarse el principio de proporcionalidad a través de tres sub principios, los cuales son el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en virtud del cual, se ha desarrollado el contenido esencial y naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad, así como también de los tres sub-principios antes mencionados (Alexy, 1993, p. 25).

Aplicando el conocimiento antes señalado, se tiene que el juzgador además de los requisitos materiales contenidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, evaluará que el pedido de prisión preventiva por parte de la fiscalía es el idoneo, esto es, si mediante la concesión del mismo se cumple o se garantizar el fin que se requiere, en otras palabras se busca asegurar la presencia de imputado en todas

las diligencias y solo se podrá ello con la prisión preventiva del imputado, estamos ante un análisis de causalidad y del medio.

Por otro lado, en el juicio de necesidad se evaluará si es que existe otra medida o mecanismo menos gravoso que de igual manera garantice la presencia del imputado en todas las diligencias, aquí juega un rol importa como el derecho penal como ultima ratio, pues en todo momento el juez deberá preferir la libertad que la prisión preventiva, pues si el juez advierte que existen otras medidas que permitan el mismo fin que con el de la prisión preventiva, deberá optar por una comparecencia restringida, pago de caución, arresto domiciliario, entre otros.

Finalmente, será de aplicación el subprincipio de la proporcionalidad propiamente dicho, en el cual se analizará que tan proporcional y razonable es la concesión de la prisión preventiva, en relación con otras medidas y con el delito y factores que giran en torno a él.

3.3. Escasa motivación constitucional al derecho a la libertad

Uno de los factores por los cuales consideramos que los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal deben ser aumentados, es por la poca motivación que estos poseen, pues se debe de tener en cuenta que en mérito al mandato constitucional de motivación los jueces evalúan los graves y fundados elementos de convicción y su relación con el imputado al respecto en investigaciones precedentes se ha señalado que los jueces del primer y tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, en un 50% de las resoluciones analizadas, no se cumplió con este presupuesto de motivación; respecto al segundo presupuesto la prognosis de la pena, este presupuesto si se cumple, pues los delitos analizados son superior a los 4 años; respecto al peligro procesal, en cuanto a este supuesto

es insuficiente, aunque se haya acreditado el arraigo laboral, el arraigo domiciliario, y la aplicación una vez más vuelve a ser de manera arbitrariedad, pues aunque el investigado tenga los arraigos no son considerados, para mejor entender decimos que debe contener tres requisitos copulativos para dictarla excepcionalmente y además que éstos deben ser concurrentes la prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona (Churata Humpiri, 2018, p. 102)

Situaciones como la anteriormente citada, cuyo ámbito de aplicación se realizó en la ciudad de Cajamarca, nos demuestran que las resoluciones de prisión preventiva son criticables por cuanto presentan una escasa motivación o una motivación aparente en cualquiera de sus tres presupuestos materiales, pero nosotros nos planteamos la siguiente interrogante ¿Qué sucede con la libertad? ¿El derecho a la libertad requiere motivación?, la respuesta es sin duda afirmativa, pues creemos que todo juzgador debe partir de una motivación desde el reconocimiento del derecho a la libertad en el derecho internacional hasta el derecho nacional.

A nivel internacional existen estándares de aplicación de la prisión preventiva que el juzgador peruano debe valorar, todo ello teniendo como base el principio de presunción de inocencia y la excepcionalidad de la prisión preventiva, entre estos criterios internacionales, tenemos a los fundamentos legítimos o causales de procedencia señalado por la Convención Americana, el cual deriva la 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, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, este criterio, según el cual la prisión

preventiva sólo debe emplearse con fines procesales para cautelar los efectos del proceso (Robinson, 2013, p. 70)

Corresponde al fiscal exponer con inusitada claridad la legitimidad de las causales de procedencia, en cuanto a la existencia de los elementos que acrediten un posible riesgo de fuga u obstaculización; un segundo estándar internacional es las causales de justificación no válidas o insuficientes, que supone que “el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse en conjunto con otra serie de factores relevantes” (Robinson, 2013, p. 73).

Este parámetro va de la mano con el debido proceso, puesto que, el juzgador evalúa los requisitos de procedencia en cada caso en concreto, en ningún caso los presupuestos se utilizan como criterios rectores de otorgamiento de prisión preventiva, sino que deben analizarse en cada caso en concreto, pues pueden existir causas insuficientes para la prisión preventiva, como por ejemplo que no se acredite el peligro de fuga u obstaculización de la justicia.

El tercer parámetro es el de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que ha sido adoptado a nivel jurisprudencial y con su incorporación sucesiva a nivel jurisdiccional, en cuanto se sugiere su uso en cuanto a la motivación. El cuarto parámetro de motivación internacional es la autoridad competente, proceso decisorio, motivación e indicios, el que supone, el juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez, respecto al momento procesal en el que se evalúa la procedencia de la prisión preventiva, es relevante subrayar que en virtud del derecho a la presunción de inocencia el juzgador debe examinar todos los hechos y argumentos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales que justificarían su aplicación o mantenimiento, según sea el caso y las decisiones

que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias, asimismo la libertad personal, que el fundamento jurídico que justifica la privación de libertad debe ser accesible, comprensible y no retroactivo, y debe aplicarse de manera coherente y previsible a todos por igual (Robinson, 2013, p. 84).

Estos parámetros si bien han sido tomados en cuenta por el legislador y juzgador peruano, aun merecen ser motivados expresamente en sus resoluciones de tal manera que permita un cumplimiento cabal de las disposiciones internacionales que giran en torno a la prisión preventiva. Seguidamente se tiene el criterio de *asistencia legal efectiva*, que toda persona acusada de un delito tiene derecho durante el proceso, entre otras, a las siguientes garantías mínimas: comunicación previa y detallada de la acusación formulada; concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defiende por sí mismo ni nombra defensor dentro plazo establecido en la ley (Robinson, 2013, p. 89).

Si partimos de la motivación que supone dar razones necesarias, nuestra atención no solo se debe limitar al juzgador o fiscal, sino también al abogado defensor, pues en sus manos recae el rol fundamental de cuestionar los requisitos de la prisión preventiva y los fundamentos dados por el fiscal, todos ellos destinados a convencer al juzgador que debe optar por la libertad en vez de la restricción, de allí la importancia y preparación de la defensa técnica ya sea particular o gratuita. El siguiente parámetro es el control judicial y recursos, revisión periódica, debida diligencia y priorización del trámite, que internacionalmente se requiere que sea

realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla corresponde en primer lugar a las autoridades judiciales nacionales el asegurar que el periodo de detención preventiva en el que se mantiene a un acusado no exceda de un plazo razonable (Robinson, 2013, p. 91).

Estos últimos estándares internacionales no hacen más que reforzar la protección del derecho a la libertad y que tiene como base la Convención Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y que por tanto obligan al juzgador a tomar en cuenta estos criterios al momento de motivar, aunado a ello, consideramos que en mérito al Control de Convencionalidad, el juzgador peruano tiene el deber de motivar sobre la base de las normas internacionales y la jurisprudencia extranjera que será materia de estudio en el siguiente capítulo.

Paralelamente a los parámetros internacionales, nuestra Constitución Política de Estado reconoce el derecho a la motivación, centrando un análisis especial en la debida motivación que “no tiene una acepción única, pues se identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. Bajo tal perspectiva la motivación de las resoluciones judiciales se reduciría en la exteriorización de iter mental mediante el cual el magistrado llega a formular la decisión” (Churata Humpiri, 2018, p. 52)

Sumado a ello, una debida motivación comprende la motivación expresa, clara que señale preliminarmente los hechos materia de imputación, adicionalmente los elementos de convicción, finalidad que se persigue con la medida impuesta en caso se opte por la prisión preventiva u otra medida menos gravosa, el tiempo de duración, se entiende que la parte jurídica deberá estar respaldada por las normas internacionales sobre derechos fundamentales que giran en torno a la libertad, y

guiados por principios constitucionales que demuestren una correcta motivación de la resolución judicial, sustentada en hechos claro y probados y de otro lado en derecho, entendido no solo en normas, sino también principios nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia nacional e internacional vinculantes.

3.4. La ultima ratio de la norma penal

El último fundamento por el cual se debe ampliar los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal, es la valoración de la norma penal y procesal penal como aplicación de última ratio, para tal efectivo partimos de su análisis desde una política criminal, pues ello supone la necesidad de modificación del ordenamiento jurídico, en el sentido que en esta investigación se propone, así en una concepción clásica es entendida como un principio en mérito del cual son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general (Carnevali Rodríguez, 2008, p. 15).

Entonces la última radio del derecho penal, parte de un sector garantista del derecho que guarda estrecha relación con la función garantista del juzgador, quien en todo momento debe tutelar el respeto de los derechos fundamentales, si por un lado el juzgador tutela y garantiza su cumplimiento progresivo de los derechos fundamentales, de otro lado el legislador es quien con sustento política crea este principio de minima intervención, pues depende de este poder delimitar en que tipo de casos tiene y no tiene poder de intervenir el derecho penal y que constituye un limite del ius puniendi del Estado, respalda lo expuesto, la siguiente

afirmación, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera ultima ratio, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador. La norma penal constituye en cierto modo la ultima ratio en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio (Maurach, 1994, p. 34)

En mérito al párrafo antes citado conviene preguntarnos ¿el tratamiento que se le viene brindando a la prisión preventiva actualmente en el Perú es prudente y mesurado?, la respuesta será cuestionada dependiendo del caso en concreto, pues la realidad nos ha demostrado que para casos de indole político y/o donde se encuentra inmerso una polémica, el juez muchas veces guiado por la presión mediática, se olvide este principio para convertir la excepción en regla, lo que trae como consecuencia la no legitimación del derecho penal, haciendo caso omiso a la, tendencia expansiva de huida al Derecho penal, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico (Maurach, 1994, p. 35)

Esto es, debe existir un punto de conciliación entre la emisión de las leyes penales y su grado o nivel de aplicación racional, siendo el caso en concreto el cambio y/o adición de las normas que giran en torno a la prisión preventiva, para hacer de esta

institución, un uso racional y medurado, evitando exceso y lesiones de derechos fundamentales.

Si, nos remitimos a los orígenes del principio de última ratio, tendremos que partir necesariamente del derecho penal como herramienta de control social, dado que su misión es corregir conductas y evitar el cumplimiento de ilícitos penales, teniendo como sustento el principio de legalidad que es ampliamente conocido.

Ahora bien, la política racional del principio de ultima ratio puede generar determinadas situaciones de riesgo que merecen ser evaluadas desde la prisión preventiva; inicialmente tenemos a las sociedades de riesgo, que implica que si bien “tenemos una mejor estándar de vida nos vemos expuestos a riesgos, que, en su mayoría, resulta difícil controlar sus cursos causales” (Prittwitz, 2004, p. 245).

Otro elemento es el del nuevo protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales, que existe “un fenómeno expansivo, es la creciente presencia de la víctima en la solución del conflicto, fundamentalmente, por la mayor identificación de ésta con la sociedad” y el derecho penal de peligrosidad, que es “el pensamiento asegurativo del Derecho penal, es anacrónica, por ende ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una ultima ratio y que respete los derechos y libertades del afectado” (Prittwitz, 2004, p. 247).

Estos elementos del principio de última ratio nos hacen reflexionar sobre la prisión preventiva que estaremos ante una sociedad de riesgo cuando se prefiera la prisión preventiva sin mayor evaluación racional de los hechos y menos prueba, lo que a su vez hace evidenciar que si bien es lógico y válido la protección de la víctima, debe también protegerse al imputado, pues ambos son sujetos de derecho, cuyos bienes jurídicos tienen que ser tutelados de manera equilibrada por parte del Estado y del legislador, maxime si cuando estamos ante un prisión preventiva, no

nos encontramos ante una sentencia que declara la culpabilidad del sujeto, sino todo lo contrario es el inicio de la investigación.

Por lo que, la prisión preventiva debe ser entendida en términos de racionalidad del principio de ultima ratio, de tal manera que asegure por un lado el respeto irrestricto de los valores éticos morales que de la libertad como regla general que orienta al acción del juzgador y de otro lado, la función que cumple la prisión preventiva en el derecho procesal penal, cuya aplicación será eficiente y eficaz en cuando se recurra a ella como una institución de ultima ratio, y cuyo medio garantice la finalidad, que no es otra cosa que la presencia del investigado durante todo el proceso penal.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

Con la presente investigación buscamos determinar Los fundamentos jurídicos para la ampliación de los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal, habiéndose tomado aspectos como como la arbitrariedad en la aplicación de esta medida, la proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido, la escasa motivación constitucional del derecho a la libertad y la última ratio de la norma penal.

Ello a raíz de que la institución procesal penal de la prisión preventiva viene siendo objeto de críticas, debido a su excesiva aplicación, por lo que, la presente investigación ha sido realizada antes de la emisión del Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ, no obstante, habiendo analizado dicho acuerdo plenario, consideramos que aún es necesario establecer reformas legislativas que mejore los presupuestos materiales del artículo 268° del Código Procesal Penal.

Para ello es necesario no solo recurrir a la vertiente dogmática y doctrinaria, sino también a nivel jurisprudencial nacional e internacional, por lo que, es necesario conocer los principales pronunciamientos o casos emblemáticos del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que giran en torno a la prisión preventiva, a efectos de evidenciar justamente los fundamentos que señalamos al inicio de este capítulo, así tenemos:

4.1.1. Pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional

Caso Ollanta y Nadine – STC N° 4780-2017-HC y STC N° 502-2019-HC

Esta sin duda es una sentencia ampliamente controvertida, pues analiza la razonabilidad y ultima ratio de la prisión preventiva, así,

El Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de última ratio. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es 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.

La mayoría del Tribunal Constitucional está invadiendo competencias de los jueces penales pues no le corresponde interpretar la ley procesal penal (artículo 268, inciso a, del Código Procesal Penal) y decidir, a partir de ahora, la forma en que los jueces penales deben valorar los medios probatorios que sirvan para que estos estimen razonablemente la comisión de un delito; por lo que el TC declara fundada las demandas de habeas corpus, asimismo nulas las resoluciones expedidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria y Segunda Sala Penal de Apelaciones, retrotrayendo las cosas al estado anterior, devolver la libertad a los favorecidos. (Ollanta y Nadine, 2018, fundamento 125).

Caso Bedoya de Vivanco – STC N° 0139-2002/HC

Es una de las sentencias más polémicas, pues desarrolla el concepto del *fumus bonis iuris*. En cuyo fundamento señala en el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención [prisión preventiva], deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior [...], como el juez admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común.

El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*; decidiendo el TC revocar la sentencia que declaró improcedente el Habeas Corpus, En consecuencia declara fundada el HC interpuesto pues Luis Bedoya, ordenando que se deje sin efecto el mandato de detención, y se adopte las medidas procesales pertinentes

para asegurar su presencia en el proceso. (Caso Bedoya de Vivanco, 2002, fundamento 4.)

Caso Riggs Brousseau – STC N° 0791-2002-HC

En principal fundamento versado por el TC que gira en torno al peligro procesal, donde señala que:

Es preciso observarse, juntamente con tales factores [que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años, fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en riesgo el éxito del proceso. Para ello es necesario considerar, juntamente con el peligro procesal, la magnitud de la pena, el carácter de los hechos que se le atribuyen y que estén basados en suficientes elementos de prueba, las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial, cuando exista una pluralidad de individuos comprendidos y se observe, de su comportamiento procesal, la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente, decidiéndose revocar la sentencia recurrida, confirmando la apelada, declarando improcedente la acción de hábeas corpus, en consecuencia declara infundada la demanda. (Caso Riggs Brousseau, 2002, fundamento 14).

Caso Tello Díaz – STC N° 0808-2002/HC

En esta sentencia el Tribunal Constitucional ahonda sobre los presupuestos para aplicar la prisión preventiva, haciendo énfasis en el *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y que la pena probable a imponer sea superior a 4 años, precisa:

La detención judicial preventiva sólo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que

la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia del derecho a la presunción de inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva, por lo tanto se resuelve revocar la recurrida que declaró improcedente el habeas corpus, en consecuencia se declara infundada la demanda (Tello Diaz, 2002, fundamento 2)

Caso Silva Checa – STC N° 1091-2002/HC

Esta es la sentencia en donde el máximo intérprete de la Constitución desarrolla doctrinariamente el sub principio de la necesidad, como parte del análisis de test de proporcionalidad, señalando:

Se refiere a la prisión preventiva, que no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal.

El principio de favor libertatis impone que la detención judicial (prisión preventiva) tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de prisión preventiva, determinando El TC revocar la recurrida

que declaraba improcedente el habeas corpus, y se declara infundada la demanda.
(STC N° 1091-2002-HC, Fundamento 46, p. 15)

Caso Domínguez Tello – STC N° 1260-2002-HC

El máximo interprete señala la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, señalando:

A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia, el peligro procesal es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que no tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes, por lo que el Tribunal Constitucional resuelve revocando la sentencia recurrida y en consecuencia declara fundada la demanda, ordenando que se deje sin efecto el mandato de detención dictado en contra del recurrente, disponiendo su inmediata liberación. (Domínguez Tello, 2002, fundamento 4).

Caso Chumpitaz Gonzáles – STC N° 1565-2002/HC

El Tribunal Constitucional en la presente sentencia analiza la arbitrariedad de la prisión preventiva, precisando que:

En el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se

cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios pues, es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, a la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella, por lo que el Tribunal Constitucional declara revocar la recurrida que declaró improcedente, en consecuencia declara infundada la demanda (Chumpitaz Gonzales, 2002, fundamento 2).

4.1.2. Pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela

Se pronuncia sobre la arbitrariedad de la prisión preventiva, en ese sentido, unos de los principales fundamentos son:

La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo

se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, por lo que la CIDH resuelve declarando la responsabilidad del Estado venezolano por la vulneración del derecho a la libertad personal, el derecho a no ser sometido a una detención arbitraria, a la comunicación previa, plazo razonable y presunción de inocencia; en consecuencia dispone que el Estado venezolano adecue su ordenamiento jurídico interno a que se garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios. (Barreto Leiva vs. Venezuela, 2009, fundamento 111, p. 23).

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador

Analiza el plazo razonable de la prisión preventiva, en ese sentido, uno de los principales fundamentos que cita en la sentencia es:

De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la 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, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos; lográndose determinar que Ecuador es responsable por la vulneración del artículo 7° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, respecto al derecho a la libertad, ordenando que el Estado ecuatoriano ordene una investigación a las autoridades responsables y el pago de una justa

indemnización a la víctima y sus familiares. (Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997, fundamento 77, p. 23).

Caso Bayarri vs. Argentina

Aunado a ello, la CIDH señala respecto a la arbitrariedad de la prisión preventiva que:

El Código de Procedimientos en Materia Penal vigente al momento de la detención del señor Juan Carlos Bayarri, disponía en su artículo 2 que “nadie puede ser constituido en prisión preventiva sin orden escrita de Juez competente, expedida contra persona determinada, y a mérito de existir contra ella semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad.

La prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”⁵⁵, pues “es una medida cautelar, no punitiva.

La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento, la CIDH por unanimidad señaló al Estado argentino responsable por la violación del derecho a la libertad personal e integridad. Disponer por otro lado, que se debe brindar gratuitamente y de forma inmediata la atención, eliminación de sus antecedentes penales, el pago de su reparación por el daño causado. (Bayarri vs. Argentina, 2008, fundamento 74, p. 23).

Caso Tibi vs. Ecuador

La Corte Interamericana analiza los siguientes fundamentos esgrimidos por la judicatura ecuatoriana:

La prisión preventiva, medida cautelar de carácter personal, no estaba sujeta a cierta duración máxima. Se prolongaba indefinidamente; padeció constante angustia durante los dos años que el señor Tibi estuvo en prisión preventiva. Se puede decir que ella sufrió los mismos efectos de la tortura y la detención a la que fue sometido su compañero.

El señor Tibi permaneció en detención preventiva durante dos años, tres meses y tres semanas, lo que no constituye un plazo razonable de prisión sin condena.

La necesidad como la duración de la prisión preventiva deben guardar proporcionalidad con el delito que se investiga y con la pena aplicable.

En el Ecuador la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional, sino constituye una regla. En este caso no existía ningún indicio fuerte, unívoco y directo que significan una presunción grave, precisa y concordante en contra del señor Tibi, que justificara la prolongación de la detención por más de dos años.

La necesidad de la medida excepcional de prisión preventiva “se justifica por los siguientes criterios acogidos” por la Comisión Interamericana en el informe No. 2/97 respecto de Argentina, a saber: i) presunción de que el acusado ha cometido un delito; ii) peligro de fuga; iii) riesgo de comisión de nuevos delitos; y iv) necesidad de investigar y posibilidad de colusión. La CIDH decretó que Ecuador lesionó el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las demás garantías judiciales propios del debido proceso; disponiendo fijar un plazo razonable, el pago de una indemnización por el daño causado (material, inmaterial y costas y gastos). (Tibi vs. Ecuador, 2004, fundamento 93, p. 58)

Caso López Álvarez vs. Honduras

Centra su análisis en lo dispuesto por la Constitución de Honduras, sobre el arresto de una persona en mérito a una resolución expedida por la autoridad competente o por haber sido encontrado en caso de flagrancia, en cuanto a la prisión preventiva se dispuso que se había vulnerado el ordenamiento jurídico de Honduras, dado que el mandato de prisión preventiva fue declarado ilegal, pues:

El tribunal de la causa no evaluó oportunamente la contradicción probatoria conforme a los parámetros de la legislación interna y de la Convención Americana, a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva.

Las autoridades competentes no produjeron elementos adicionales de prueba después de la detención para otorgar legalidad a la prisión preventiva, que fue arbitraria, ya que no existía ningún indicio consistente, unívoco y directo que arrojara presunciones graves, precisas y concordantes en contra del señor López Álvarez, se determinó que el Estado Hondureño, violó el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7° de la Convención, respecto al deber de respetar y garantizar los derechos y libertades; además de lesionar el derecho a la integridad personal, en consecuencia se dispuso no solo que se investiguen la responsabilidad administrativa por parte de las autoridades nacionales, sino que también se dispuso la reparación por los daños inmateriales ocasionados al acusado, aunado a ello se realizó la supervisión del cumplimiento de la sentencia. (López Álvarez vs. Honduras, 2006, fundamento 73, p. 40).

Caso Palamara Iribarne vs. Chile

Se estudia la prisión preventiva desde la justicia militar, en donde se entendía a esta institución como regla y no como excepción, donde se señala que:

Los Fiscales son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos, en primera instancia, el fiscal instruye la investigación del delito y tiene poderes para dictar dentro del proceso medidas cautelares personales, como la prisión preventiva o medidas intrusivas, que pueden afectar derechos fundamentales del imputado. Los Fiscales están encargados de recoger y consignar todas las pruebas pertinentes, detener a los inculcados y producir todos los elementos de convicción que sean del caso. Solo se excluye la prisión preventiva en casos de delitos de bagatela o leves; la prisión preventiva y el principio de inocencia tienen una relación conflictiva que tiene incidencia en la determinación de motivos que justifican la restricción a la libertad personal y que exigen, en última instancia, que prevalezca el principio normativo del artículo 8.2 de la Convención. El Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La CIDH de Derechos Humano, expide fallo declarando la responsabilidad de Chile, por cuanto se ha vulnerado el derecho a la libertad, además de disponer el pago al acusado de un indemnización por los daños materiales sufridos producto de la prisión preventiva (Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, fundamento 125, p. 58).

4.2. Discusión de resultados

Habiendo analizado los pronunciamientos que consideramos importantes emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericano de los Derechos Humanos con respecto a la prisión preventiva, corresponde realizar una análisis crítico de estos pronunciamientos, por lo que, se tiene en primer lugar que el Tribunal Constitucional Peruano reconoce a la prisión preventiva como una medida de naturaleza cautelar y provisional de ultima ratio que en determinadas situaciones y bajo cumplimiento de determinados presupuestos y criterios normativos se puede restringir la libertad física.

Se parte de la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad este último como un mecanismo de control sobre las decisiones judiciales, y la manera en que es posible una afectación constitucional de un derecho, este criterio se advierte en el Caso Bedoya de Vivanco, contenida en la STC N° 1369-2002/HC, pues en ella se parte de los tres presupuestos materiales del requisito del artículo 268° del Código Procesal Penal, centrando especial argumentación en el primero de ellos, sobre la vinculación de la persona con los medios de prueba, en ese caso en particular se determinó que si bien el Fiscal solicitaba el mandado de prisión preventiva sobre la base de determinadas pruebas que demostrarían el delito de peculado, cuando se procedió a la actuación de los mismos, se pudo demostrar que las pruebas no eran suficientes de acuerdo a los principios generales de la prueba, por lo que, al no haberse acreditado este primer requisito, el máximo interprete señaló que el juez ordinario al no haber realizado la valoración respectiva, se ha vulnerado no solo las garantías inherentes del debido proceso, sino también la motivación en concreto, pues se le ha decretado la prisión preventiva, en mérito a una motivación deficiente; de lo que podemos extraer la importancia no solo del cumplimiento de los requisitos

materiales, sino que además juegan de por medios los principios constitucionales referidos al debido proceso, motivación y la presunción de inocencia.

Por otro lado, el TC no solo centra su análisis en la vinculación de los hechos, medio de prueba y delito imputado, sino también en cuanto al tercer presupuesto material, tal como se advierte en el Caso Riggs Brousseau, contenido en la resolución STC N° 0791-2002-HC cuya apreciación y desarrollo doctrinario versa sobre el peligro procesal, entendida este como la actividad por la cual la actividad locomotora del investigado ponga en peligro el desarrollo del proceso, para tal efecto el juez evalúa no solo los presupuestos materiales sino también la conducta del investigado, circunstancias, pluralidad de hechos y sujetos, capacidad de obstaculizar el proceso, etc.

En otra sentencia similar contenida en la STC N° 0808-2002/HC, denominada caso Tello Díaz, el TC sienta como criterio el carácter excepcional de la prisión preventiva, la cual sólo será aplicable a delitos complejos, con hechos acreditados, resaltando la importancia de ser una medida provisional y no punitiva.

Otra forma, mediante el cual el TC nos exhorta a la aplicación mesurada y razonada de esta medida, es mediante la aplicación del test de proporcionalidad, a través del cual expresa su preocupación, por el que la prisión preventiva no debe ser usada de manera arbitraria, sino solo en casos como lo denomina el TC “particularmente graves” y siempre de manera irrestricta, esto contiene el carácter de última ratio de la norma penal, dado que en todo momento se debe preferir el principio pro libertatis.

El mismo peligro procesal, se reafirma en la STC N° 1260-2002-HC, denominado caso Domínguez Tello, a través de la cual se advierte la eficacia de la presunción de inocencia.

En la STC N° 1565-2002/HC, denominada Caso Chumpitaz Gonzáles, el TC deja sentada la idea por la cual tanto la prisión preventiva como la detención domiciliaria son medidas con validez legal y constitucional, que se encuentran sujetas a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad; y máxime si esto implica una restricción del derecho a la libertad, deben ser analizadas a la luz de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

En la mayoría de los casos desarrollados por el TC, el análisis doctrinal queda en el primer presupuesto material, haciendo una mayor incidencia en la motivación que debe tener toda resolución judicial, la misma que no solo tiene que ser fundada en hechos y derecho, sino que además debe poseer la consistencia lógica normativa suficiente y debida para crear convicción en las partes, caso contrario estaríamos ante una decisión arbitraria, como bien se ha advertido en la STC N° 03784-2008-HC.

Quizás uno de los casos más controversiales es del de Ollanta Humala y Nadine Heredia, por medio de la cual el TC hace notar que toda decisión jurisdiccional debe responder a la justicia y al derecho y no a la presión mediática como muchas veces se dejan llevar, es así que a través de esta sentencia el TC consolida la idea de la regla de última ratio de la prisión preventiva, y señala que si bien, el TC no interpreta la norma penal de manera aislada, si lo puede hacer a la luz de las disposiciones constitucionales, que como en el caso de autos, se dispuso que si bien se habían configurado los 2 primeros requisitos, el último supuesto de prisión preventiva no había quedado satisfecho, por lo que se ordenó la libertad de los investigados, disponiendo como medida menos gravosa la comparecencia restringida.

En este orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es ajena a esta situación, pues en diversos pronunciamientos se ha demostrado la

responsabilidad de diversos países, por la lesión del derecho a la libertad personal consagrado en la Convención, así en países como Chile, Honduras y Venezuela la prisión preventiva ha sido consignado como la regla y no como la excepción. Citamos a manera de ejemplo el caso de Palamara Iribarne vs. Chile donde se recalca la competencia y la autoridad en concreto para expedir este mandato de prisión preventiva y de otro lado la acreditación de las pruebas e indicios que permitan suponer razones de culpabilidad de las personas sometidas a un proceso. En el Caso López Álvarez vs. Honduras la CIDH ha establecido la importancia y relevancia de analizar y valorar la actuación de los medios probatorios a la luz no solo de las normas internas de cada país, sino que, en particular a los parámetros de la Convención Americana, lo que permite justificar en mayor medida el otorgamiento o no de esta medida y en su defecto optar por la menos gravosa.

Otro aspecto importante que estudia la CIDH es sobre el plazo razonable de la prisión preventiva, pues al tener esta última, una naturaleza provisional y preventiva, el juzgador debe garantizar que el tiempo que dure esta prisión, el proceso debe ser llevado a cabo en su totalidad, pues aunque parezca algo irónico, la CIDH ha determinado que en países como Ecuador, la prisión preventiva ha durado aproximadamente 2 años o más, periodos en los que se ha afectado gravemente el derecho a la libertad, integridad y dignidad de la persona, habiéndolo equiparado como un trato cruel e inhumano, de allí que en la mayoría de pronunciamientos no solo ha responsabilizado al Estado por la vulneración cometida, sino que además ha ordenado el pago de una indemnización, la misma situación se presentó en el Caso Bayarri vs. Argentina.

Seguidamente, los pronunciamientos contenidos en los casos Suárez Rosero vs. Ecuador y caso Barreto Leiva vs. Venezuela, la Corte Interamericana ha dejado

sentado la doctrina por la cual el Estado no debe restringir de manera arbitraria la libertad de un investigado, sin que se cumplan los presupuestos materiales.

De esta manera se puede colegir que la prisión preventiva es entendida por la CIDH como una medida excepcional, debe ser proporcional y necesaria; no puede estar determinada por el tipo de delito y que además no puede estar determinada por la gravedad del delito.

5. **Propuesta Legislativa**

Proyecto de Ley N°

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 268° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto del artículo 268° del Código Procesal Penal, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 268°: 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:

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.

Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad;

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). Motivación constitucional y convencional de la resolución. Proporcionalidad de la medida cautelar. Disposiciones finales.

Primera. - Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda. - La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

CONCLUSIONES

1. La hipótesis planteada ha quedado válidamente demostrada, por cuanto se ha acreditado mediante análisis doctrinario, que los fundamentos jurídicos para ampliar los presupuestos del artículo 268 del código procesal penal, son la arbitrariedad de la aplicación de la prisión preventiva, la proporcionalidad de la prisión preventiva en relación al delito cometido, la escasa motivación constitucional del derecho a la libertad, y la última ratio de la norma penal.
2. Los derechos fundamentales que se vulneran al momento de aplicar de manera incorrecta la prisión preventiva es en primera instancia el derecho a la libertad personal, integridad física y emocional y dignidad de la persona.
3. En el derecho comparado como México, Colombia, Argentina, Bolivia y Ecuador, se establece en primera instancia como presupuestos similares el carácter cautelar y previsional de la prisión preventiva, los medios de prueba suficientes, evitar el peligro de obstaculización de la justicia y a diferencia de nuestro país el delito que no supere los 2 años (España) y 8 años (Argentina), al igual que en algunos países se conceden el margen discrecional al juzgador.
4. El Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido parámetros relevantes de la aplicación de la prisión preventiva tales como la motivación, plazo razonable y proporcionalidad de la medida.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda realizar una evaluación con respecto a la efectividad de las resoluciones judiciales a partir del Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ sobre prisión preventiva.
2. Exhortamos a realizar un análisis de las resoluciones que ordenan prisión preventiva abordando el derecho de libertad con respecto al principio de motivación.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Almeyda Chumpitaz, F. (2017). *La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de Cañete 2016*. Lima: Editorial César Vallejo.
- Asencio Mellado, J. M. (2004). *La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. Lima: Editorial Palestra.
- Barreto Leiva vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Noviembre de 2009).
- Bayarri vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Octubre de 2008).
- Bovino, A. (1997). *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Bozzo Rotondo, 0376-2003 (Tribunal Constitucional 7 de Abril de 2003).
- Cárdenas Rioseco, R. (2004). *La prisión preventiva en México viola la presunción de inocencia y los tratados internacionales*. México: Themis.
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Revista Ius et Praxis*, 13-48.
- Carrión Díaz, J. E. (2016). *Manual Auto Instructivo: Curso de Prisión Preventiva*. Lima: Academia de la Magistratura.

Caso Bedoya de Vivanco, 139-2002 (Tribunal Constitucional Peruano 29 de Enero de 2002).

Caso Riggs Brousseau, 0791-2002 (Tribunal Constitucional 21 de Junio de 2002).

Chávez Tafur, G. (2006). *La prisión preventiva en Perú: Medida Cautelar o Pena Anticipada*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Chumpitaz Gonzales, 1565-2002 (Tribunal Constitucional 5 de Agosto de 2002).

Churata Humpiri, M. G. (2018). *Arbitrariedad en los mandatos de prisión preventiva y su aplicación como regla general en los juzgados de investigación preparatoria de la provincia de san roman - juliaca*. Puno: Universidad Nacional del Antiplano.

Churata Humpiri, M. G. (2018). *Arbitrariedad en los mandatos de prisión preventiva y su aplicación como regla general en los juzgados de investigación preparatoria de la provincia de San Román-Juliaca*. Puno: Universidad Nacional del Antiplano.

Comercio, E. (29 de Abril de 2019). *El Comercio*. Obtenido de Prisión preventiva: 39% de presos en el país no tiene condena: <https://elcomercio.pe/politica/prision-preventiva-39-presos-pais-condena-noticia-ecpm-630478-noticia/>

Del Risco, J. A. (2 de Mayo de 2019). *Enfoquederecho.com*. Obtenido de La prisión preventiva en España en el marco del caso Rosell: <https://www.enfoquederecho.com/2019/05/02/la-prision-preventiva-en-espana-en-el-marco-del-caso-rosell/>

Delgado Llalla, S. (2018). *El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal, 2017*. Lima: Universidad Peruana Las Americas.

- Domínguez Tello, 1260-2002 (Tribunal Constitucional 9 de Julio de 2002).
- Ferrajoli, L. (2002). *EL garantismo y el derecho penal*. España: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Flores Sagástegui, A. (2016). *Derecho Procesal Penal I*. Chimbote: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- Fuentes Parraguez, 0349-2017 (Tribunal Constitucional 21 de Abril de 2017).
- García Salazar, H. (2008). *Alternativas y prisión preventiva en México bajo el contexto de reforma al sistema de administración de justicia*. México D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Gómez López, J. O. (2002). *Teoría del delito*. Colombia: Ediciones Jurídicas Temis.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw - Hill
- Horvitz Lennon, M. I. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Editorial EDDILI.
- INECIP. (2012). *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina*. Buenos Aires: INECIP.
- Jauchen, E. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Editorial Culzoni.
- Justicia, T. S. (2017). *Estudio Diagnostico de la Prisión Preventiva en Bolivia*. Laz Paz: Tribunal Supremo de Justicia.
- Ley, L. (19 de Septiembre de 2019). Este es el acuerdo plenario de la Corte Suprema sobre la prisión preventiva. *La Ley*, págs. 1-3.

López Álvarez vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Febrero de 2006).

Lorenzo, L. (2006). *Manual de Litigación Penal en Audiencias Cautelares de la Etapa Preparatoria*. La Paz: interiuris.org.

Mariela Malica, A. (2013). Duración Temporal de la Prisión Preventiva en Argentina. *Pensamiento Penal*, 1-41. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46980.pdf>

Martínez, S. (2002). El dictado de la prisión preventiva en Argentina. *INECIP*, 1-11.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Mendoza Ayma, F. (9 de Mayo de 2019). *La Ley: El Ángulo Legal de la Noticia*. Obtenido de La proporcionalidad en la prisión preventiva: <https://laley.pe/art/7827/la-proporcionalidad-de-la-prision-preventiva>

Miranda, E. (2015). *Prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario en la jurisprudencia del tribunal constitucional y la corte suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.

Miró Quesada, J. (10 de Diciembre de 2017). *Perú21*. Obtenido de Usos y abusos de la prisión preventiva: <https://peru21.pe/politica/informe-21-usos-abusos-prision-preventiva-regla-excepcion-387676-noticia/>

Moras Mon, J. (1999). *Manul de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

- Moreno Pérez, C. A. (17 de Abril de 2017). *Los otros requisitos de la prisión preventiva según la Casación 626-2013-Moq.* Obtenido de Legis.pe: <https://legis.pe/otros-requisitos-prision-preventiva-casacion-626-2013-moquegua/>
- Olivares Villafana, M. D. (2018). *La prisión preventiva en el ordenamiento jurídico peruano.* Chimbote: Universidad San Pedro.
- Ollanta y Nadine, 4780-2017 y 502-2018 (Tribunal Constitucional 26 de Abril de 2018).
- Oré Guardia, A. (2011). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano.* Lima: Editorial Reforma.
- Orias, R. (2012). *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia.* La Paz: Editorial Group Iniciativas Inteligentes SRL.
- Ortiz Espino, L. P. (2018). *La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia.* Lima: Universidad Autónoma del Perú.
- Palamara Iribarne vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Noviembre de 2005).
- Peña Cabrera, A. R. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal.* Lima: Editorial Rodhas.
- Perez Lopez, J. A. (2014). El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva de prisión preventiva. *Revista Derecho y Cambio Social ISSN-e 2224-4131*, 36.
- Prittwitz, C. (2004). *Sociedad del riesgo y Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi.
- RAE. (10 de Junio de 2019). *Diccionario de la Real Academia Española: Definiciones Jurídicas.* Obtenido de <https://dej.rae.es/lema/vulnerar>

Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*.
Lima: Gaceta Jurídica.

Reyna Ibañez, D. (12 de Junio de 2019). *Legis*. Obtenido de El uso abusivo de la prisión preventiva: <https://legis.pe/prision-preventiva-peligro-procesal-profesora-atropello-menores/>

Rios Patio, G. (2018). *La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo*. Lima: Universidad San Martín de Porres.

Roberto Darós, W. (2006). La libertad individual y el contrato social según J.J. Rousseau. *Revista Filosofía. Universidad de Costa Rica N° XLIV*, 115-128.

Robinson, T. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. España: Gobierno de España.

Rodríguez Huamán, 03784-2008 (Tribunal Constitucional 9 de Enero de 2009).

Rojo, N. (2016). *El abuso de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Pampa .

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal 25° Edición*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Rubio Eire, J. V. (24 de Octubre de 2014). *El Sistema Procesal Penal Italiano*. Obtenido de Elderecho.com: <https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano>

San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*. (2000). Lima. Editorial Grijely

- Seminario Castillo, K. E. (2017). *Análisis jurídico comparado entre Ecuador e Italia sobre la prisión preventiva en conflicto con el principio de presunción de inocencia*. Padua: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Sierra, H. (2005). *Lecciones del derecho penal Parte General* . Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional del Sur .
- Sorza Cepeda, F. A. (2015). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Revista Análisis Internacional*, 39-66.
- Sousa, R. (28 de Abril de 2019). *Diario El Correo*. Obtenido de La prisión preventiva: uso y abuso: <https://diariocorreo.pe/opinion/la-prision-preventiva-uso-y-abuso-884008/>
- Suárez Rosero vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 1997).
- Tello Diaz, 0808-2002 (Tribunal Constitucional 8 de Julio de 2002).
- Tibi vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Septiembre de 2004).
- Valenzuela Ylizarbe, F. (16 de Mayo de 2016). *El uso abusivo de la prisión preventiva: análisis del peligro procesal en el caso de la profesora que atropelló a los menores*. Obtenido de Legis.pe: <https://legis.pe/prision-preventiva-peligro-procesal-profesora-atropello-menores/>
- Zepeda Lecuona, G. (2018). Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917. *Intersticios Sociales N° 15*, 207-244.