



# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN  
PREVENTIVA: DERECHOS FUNDAMENTALES,  
LIMA 2020”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

**Autor:**

José Alfonso Saldarriaga Massa

**Asesor:**

Dr. Juan Humberto Quiroz Rosas

Lima - Perú

2021

## **DEDICATORIA**

A mi madre, esposa e hijos, por el tiempo robado para lograr este sueño.

## AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a las personas que han contribuido en el presente trabajo con sus opiniones y comentarios:

- Gerson Wilfredo Camarena Aliaga, Abogado, Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid.
- José Luis Rivera Villanueva, Abogado, estudios concluidos de Maestría en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Doctorando por la Universidad de Buenos Aires.
- Rosa Mercedes Narváez Espino, Abogada, estudios de Maestría en Gestión Pública.
- Mag. Jorge Antonio Machuca Vílchez. Abogado, profesor de proyecto de tesis de la Universidad Privada del Norte.
- Dr. Manuel Jerjes Loayza Javier, profesor del curso de tesis de la Universidad Privada del Norte.
- Dr. Juan H. Rosas Quiroz asesor de tesis de la Universidad Privada del Norte.

## Tabla de contenidos

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>3</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS .....</b>	<b>5</b>
<b>ÍNDICE DE FIGURAS .....</b>	<b>6</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO II. MÉTODO.....</b>	<b>36</b>
<b>CAPÍTULO III. RESULTADOS .....</b>	<b>44</b>
3. Preguntas.....	59
3.2. PREGUNTA 2 .....	60
3.3. PREGUNTA 3 .....	61
3.4. PREGUNTA 4 .....	62
<b>CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>63</b>
4.1 Limitaciones .....	63
4.2 Discusión .....	64
4.3 Conclusiones y recomendaciones.....	67
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>72</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>75</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Análisis de Resultados .....	45
---------------------------------------	----

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Resultado de Pregunta 1 .....	59
Figura 2: Resultado de Pregunta 2 .....	60
Figura 3: Resultado de Pregunta 3 .....	61
Figura 4: Resultado de Pregunta 4 .....	62

## RESUMEN

El desarrollo de esta investigación se justifica debido al contexto actual, a la gran cantidad de casos emblemáticos, de corrupción de funcionarios y políticos, y de los denominados delitos denominados de cuello blanco, los cuales, debido al desarrollo del internet, la conectividad, las redes sociales y apertura de audiencias, las cuales son transmitidas en vivo por los diversos medios televisivos, entre ellos el del Poder Judicial y que son vistos por una gran parte de la población, la cual al ser lego en la materia, no entienden de manera correcta la aplicación de la institución de la prisión preventiva, confundiéndola con el juicio en sí y su aplicación como si fuera la condena final.

¿La población entiende el verdadero fin de la prisión preventiva?, y de ser así, comprende que la mala aplicación, que como veremos se basa en su debida motivación, vulnera de esta forma los principios que regulan el proceso penal y a la vez afecta derechos fundamentales de las personas involucradas.

Tomaremos como ejemplo casos emblemáticos, revisaremos estadísticas oficiales para poder tener un acercamiento real del problema. Nuestra metodología será cualitativa.

En conclusión, trataremos de demostrar que si hay afectación a los derechos fundamentales mencionados, cuando se aplica de manera incorrecta la prisión preventiva.

**Palabras clave:** Principios, Derecho procesal penal, Derecho penal, Derecho constitucional, prisión preventiva, jurisprudencia, acuerdos plenarios, casaciones, presunción de inocencia, debido proceso, derecho a la defensa, motivación.

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Antecedentes

Alfaro N. (2019) “La prisión preventiva y su afectación a la presunción de inocencia”. Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La investigación es acerca de una persona que presupone su calidad de inocencia, mientras la responsabilidad penal no haya sido declarada, y sin embargo hay injerencia sobre su libertad. Este estudio se enmarca dentro del derecho Constitucional, las ciencias penales y procesal penal. El requerimiento que se hace al juez de garantías, por parte del Ministerio Público, de prisión preventiva, a través del principio rogatorio, casi todas tienen un matiz irracional, y con motivaciones aparentes la prisión preventiva otorgada, hace que la presunción de inocencia se vea vulnerada, lo cual con la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02534-2019-HC/TC se corrobora, así como en el Exp. 00029-2017-33-5005-JR-PE-03 con la sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Como una de las conclusiones principales del estudio se tiene que los administradores de justicia presentan características de irracionalidad, sin la adecuada motivación, y la justificación proporcional que justifique el caso, cuando otorgan la prisión preventiva.

Velarde Y. (2019) “Prisión preventiva y la vulneración del principio de presunción de inocencia, en el ministerio público de Lima Sur 2018”. Universidad Autónoma del Perú. El principal objetivo del presente trabajo de investigación fue determinar su aplicación en el Ministerio Público de Lima Sur 2018, se analiza la relación entre la vulneración del principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva. Como problemática tenemos que actualmente se hace un excesivo uso de la imposición de la prisión preventiva. Se trabajó con una población de 68 trabajadores del Ministerio Público, de los cuales se obtuvo una muestra de 56 participantes; se usó un cuestionario como instrumento de análisis, obteniendo

un 81.05% de confiabilidad para la variable presunción de inocencia, y 80.5% para la variable prisión preventiva.

Entre los resultados se tiene que se acepta la hipótesis “Hay una relación significativa entre la vulneración del principio de inocencia y la prisión preventiva en el Ministerio Público de Lima Sur 2018”. Como conclusión se ha señalado, que, en el distrito judicial de Lima Sur, la mayor parte de los encuestados mencionan que por presión mediática se dictan sentencias sin la debida valoración, y de la prisión preventiva se hace un uso indiscriminado.

Sánchez Falcón J. (2018). “Prisión preventiva y sentencias en los juzgados de San Martín – Tarapoto, 2016”. Universidad Cesar Vallejo. La presente tesis se planteó como objetivo determinar la relación entre las sentencias condenatorias que se dan en los juzgados de San Martín – Tarapoto en el año 2016 y la medida de Prisión Preventiva; para esto se tomó como muestra todos aquellos casos penales en las que hubo prisión preventiva como requerimiento. El diseño del estudio fue correlacional. Se usó la guía de análisis documental como técnica para la recolección de información, esta se procesó haciendo uso de Microsoft Excel. Como conclusión se evidenció que para generar una sentencia no es determinante la prisión preventiva, esta se confirmó con la falta de evidencia de relación significativa entre las variables de estudio, a las que se aplicó la prueba de Chi-Cuadrado, que arrojó como valor de significancia asintótica bilateral 0.244, número mayor a 0.05 como margen de error.

## **Marco Teórico**

Siguiendo la nomenclatura que utiliza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nuestro Nuevo Código Procesal Penal del 2004, ha optado por denominar a esta medida cautelar excepcional, como “prisión preventiva”, lo que es correcto si se tiene en cuenta que permite diferenciarla de la detención imputativa en todas sus modalidades, y

también de la denominación del Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 1991.

Ahora bien, para Oré (2016): “El estudio de la prisión preventiva – también denominada prisión provisional o encarcelamiento preventivo – ocupa un lugar especial dentro de la teoría general de las medidas de coerción procesal en materia penal por dos razones. Primero, por cuanto los efectos de su imposición son semejantes a los efectos propios de la pena – de ahí que cierto sector de la doctrina sostenga que no es más que un supuesto de pena anticipada – y segundo, porque la innegable afectación del derecho a la libertad del justiciable deviene en irreparable, a diferencia de las medidas de coerción procesal de carácter real. Es decir, que la referida afectación, aun en casos de privación cautelar justificadas, no puede compensarse si, al final del proceso el juez emite una sentencia absolutoria”.

Por su parte de Del Rio Labarthe (2016) citando a Gimeno Sendra, refiere que “La aplicación de la prisión preventiva es, sin duda, la más grave y polémica de las decisiones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el trascurso del proceso penal, “porque mediante su adopción, se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que por no haber sido todavía condenado se presume su inocencia” (p. 146).

Entonces, se podría decir que la prisión preventiva es la medida cautelar de mayor gravedad del ordenamiento jurídico penal, pues puede restringir la libertad de los procesados en pos de asegurar el proceso penal, sin embargo, esta afecta gravemente al procesado, pese a estar justificada, pues no puede compensarse si, al final del proceso el juez emite una sentencia absolutoria.

García (1993) sostiene que el comienzo de la prisión provisional de libertad y su limitación legal dentro de nuestro sistema de derecho, fueron los elementos que dieron de alguna manera el inicio a la pena privativa de libertad, es así que casi todos ellos obedecieron a lo que ahora llamaríamos “Política Criminal del Estado”, atendiendo a exigencias sociales y económicas establecidas. Es así que la fuente de la pena de prisión puede vislumbrarse a inicios del siglo XIV, instante en que se iniciará a gestar su surgimiento hasta consolidarse como pena privativa de libertad propiamente dicha en el siglo XVIII. Además, sostiene el autor que no se refiere al inicio u origen de la prisión como tal, es decir literalmente, sino que a la pena privativa de libertad. Ya en el siglo XVI la prisión fue empleada en diferentes culturas para proteger a quienes realmente esperaban ser juzgados (actualmente denominada prisión preventiva) o para aquellos que iban a ser sometidos a tormentos. Ulpiano sostuvo que la cárcel no se dirigía al castigo, sino “ad continendos homines”. Esto significa que en la mayor parte de la historia de la humanidad las penas privaron de numerosos bienes como la vida, el honor, la integridad física, el patrimonio, pero no de la libertad por sí sola. La libertad se privaba necesariamente para cumplir otro fin, es decir que la privación de la libertad es denominado como un medio para llegar a otro fin. Por otra parte, en el derecho romano la prisión como tal no se estableció para castigar a los delincuentes, sino solo para proteger a los ya procesados hasta que se dictará sentencia. Citado por (Rivera y Bailón, 2013, pág. 18-19).

### **Fundamentos positivos y negativos de la prisión preventiva**

En doctrina se puede encontrar cierta dualidad de posturas o posiciones respecto de una u otra figura jurídica, ahora bien, el caso de la prisión preventiva no es la excepción, pues hay posturas que aceptan la prisión preventiva y otras por el contrario no, basadas en

la defensa de la presunción de inocencia, y por el contrario buscan excluirlas de cualquier ordenamiento jurídico penal.

Dicha dualidad se puede advertir cuando Neyra (2010), señala que: “La adopción de la prisión preventiva como medida restrictiva de derechos, se dice trae consigo una afectación directa al principio de presunción de inocencia, sin embargo, la cuestión de si son compatibles la prisión preventiva con el principio de inocencia se encuentra aún en discusión” (p. 510). El mismo autor agrega que para algunos no hay posibilidad de armonizar entre estas, sin embargo, por otro lado, hay quienes plantean que el principio de presunción de inocencia no logra excluir y neutralizar la aplicación de la prisión preventiva (p. 510).

### **Fundamentos positivos de la prisión preventiva.**

Dentro de los fundamentos positivos en pro de la prisión preventiva tenemos, como dice Llobet (2015), “muchas expresiones del positivismo criminológico en contra de la presunción de inocencia, lo cual es tomado hoy por los círculos políticos y la prensa, quienes abogando por el uso extensivo de la prisión preventiva, de modo que frente a casos que reciben una gran cobertura mediática, se ejerce una gran presión a los jueces, para que ordenen la prisión preventiva, presión que no ha dejado de ser ejercida por el mismo Poder Judicial a través de la amenaza del inicio de procedimientos disciplinarios cuando no se dicta la prisión preventiva” (p. 20-21).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido que “siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de la restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como ultima ratio, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos

fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia”.

Beccaria, señalado por Reátegui (2015), como uno de los que justifican la prisión preventiva, refiere que “el riesgo de la cárcel debe ser solo el necesario para impedir la fuga o para que no oculten las pruebas de los delitos” (p. 214). Por su parte Hobbes, también señalado por Reátegui (2015), como otro de los que justifican la prisión preventiva, refiere que ésta “no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable” (p. 214).

### **Fundamentos negativos de la prisión preventiva**

En atención al presente ítem, se tiene a Ferrajoli, citado por Miranda (2017), quien califica a “la prisión preventiva de “ilegítima” y propone su eliminación, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia”. Teniendo en cuenta lo señalado, Llobet (2015), refiere que: “Un sector de la doctrina latinoamericana ha tomado el desafío lanzado por Luigi Ferrajoli, y ha abogado por la eliminación de la prisión preventiva, por ser contraria a la presunción de inocencia” (p. 21-22). Desde este mismo punto de vista abolicionista, Ibáñez citado por Miranda (2017), califica la prisión preventiva de “verdadero problema por antonomasia del proceso penal, especialmente en aquellos países que se han dotado de una disciplina constitucional que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia” (p. 166). De igual manera Juárez citado por el mismo Miranda (2017), refiere que: “la prisión preventiva es un instrumento perverso del Estado, que quiere anticipar la condena y también la pena, sin el juicio de culpabilidad” (p. 166).

Por su parte Reátegui (2015) agrega que, “La prisión preventiva es la modalidad más radical al núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica. Pues, del principio hasta el final, la prisión preventiva es siempre y ya definitivamente una pena, aunque sea provisional, preventiva o como se pretenda llamar. Constituye un “encierro” al fin y al cabo” (p. 199).

Dicho fundamento de abolición de la prisión preventiva que colisiona con la presunción de inocencia, según Llobet (2015), se basa en que viene ligado a los altos porcentajes de presos sin condena que se revelaron en Latinoamérica, uno de ellos es la investigación realizada por ILANUD en 1981, que señaló que aproximadamente el 65% de los privados de libertad en esta región estaban bajo prisión preventiva. Al respecto se debe tener en cuenta lo señalado por Neuman, citado por Reátegui (2015) cuando manifiesta que “la libertad del imputado está seriamente comprometida cuando se inicia un procesamiento penal por un delito donde se establece una sanción de pena privativa de libertad” (p. 198).

## 1.2. Realidad problemática

Investigaciones anteriores han manifestado que “*A diario en el mundo se llega a detener bajo prisión preventiva hasta 3 millones de personas, de lo cual el 70% de estas por la determinación del peligro de fuga, según un nuevo informe del programa de la Iniciativa de Justicia de Open Society Foundations. Las Américas son el hogar de 975.100 de estos detenidos. Sólo en Latinoamérica, más del 40 por ciento los encarcelados, están encarcelados sin un juicio. Según un análisis en el 2012 realizado por la International Centre for Prison Studies, seis países de Latinoamérica y del Caribe se encuentran entre los 20 países del mundo con el mayor número de detenidos bajo prisión preventiva por peligro de fuga*” (Castillo Ledesma, 2017).

La prisión preventiva, tanto se escucha hablar de esta institución procesal de nuestro sistema penal, en la actualidad a raíz de la gran cantidad de casos llamados “emblemáticos” que ocupan los titulares de los medios de comunicación y que despiertan la curiosidad y pasión entre la gente de derecho y la población lego en estos menesteres.

Por lo que nos preguntamos, específicamente ¿Qué es la prisión preventiva?, Por qué, ¿cómo y cuándo debe aplicarse? de igual manera ¿Por qué, no se cumple su objetivo? El maestro Arsenio Oré Guardia nos dice que la prisión preventiva es una medida de coerción personal de naturaleza cautelar, que consiste en la privación de la libertad ambulatoria del imputado, en mérito de un mandato judicial a fin de asegurar los fines propios del proceso penal. (Oré Guardia, Manual de Derecho procesal Penal - Tomo II, 2014). El Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 1991, llamaban a esta medida excepcional como “*detención*”, es a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal del 2004, que se le empieza a llamar “*prisión preventiva*”. (Del Río Labarthe, 2016).

En los procesos nacionales, un actor principal del proceso penal (Ministerio Público), desea legitimar su trabajo, aplicando indiscriminadamente esta institución, dando una apariencia de dureza y legitimarse ante la sociedad y evitar ser presa del escarnio mediático. Lamentablemente en muchos casos, de acuerdo a intereses particulares, estas actuaciones vulneran derechos fundamentales, cosa que no es apreciada en su totalidad por la población y lo que es peor es muchos casos, justificado por diversos profesionales en Derecho y medios de comunicación, tal vez guiados por intereses particulares.

Creo que el sistema de justicia del país, está equivocando el camino. Sabemos que en el ordenamiento jurídico existen el Derecho penal y procesal penal de primera velocidad, hecho para hacer frente a los delitos convencionales; también existe uno de segunda velocidad, para los delitos no convencionales y regulados procesalmente con normas específicas. Los doctrinarios hablan también de un Derecho penal de tercera velocidad,

denominado Derecho penal del enemigo. El problema es que se está aplicando las normas y procedimientos establecidos para los delitos de segunda velocidad, para hacer frente a los delitos convencionales.

No solo esto, se están vulnerando o relativizando derechos fundamentales consagrados en la constitución, bajo el pretexto de luchar contra la corrupción, ya que a propósito de la entrada en vigencia de la ley 30077, ley contra el crimen organizado, se flexibilizan garantías y procedimientos, entre los cuales tenemos:

- Presunción de inocencia,
- Derecho a la defensa, ya no podemos escoger la defensa pasiva, ya que de hacerlo acabaríamos con prisión preventiva.
- Derecho al plazo razonable, etc.

Volviendo al derecho penal y procesal penal de segunda velocidad, tenemos la modalidad de crimen organizado, la cual ha generado que el Estado diseñe un programa político criminal que pueda atacar las características propias de esta especial forma de criminalidad.

Creo que es correcta la aplicación de normas especiales para poder enfrentar situaciones generadas por este tipo de criminalidad, ya que como mencionamos flexibilizan ciertas reglas. Lo problemático y peligroso es que en la práctica sucede lo siguiente:

- Que delitos tradicionales, cometidos por sujetos no peligrosos, se procesen con reglas propias de un Derecho penal de segunda velocidad.
- Que bajo la idea de un Derecho penal de segunda velocidad se anulen principios y se resquebrajen las reglas propias de un Derecho Procesal Penal acorde con el respeto de los derechos fundamentales.

Según la legislación y doctrina que de manera unánime indican que la prisión preventiva debe aplicarse cuando exista un peligro comprobado de que el imputado pueda sustraerse del proceso (peligro de fuga) y/o entorpecer las investigaciones, destruyendo o manipulando los elementos de convicción o a las fuentes de prueba (peligro de obstaculización). El Acuerdo Plenario 1-2019, establece que basta que la Fiscalía acredite solo uno de estos peligros procesales.

El Código Procesal Penal, cuerpo normativo que regula esta institución determina en su art. 268 los presupuestos materiales para poder imponer esta medida, así como en sus art. 269 y 270, define los conceptos y alcance del peligro de fuga y peligro de obstaculización. El art. 268 nos indica lo siguiente:

*Presupuestos materiales. -*

*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:*

*a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*

*b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*

*c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).*

Esta medida, que desde un principio se pensó que debía de aplicarse de manera excepcional, ya que de todas las medidas de coerción personal es la más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, se aplica a quien comete un delito grave y en quien concurre un

peligro de fuga suficiente para presumir razonablemente que se ausentara de las actuaciones del proceso, o un riesgo razonable de ocultamiento o destrucción de fuentes de prueba. (San Martín Castro, 2015).

Si bien es cierto desde la entrada en vigencia a nivel nacional del nuevo Código Procesal Penal, que plantea el modelo acusatorio, de corte adversarial y garantista, y que se viene implementando paulatinamente desde el año 2006 y que a la fecha está vigente en todos los distritos judiciales del país, el cual reemplaza el viejo Código de Procedimientos Penales, cuerpo normativo de corte inquisitivo, vemos que la aplicación de la prisión preventiva viene disminuyendo paulatinamente, aun es alto el porcentaje de personas reclusas en un penal, bajo esta modalidad. El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en sus publicaciones estadísticas anuales nos das más luces al respecto. En el informe publicado en enero de 2017, nos muestra que de una población penitenciaria total de 82,200 el 43.46% (35,722 persona) se encuentran en calidad de prisión preventiva, en setiembre de 2018 su informe estadístico nos indica que de 89,794 personas que se encuentran en los centros penitenciarios del país, 35,343 que equivale al 39.36% del total, se encuentra bajo la modalidad de prisión preventiva (Instituto Nacional Penitenciario. 2018. Informe estadístico penitenciario. Recuperado de <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/1457-informe-setiembre-2018/file.html>).

Pero debemos tener en cuenta y de allí nace el objeto de esta investigación, que nuestro marco constitucional, establecido por la Carta Magna de 1993, consagra en su art. 2 los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos y establece en su art. 2.24.e, que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Entonces cómo es posible que una persona que no ha sido declarada culpable de haber cometido delito, por un tribunal competente pueda ir prisión. Ya lo decía FERRAJOLI quien cuestiona su propia regulación normativa al calificarla, desde un punto

de vista material, como la imposición de una pena adelantada, por lo que reclama su inconstitucionalidad (Ferrajoli, 1995).

El derecho de defensa es otro derecho fundamental consagrado en nuestra constitución y que será materia de análisis en esta investigación. El mencionado derecho es un presupuesto clave para la validez del desarrollo del proceso, ya que garantiza que el investigado pueda hacer valer sus postulados frente a la acusación del fiscal. Este derecho reconoce así que la persona sometida al proceso tiene el derecho de ser informado de la acusación, a contar con los medios necesarios para la defensa, a intervenir en los actos de investigación, a contar con un tiempo razonable para preparar su defensa, a la no autoincriminación, entre otros, cosa que en la realidad no sucede, pongo como ejemplo el caso de los árbitros, donde la defensa de los imputados informaron en la audiencia de prisión preventiva (que fue transmitida a nivel nacional por el canal Justicia TV) que el requerimiento de prisión les fue notificado en algunos casos con menos de 12 horas de anticipación al inicio de la audiencia y este requerimiento contenía más de doce mil folios, lo que hace imposible ejercer una defensa de calidad, más aún si está en juego la libertad de una persona.

Pero debemos tener en cuenta un derecho fundamental que se involucra con el derecho al debido proceso, el derecho contenido en el art. 139.5 de nuestra Carta Magna el que dice “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Esto es muy importante ya que como veremos, tomando como ejemplo sentencias del Tribunal Constitucional, la mala motivación hace que este tipo de medidas de coerción sean anuladas.

Como dice el maestro Arsenio Oré “Coherente con lo establecido en la Constitución, el Código Procesal Penal de 2004, en su art. 254.1, prescribe que “Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado”. Es decir, todas las medidas de coerción deben contar con una motivación cualificada o especial motivación. Del mismo modo, se exige que el auto a través del cual se impone la prisión preventiva no solo sea motivado, sino que se trate de una motivación especial (art. 271.3 CPP de 2004). Concretamente, prescribe que “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenté, y la invocación de las citas legales correspondientes” (Oré Guardia & Valenzuela Ylizarbe, la constitucionalización de la prisión preventiva: tribunales constitucionales contra tribunales penales, 2021)

Cabe mencionar que los intentos de reforma procesal en Sudamérica datan de mediados de los años ochenta, con la creación por parte de Alberto Binder del modelo tipo de Código Procesal penal para Latinoamérica. Nuestro país fue el primero en la región en adoptar el modelo y mediante Decreto legislativo 683 del 27 de abril de 1991 fue promulgado el Código Procesal Penal. Por cuestiones de política criminal y por al ambiente de lucha antiterrorista, este código garantista vio aplazada su entrada en vigencia, hasta ser condenado a una *vacatio legis* indefinida a excepción de algunos artículos que entraron en vigencia (Oré Guardia, Manual de Derecho Procesal Penal - Tomo I, 2011).

Volviendo a la motivación, vemos que al afectar derechos fundamentales (reconocidos por la Constitución) tienen pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, el cual en sendas sentencias ha manifestado su importancia y ha declarado nulas prisiones preventivas por adolecer de esta. Por ejemplo, tenemos:

- Exp. N° 04228-2005-HC/TC, “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí mismo exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión (FJ 1)”. (Tribunal Constitucional, 2006)
- Exp. N.º 02050-2005-HC/TC, “Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el de obtener una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente planteadas por las partes en cualquier clase de procesos. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. (FJ 9 y 11)”. (Tribunal Constitucional, 2006)

Pero sobre todo tenemos la sentencia del famoso caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, donde mediante un proceso de habeas corpus, lograron la nulidad de su prisión preventiva, donde en sus considerandos 35 al 39, nos indica que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado...En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir la exigencia de la debida motivación”. Por lo que una determinación judicial que decrete una prisión preventiva debe tener una “especial motivación, que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada, y por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de los fines procesales...”, por lo que debe tener una “motivación cualificada”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v Ecuador, nos dice que “ una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal, tiene

que estar fundada en hechos específicos”, por lo que en el caso mencionado el tribunal Constitucional considera violatorio del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la libertad personal que no se hayan valorado todos los elementos de convicción presentados, no solo por el Ministerio Público, sino de parte de los imputados.

Cabe mencionar que esta Sentencia – la cual no es considerada como jurisprudencia vinculante, pero de igual manera puede orientar como doctrina a una gran cantidad de Magistrados- ha recibido muchas críticas, por ejemplo en el voto singular de la Magistrada Ledesma Narváez, que manifiesta que se ha creado un nuevo criterio, el cual es que para acreditar los fundados y graves elementos de convicción, se deben de valorar todos los elementos presentados por el Ministerio Público y los de la defensa, creando así la “motivación perfecta”, ya que antes el Tribunal Constitucional solo verificaba la existencia de motivación suficiente.

Esta sentencia también tiene a sus defensores, por ejemplo, se dice que lo que hace la sentencia es reafirmar que la prisión preventiva debe tener una especial motivación, que no solo “es legal sino proporcional y estrictamente necesaria... En definitiva, el juez debe justificar, brindar razones, por las que ha decidido declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva. Y se debe ocupar de cada uno de los presupuestos materiales y formales de la prisión preventiva: los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena, el peligro procesal, la proporcionalidad de la medida y, finalmente, el plazo de duración de esta. Naturalmente, para ello el juez no solo debe tener en consideración los argumentos expuestos por la Fiscalía, sino también por la defensa. En concreto, el juez debe justificar de manera suficiente y razonable los motivos que lo han llevado a imponer la prisión preventiva.” (Oré Guardia & Valenzuela Ylizarbe, la constitucionalización de la prisión preventiva: tribunales constitucionales contra tribunales penales, 2021)

### 1.3. Formulación del problema

Entendemos a los principios como criterios de orden jurídico público que sustentan y orientan el proceso en el marco de una política global del Estado (Oré Guardia, Manual de Derecho Procesal Penal - Tomo I, 2011).

Debemos tener en cuenta que estos derechos se encuentran en el llamado bloque de constitucionalidad, formado por nuestra Carta Magna y el Derecho Internacional en materia constitucional, pudiendo mencionar algunos recogidos en nuestra constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos, como:

- La dignidad humana,
- La igualdad,
- La presunción de inocencia,
- La defensa efectiva

Además, debemos mencionar que el art. 44 de la Constitución reconoce como deber del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general”.

Sabemos que los derechos fundamentales son muchos, por los cuales esta investigación se basará en el análisis de tres derechos fundamentales los cuales están considerados como principios procesales por nuestro ordenamiento jurídico, que son:

- Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales,
- Derecho a la presunción de inocencia, y
- Defensa penal efectiva..

Estos problemas surgen a raíz de la aplicación ritual y mecánica de las normas contenidas en el código adjetivo, las cuales están alejadas –y mucho- de bases normativas

constitucionales y convencionales, lo que genera ataques a los derechos fundamentales de las personas.

Este tipo de vulneraciones se producen sobre todo contra el derecho a la motivación de las sentencias, lo cual genera una vulneración al derecho a la defensa efectiva, la cual es vulnerada además, porque no se cuenta con un plazo razonable para la preparación de la defensa, ya que muchas veces se le concede pocas horas a la defensa para su preparación, lo que genera una vulneración a la presunción de inocencia, como hemos podido ver por ejemplo en los pedidos de prisión preventiva para la señora Keiko Fujimori; de esta manera, se vulnera también el derecho a igualdad procesal, pues en algunos casos se le brinda la posibilidad al fiscal de presentar nuevos elementos de convicción. Además, se advierte en varias ocasiones que la motivación carece de un verdadero análisis racional de los argumentos que justificarían la imposición de la medida cautelar, pues no cuentan con una debida motivación, la cual no está justificada con un juicio lógico, motivación razonada del derecho, motivación razonada de los hechos y respuesta a las pretensiones de las partes, (Franciskovic Ingunza, La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho, 2021).

También vemos de manera constante la afectación de la presunción de inocencia ya que en muchos casos se produce la inversión de la carga de prueba, donde es obligado el investigado a presentar medios de prueba para acreditar la no concurrencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, cuando la carga de la prueba según el art. IV.1 del título preliminar del Código Procesal Penal, recae sobre el Ministerio Público.

Por esto debemos preguntarnos como problema principal:

¿la prisión preventiva con una motivación insuficiente vulnera derechos fundamentales de los imputados?

Y de ser esto así:

¿la prisión preventiva vulnera el derecho a la presunción de inocencia del imputado?

¿la prisión preventiva vulnera el derecho a la defensa penal efectiva?

Al ser una medida de coerción procesal, la Corte Suprema, también ha tratado de homogenizar mediante el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, el cual establece doctrina legal de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de todas las instancias, según el art. 22 de la Ley Orgánica del poder Judicial. En esta doctrina manifiesta que “...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y, por ende, debe ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los que se impone...”, también nos dice que ha de ser “suficiente y razonada” luego de una ponderación de la información disponible.

Plantaremos alternativas para poder corregir esta mala práctica, teniendo en cuenta que existe la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura 120-2014-PCNM, quien en su artículo segundo de la practica resolutive, determina como precedente administrativo sus fundamentos 5 al 24, que será de obligatorio cumplimiento para la evaluación integral y ratificación de los Magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público, teniendo en cuenta la calidad de las decisiones (sentencias o disposiciones) emitidas, evaluando la comprensión jurídica del problema, la coherencia lógica y solidez de los argumentos plasmados, la congruencia procesal, la fundamentación jurídica y manejo de jurisprudencia, proponiendo mecanismos accesibles para fomentar la participación de los ciudadanos en la evaluación y ratificación de operadores de justicia.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. Objetivo general**

Determinar de qué manera la aplicación de la prisión preventiva con una motivación insuficiente vulnera derechos fundamentales.

### 1.4.2. Objetivos específicos

- Analizar si el mandato de una prisión preventiva mal motivada vulnera el derecho a la presunción de inocencia.
- Analizar si el mandato de una prisión preventiva mal motivada vulnera el derecho de defensa efectivo

### 1.5. Justificación

La presente investigación está encaminada en resaltar la importancia que tiene la debida motivación en las resoluciones o mandatos de prisión preventiva, ya que la ausencia de esta genera vulneraciones a derechos fundamentales; además una prisión preventiva mal concedida vulnera el derecho a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa legal efectiva, pero para esto repasemos un momento.

Ya hemos explicado en las páginas anteriores cual es el fin de la prisión preventiva, como hemos dicho es una medida de coerción procesal, por lo que su fin no es determinar la culpabilidad o no del imputado, sino la de asegurar su presencia en el proceso penal judicial.

Hay que tener en cuenta que la doctrina establece como análisis de los requisitos de aplicación de la medida cautelar el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, "el cual se encuentra detallado en la Casación 626-2013-Moquegua y desarrolla el profesor José María Asencio Mellado, detallándolos como:

- *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, “es la sospecha necesaria para fundamentar una resolución de gravedad de la Prisión preventiva, el cual tiene tres elementos: i) una imputación penal suficiente y completa, ii) una previsión favorable al fundamento de la pretensión penal y a condena futura; y iii) que los actos de investigación o prueba contengan los requisitos que el derecho a la presunción de inocencia exige para una condena” (Heydegger, 2018).

- Periculum in mora, frase en latín que significa peligro en la demora. Se refiere en el caso de la prisión preventiva, a tomar una decisión rápida para poder evitar el peligro de fuga del imputado y/o el de obstaculización procesal, específicamente a la actuación probatoria. En nuestra doctrina se reconoce que para poder aplicar esta medida se debe de comprobar como mínimo la presencia de uno de estos dos peligros.

Como se vulnera unos de los derechos más importantes del ser humano, como es el de la libertad, tenemos que tener en cuenta que esta medida de coerción se rige por principios constitucionales claros y definidos, como nos menciona el autor Cáceres Julca, teniendo como uno de los más importantes al principio de proporcionalidad, llamado también prohibición de exceso, por la que debemos de tratar al imputado respetando la presunción de inocencia o en el peor de los caso tratando mejor de que si lo consideráramos culpable. También nos menciona el principio de legalidad procesal por la que la aplicación de prisión preventiva debe de realizarse de acuerdo al procedimiento establecido por ley, con sus límites y condiciones, nunca fuera de un proceso penal, ya que como sabemos su carácter es excepcional, por lo que sus presupuestos deben de concurrir de forma copulativa, es decir uno tras de otro. El principio de razonabilidad, nos dice que la decisión debe de tomarse teniendo en cuenta “los valores socialmente imperantes”, además de existir “motivos lógicos y racionalmente demostrables, por lo que la prisión preventiva irrazonable, invierte el sentido de la presunción de inocencia, ponderando esta libertad frente a la realización de la administración de justicia. La presunción de inocencia garantiza que la prisión preventiva no sea una pena adelantada, ya que se diferencia de la pena, por los fines que persigue, no lade tener una función resocializadora, sino cumplir su función procesal. Por último y no menos importante tenemos a la motivación, que como explicaremos más adelante ha sufrido un cambio a raíz de la sentencia del caso Humala-Heredia. (Cáceres Julca, 2009).

Pero hablamos de derechos fundamentales del imputado, ¿esto siempre fue así?, lamentablemente no. En el Código de procedimientos penales de 1940, aprobado el veintitrés de noviembre de 1939, mediante Ley N° 9024, si bien no existía una institución procesal como la prisión preventiva, existía la detención preliminar, que en la versión original de su art.79, nos decía que “El juez instructor puede dictar orden de comparecencia o de detención contra el que presume culpable”. Es decir, dejaba a la libre voluntad y discrecionalidad del juez, para decidir quién enfrentaba su proceso en libertad o en prisión. Este mencionado artículo, sufrió varias modificaciones (en los años 1981 y 1983), donde “tazaban” la detención a una lista de delitos del Código Penal o de leyes especiales, es decir no existía la presunción de inocencia, solo la probable posibilidad de que una persona pueda ser culpable, para que esta pare en prisión, que como sabemos podía ser años de años, creando un círculo vicioso, ya que el Juez que investigaba y determinaba la detención, casi siempre lo encontraba culpable, ya que de no ser así, debía afrontar las consecuencias de privar de la libertad a una persona inocente. La detención estaba positivizada.

Esto cambia con el nuevo modelo, en primer lugar, se derogan los artículos referentes a la detención preliminar del Código de 1940, mediante el Decreto Legislativo N° 638, de fecha veintisiete de abril de 1991, que dispone la entrada en vigencia de los art. 135, 136, 138, 143 y 145, que regulan los mandatos de detención y comparecencia donde se esboza un tipo de prisión preventiva, llamada mandato de detención, que reemplaza al antiguo modelo inquisidor. Luego mediante Ley N° 30076 de fecha veinticinco de julio de dos mil trece, en su primera disposición complementaria final, adelanta la aplicación de los artículos 2, 160, 161, 268, 269, 270, 271 y 311 del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957, en todo el territorio peruano, dentro de los cuales se encuentran los referidos a la prisión preventiva (recordar que la aplicación del nuevo Código Procesal penal, fue de aplicación paulatina, iniciando su vigencia en el año 2006 en el Distrito Judicial de Huaura

y a la fecha de la presente norma, se encuentra en vigencia en todo el territorio nacional). Este nuevo Código, además de crear una nueva institución de coerción personal, con un fin específico (procesal), la cual no se basa específicamente en el delito cometido, sino en la preservación del proceso judicial, de que este llegue a buen puerto. Destierra la decisión de conciencia y crea un sistema metodológico, llamado test de proporcionalidad, que elimina cualquier atisbo de subjetividad y se encarga de analizar objetivamente el tema, pudiendo las partes, siguiendo este test entender y llegar al mismo resultado. Para esto como dice César Palli, “...se concibe a los derechos fundamentales y bienes constitucionales como principios ya estos como mandatos de optimización, que se define como; normas que mandan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas jurídicas”. (Palli Calla, 2020).

Este test consta de tres análisis, que a continuación detallamos:

- Idoneidad o adecuación, nos dice que la imposición de la prisión preventiva (la cual lesiona el derecho fundamental a la libertad personal) será adecuada cuando, esta sea la única manera de lograr el fin del proceso, es decir la concurrencia del imputado a las audiencias y sobre todo al juicio oral, evitando posibles peligros de fuga u obstaculización. Hay que tener en cuenta que esto también se presta para malas prácticas, como nos dice el profesor Celis Mendoza “No obstante, el fin cautelar explícito de la prisión preventiva, con frecuencia y de manera encubierta, persigue otros fines que son: i) como instrumento de tutela anticipada, ii) para inocuizar o neutralizar al preso preventivo, iii) como escenario de coacción para obtener una terminación anticipada, y iv) como vía de presión para lograr una colaboración eficaz, etc.; todo esto con la perversión del fin cautelar de la prisión preventiva y una directa afectación del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia” (Mendoza Ayma, 2019).

- Necesidad, aquí se analiza si dentro del marco legal existe una medida menos gravosa que la prisión, que pueda conseguir los objetivos procesales mencionados, por ejemplo, una comparecencia con restricciones, la caución, un arresto domiciliario, etc. Debemos tener en cuenta la característica de excepcional de esta medida cautelar.

- La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, nos dice el mismo profesor Mendoza “El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica la habilitación de la prisión preventiva solo cuando el grado de realización del fin cautelar sea por lo menos, superior o equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Por lo que, siendo así, este subprincipio evalúa la magnitud del impacto que se causará al imputado con la prisión preventiva” (Mendoza Ayma, 2019).

Para esto, como hemos mencionado, debemos de cambiar paradigmas establecidos, los jueces deben -a mi modo de pensar- prestar mucho énfasis en la motivación, ya que así demuestran a las partes, que han analizado todos los elementos que vinculan al imputado con el supuesto delito, como dice Beatriz Franciskovic “El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica la habilitación de la prisión preventiva solo cuando el grado de realización del fin cautelar sea por lo menos, superior o equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Por lo que, siendo así, este subprincipio evalúa la magnitud del impacto que se causará al imputado con la prisión preventiva” (Franciskovic Ingunza, La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho, 2021), para lo cual deben prepararse y seguir un método de: “i) juicio lógico, ii) motivación razonada en derecho, iii) motivación razonada de los hechos y iv) respuesta a las pretensiones de las partes” (Franciskovic Ingunza, La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho, 2021).

Pero como a tratado la jurisprudencia el tema de la motivación en los últimos tiempos, le ha dado el lugar que se merece. Creemos que sí, el Tribunal Constitucional, máximo

intérprete de la Constitución, trabaja muy bien este tema en la sentencia del expediente N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Llamoja. Nos recuerda el Tribunal que en sentencia anterior (Exp. N° 1480-2006-AA/TC), ha precisado que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios”.

La debida motivación es una garantía del justiciable, ya que garantiza que las sentencias estén justificadas tanto en el derecho, como en los hechos y no en meros caprichos de los magistrados. Nos señala que este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- Inexistencia de motivación o motivación aparente, cuando la motivación no existe, se ampara en frases sin sentido claramente se está violando el derecho fundamental.

- Falta de motivación interna del razonamiento, esta se da en dos dimensiones, cuando no hay congruencia de la inferencia deducida, con las premisas establecidas en el proceso y no hay coherencia narrativa, el texto no puede presentar las razones que sustentan la decisión.

- Motivación insuficiente, se precisa que debe de existir un mínimo de motivación de las razones de hecho y de derecho, dice el tribunal “no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está

decidiendo”. Hay que tener en cuenta esta parte, ya que el Tribunal en reciente sentencia se aleja de este planteamiento.

- La motivación sustancialmente incongruente, se debe resolver de acuerdo a lo planteado en el proceso, sin modificar o alterar lo debatido.

- La motivación cualificada, se necesita una especial motivación cuando se rechacen demandas o cuando de la decisión tomada, se afecten derechos fundamentales.

Nos recuerda que la emisión de una sentencia que no esté debidamente motivada es arbitraria y toda sentencia arbitraria, a consideración del Tribunal es “irrazonable e inconstitucional” además de ser injusta, esto se manifiesta en el principio de interdicción de la arbitrariedad, normado en ellos art. 3 y 43 de nuestra Carta magna.

Este planteamiento cambia drásticamente, cuando el Tribunal Constitucional emite la sentencia del Exp. N° 04780-2017-PHC/TC, donde anula las resoluciones de prisión preventiva de Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia. Aquí crea dos conceptos novedosos, la firmeza sobrevenida y la que nos compete, la motivación perfecta.

Esto se aprecia de mejor manera en el voto singular emitida por la Magistrada Ledesma Narváez, donde menciona “...ha procedido a impulsar una nueva mirada sobre las reglas que se deban considerar en el dictado de la prisión preventiva, privilegiando la libertad individual, pero con un claro desmedro del orden y la seguridad pública...”. ¿Pero a que se refiere la magistrada Ledesma?

En la sentencia mencionada, que si bien es cierto, no es considerada como precedente vinculante, pero puede ser utilizada por cualquier juez penal como doctrina constitucional, los magistrados del tribunal elevan el standard de motivación, pasando del criterio de la motivación suficiente al de la motivación perfecta, lo que podría llegar a inutilizar esta institución en todo tipo de procesos, al hacerla muy engorrosa y exigente, no sopesando el

“equilibrio entre la protección de la libertad individual y la protección del orden y la seguridad pública”. Seguidamente mostramos las nuevas reglas jurisprudenciales tomadas:

- Fundamentos 63 y 64: Para acreditar la existencia de “fundados y graves elementos de convicción”, los jueces penales deben necesariamente “valorar” y “motivar” “todos y cada uno” de los elementos presentados por el Ministerio Público, así como “valorar” y “motivar” “todos y cada uno” de los elementos presentados por la defensa técnica.

Crítica de la Magistrada Ledesma: - Antes de este caso, el TC sólo controlaba la existencia de "motivación suficiente" para el dictado de la prisión preventiva. Ahora, la mayoría del TC, va a controlar la existencia de "motivación perfecta" para el dictado de la prisión preventiva. Nunca antes en la historia del TC se había exigido tal motivación perfecta.

Ahora, esto es contraproducente, particularmente creo que no, que no es precisamente una “motivación perfecta” sino más bien la reivindicación de la “motivación calificada” ya existente. Como lo vuelve a decir el maestro Oré Guardia, “A partir de estas disposiciones queda claro que todas las resoluciones –pero sobre todo las que restringen o limitan derechos fundamentales sensibles como la libertad– deben ser motivadas de manera suficiente, pues el principio de interdicción a la arbitrariedad así lo exige. En el caso de las medidas de coerción personal, la exigencia de motivación es mayor, de modo tal que tiene que ser clara y precisa, y debe ocuparse tanto de los argumentos expuestos por el órgano requirente como por la defensa del procesado” (Oré Guardia & Valenzuela Ylizarbe, la constitucionalización de la prisión preventiva: tribunales constitucionales contra tribunales penales, 2021). Por lo que para poder imponer esta medida gravosa la motivación debe de ser estricta, analizarse cada una de los elementos ofrecidos por las partes, recordando que aun al acusado lo defiende el manto de la presunción de inocencia.

## **1.6. Limitaciones**

En este trabajo no solamente pondremos como limitaciones, las fronteras del trabajo, que incluye y que no, sino también los actuales momentos en que vivimos a causa de la pandemia del SARS-CoV-2, también llamado COVID 19.

Desde el inicio esta investigación se delimitó su investigación en la búsqueda de la respuesta de si la institución de la prisión preventiva mal motivada violaba derechos fundamentales y de ser esto correcto, si violaba dos derechos fundamentales en específico, el derecho a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa efectiva.

No trataremos de analizar si esta institución es constitucional o no, si debe modificarse o abolirse, veremos que si no sigue los procedimientos y supuestos normados para su aplicación entonces está mal aplicada.

Esta investigación se hará recurriendo a doctrina referente al tema y a juicio de expertos que, según su experiencia laboral en la aplicación de la prisión preventiva, tiene una idea más cabal de todos los matices que se pueden presentar en la realidad y brindan su punto de vista imparcial, solo retratando la realidad.

## **1.7. Hipótesis**

### **1.7.1. Hipótesis general**

La prisión preventiva, mal motivada, vulnera derechos fundamentales del imputado, como el derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa efectivo.

### **1.7.2. Hipótesis específicas**

La presión mediática obliga a solicitar esta medida excepcional de manera recurrente, haciendo que la excepción se convierta ahora en regla.

El aumento punitivo de las penas, lo cual aumenta la pena abstracta, genera una casi obligación a pedir y lo más peligroso conceder la prisión preventiva.

### **1.7.3. Variables**

- Vulnera la presunción de inocencia en los casos analizados
- Plazos cortos para las audiencias de prisión preventiva, permiten ejercer un adecuado derecho a la defensa efectiva.

## CAPÍTULO II. MÉTODO

### 2.1. Tipo de investigación

Con el fin de lograr los objetivos planteados, explicamos los aspectos metodológicos, incidiendo en el tipo de estudio. Este trabajo basa su investigación sistemática en una de orientación descriptiva, donde detallaremos una realidad, con todos sus componentes y características.

Según su enfoque esta investigación es cualitativa ya que analizamos registros (jurisprudencia) de situaciones materia del estudio, observando los resultados obtenidos y comparándolos con el fin teleológico de la norma y ver si se cumple el fin de la misma, especialmente el referido a la motivación, como lo dice Roberto Hernández Sampieri “...la investigación cualitativa se enfoca a comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto”. (Hernández Sampieri, 2014).

Es empírica, ya que el análisis principal será la norma de derecho que regula la prisión preventiva, así como los autos de las mismas, y jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya que, si bien no regulan la imposición de la medida, nos muestran el criterio que se utilizó para su aplicación.

El autor mencionado *supra* nos da detalles del enfoque cualitativo, entre las que podemos mencionar:

- Admite subjetividad,
- Describir, comprender e interpretar los fenómenos, a través de las percepciones y significados producidos por las experiencias de los participantes,

- Las ciencias físicas/naturales y las sociales son diferentes. No se aplican los mismos principios,
- El investigador reconoce sus propios valores y creencias, incluso son fuentes de datos parte del estudio,
- La teoría es un marco de referencia y se construye a partir de datos empíricos obtenidos y analizados,
- El investigador más que fundamentarse en la revisión de la literatura para seleccionar y definir variables o conceptos claves del estudio, confía en el proceso mismo de investigación para identificarlos y descubrir cómo se relacionan,
- Se generan hipótesis durante el estudio o al final de este,
- En cuanto a la muestra se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente. (Hernández Sampieri, 2014).

Realizamos una búsqueda bibliográfica doctrinaria, jurisprudencial y casuística, para poder analizar en la resolución de casos emblemáticos, si la prisión preventiva viola derechos fundamentales con su aplicación.

Sampieri, nos dice que este tipo de investigación es secuencial y probatorio. Cada etapa precede a la siguiente y no podemos “brincar o eludir” pasos, aunque desde luego, podemos redefinir alguna fase. En el enfoque cualitativo los planteamientos a investigar son específicos y delimitados desde el inicio de un estudio. Además, las hipótesis se establecen previamente, esto es, antes de recolectar y analizar los datos. La recolección de los datos se fundamenta en la medición y el análisis en procedimientos estadísticos. La investigación debe ser lo más “objetiva” posible, evitando que afecten las tendencias del investigador u

otras personas. La meta principal de los estudios cualitativos es la construcción y la demostración de teorías (Hernández Sampieri, 2014).

Se incluyen en la presente investigación artículos originales publicados en la web, en páginas de estudios de abogados, en idioma español, encontradas en el año 2020. Como criterio de exclusión se determina toda información que no sea en español.

## **2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)**

Esta investigación se delimitó básicamente al Distrito Judicial de Lima Centro. La población se delimita a los operadores del Sistema de Justicia Penal, los cuales ven tanto en primera como en segunda instancia el tema en investigación. Debido a la situación actual de cuarentena, la cual restringe el acceso y comunicación con el público objetivo (target) que nos brindaría información, se ha establecido la siguiente muestra:

- Jueces pertenecientes a la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios,
- Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro,
- Abogados litigantes en el Distrito Judicial de Lima Centro,
- Autos de prisión preventiva,
- Recursos de apelación de autos de prisión preventiva,
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En el anexo 2 del presente trabajo se detallan los datos personales de las personas a las cuales se les pudo aplicar la encuesta, por las limitaciones mencionadas.

En cuanto a la doctrina y jurisprudencia se ha revisado las mas relevantes emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Poder judicial, priorizando las que generan doctrina y tratan de regular la aplicación de esta controversial medida cautelar.

### **2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos**

Las técnicas utilizadas en el presente estudio son:

- Revisión de doctrina nacional referente a la institución de la prisión preventiva y su evolución en los cuerpos legales nacionales y sus problemas de aplicación. Esta información es importante, ya que es doctrina e investigaciones realizadas por reconocidos juristas, que analizaron la doctrina y forma de aplicación internacional y hacen una comparación frente a nuestra realidad. Se utilizará la técnica de análisis de documentos.

- Revisión de autos, casaciones y resoluciones relevantes, emitidas por el órgano judicial y casos emblemáticos, los cuales nos dan un acercamiento a la raíz del problema planteado, ya que conoceremos las formas y posturas adoptadas por los jueces y colegiados de Lima Centro, que a simple vista es variado, lo que no puede generar predictibilidad en el sistema. Se empleará la técnica de análisis de casos y/o jurisprudencia.

- Elaboración de cuestionario para poder obtener información real de la manera de como realizan sus labores (específicamente en la aplicación de prisión preventiva y su falta de motivación) los operadores de justicia del Distrito Judicial de Lima Centro.

- Observación de audiencias de prisión preventiva de casos emblemáticos, que se pueden obtener del canal Justicia TV.

- Asimismo, se ha revisado doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para poder realizar una comparación y ver similitudes.

Mostramos la técnica realizada para la búsqueda de información.

### **2.4. Instrumento**

En el presente trabajo se utilizará como instrumento para la obtención de información un cuestionario elaborado por el tesista, cuyo fin es obtener información en relación a las variables utilizadas en la investigación. Cuestionario “Análisis constitucional de la prisión

preventiva: derechos fundamentales, Lima 2020” Descripción: “El cuestionario consta de cuatro preguntas abiertas, dirigido a operadores de justicia.

## 2.5. Procedimiento

El procedimiento a seguir será el utilizado en las investigaciones cualitativas, tomando como guía la metodología establecida por los autores mencionados.

- Sobre la doctrina nacional, se buscará y analizará la publicada preferentemente los magistrados y abogados nacionales, que conocen y han trabajado esta institución procesal, sus puntos de vistas.
- Se obtuvo autos de prisión preventiva, jurisprudencia y casaciones de casos emblemáticos o de repercusión nacional de los años 2018 a 2020, donde claramente se puede apreciar la vulneración de derechos fundamentales, específicamente la materia de esta tesis.
- Se ha elaborado una breve encuesta que trata de responder las preguntas planteadas en la investigación. Se pudo conseguir la participación de una Magistrado de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, de un Fiscal Adjunto Supremo, dos fiscales adjuntos y a connotados abogados, que ayudaran a poner a prueba la tesis planteada, ya que ellos, debido al trabajo que realizan, aplican diariamente la institución procesal en análisis.

Toda esta data recolectada, será trabajada en una hoja de Excel, donde se ordenará sistemáticamente (normativa, jurisprudencia, encuestas, etc), luego se realizará un análisis de toda la información, para pasar a discutir los resultados obtenidos mediante una interpretación de los mismo, los cuales serán confrontados ante el marco teórico.

## 2.6. Análisis de datos

En la presente investigación analizamos los datos de los cuales extraemos conclusiones de datos no estructurados y heterogéneos que no son expresados de forma numérica o cuantificable, sino desde un punto de vista subjetivo, de acuerdo al entendimiento del investigador, con lo cual podrá empezar a elaborar sus conclusiones ya que ha analizado diversas realidades subjetivas, como, por ejemplo los puntos de vista del Ministerio Público o la manera de motivar por parte del Poder Judicial., las preferencias, sentimientos, sensaciones y motivaciones de los clientes.

Para el caso de esta investigación utilizamos la planteada en el documento Guía de investigación en Derecho 2018, brindada en el curso de Proyecto de tesis. El cual nos describe las siguientes técnicas:

- “Técnica de análisis de casos o jurisprudencia: El estudiante de Derecho puede utilizar esta técnica en la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales o en casos relevantes que generan postura dominante o discrepante y que son de consulta obligatoria para la solidez del sustento de la contrastación de la hipótesis de investigación. Mientras más casos se puedan revisar, los resultados de la investigación podrán ser pasibles de generalización en el ámbito estudiado.
- Técnica de análisis legislativo nacional y comparado: El investigador de la carrera de Derecho debe tener en cuenta que una de las fuentes primarias de consulta son las normas nacionales e internacionales que permitan tener un amplio espectro de temas vinculados al problema de investigación. Para desarrollar esta técnica, se necesita de instrumentos detallados y comparativos que permitan distinguir la diferencia o aportes de las normas de los diversos ordenamientos jurídicos, pero también deberá tener en cuenta el perfil de significación. Esto es la verificación de

a qué sistema jurídico pertenece la legislación extranjera consultada pudiendo ser del sistema anglosajón o romano-germánico. (Altuna Urquiaga, 2018).

Utilizamos el método lógico, el cual de acuerdo al documento mencionada líneas arriba, consta de cuatro partes:

- Inducción, se pasa de lo individual a lo universal.
- Deducción, de lo general a lo particular.
- Análisis, se separa el todo en partes, para estudiar su significado y función.
- Síntesis, estudia el fenómeno reuniendo el mismo en sus partes esenciales.

## 2.7. Aspectos éticos

Los aspectos éticos asumidos en la presente investigación se basan en el Código de Ética del Investigador Científico de la UPN, aprobado bajo Resolución Rectoral 104-2016-UPN-SAC (el cual se encuentra como anexo), emitido el 31 de octubre de 2016, el cual se encuentra vigente es estos momentos y cual nos brinda el siguiente marco:

- Deberes del investigador,
  - o Debemos conducirnos con responsabilidad y justicia, cumpliendo la normatividad vigente y difundiendo los conocimientos adquiridos.
- Debemos cumplir los principios éticos, asumiendo en nuestra investigación:
  - o La Humanidad,
  - o La igualdad,
  - o La justicia,
  - o La veracidad, y
  - o De ser el caso el trabajo en equipo.

Los postulados éticos que regirán la presente investigación son:

- Somos conscientes de la importancia de la investigación y del trabajo, tiempo y costo que genera al investigador, por lo que no incurriremos en plagio, respetando los trabajos ya existentes los citaremos adecuadamente, dando el crédito que se merecen.
- Como se menciona no se incurrirá en plagio, se ha establecido que podría existir similitud con trabajos existentes, por lo que nos adecuaremos a los límites permitidos por la Universidad.
- Se mantendrá la reserva del caso, según lo estipulado por participante de la presente investigación.
- Se actuará de acuerdo al principio de autonomía, por lo que se actuará según el conocimiento de la causa.
- Se velará por el bienestar físico, mental y social de todos los involucrados.
- Todo avance será remitido al asesor de tesis, el cual revisará, evaluará y de ser el caso corregirá o aprobará su incorporación al resultado final.
- Nos acogemos a la competencia y aceptamos las medidas que pudiera emitir el Comité de Ética de la Universidad Privada del Norte.

### **CAPÍTULO III. RESULTADOS**

Los resultados obtenidos después de realizar nuestra recolección de datos, será mostrada en un cuadro de Excel, donde se ha extraído lo más importante de cada fuente primaria y ha sido ordenada sistemáticamente y se muestra en la siguiente página.

Se aplicará el juicio de expertos, el cual se basa en opiniones de personas versadas en el tema, que domina la materia de análisis y que son reconocidos por los operadores de justicia como expertos, por lo su opinión es aceptada por los demás.

A continuación, presentamos como la jurisprudencia encontrada nos ayudó a evidenciar el punto medular de nuestra investigación, además de presentar los resultados de los instrumentos aplicados.

Sistematización		Análisis - Resultados
1	Jurisprudencia <a href="https://www.youtube.com/watch?v=fyYZmQAZ7jc">https://www.youtube.com/watch?v=fyYZmQAZ7jc</a>	<p><b>Caso Pepera</b> En este auto de prisión se dictamino que la imputada no tenía arraigo laboral, pues si esta deseaba demostrar sus labores como comerciante de juguetes, ropa y accesorios en un puesto en un mercado y de venta ambulatoria de golosinas por la noche, debió haber mostrado los comprobantes de compra de compra de las mercaderías que vende; al no hacerlo, para el juez no se acreditó la habitualidad laboral. De la misma manera la investigada tampoco tiene arraigo familiar, porque si bien presentó copia de los DNI de su madre e hijo, no presentó documentos idóneos que acrediten que estos familiares dependan de la procesada como comprobantes de pago de alimentos, gastos en servicios, salud, vestimenta, entre otros. <b>Aquí vemos claramente una vulneración al derecho de defensa, al invertir la carga de la prueba.</b></p>
2	Jurisprudencia <a href="https://www.youtube.com/watch?v=LvZmQMk6gxw">https://www.youtube.com/watch?v=LvZmQMk6gxw</a>	<p><b>Profesora que atropelló a seis niños de su misma institución</b> En este caso el juez consideró que la imputada no acreditó su arraigo domiciliario, por lo que determinó la imposición de la prisión preventiva. En este caso se da, como en muchos otros, la inversión de la carga de la prueba que obliga al propio imputado tener que acreditar lo que, en atención a la presunción de inocencia, debería hacer el fiscal, ya que el abogado de la imputada, puede tener como estrategia realizar una defensa pasiva. <b>Aquí vemos claramente una vulneración al derecho de defensa, al invertir la carga de la prueba.</b></p>
3	Jurisprudencia EXP. N.O 3771-2004-HC/TC PIURA MIGUEL CORNELIO SÁNCHEZ CALDERÓN	<p><b>Presunción de inocencia determina la aplicación “necesaria” de la prisión preventiva</b> <b>“por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario</b> para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización” (fundamento 6). Prolongación: “Por la misma razón (<b>la presunción de inocencia</b>), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva” (fundamento 7). <b>Sobrecarga no es justificación:</b> “sí se presenta un desbordante flujo de recursos razonablemente imposibles de atender, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia”, (fundamentos 30-31).</p>

4	Jurisprudencia <a href="https://www.youtube.com/watch?v=mdL6vEm3YIM">https://www.youtube.com/watch?v=mdL6vEm3YIM</a>	<b>Caso Pasamayo</b> Aquí el juez acredita el arraigo domiciliario y laboral; sin embargo, a su juicio, no se habría acreditado el arraigo familiar, porque la defensa no presentó documento alguno que establezca efectivamente que el investigado tenga hijos, algo que había afirmado anteriormente. <b>Se valoró en su perjuicio lo que el investigado no pudo acreditar.</b>
5	Encuesta 1 1) Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?	No es inconstitucional, puesto que se halla implícitamente contenido en el art. 2º.24. f de la Constitución; esa inclusión implícita se encuentra en lo siguiente: - Si se hubiese querido reservar constitucionalmente la privación de la libertad a una condena firme, se hubiera utilizado una fórmula como la del art. 70º de la Constitución, sobre la propiedad: (1) Dicha norma dice: «A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio». (2) Una fórmula análoga diría: «A nadie puede privarse de su libertad, si no, exclusivamente, por causa de sentencia condenatoria firme a pena privativa de la libertad efectiva, y previo agotamiento de la pluralidad de instancias en la forma regulada por la Ley»

2) ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?

### **Presunción de inocencia**

La prisión preventiva no supone necesariamente que se vulnere la presunción de inocencia, las motivaciones para imponer la prisión preventiva van sobre dos clases de fundamentación:

(1) La jurídica. Consiste en que el juez impone la prisión preventiva sobre la base de que se han verificado los elementos necesarios para ello.

(2) La no jurídica. —Que habla de motivos que no son oficialmente atendibles, y por tanto en realidad los argumentos jurídicos que se pongan en la resolución son un mero pretexto para imponer sí o sí la prisión preventiva, cuando se impone una prisión preventiva que no debería suceder, es porque estamos ante uno de los delitos llamados inexcarcelables. La motivación espuria del juez es porque teme que habrá un cargamontón en su contra si da la comparecencia.

- Los medios publican un eventual mandato de comparecencia como si fuera un crimen nefando.
- Su jerarquía saldrá a esos mismos medios, a decir que ya se iniciaron investigaciones para averiguar por qué el juez dio esa medida.

Eso es lo que casi siempre motiva al juez a dar una prisión preventiva, y no que prejuzgue que el procesado sea culpable.

### **El derecho de defensa**

Hay dos sentidos posibles de dicha afectación:

- (1) En la imposición. —Esto es que el trámite mismo del pedido no respete el derecho de defensa.
- (2) En el aftermath. —Que mientras el procesado esté en prisión no pueda ejercer su derecho de defensa de manera adecuada.

En hipótesis, no debería haber diferencia alguna, porque la defensa en realidad es un tema técnico. Pero hay otro problema, real, no hipotético. Y es que la defensa suele ser deficiente. Ello se divide en dos causales que finalmente confluyen en una sola: mala calidad del abogado.

- (a) Abogados de la defensa pública. —Que atienden mal los casos, por una de dos razones:
- (b) Abogados profesionalmente mediocres, que justo por ello ofrecen los servicios más baratos del mercado forense, que es lo único que puede pagar un procesado pobre (que es la inmensa mayoría de los procesados).

<p>3) Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?</p>	<p>El art. 264°.7 dice que hay 48 horas, máximas, entre el requerimiento de prisión preventiva y la realización de la audiencia. Es decir, pueden ser menos de 48 horas. i) Hay situaciones en que ese lapso es el adecuado, básicamente por dos razones: el caso es simple, se dio la conjunción de estos factores: el procesado ha tenido una detención preliminar (por mandato judicial o por flagrancia, el fiscal hizo uso del plazo máximo para mantener esa detención (que consiste en varios días), en ese lapso se hicieron actos de investigación que le permitieron a la defensa. (3) En estos supuestos, alegar indefensión o sostener que no se ha tenido tiempo para preparar la defensa es un mero argumento sensiblero, sin mayor sustento, que en muchas ocasiones es aceptado porque hace impacto, sobre todo mediático.</p> <p>Pero hay otras ocasiones en que en efecto: la detención preliminar (si la hubo) no ha durado lo bastante para preparar la defensa, el caso es tan arduo que las 48 horas no bastan para armar la defensa.</p>
<p>4) De acuerdo con su experiencia, ¿considera usted que la población comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?</p>	<p>No, no la comprende. En primer lugar, no sobredimensionemos el problema:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La verdad, a la inmensa mayoría de la población la inmensa mayoría de los casos judiciales (tengan prisión preventiva o no) le tiene sin menor cuidado. Y les importa muy poco si hay o no prisión preventiva en ellos, y si la hay, si tal prisión preventiva es algo justo o no.</li> <li>- No por amor a la ciudadanía informada, sino por simple y vulgar afán de ventas, es que los medios toman algunos casos, y los ponen en vitrina. Muy pocos tienen vigencia de 2 semanas. Los más, suscitan interés de las personas de 2 a 3 días.</li> </ul> <p>La opinión pública, en las poquísimas ocasiones en que se interesa, brevemente, además, en la prisión preventiva, la ve como un adelanto de la pena. Porque —a la luz de las noticias— todo está esclarecido ya, no hay más cosa que decir, salvo que ordenar que el procesado cumpla su condena desde ya, y porque no se entiende qué función —distinta de ir haciendo efectiva la condena— pueda tener la prisión preventiva.</p>

<p>Encuestada 2</p>	<p>1) Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?</p>	<p>El encuestado considera que no, ya que esta es una medida necesaria en sociedades como las peruanas. Si bien en un plano material la prisión preventiva significa una privación de la libertad, debemos tener en cuenta que la Constitución también establece como un fin legítimo la seguridad; por ello, la prisión como medida cautelar (plano formal) también va de la mano con el objeto del proceso. Por ende, si en un Estado Constitucional se deja de lado la imposición de medidas cautelares, no se podría conseguir resultados objetivos en los procesos penales, en determinados supuestos, como son los supuestos de peligro de obstaculización o de fuga. Así pues, ese dilema del que ya hacía referencia Silva Sánchez (eficacia y garantía), debe encontrar un punto medio en un Estado Constitucional, solución por la que ya en reiteradas sentencias se ha decantado el Tribunal Constitucional.</p>
	<p>2) ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar</p>	<p><b>Presunción de inocencia</b>        Sí, desde luego, la imposición de una prisión preventiva debe cumplir con los presupuestos establecidos en el Código procesal penal, en tal sentido, como ya lo ha indicado nuestra Corte Suprema de Justicia, para su imposición debe existir sospecha grave o fuerte, prognosis de pena y peligro procesal; así, la imposición de esta medida cautelar es la más drástica del sistema jurídico, por lo que solo puede aplicarse cuando exista sospecha vehemente, pues así la presunción de inocencia se encuentra relativizada.</p> <p><b>Derecho de defensa</b>        Sobre el supuesto de derecho de defensa efectivo del imputado, un investigado en cárcel desde luego no puede realizar una defensa material adecuada. Por ejemplo, en los supuestos donde no se encuentre con una sospecha fuerte, la investigación no cuenta con una necesidad adecuada para limitar la libertad de una persona, pues existen otros medios que podrían servir en caso se tenga alguna duda sobre el comportamiento del investigado, como es la comparecencia o impedimento de salida del país.</p>

<p>algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?</p>	
<p>3) Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?</p>	<p>Conforme a lo establecido en el art. 271° CPP, dentro de las cuarenta y ocho horas de presentado el requerimiento, el juez debe realizar la audiencia, por ende, dependiendo de la convocatoria realizada por el juez, es el plazo con el cual contará la defensa para una adecuada preparación. En lo particular, dependerá del caso en concreto, para establecer el plazo adecuado con que debe contar la defensa para prepararse. Al respecto, considero que el CPP, elaborado en el 2004, no contó con que en el futuro se verían casos tan complejos como los actuales, por lo que ese plazo de cuarenta y ocho horas para que el juez convoque a audiencia, y por ende se pueda preparar la defensa, no resulta correcto, pues casos con cientos de tomos no permiten que humanamente se pueda realizar una revisión seria, por lo que para supuestos de crimen organizado y delitos complejos, deberían existir un cambio.</p>
<p>4) De acuerdo con su experiencia, ¿considera usted que la población</p>	<p>Más que finalidad, se debería utilizar función. Considero que la población desconoce, en su mayoría, la función que cumple la prisión preventiva dentro del proceso penal, pues la consideran como la imposición de una pena, ello se debe al sentido material del mismo (privación de la libertad). Sobre el particular, no existe una adecuada difusión sobre la diferencia de la prisión preventiva y la imposición de la pena privativa de la libertad.</p>

	<p>comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?</p>	
<p>Encuest 7 a 3</p>	<p>1) Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?</p>	<p>Considera que la prisión preventiva per se no es una medida inconstitucional, pues si bien es cierto consiste en una privación de la libertad sin una sentencia firme; no significa que su regulación la vuelva inconstitucional. El entrevistado sostiene la constitucionalidad o no de una medida se determina en el caso en concreto. Siendo así, tanto el derecho a la libertad como el derecho de la <b>presunción de inocencia no tienen un carácter absoluto</b>, por lo que perfectamente pueden ser delimitados en un caso específico; lo que no implica que sean sacrificados. Parte de la idea que los derechos constitucionales son limitados y delimitables siempre tomando en cuenta una teoría armonizadora de derechos fundamentales.</p> <p>En consecuencia, se debe absolver principalmente en el caso en concreto la siguiente en cuestión ¿a qué da Derecho el derecho? Entonces, existirán supuestos donde el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad y la presunción de inocencia, no abarque aquellos supuestos donde un imputado presenta sospecha grave de comisión del hecho delictivo, peligrosísimo procesal, prognosis de pena, entre otros. Ergo, en aquellos casos la medida de prisión preventiva es constitucionalmente legítima, pues el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad o de presunción de inocencia, no abarca dicho supuesto de hecho; por lo que no se puede haber afectado.</p>

<p>2) ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?</p>	<p>Efectivamente, una prisión preventiva mal aplica supone necesariamente la vulneración a derechos de presunción de inocencia, el derecho de defensa por ser una medida inconstitucional. Por ejemplo, un preso preventivo, no podría preparar adecuadamente su defensa, se encuentra en condiciones de desigualdad, no puede ofrecer adecuadamente actos de investigación.</p>
<p>3) Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente</p>	<p>Actualmente el plazo que se le otorga a los imputados para preparar su defensa frente a un requerimiento de prisión preventiva es de 48 horas. No obstante, se debe tener en cuenta que el imputado, tiene derecho a ser asesorado desde un inicio por un abogado de su libre elección, motivo por el cual, la defensa técnica tiene conocimiento de la imputación y de los actos de investigación desde el inicio de la investigación. En consecuencia, puede ir preparando su defensa desde el mismo momento en que se produce la inculpación primigenia, y a ello, se le agrega el plazo otorgar el juez para la instalación la audiencia de prisión preventiva.</p> <p>Por otra parte, en cuanto a la suficiencia del plazo dependerá si es una prisión preventiva con un investigado detenido o no. Pues, en el segundo supuesto puede ser que exista un mayor plazo hasta el momento de la instalación de la audiencia. Si es con detención, el plazo de 48 horas es razonable, pues no se puede extender más allá de dicho término, la libertad de una persona. La respuesta a la cuestión, también se debe evaluar el caso concreto; pues el juez debe tomar también un plazo razonable dentro de las 48 horas.</p>

	<p>el derecho de defensa?, ¿por qué?</p>	
	<p>4) De acuerdo con su experiencia, ¿considera usted que la población comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?</p>	<p>No la comprende. Principalmente por la confusión, que en cierta forma genera el modelo procesal penal peruano, pues la población confunde con un juicio oral, mediante audiencias demasiado extensas, que pareciera se juzgara la inocencia o culpabilidad de un procesado [el debate debería centrarse en la peligrosidad procesal]. Además, que la publicidad de la prisión preventiva, vulnera la reserva de la investigación y vulnera el principio de presunción de inocencia, pues se le expone a los inculpados como culpables cuando en realidad no tienen dicha condición. La publicidad, esencialmente, debe estar dirigida al juicio oral.</p>
<p>8 Encuest a 4</p>	<p>1) Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida</p>	<p>No sería inconstitucional, toda vez que se dispone en tanto que se cumplan determinados presupuestos: a) apariencia de comisión de delito con prognosis de pena superior a 4 años, y b) peligro procesal. Si en el caso concreto se cumplen todos los presupuestos de manera objetiva, no habría afectación a la presunción de inocencia, porque esa limitación a la libertad fundamental está permitida legalmente. Sería inconstitucional si en el caso concreto no se cumplen los presupuestos mediante la acreditación con elementos objetivos.</p>

<p>inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?</p>	
<p>2) ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?</p>	<p>Efectivamente, si no se acredita de manera objetiva el cumplimiento de los presupuestos de la prisión preventiva y, si, aun así, se dicta sí se estaría afectando la presunción de inocencia.</p> <p>El derecho de defensa también se podría afectar si es que no se otorga un tiempo razonable para la elaboración de estrategia frente a la pretensión cautelar de imposición de prisión preventiva (por ejemplo, se notifica el requerimiento cautelar un viernes por la tarde y se programa la audiencia el domingo por la mañana, si tener un día laborable para buscar medios de prueba).</p>

<p>3) Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?</p>	<p>Tres (3) días de plazo, y evidentemente no es un tiempo adecuado para la preparación de la defensa si tenemos en cuenta que se trata de un caso complejo (varios investigados y delitos). De este modo, no se puede fijar un plazo único tan corto para todos los casos.</p>
<p>4) De acuerdo con su experiencia, ¿considera usted que la población comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?</p>	<p>No comprenden, debido a que se observa en redes sociales o las propias entrevistas que realizan los comunicadores, que estas personas confunden la prisión preventiva como la prisión efectiva. Es más, son los propios comunicadores que no tienen clara la diferencia y, por tanto, conllevan a la desinformación. Todo ello generaliza esa mala comprensión y entendimiento de la medida.</p>

<p>Encuest a 5</p>	<p>1) Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?</p>	<p>No cabe duda que el efecto de la prisión preventiva es igual, porque el encierro del preso preventivo se realiza en una cárcel con todas las características que corresponden al régimen penitenciario; no hay diferencia material, solo nominal.</p>
	<p>2) ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar</p>	<p>Una prisión preventiva sin un cumplimiento acabado de todos los presupuestos legales y constitucionales, choca frontalmente con la presunción de inocencia en su contenido esencial de regla de trato, pues se está encerrando a una persona sobre a quién se presume inocente y debe dársele ese tratamiento. También confronta con el derecho de defensa, porque con el encierro no es posible que el imputado pueda acopiar directamente la información de descargo para su defensa. El encarcelamiento afecta drásticamente el derecho de defensa del imputado.</p>

<p>algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?</p>	
<p>3) Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?</p>	<p>En realidad, este es un problema generalizado y que se queda en la observancia formal de 48 horas; y en caso de delitos complejos de miles de folios, ciertamente el tiempo es insuficiente, peor aun cuando se pretende incorporar en la audiencia de prisión preventiva nueva documentación.</p>
<p>4) De acuerdo con su experiencia, ¿considera usted que la población</p>	<p>La población tiene una percepción distorsionada de la prisión preventiva, de hecho, la asume ya como una pena, atizada por los medios de comunicación; los propios operadores jurídicos, sin mayor comprensión de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, lo ven como una pena anticipada.</p>

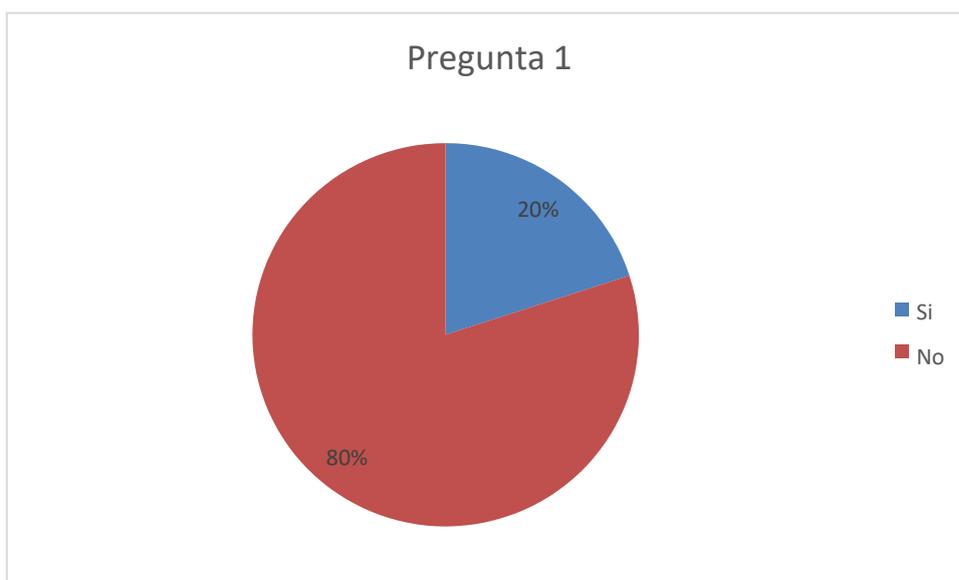
comprende  
realmente la  
verdadera  
finalidad de la  
prisión  
preventiva? ¿Por  
qué?

Los resultados obtenidos son interpretados estadísticamente, utilizando el software Excel de Microsoft, de la siguiente manera:

### 3. Preguntas

#### 3.1. PREGUNTA 1

Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?

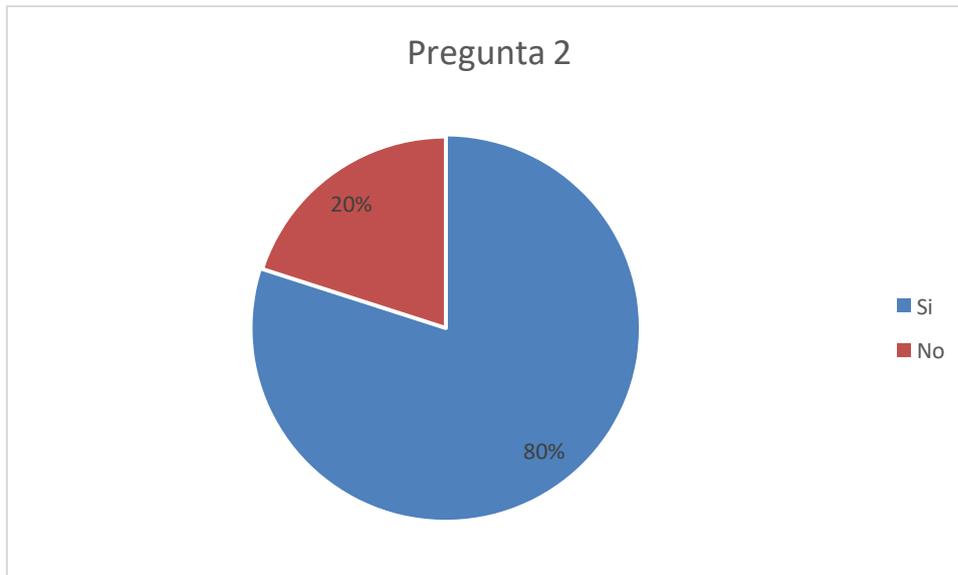


Elaboración propia

La respuesta final es que no es una medida inconstitucional, ya que esta se encuentra amparada en el sistema normativo peruano. Hay que tener en cuenta que los que piensan que si vulnera derechos constitucionales son jueces que, con vocación garantista, propugnan a la prisión preventiva como una excepción a la regla.

### 3.2. PREGUNTA 2

¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?

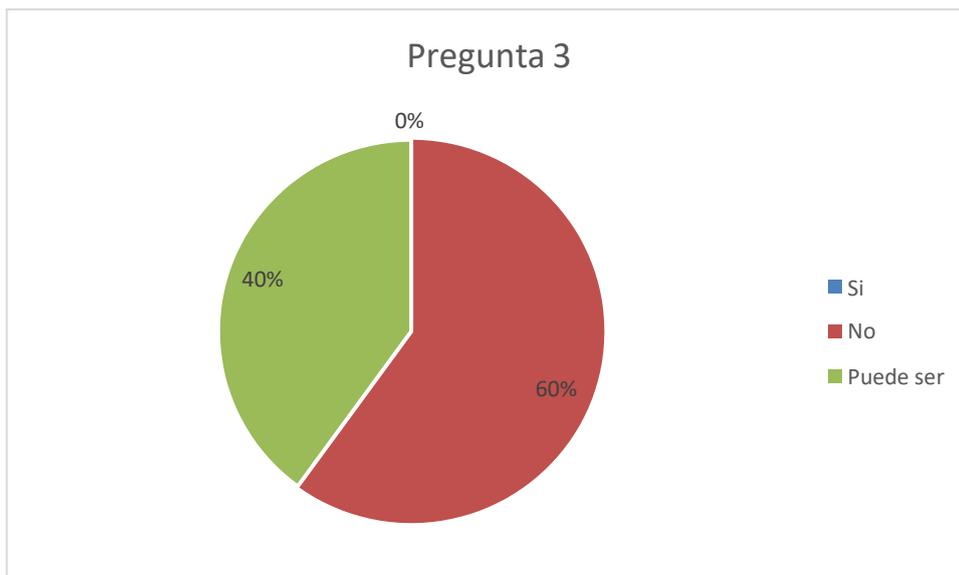


Elaboración propia

La mayoría de encuestados piensan que una prisión preventiva mal aplicada, vulnera los dos derechos fundamentales, materia de esta investigación.

### 3.3. PREGUNTA 3

Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?

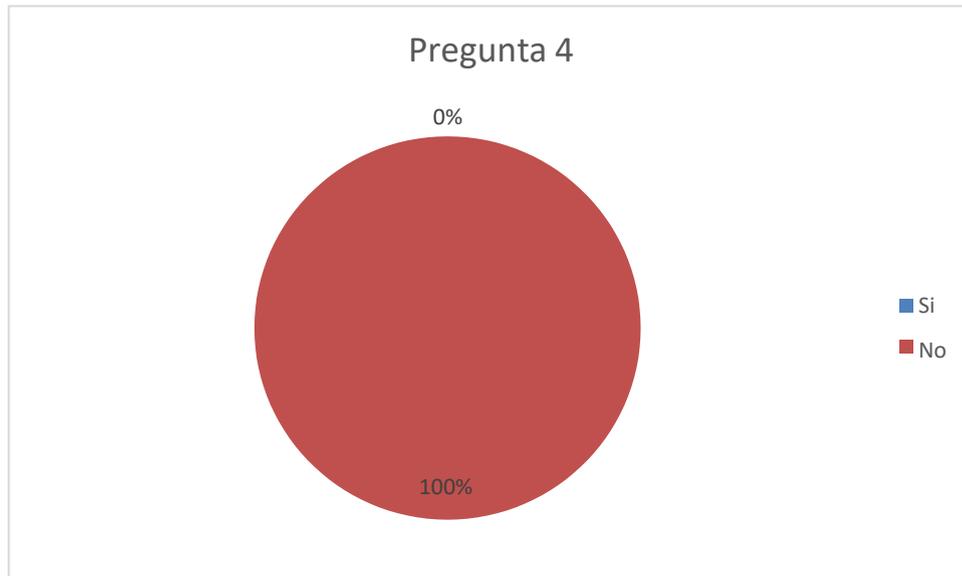


Elaboración propia

En esta pregunta, la gran mayoría está de acuerdo que el plazo establecido para la interposición de la prisión preventiva (cuarenta y ocho horas), mediante una audiencia es muy corto, ya que no es suficiente para poder proveerse de los elementos de convicción, que puedan desmoronar la tesis de la fiscalía, para proceder con la prisión preventiva. Hay que tener en claro esto, ya que en estricto si deseamos, podemos optar por una defensa pasiva y esperar que la fiscalía pruebe lo que afirma. Lamentablemente en los hechos esto no es así, ya que indebidamente los jueces, invierten la carga de la prueba en esta audiencia, esperando que el imputado, que debe de ser tratado como inocente, pruebe que lo que dice la fiscalía no es cierto.

### 3.4. PREGUNTA 4

De acuerdo a su experiencia, ¿considera usted que la población comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?



Elaboración propia

En esta respuesta si hay unanimidad, al referir que la población desconoce (y no debería saberlo), cual es la finalidad de la prisión preventiva. Esta tiene una finalidad procesal, de asegurar la presencia del acusado al juicio y no, como muchos creen, un adelanto de la condena, si no le dan la prisión preventiva el acusado es inocente. Esto es importante ya que refuerza nuestra hipótesis, de que esta institución se da más por presión mediática, que por que alguien de verdad la merezca.

## CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

### 4.1 Limitaciones

Las limitaciones que puedo mencionar en el presente trabajo -a mi consideración- se deben a:

- La poca experiencia en trabajos de investigación realizados, esto debido a la modalidad de estudio escogida (working adult), la cual, debido a su celeridad, prioriza el complemento de la currícula por parte del alumno, lo que deja poco tiempo para investigar.
- Esta falta de experiencia en la realización de investigaciones y la producción de trabajos académicos de tan gran tamaño individualmente, el alcance y la profundidad de las discusiones en su trabajo hacen que se aprecien más errores en comparación con los trabajos de los académicos experimentados.
- La situación de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio, que ha obligado a la gran mayoría a permanecer en sus domicilios, privándonos de asistir a nuestros centros de labores, complicando la búsqueda y recolección de información.
- Esta emergencia generó problemas de salud del entorno del investigador, que influenciaron de manera económica y de tiempo en el desarrollo del presente trabajo.
- Esto sumo a que una de las técnicas de recolección de datos (cuestionario) no haya sido de la forma y cantidad adecuada, que pueda ayudar a dar una fiabilidad mayor a los resultados obtenidos, sin embargo, de las pocas que se realizaron se obtuvieron datos que validaban la investigación.

- Por lo mismo el tamaño de la muestra no fue el adecuado, limitando la obtención de documentación (jurisprudencia, precedentes, acuerdos plenarios y sentencias), a la que se podía encontrar en internet o a la mano en bibliotecas personales o de conocidos.
- Se debe continuar con el levantamiento de información de los operadores de justicia, para poder obtener una muestra más grande, que valide el resultado obtenido.
- No se pudo hacer una revisión de los expedientes sometidos a esta institución, ya que se obtendría información valiosa de lo realmente postulado y debatido, teniendo en cuenta que lo transmitido por televisión, es un amuestra minúscula.

#### **4.2 Discusión**

Confrontamos nuestra hipótesis general contra los resultados obtenidos en la recolección de información.

Recordemos que nuestra hipótesis principal planteada es que la prisión preventiva, mal motivada vulnera derechos fundamentales, y de ser así vulnera el derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa efectivo. Además, tenemos como hipótesis específicas, la presión mediática obliga a solicitar esta medida excepcional de manera recurrente, haciendo que la excepción se convierta ahora en regla y el aumento punitivo de las penas, lo cual aumenta la pena abstracta y obliga a pedir prisión preventiva.

Ahora de la información recolectada y revisada comprobamos que nuestras hipótesis son correctas, ya que debido a la gran difusión de diversos casos en los medios de comunicación tradicionales y virtuales (entiéndase redes sociales), la población está más susceptible a los casos de impunidad.

Esto es malentendido por nuestras autoridades aumentando el plazo de las condenas, logrando un sobredimensionamiento punitivo, que perjudica al final a la sociedad. También

por esta presión mediática y social, la fiscalía quiere estar en sintonía con esta corriente y trata de hacer sentir el poder estatal desde un inicio y por eso trata de aplicar en todo caso la institución de la prisión preventiva, cuando está en realidad debe de ser la excepción y no la regla.

Esto se refuerza, ya que investigaciones anteriores y revisadas como la de Gonzalo del Río Labarthe (Del Río Labarthe, 2016), Arsenio Oré Guardia (Oré Guardia, Manual de Derecho procesal Penal - Tomo II, 2014) también coincide en que no necesariamente se están aplicando de manera oportuna y sobre todo correcta esta institución. Esto se manifiesta en lo dicho por Oré Guardia, que en las audiencias de prisión preventiva se invierte la carga de la prueba, siendo esto la materialización de la violación al derecho de defensa efectivo.

También lo manifiesta Miranda Aburto (Miranda Aburto, 2014), que hoy en día al haber tantos cambios en la normativa de la prisión preventiva, esta actúa al fin y al cabo como una pena anticipada.

No solamente se debe aplicar prisión preventiva por el delito cometido o la presión mediática, sino como dice Amoretti Pachas (Amoretti Pachas, 2008), esta medida debe de ser suficiente, indicando cuales son las condiciones para aplicarlas y razonada, sobre todo se debe especificar cuáles serían los indicios razonables con los cuales eludiría a la justicia y obstaculizaría la averiguación de la verdad.

Y como dice Cáceres Julca, en la doctrina española la prisión preventiva era una medida de aseguramiento del culpable, concepción que poco a poco ha sido dejada de lado (Cáceres Julca, 2009).

Los defensores de la prisión preventiva, en especial los fiscales, los cuales, por su mandato constitucional de perseguir el delito, están a favor de esta, indicando que la prisión preventiva cumple otras funciones. Tomas Aladino Gálvez nos dice que las medidas coercitivas pueden cumplir otras funciones, como por ejemplo evitar la reincidencia delictiva

y la protección de determinados bienes jurídicos, (Gálvez Villegas, 2017). Pero San Martín Castro difiere de esto, ya que nos indica que la norma restringe su ámbito de aplicación a su fin establecido, el de asegurar la presencia del imputado al proceso, (San Martín Castro, 2015).

Esto genera implicancias que exceden el ámbito penal, por ejemplo, tenemos:

- Implicancias familiares, ya que la ausencia de un familiar (generalmente los padres) resquebraja la unión familiar, genera conflictos de pareja y desgasta relaciones paterno-filiares.
- Implicancias económicas, la ausencia de un miembro familiar decrece el ingreso del hogar, generando escasez y problemas de varios indoles (vivienda, educación, salud, recreación, etc)
- Implicancias sociales, el detenido preventivamente es estigmatizado por la sociedad, la cual lo ve como culpable, sin detenerse a conocer el fin ulterior de esa decisión. También los miembros de familia del detenido, son juzgados recibiendo burlas y maltratos.

También podemos comparar los resultados obtenidos con las investigaciones realizadas con anterioridad a nuestro trabajo y las cuales hemos mencionado en nuestra parte introductoria, por ejemplo en la investigación realizada por Alfaro “la prisión preventiva y su afectación a la presunción de inocencia” y la Velarde “Prisión preventiva y la vulneración del principio de presunción de inocencia en el Ministerio Público de Lima sur 2018”, vemos que hay concordancia en el resultado, ya que hemos podido ver como una prisión preventiva mal aplicada (fundamentada, motivada) vulnera el principio de presunción de inocencia, en específico cuando se realiza la inversión de la carga de la prueba, por ejemplo la inversión de la carga de la prueba, ya que es el Fiscal el que debe acreditar la existencia de los

presupuestos materiales de la misma, por lo que la defensa no está obligado a acreditar la inexistencia de estos presupuestos. El imputado puede optar por dos tipos de defensa la pasiva, guardar silencio y esperar que el fiscal pueda probar todo lo que afirma y una defensa activa, asumiendo una tesis alternativa por lo que debe asumir la carga de algunas afirmaciones, pero vemos caso como el de accidente de Pasamayo, donde se dictó prisión preventiva por no contar con arraigo domiciliario y laboral porque la defensa no presento documento alguno que demuestre que el investigado tenía un hijo, es decir se valoró lo que el investigado no pudo acreditar. Además recordemos que una de las conclusiones principales del estudio mencionado en el marco teórico es que las “sustentaciones de los autos de prisión preventiva que los administradores de justicia presentan, tienen características de irracionalidad, sin la adecuada motivación, y la justificación proporcional que justifique el caso, cuando otorgan la prisión preventiva”.

Esto también involucra al derecho a la defensa efectiva tenemos el aumento del poder punitivo del estado, como por ejemplo la incorporación de la declaración del colaborador eficaz mediante prueba trasladada. Esto es muy importante ya que las características de la prueba trasladada es que se da cuando no se pueda obtener nuevamente el órgano de prueba y que esa prueba haya sido encontrada en la investigación preparatoria, haya sido controlada en la etapa intermedia y contradicha en el juicio oral. De acuerdo al DS N° 007-2017-JUS, la utilización de la colaboración eficaz, no cumplen con estos requisitos, ya que esta no ha sido contradicha en un juicio oral, por lo que el imputado queda en indefensión al no poder contradecir lo dicho por el colaborador eficaz, el cual tiene un gran interés en el caso, ya que se está jugando su exclusión del proceso, acusando a otra persona.

### **4.3 Conclusiones y recomendaciones**

De lo analizado podemos colegir lo siguiente:

- Todo derecho garantizado en la constitución es inalienable al ciudadano peruano, el cual -de ser el caso- exigir el cumplimiento de este.
- Pero como ha explicado nuestro Tribunal Constitucional en su resolución N.º 09426-2005-HC/TC, “...Ningún derecho fundamental puede ser ilimitado en su ejercicio, siendo los límites que puede imponérsele tanto intrínsecos como extrínsecos...”, por lo que estos tienen excepciones.
- Una excepción a este es la prisión preventiva, el cual vulnera el derecho a la libertad establecido en el art. 24 de la constitución, siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas en el Código Procesal Penal, art. 268, de la Resolución Administrativa 325-2011-P-PJ y de la doctrina vinculante determinada en el Acuerdo Plenario – 01-2019/CIJ 116.
- El problema central a mi modo de ver es la aplicación de esta institución por parte de la Fiscalía y el Poder Judicial, no atendiendo a lo establecido por las normas y aplicando un criterio independista, que lo que hace es no generar predictibilidad jurídica.
- Del objetivo principal que plantea que la prisión preventiva mal aplicada vulnera derechos fundamentales hemos obtenido el consenso de todos los encuestados que, si bien es cierto la prisión preventiva perse, al estar respaldada por una norma de rango de ley, no viola ningún derecho fundamental. Pero en el contexto de una presión mediática, hace que esta norma, con un verdadero respaldo legal, sea aplicada de cualquier forma, forzando sus requisitos, para que encuadre en el caso específico, es allí, que si viola derechos fundamentales.
- Sobre los otros objetivos secundarios, si vulnera específicamente el derecho a la presunción a la inocencia y a la defensa efectiva, los resultados obtenidos

(teniendo en cuenta, las limitaciones mencionadas) han sido positivos y nos han ayudado a confirmar que sí, desde el punto de vista de los operadores de justicia y de las resoluciones judiciales analizadas.

Creemos que esta investigación ha logrado el objetivo planteado al inicio de la misma, entender la institución de la prisión preventiva, conociendo exactamente cuál es su finalidad. De otro modo, al recolectar información comprobamos que esta medida cautelar personal, mal aplicada, si vulnera derechos fundamentales, sobre todo, los que son objeto de esta investigación, También responde a la hipótesis planteada, ya que hemos demostrado que la prisión preventiva mal motivada, vulnera derechos fundamentales, que exceden el objeto de la presente investigación, pero refirma lo cuestionado al inicio, nos deja sin igualdad de armas, se vulnera nuestra presunción de inocencia y nuestro derecho a la defensa efectiva.

Sobre las recomendaciones que planteamos, debemos tomar en cuenta las realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018) y las que humildemente aportamos y planteamos, para poder corregir los problemas encontrados:

- Reducción de los plazos de la prisión preventiva o fijar plazo para acusación pase a juicio, de lo contrario la medida será rechazada por otra de menor gravedad.
- Establecer un candado a su aplicación, exigiendo que el Juez sustente y demuestre que la aplicación de la medida era la única manera de asegurar el fin del proceso, en el caso concreto.
- Fomentar procesos alternativos al común, por ejemplo, el proceso inmediato, lo cual evitaría esta medida y se pasaría directamente al juicio.
- Fomentar medidas alternativas, como la vigilancia electrónica.

- Se recomienda a los jueces no apartarse de la jurisprudencia establecida por los órganos jurisdiccionales en todos los ámbitos e instancias (acuerdos plenarios, tanto regionales o nacionales, precedentes vinculantes, casaciones y sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.)
- Establecer sanciones a los jueces que incumplan con la misma, especialmente en el aspecto de la motivación cualificada, para las sentencias que restringen derechos fundamentales, especialmente el de la libertad ambulatoria.
- Establecer mecanismos de control (OCMA), para poder revisar los autos emitidos y verificar el cumplimiento de los supuestos.
- Capacitación a la defensa pública en los temas materia de análisis, para que puedan dar respuesta rápida al momento de ser requeridos y no dejar en indefensión al imputado.
- Establecer algún tipo de reparación civil, de carácter sumario o célere por daño al proyecto de vida, (una especie de reparación por daño punitivo).
- Establecer mecanismos de revisión de motivación dictada por jueces y fiscales, en el procedimiento de ratificación de cargo, más aun teniendo en cuenta la Resolución del CNM 120-2014-PCNM, que establece como precedente administrativo sus fundamentos 5 al 24, que será de obligatorio cumplimiento para la evaluación integral y ratificación de los Magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público, teniendo en cuenta la calidad de las decisiones (sentencias o disposiciones) emitidas, evaluando la comprensión jurídica del problema, la coherencia lógica y solidez de los argumentos plasmados, la congruencia procesal, la fundamentación jurídica y manejo de jurisprudencia, proponiendo

mecanismos accesibles para fomentar la participación de los ciudadanos en la evaluación y ratificación de operadores de justicia.

## REFERENCIAS

- Altuna Urquiaga, M. (2018). *Guía de investigación científica*. Lima: Universidad Privada del Norte.
- Amoretti Pachas, M. (2008). *Prisión preventiva*. Lima: Magna Ediciones.
- Cáceres Julca, R. E. (2009). *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal penal*. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.
- Castillo Ledesma, E. R. (2017). *El peligro de fuga y la prisión preventiva en los juzgados penales de Lima - Tesis*. Lima: UCV.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las*. Washington D. C.: OEA.
- Del Río Labarthe, G. (2016). *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Lima: Instituto Pacífico SAC.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Franciskovic Ingunza, B. A. (05 de Mayo de 2021). La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho. Lima, Lima, Perú.
- Franciskovic Ingunza, B. A. (s.f.). *usmp.edu.pe*. Obtenido de [https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA\\_SENTENCIA\\_ARBITRARIA\\_POR\\_FALTA\\_DE\\_MOTIVACION\\_EN\\_LOS\\_HECHOS\\_Y\\_EL\\_DERECHO.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf)
- Gálvez Villegas, T. A. (2017). *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*. Lima: Ideas.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill/interamericana editores SA de CV.

- Heydegger, F. (2018). *Comentarios a la prisión preventiva en casos emblemáticos*. Lima: Instituto Pacífico.
- Mendoza Ayma, F. C. (09 de 05 de 2019). *La ley*. Obtenido de <https://laley.pe/art/7827/la-proporcionalidad-de-la-prision-preventiva>
- Miranda Aburto, E. J. (2014). *Prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Oré Guardia, A. (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal - Tomo I*. Lima: Editorial Reforma.
- Oré Guardia, A. (2014). *Manual de Derecho procesal Penal - Tomo II*. Lima: Editorial Reforma SAC.
- Oré Guardia, A., & Valenzuela Ylizarbe, F. (2021). *la constitucionalización de la prisión preventiva: tribunales constitucionales contra tribunales penales*. (G. Camarena Aliaga, Ed.) Lima: Ideas Solución Editorial SAC.
- Palli Calla, C. F. (Marzo de 2020). *revistas.amag.edu.pe*. Obtenido de <http://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/31/27>:  
<http://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/31/27>
- San Martín Castro, C. E. (2015). *Derecho procesal penal, lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Tribunal Constitucional. (26 de 10 de 2006). *tc.go.pe*. Obtenido de [tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04228-2005-HC.pdf):  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04228-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (16 de 10 de 2006). *tc.gob.pe*. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02050-2005-HC.pdf>
- usmp.edu.pe*. (s.f.). Obtenido de [https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA\\_SENTENCIA\\_AR](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_AR)

BITRARIA\_POR\_FALTA\_DE\_MOTIVACION\_EN\_LOS\_HECHOS\_Y\_EL\_DE  
RECHO.pdf

## ANEXOS

### FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO

Cuestionario “Análisis constitucional de la prisión preventiva: derechos fundamentales,  
Lima 2020”

#### I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:

DNI

Edad

Puesto laboral

#### II. SOBRE LA INVESTIGACIÓN

1. Teniendo en cuenta la posición sentada por el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, ¿considera usted que la institución de la prisión preventiva supone per se una medida inconstitucional, toda vez que materialmente tiene el mismo efecto que la pena privativa de libertad?

2. ¿Considera usted que una prisión preventiva mal aplicada supone necesariamente la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa efectiva del imputado? ¿Podría indicar algunos casos ejemplificativos en que se vulnera dichos derechos?

3. Actualmente, ¿cuál es el plazo aproximado que se otorga a los investigados para preparar su defensa de cara a la audiencia de prisión preventiva? ¿Dicho plazo permite ejercer verdaderamente el derecho de defensa?, ¿por qué?

4. De acuerdo a su experiencia, ¿considera usted que la población comprende realmente la verdadera finalidad de la prisión preventiva? ¿Por qué?

Autor: José Alfonso Saldarriaga Massa

Año de la Publicación: 2020

Ciudad: Lima

Aplicación: individual

Descripción: “El cuestionario consta de cuatro preguntas abiertas, dirigido a operadores de justicia.

## Anexo 2

Datos personales de encuestados.

+ Apellidos y nombres: CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario

+ DNI: 07288501

+ Edad: 55 años

+ Puesto laboral: Fiscal Adjunto Supremo

+ Apellidos y nombres: Francisco Celis Mendoza Ayma

+ DNI 29575708

+ Edad 58

+ Puesto laboral Juez Penal

+ Apellidos y nombres: Camarena Aliaga, Gerson Wilfredo

+ DNI: 44775852

+ Edad: 32 años

+ Puesto laboral: abogado

+ Apellidos y nombres: Quispe Suárez José Ronald

+ DNI; 45136356

+ Edad: 31

+ Puesto laboral: Fiscal Adjunto Provincial

+ Apellidos y nombres: Raúl Ernesto Martínez Huamán

+ DNI 41929473

+ Edad 36

+ Puesto laboral Fiscal Adjunto Provincial

+ Apellidos y nombres: Julio César Espinoza Goyena

+ DNI 08890913

+ Edad 46

+ Puesto laboral Abogado defensor

+ Apellidos y nombres: José Luis Rivera Villanueva

+ DNI 45515608

+ Edad 33

+ Puesto laboral Abogado defensor

+ Apellidos y nombres: Rosa Mercedes Narváez Espino

+ DNI 10427459

+ Edad 44

+ Puesto laboral Abogada defensor

### Anexo 3



#### RESOLUCIÓN RECTORAL N° 104-2016-UPN-SAC

Lima, 31 de octubre de 2016

##### VISTO:

El documento **CÓDIGO DE ÉTICA DEL INVESTIGADOR CIENTÍFICO UPN**, tercera versión actualizada a octubre de 2016, presentada a este despacho por el Vicerectorado de Investigación y Desarrollo.

##### CONSIDERANDO:

El Plan General del Trabajo, aprobado con Resolución Rectoral N° 01-2013-UPN-SAC, el proyecto Sistema de Gestión de la Investigación, Extensión Universitaria y Proyección Social Vinculado al Proceso de Enseñanza- Aprendizaje 2014-2019, aprobado con Resolución Rectoral N° 36-2014-UPN.

Que, como parte de la consolidación de las actividades de investigación, es necesario tener un marco que regule los límites de la investigación que se desarrolle en la UPN, respetando la integridad de los participantes en las investigaciones, así como los derechos de confidencialidad y propiedad intelectual.

Que, mediante Resolución Rectoral N° 050-2016-UPN-SAC se aprobó la segunda versión del “Código de Ética del Investigador Científico UPN”.

Que, la Universidad Privada del Norte se encuentra en un proceso de mejora continua y adecuación a las disposiciones normativas existentes en el país.

Estando en lo expuesto y en uso a las atribuciones conferidas al Señor Rector:

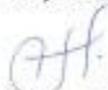
##### SE RESUELVE:

1°.- **DAR** por concluida la vigencia “Código de ética del investigador Científico UPN” aprobado con la Resolución Rectoral N° 050-2016-UPN-SAC en su segunda versión.

2°.- **APROBAR** la tercera versión del Código del Investigador Científico UPN actualizada a octubre de 2016, que se encuentra como anexo a la presente resolución.



Regístrese y comuníquese:



Andrés Velarde Talleri  
Rector

Distribución: Comité Académico UPN, Vicerectorado de Investigación, Archivo.

Au. Alfredo Mercedes 902 U.P. L2A (5100)  
T. +51 (0) 6143311  
www.upn.edu.pe