UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

FACULTAD DE DERECHO y CIENCIAS POLITICAS.

TESIS

"El Excesivo Plazo de Prisión Preventiva establecido para los Delitos de Criminalidad Organizada y su Afectación al Principio de Presunción de Inocencia"

Asesor:

Dr. Hernández Rengifo Freddy

Autor:

Bach. Leonardo Carrillo Eder

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Lambayeque – 2021

Tesis denominada: “El excesivo Plazo de Prisión Preventiva establecido para los Delitos de Criminalidad Organizada y su afectación al Principio de Presunción de Inocencia” presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por:

……. ……

Bach: Eder Leonardo Carrillo **Dr. Freddy Hernández Rengifo**

Autor **Asesor**

https//orcid.org/0000-0003-1575-8941

APROBADO POR:

.....

Abg. Carlos Manuel Martínez Oblitas

Presidente

..... ……

Mag.Carlos Cevallos De Barrenechea **Mag. Francisco S. Delgado Paredes**

Secretario **Vocal**

DEDICATORIA

En primer lugar, agradezco a Dios, por darme la vida y buena salud, a mis padres Angelita y Segundo por haberme inculcado buenos valores y por su apoyo incondicional, quienes me formaron con reglas, valores y principios que sirvieron de motivación constante para alcanzar mis anhelos.

PRESENTACIÓN

Me es grato presentar el informe Final de Tesis titulada **“**“El excesivo Plazo de Prisión Preventiva establecido para los Delitos de Criminalidad Organizada y su afectación al principio de Presunción de Inocencia**”**, elaborada por el bachiller Eder Leonardo Carrillo dirigido a optar el título académico de Abogado, a ser otorgado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque; investigación a través de la cual postula una posible solución a un tema que actualmente viene siendo recurrente como lo es, la afectación a la libertad por la imposición de un plazo excesivo para el caso de las prisiones preventivas dictadas en los delitos de criminalidad organizada con el consiguiente perjuicio al principio de presunción de inocencia.

Para el asesor resulta satisfactorio presentar culminada la presente investigación en la que el autor postula como medida alternativa de solución a la indebida aplicación de prisión y por ende un plazo excesivo en los delitos de criminalidad organizada otra menos gravosa para la libertad como lo es el control electrónico de vigilancia, cuyos resultados se trasladan a escrutinio y consideración de la comunidad jurídica, local y Nacional, para las críticas, aportes y complementos correspondientes.

INDICE

PRESENTACIÓN…… Iii
DEDICATORIA…… Iv
INDICE…….. V
INDICE DE TABLAS…… Viii
INDICE DE FIGURAS…….. Ix
RESUMEN……. X
ABSTRACT…… Xi
INTRODUCCIÓN…….. 12
CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO……. 14
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN……. 14
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA……. 17
2.1. Formulación del Problema…… 22
2.2. Justificación del Problema…… 22
3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA…… 23
3.1. Objetivos…… 23
4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS…… 23
4.1. Variables…… 23
5. MARCO METODOLÓGICO…… 24
5.1. Delimitación de la Investigación…… 24
5.2. Métodos y Técnicas…… 26
5.3. Técnicas de recopilación de datos…… 27
5.4. Población de Estudio – Recopilación…… 27
5.5. Estudio de casos……. 28
CAPITULO II MARCO TEÓRICO…….. 29
1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN…….. 29
2 BASES TEÓRICAS……. 31
2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA……. 31
2.1.1 LA PRISION PREVENTIVA…….. 31
2.1.1.1. Definición…….. 31
2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA……. 38

2.1.2 Contenido del derecho a la presunción de inocencia……. 40
2.1.3 Efectos procesales de la presunción de inocencia……. 41
2.1.4 La carga de la prueba acusatoria…… 43
2.1.5 La ruptura de la presunción tras la declaración de responsabilidad. 45
3 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL – PRINCIPAL FUNCIÓN……. 46
3.1. Las medidas cautelares en el proceso penal……. 48
3.1.1 Clases…….. 49
3.1.2 Medidas cautelares personales…….. 49
3.1.3 Medidas cautelares y derecho a la libertad……. 50
3.1.4 Reconocimiento internacional de la libertad personal…… 50
3.1.5 La restricción de la libertad del imputado…….. 51
3.1.6 Principio de proporcionalidad…….. 52
3.1.7 Marco normativo de la prisión preventiva en el código procesal penal……. 53
3.2. Las garantías procesales…….. 59
3.2.1. El Debido Proceso…….. 59
4 EL PLAZO DE LA PRISIÓN EN EL DELITO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU EQUIVALENCIA CON LA BARRERA PUNITIVA. 62
4.1. Barrera Punitiva……. 62
5 MEDIDAS DE COERCION PROCESAL MENOS GRAVOSAS A LA LIBERTAD PERSONAL…….. 63
5.1. Medidas de coerción procesal…… 63
5.2. Modelos de coerción procesal penal……. 64
5.2.1. Modelo Garantista…… 64
5.2.2. Modelo Eficientista…… 66
5.2.3. Modelo preventivista radical…… 67
6. LOS GRILLETES ELECTRONICOS……. 70
CAPITULO III: MARCO EMPÍRICO…….. 77
1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS……. 77
2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS ESTADISTICOS y DE RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES…… 84
2.1. Resultados estadísticos……. 84

2.2. Análisis de resoluciones judiciales relevantes referidas a la prisión preventiva y el plazo por delito de criminalidad organizada…… 86
3. DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS…….. 93
CONCLUSIONES…….. 98
RECOMENDACIONES……. 100
Proyecto de Ley……. 101
BIBLIOGRAFÍA…….. 103
ANEXOS……. 108

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Percepción de la prisión preventiva……. 76
Tabla 2: Prisión preventiva y su concordancia con el principio de proporcionalidad…… 77
Tabla 3: Plazo de la prisión preventiva…….… 78
Tabla 4: Percepción de la presunción de inocencia……..… 79
Tabla 5: Limitación del Estado para restringir la libertad…..……. 80
Tabla 6: Percepción de la vigilancia electrónica…… 81
Tabla 7: La función del grillete electrónico en el proceso penal…..……. 82
Tabla 8: Viabilidad del grillete electrónico en el sistema procesal penal. 83

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Percepción de la prisión preventiva……. 77
Figura 2: Prisión preventiva y su concordancia con el principio de proporcionalidad…… 78
Figura 3: Plazo de la prisión preventiva……. 79
Figura 4: Percepción de la presunción de inocencia……..… 80
Figura 5: Limitación del Estado para restringir la libertad…..……. 81
Figura 6: Percepción de la vigilancia electrónica…..…… 82
Figura 7: La función del grillete electrónico en el proceso penal…..……. 83
Figura 8: Viabilidad del grillete electrónico en el sistema procesal penal. 84

RESUMEN

La presente investigación se planteó el reto de responder a la pregunta ¿El plazo de prisión preventiva establecido para el delito de criminalidad organizada de hasta 4 años vulnera el principio de presunción de inocencia?, así en la búsqueda de absolverla se ha utilizado el método de investigación descriptivo propositivo sobre la base de un diseño no experimental descriptivo simple.

La unidad de análisis aplicada a la población de estudio que estuvo conformada por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal a quienes se les ha aplicado encuestas, ha permitido concluir que en efecto, el plazo establecido para los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo sobre todo porque los órganos jurisdiccionales solo analizan los criterios punitivos para su imposición y la mínima sospecha que muchas veces en éstos casos se basan en versiones de colaboradores sin que se hayan corroborado, es decir, en una clara afectación al principio de presunción de inocencia que exige un grado de certeza compacto frente a lo gaseoso de imputaciones que muchas veces se diluyen en el *iter procesus*.

Por ende, se ha logrado establecer que el Ministerio Público utiliza la prisión solamente para ejercer una presión psicológica contra el imputado, sobre todo contra quienes no colaboran con la justicia en contraposición al principio de no autoincriminación, mientras que como ya se dijo, los órganos jurisdiccionales solo analizan los criterios punitivos y no el peligro procesal para imponer elevados plazos de prisión en los delitos de criminalidad organizada.

PALABRAS CLAVES: *Prisión preventiva, plazo excesivo, presunción de inocencia.*

ABSTRACT

The present investigation posed the challenge of answering the question: Does the term of preventive detention established for the crime of organized crime of up to 4 years violate the principle of presumption of innocence? Thus, in the search to acquit it, the method of descriptive proactive research based on a simple non-experimental descriptive design.

The unit of analysis applied to the study population that consisted of magistrates of the 17 Criminal Courts of the city of Chiclayo, 09 Specialized Prosecutors of Organized Crime, and 50 lawyers specializing in criminal law to whom surveys have been applied, has allowed to conclude that, in effect, the deadline established for organized crime crimes is excessive especially because the courts only analyze the punitive criteria for their imposition and the minimum suspicion that many times in these cases are based on versions of collaborators without having corroborated, that is to say, in a clear affectation to the principle of presumption of innocence that demands a degree of compact certainty against the gas of imputations that are often diluted in the iter procesus.

Therefore, it has been possible to establish that the Public Ministry uses prison only to exert psychological pressure against the accused, especially against those who do not collaborate with justice as opposed to the principle of non-self-discrimination, while, as already stated, the organs The courts only analyze the punitive criteria and not the procedural danger to impose high prison terms in organized crime crimes.

KEY WORDS: Preventive prison, excessive term, presumption of innocence.

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva no es un tema novedoso, constituye una manifestación del derecho penal desde data antiquísima, incluso contenida en el derecho romano, aunque con algunas diferencias, la finalidad es siempre la misma, asegurar que el investigado esté presente al momento de su condena o absolución.

En nuestro sistema procesal se ha incorporado el Decreto Legislativo Nº 1307 que establece que en los casos de criminalidad organizada debe imponerle hasta 36 meses como plazo de prisión preventiva (incluso plazo inicial) prolongable a 12 meses más, lo que se considera atentatorio al principio de presunción de inocencia puesto que se asume mantener privado de libertad al imputado cuando sobre aquel existe solo un halo de “sospecha” y no de probabilidad reforzada, por tanto su imposición por aquel plazo más pareciera ser un adelanto de pena con lo cual se desdibuja a la prisión y se convierte en una medida punitiva y no cautelar, lo cual resulta arbitrario, más aún si existen otros medios alternativos que igualmente evitan tanto la obstaculización de la actividad investigativa como el peligro latente de fuga.

Planteada la problemática, la presente investigación que responde a la pregunta ¿El plazo de prisión preventiva establecido para el delito de criminalidad organizada de hasta 4 años vulnera el principio de presunción de inocencia y por ende resulta necesario implementar otras medidas menos gravosas a la libertad hasta demostrarse la culpabilidad del imputado?, para lo cual se estructurado el informe en tres grandes capítulo, el primero desarrolla el marco metodológico en el cual se abarca todo lo relacionado con la situación problemática, los métodos utilizados, el enfoque metodológico que en este caso es de carácter cuantitativo, la población así como la muestra, habiendo planteado como respuesta al pregunta planteada o hipótesis a la siguiente: **SI,** el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia, **ENTONCES** urge la necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio, la cual, ha resultado validada, no sin antes haber desarrollado en extenso los objetivos que se plantean consistentes en:

Objetivo general, Analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia, mientras que se han planteado como objetivos específicos los siguientes: a) Describir aspectos conceptuales vinculados a la prisión preventiva, principio de presunción de inocencia, entre otros desarrollando sus antecedentes históricos, definiciones, teorías, regulación normativa, función e importancia; b) Analizar cuál es la función principal que cumple la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal; c) Determinar si existen otros medios que aseguren la presencia del imputado en juicio que sean menos gravosas a la libertad personal; y, d) Proponer la modificatoria del artículo 268 del Código Procesal Penal donde se comprenda los programas especiales de monitoreo electrónico.

El segundo capítulo desarrolla lo concerniente al marco metodológico en donde se abordan los antecedentes de la investigación habiéndose ubicado investigaciones a nivel internacional y nacional que han servido como punto de partida para el desarrollo del informe, luego se han desarrollado aspectos conceptuales tanto de la prisión preventiva, como del principio de presunción de inocencia, de las medidas cautelares en el proceso penal, asimismo se analiza el que los cuatro años que se ha fijado como plazo de prisión preventiva constituye en otros casos un baremo para la suspensión de la ejecución de la pena para condenados en otros delitos, asimismo se desarrollan aspectos conceptuales y experiencia tras la aplicación del monitoreo electrónico a través de los grilletes electrónicos.

El tercer capítulo lo conforma el Marco Empírico o trabajo de campo en donde se presenta el análisis estadístico de la aplicación de las encuestas a la población muestral, cuyos resultados han sido contrastados con dos casos relevantes ocurridos en el distrito judicial de Lambayeque – Chiclayo en el período bajo estudio, es decir entre los años 2017 a 2018, los que han permitido sustentar las conclusiones y recomendaciones arribadas.

CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Uno de los aspectos relevantes en toda investigación es lo referido a los aspectos metodológicos, debido a que se constituyen como líneas directrices que encaminan la investigación.

Con relación a las pautas metodológicas, Ramos (2007) reporta que dichos aspectos metodológicos sirven de guías para la elaboración de investigaciones, en este caso la tesis referida al excesivo plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada y su afectación al principio de presunción de inocencia.

Ramos (2007) precisa que estas pautas metodológicas son consecuencia de la inquietud de todo investigador al reportar que "…la elaboración de una tesis constituye una prueba de madurez intelectual. Quien la haya terminado podrá afrontar mejor que quien no la hizo, los retos académicos y profesionales. Los desafíos académicos saltan a la vista…la edad no puede ser nunca un pretexto para no presentar una tesis". (p.37)

Teniendo en cuenta lo referido, se asume que las pautas metodológicas se convierten a su vez en delimitatorias que sirven para afianzar los conocimientos adquiridos en determinadas ramas de la metodología de la investigación científica, para ser posteriormente aplicadas, como ocurre en el presente caso.

Caballero (1999) en su obra *Metodología de la Investigación Científica. Diseño con hipótesis explicativas,* reporta:

> Toda investigación en el campo social, en general, es un proceso destinado a obtener el conocimiento científico acerca de la estructura, las transformaciones y los cambios de la realidad social, que el hombre busca comprender, para llegar a la esencia del conocimiento. De donde queda claro que el hombre no puede conocer plenamente las cosas en

> un solo acto, sino que el conocimiento es todo un proceso que va de lo conocido a lo desconocido; significando que la esencia del conocimiento se aprehende de manera progresiva, paulatinamente; lo que equivale a decir que el conocimiento como proceso se mueve necesariamente de lo sensible a lo racional, con la finalidad de tomar contacto directa o indirectamente de la realidad que lo circunda, la cual es la base del conocimiento; es por ello que se llega a sostener que existen hasta tres objetos cognoscibles, que son la naturaleza, la sociedad y el hombre; los mismos que para ser comprendidos en sus exactas dimensiones, tienen que ser analizados fuera de todo elemento subjetivo desfigurante de la realidad objetiva, para llegar así al verdadero conocimiento científico. (p. 37)

Actualmente, las ciencias sociales y las ciencias jurídicas, están rodeadas por verdaderos bosquejos de hipótesis que surgen como respuesta a la dinámica y cambio perpetuo de sus operadores, como consecuencia de las transformaciones fenomenológicas que interactúan en la sociedad.

Esas respuestas no se dan dentro de un plano desordenado, sino que, teniendo en cuenta que tales se producen dentro de planos concatenados, los problemas y su subsecuente respuesta se desarrollan de forma ordenada conduciendo al descubrimiento y desarrollo de nuevas leyes de la naturaleza y de la sociedad formando lo que a nivel de estudio se conoce como teoría.

Así pues, la teoría se constituye como un conocimiento concreto y multidisciplinario de objetos, fenómenos y procesos de la realidad, con los que trata de demostrar de forma objetiva, ¿cuáles? son sus causas, efectos y correlaciones en la interrelación de la naturaleza con la sociedad (Caballero, 1999, p.40).

Ribender (1981) en la investigación *Sociología del derecho,* reporta lo siguiente:

> “A través de la investigación de las implicancias de la aplicación de las normas jurídicas a un determinado grupo o comunidad social (cuyo estudio corresponde a la dogmática jurídica), se puede comprobar si el

> Derecho, realmente, cumple con las tareas asignadas, respecto a la regulación y control de las relaciones interindividuales y sociales. Pues, si no se logran realizar en la vida social las expectativas de comportamientos, previstas en las normas jurídicas, entonces el derecho no habrá cumplido su misión. La consecuencia será la agudización de los rechazos y conflictos sociales, no sólo entre los destinatarios de las normas, sino también entre aquellos y el Estado, como dador de las normas". (p.22)

Ribender (1981) continúa reportando que:

> (…) a diferencia de las ciencias naturales o formales, que se caracterizan por la unidad de su objeto de estudio, el Derecho tiene un objeto múltiple y complejo de estudio, por cuanto presenta una pluralidad de dimensiones, en atención a que, en la experiencia jurídica se encuentra como objeto de estudio los siguientes: a). El conjunto de normas que deben ser acatadas con independencia de la voluntad de los ciudadanos; b). Como conducta social de los seres humanos que se manifiestan en la vida diaria, sujeta a la regulación y control de las normas jurídicas; y, c). Como manifestación de la justicia y otros valores éticos-sociales…en consecuencia, la investigación científica en el campo del Derecho debe realizarse atendiendo al logro de tres diferentes metas cognoscitivas: la sociología jurídica, la dogmática jurídica y la axiología jurídica…". (p.22)

Los lineamientos así expuestos recogidos por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Teniendo en cuenta los lineamientos y pautas metodológicas propuestas, con la presente investigación se busca establecer si el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada es excesivo y como consecuencia de ello, si afecta al principio de presunción de inocencia, debiendo verificarse que si ello es así, buscar medidas alternativas que sin ser tan gravosas para la libertad del investigado aseguren la presencia del imputado en juicio.

Lo anteriormente precisado se complementa en atención a que si se aplican otros medios alternativos a la prisión preventiva se evitará la sobrepoblación de los penales y lo más importante es que se evitara la afectación al principio de presunción de inocencia, toda vez que, un sospechoso se encuentra premunido de un grado de inocencia que solo se rompe cuando el juez de la causa declara su responsabilidad, por lo cual es incrongruente que una medida cautelar personal dure lo que la barrera punitiva establece como baremo para suspender la ejecución de la pena, esto es, hasta un máximo de 48 meses (4 años) puesto que de plano en este tipo de delitos el plazo es de 36 meses prolongables a 12 meses más.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La criminalidad actualmente viene logrando niveles no antes vistos, se conoce por ejemplo que la mayoría se ha enquistado en las instituciones públicas, donde se rigen por un principio objetivo de subordinación (entiéndase oculta e ilegal), caracterizándose porque sus integrantes se vinculen por un fin común, aunque cada uno realice una labor específica.

La situación material descrita en el párrafo antecedente determina que se concurra la divergencia de distintos operadores, entre ellos los que se encargan de proveer al grupo criminal de los medios que han de ser utilizados para delinquir, otros se encargan de proveer el dinero, otros del traslado, otros de realizar la conducta conexa al conjunto de delitos que en su conjunto constituye las operaciones de los miembros de la organización criminal, por ende, la unidad concreta de la organización criminal permite que dentro de aquella se constituyan acciones de los miembros que constituyen una pluralidad de actos que convergen dentro de la propia organización.

Se entiende entonces que ante una actividad criminal en la que se encuentra inmiscuida una organización se encuentra presente una serie de conductas en la cuales existe distribución de roles, lo cual implica que existen varias conductas que tienen que ser individualmente investigadas empero, sin perder el contexto organizacional, ello significa que el Ministerio Público tiene debe redoblar esfuerzos, lo cual, de todas maneras se enfrenta ante un primer escollo o muro a

derribar que es “el corto plazo para investigar el hecho con uno de carácter común”, puesto que se esta ante un evento mucho más grave y dificultoso para investigar.

Teniendo en cuenta lo precisado, es de tener en cuenta que cuando se producen actos de investigación contra una organización del crimen no se esta ante una que requiere un tratamiento similar a una de índole común, toda vez que por su propia naturaleza implica llevar a cabo una estrategia de investigación distinta, dejando de lado las casi obligatorias recepción de declaraciones, para dar paso a una con un enfoque más dinámico, sin embargo, lo especial de la estrategia y distinto del delito no importa que el tratamiento que se le de a la prisión preventiva se aparte de principios básicos del derecho penal, tal como ocurre con el principio de presunción de inocencia, toda vez, que el Estado, no ha visto otra mejor solución de respuesta frente a la modalidad delictiva desplegada por las organizaciones criminales el de modular el plazo de la prisión preventiva cuando de criminalidad se trata recurriendo a un extenso plazo, como ocurre al entrar en vigencia el Decreto Legislativo No 1307 mediante el cual se incorpora una figura ya conocida como “adecuación” para darle ese tamiz necesario al de 4 años que se le puede imponer a un imputado por el delito de criminalidad organizada.

El 30 de Diciembre de 2016 entra en vigencia la norma con la que se verifica que cuando se trata de prisión preventiva, la política criminal asumida por el gobierno ha cometido un yerro, puesto que el decreto legislativo Nº 1307, no hace más que comprobar que se vienen dictando normas que solo intentan cerrar vacíos que se producen de forma material y a la que la política no ha podido responder con aciertos objetivos, más que con represiones normativas que han acrecentado el dilema de solucionar un tema social a costa de sacrificar los fundamentos del derecho penal.

Tocando el tema en concreto, se tiene que lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1307 modifica lo anteriormente regulado en el artículo 274° del Código Procesal Penal, toda vez que, en dicha norma incorpora el postulado procesal ya antes mencionado, al establecer en el numeral 2 la denominada figura de “adecuación de plazos” que adiciona a las ya establecidas de forma primigenia de plazo de prisión preventiva común y de prolongación de prisión, que si bien

corren en una misma dirección, su aplicación externa conserva marcadas diferencias, con lo cual se puede asentir que su objeto es distinto en cada caso.

En buena cuenta la adecuación supone la aplicación de hasta cuatro años en las que el imputado se encuentra privado de su libertad sin que medie una sentencia, modificaciones que agravan la vulnerabilidad de la que se encuentra sujeta la presunción de inocencia.

Como antecedente del plazo de 4 años incorporado por el Decreto Legislativo 1307, se tiene que ya antes, el plazo era de 36 meses (como plazo máximo) ahora tal gravedad de la afectación al derecho penal y sus fundamentos básicos se agudiza debido a que no es propio de los intereses penales el que se admita que una persona se halle cuatro años privado de su libertad sin que se rompa una condición humana inmanente que es la de ser inocente frente a cualquier tipo de imputaciones, circunstancia que significa una clara contravención a un principio fundamental que implica ser considerado inocente hasta que el órgano jurisdiccional determine su responsabilidad.

Lo problemático del tema no es un hecho desapercibido por los organismos internacionales, debido a que, dado lo mediático y atentatorio a los intereses del ser humano, en el mes de febrero de 2017 la oficina encargada del estudio de afectaciones a los derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH), llevó a cabo una visita al país, con el único objetivo de verificar la real dimensión del problema y de ¿cómo el plazo de la prisión preventiva afecta a los derechos humanos?.

Tras la visita realizada por el órgano internacional, se produjo una evaluación del problema, dando como resultado el subsecuente pronunciamiento que dejo claro que en efecto la norma estatuida por el Estado contemplada en el Decreto Legislativo Nº 1307 era atentatorio a los derechos humanos, dejando en claro que los Estados y específicamente El Perú debe de propender a buscar otras alternativas que reduzcan el uso tanto de la prisión preventiva, así como, si ya no es posible optar por otra medida, su plazo se reduzca ostensiblemente, dotando para ello de más operadores y mejores elementos de investigación para reducir el

plazo de las investigaciones para de ese modo evitar que los plazos de la medida cautelar personal sea en estricto tan extensa.

Por ese motivo la CIDH (2017) ha reportado lo siguiente:

> En materia legislativa, la CIDH manifiesta su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva, contemplada en el Decreto Legislativo No 1307 de enero de 2017, que modifica el Código Procesal Penal "para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada". En particular, con dicha modificación, el plazo límite de la prisión preventiva para los "procesos de criminalidad organizada", se extiende a un plazo de 36 meses la prisión preventiva, prolongable hasta por 12 meses. La referida modificación se diferencia de lo estipulado anteriormente en el Código Procesal Penal, que únicamente establecía un plazo máximo de 18 meses en casos de "procesos complejos", que podía ser prolongado por un plazo adicional de 18 meses. Sobre dicha prolongación, organizaciones de la sociedad civil y la Defensoría del Pueblo han manifestado su oposición; en particular, la Defensoría refirió que este incremento en la prisión preventiva resulta "excesivo", y únicamente traslada a la persona imputada, "los problemas de investigación del poder judicial y de la fiscalía". Por su parte, la CIDH reitera que los Estados, como parte de las políticas en la etapa previa al juicio dirigidas a la reducción del hacinamiento, deben adoptar "medidas conducentes a reducir el empleo y la duración de la detención preventiva". Lo anterior, forma parte de una comprensión técnica de la naturaleza del problema delictivo, del funcionamiento eficaz del sistema de justicia penal y de las estrategias generales de prevención del delito. (CIDH, 2017)

No obstante lo indicado por la CIDH, el Estado no ha derogado el Decreto Legislativo Nº 1307, verificándose que su implementación en todos los niveles va en marcha, desdibujando con ello los fundamentos del derecho penal que en concreto afecta la libertad de las personas, quienes se ven privados de ésta, aun

cuando tienen la condición de “sospechosos”, sin que se avizore ningún tipo de cambio ni reformulación de la política frente a los excesivos plazos de prisión preventiva para los investigados por los delitos de criminalidad organizada, puesto que el derecho penal no es un medio de control represivo, sino más bien constituye un medio de control de la potestad punitiva del Estado, y si bien, los actos realizados por las organizaciones criminales requieren de parte de la sociedad una respuesta firme, tal no se debe darse dentro de un halo de afectación a los principios penales, en atención a que bajo esa justificación se aplica como medida cautelar la privación de la libertad por un plazo igual a los cuatro años, que para otros casos, como ocurre por ejemplo con el beneficio penitenciario de suspensión de la ejecución de la pena, constituye un baremo para que la ejecutabilidad de la pena se sustituya por una suspensión que trae consigo solo la construcción material de un período de prueba, es decir una clara contradicción a la unidad de la normatividad, puesto que por un lado, a un sospechoso se le priva de su libertad por un plazo de cuatro años, mientras que a un condenado se le suspende por el mismo plazo su ejecución, siendo incongruente que el mismo plazo sea ejecutable en una persona bajo sospecha que viene premunido procesalmente del principio de presunción de inocencia e inejecutable a una persona cuya responsabilidad ya ha sido probada; es decir, que ésta yo no se encuentra premunida por los beneficios de dicho principio de presunción de inocencia, cuando su política debe mirar a otros medios alternativos que involucren satisfacer el principal objetivo de la prisión preventiva que doctrinariamente esta constituido por evitar los dos peligrosismos procesales, esto es, el peligro de obstaculización de la investigación y el peligro de fuga, además de asegurar la presencia del imputado en juicio, debiendo optar por instituciones procesales como lo son el control electrónico a través de los grilletes, u otra que también asegura la presencia en juicio que es la detención domiciliaria.

Advirtiendo lo apuntado, con la investigación que se desarrolla, se ha analizado la problemática propuesta, llegando a sostener que en concreto, se requiere un estudio pormenorizado de los principios básicos del derecho penal, compulsarlos con la política ejecutada por el Estado dentro del marco de la lucha contra la criminalidad organizada establecida en la Ley 30077, razón por la cual, estando a la propuesta investigativa, el desarrollo de la misma se dirigirá a responder la pregunta problemática que se concretiza en el item siguiente.

2.1. Formulación del Problema

¿El plazo de prisión preventiva establecido para el delito de criminalidad organizada de hasta 4 años vulnera el principio de presunción de inocencia y por ende resulta necesario implementar otras medidas menos gravosas a la libertad hasta demostrarse la culpabilidad del imputado?

2.2. Justificación del Problema

Bernal (2010) señala que toda investigación debe dirigirse a ampliar los conocimientos en tres dimensiones, éstas según concluye el autor deben ser teórica, práctica y metodológica.

Desde un plano metodológico la investigación se justifica debido a que la elaboración y aplicación de la unidad de análisis se realiza indagando diversos métodos científicos, los cuales pueden ser contrastados e investigados por la ciencia, y tras su verificación de fiabilidad pueden ser utilizados en otros trabajos de investigación.

Desde un enfoque teórico, el desarrollo de la investigación es trascendente, en primer lugar, por cuanto permitirá analizar los aspectos vinculados a la prisión preventiva, el principio de presunción de inocencia, sus teorías, naturaleza jurídica; en segundo lugar, por cuanto permitirá realizar un desarrollo profundo de las garantías procesales en general y en específico de la presunción de inocencia; y, en tercer lugar, por cuanto se estudiará cuáles son los elementos objetivos y racionales que la legislación, jurisprudencia y doctrina exigen para la prisión preventiva.

Desde un enfoque práctico, la investigación resulta importante por cuanto permite evidenciar si en efecto el Decreto Legislativo No 1307 resulta congruente con principios elementales del derecho penal, lo cual redundará en un buen y mejor funcionamiento de los operadores jurisdiccionales al momento de resolver un requerimiento de prisión para los casos de criminalidad organizada.

3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA

3.1. Objetivos

3.1.1. Objetivo general

Analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia.

3.1.2. Objetivos específicos

3.1.2.1. Describir aspectos conceptuales vinculados a la prisión preventiva, principio de presunción de inocencia, entre otros desarrollando sus antecedentes históricos, definiciones, teorías, regulación normativa, función e importancia.
3.1.2.2. Analizar cuál es la función principal que cumple la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal.
3.1.2.3. Determinar si existen otros medios que aseguren la presencia del imputado en juicio que sean menos gravosas a la libertad personal.
3.1.2.4. Proponer la modificatoria del artículo 268 del Código Procesal Penal donde se comprenda los programas especiales de monitoreo electrónico.

4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

SI, el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia, **ENTONCES** urge la necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio.

4.1. Variables

4.1.1. Variable Independiente:

El plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia.

4.1.2. Variable dependiente:

Necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren la presencia del imputado en juicio.

5. MARCO METODOLÓGICO

Área de Estudio – Ubicación Metodológica

Área de estudio **:** Dimensión Praxeológica debido a que busca a través de la acción humana los valores que incidan en el objeto de estudio.

Nivel epistemológico **:** Valoración, porque la epistemología estudia el entorno histórico, psicológico y sociológicos.

Tipo de Investigación **:** Investigación cuantitativa, es decir la investigación es de enfoque cuantitativo debido a que se recurrió a la recopilación de datos a través de encuestas aplicadas a la población elegida de con una muestra no probabilística.

5.1. Delimitación de la Investigación

5.1.1. Espacial

La investigación se desarrolla y aplica en todo el Distrito Judicial y Fiscal de Lambayeque, dado que el instrumento de recopilación de datos se ha aplicado a distintos juzgados de investigación preparatoria de la ciudad de Chiclayo así como de la Fiscalía Especializada Contra la Criminalidad Organizada del distrito fiscal de Lambayeque que comprende sus distintos despachos de investigación cuya competencia comprende las provincias de Lambayeque, Chiclayo, Ferreñafe, Jaén, San Ignacio y Cutervo.

5.1.2. Temporal

La investigación en cuanto al estudio temporal de las resoluciones relevantes relacionadas al tema se desarrolla entre el período comprendido entre los años 2017 a 2018, toda vez que el Decreto Legislativo No 1307 entra en vigencia al culminar el primer trimestre del año 2017, por ende resulta necesario verificar el

comportamiento que ha tenido la variable bajo estudio, puesto que el espacio temporal incide en abarcar un primer impacto frente a la aplicación inmediata de la norma (2017) mientras que luego, un segundo plano temporal que comprende el año 2018, donde se entiende que ya ha existido una posición concreta de los órganos jurisdiccionales frente al plazo establecido para los delitos de criminalidad organizada en el marco de la norma legislativa antes descrita y la ley 30077 que es la ley de Crimen organizado, por lo cual es necesario verificar y comprender cual ha sido el tratamiento material y práctico por parte de los operadores jurisdiccionales y fiscales a la luz de la norma que amplía los plazos de la prisión preventiva para los delitos de criminalidad organizada, esto es si se justifica la ampliación de los plazos la hipótesis resultaría invalidada, por lo cual si resulta lo contrario, la hipótesis resulta ser válida y como consecuencia de ello contratada positivamente.

5.1.3. Cuantitativa

Se han tomado como muestra de análisis estadístico, el resultado de la aplicación de la unidad de análisis para observar cómo se comporta la variable, teniendo en cuenta las apreciaciones que sobre el tema bajo estudio ha tenido la población conformada por operadores de los órganos jurisdiccionales y fiscales, lo cual se ha contrastado con el análisis de resoluciones relevantes sobre el tema, es decir, si la presunción de inocencia ha sido materia de discusión en las audiencias de prisión para solventar el pedido fiscal o de plano denegarlo.

5.1.4. Cualitativa

Se realizó una análisis exhaustivo de resoluciones relevantes vinculadas a la prisión preventiva y sobre todo en el plazo, incidiendo en verificar si para otorgar la prisión se ha efectuado un test de proporcionalidad en el que se evalúe el grado de sospecha que pesa sobre el investigado, además si existe o no un grado de vinculación reforzada, a su vez, tal como se viene sosteniendo, dichos resultados han sido contrastados con los resultados estadísticos en algunos casos de índole probabilístico y no probabilístico debido a que por ejemplo en el caso de los jueces penales de la ciudad de Chiclayo se ha tomado en cuenta el total de población.

5.2. Métodos y Técnicas

5.2.1. Métodos

Se ha recurrido al uso y utilización de los siguientes métodos de investigación

Inductivo-Deductivo: Teniendo en cuenta que éste método dota de una orientación que parte de lo general a lo específico y viceversa, en la investigación que se presenta, se ha hecho uso de tal, debido a que ha permitido conocer a partir de la apreciación de una visión general, en conseguir un enunciado específico, que es el que la presunción de inocencia frente al plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada tiene un grado de vulnerabilidad tal, que ha conllevado a la preocupación de organismos internacionales, lo cual se ha constatado en la investigación puesto que la posición mayoritaria con acierto percibe al plazo de prisión en el fenómeno de la criminalidad organizada como excesivo; por otro lado, de un contenido específico representado por un hecho concreto al cual se ha arribado tras el análisis a las resoluciones relevantes se ha llegado a establecer que se ha convertido en una regla general el que se opte por un abuso de la prisión preventiva no solo para los casos de criminalidad organizada sino también para otros.

Exegético: este tipo de método de investigación también ha sido utilizada debido a que constituye una especie de orientación histórica, que ha permitido analizar ¿cuáles son los antecedentes históricos del fenómeno de la prisión preventiva? Además de ¿cómo ha evolucionado en los plazos? Específicamente para los delitos de criminalidad organizada.

Descriptivo-explicativo: Este método resulta de importante uso en el tipo de enfoque de investigación cuantitativa debido a que permite proponer y dar en definitiva una respuesta de como viene influyendo la aplicación del plazo en la sociedad.

Dogmático: En cuanto a éste tipo de método de investigación se ha utilizado debido a que permitió enfocar concretamente el objeto de estudio, también ha dotado de elementos doctrinarios que han sugerido las distintas teorías que han

servido para ser confrontadas con los resultados, lo que a la postre ha permitido formar conceptos que a priori constituyen los criterios jurídicos asumidos por el autor y que se ofrecen a la comunidad jurídica para su discusión y adhesión en la medida de ser acogida o rechazada.

5.3. Técnicas de recopilación de datos

En la investigación se ha optado por recurrir a todos los medios necesarios para lograr los fines propuestos, por ello, se ha hecho uso de medios técnicos y tecnológicos informáticos, tales como uso del aplicativo Google, del cual se ha utilizado los formularios Google, que a su vez ha permitido elaborar las encuestas que se han aplicado a la población, cuyos resultados han sido debidamente tabulados y graficados en las tablas y figuras que corresponden al marco empírico, lo que en efecto ha conducido a conocer el verdadero problema y su real contexto, siempre a través del uso de la observación de los elementos y ¿cómo se comporta las variables en sus dimensiones?, por otro lado, se ha recurrido también a medios bibliográficos, se han elaborado fichas de anotación tanto textuales, como de autor, de citas, incluso en plataformas digitales, con lo que se ha conseguidos acopiar documentos, analizar e interpretar resultados de encuestas, entre otros.

5.4. Población de Estudio – Recopilación

Los métodos descritos en los ítems que preceden han permitido abordar a las conclusiones definitivas, debiendo precisar que si bien se ha catalogado una cantidad de métodos, éstos no han sido los únicos, puesto que en el desarrollo de la investigación se han ido incorporando no solo métodos sino técnicas que han sido aplicadas a una población total y muestral, que han permitido recabar las posiciones de la población frente a las variables y dimensiones de estudio.

Por otro lado, advirtiendo la línea directriz del tema bajo estudio, complementada por los efectos en los contextos que incide la propuesta investigativa que oportunamente fue formulada, se tiene que la población ha sido conformada por los jueces de los juzgados penales de Chiclayo, miembros de las fiscalías especializadas de criminalidad organizada y abogados penalistas que han sido

seleccionados a través de criterios estadísticos no probabilísticos, cuya muestra con indicadores de inclusión y de exclusión han sumado a 50 (muestra no probabilística), sobre los cuales se han aplicado las encuestas tipo cuestionario square con cinco niveles de respuestas.

5.5. Estudio de casos

El estudio de casos se aplicará a la muestra conformada por resoluciones judiciales y disposiciones relevantes durante el período bajo estudio, es decir entre el 2017 a 2018, así como los criterios objetivos asumidos por los operadores jurisdiccionales y fiscales que permitan establecer una visión especial de la problemática planteada, razón por la cual se ha elegido, como ya se dijo, tanto para el caso de las resoluciones judiciales como de las disposiciones fiscales, aquellas que han resultado relevantes en el período bajo estudio en la especialidad contra la Criminalidad Organizada del distrito fiscal de Lambayeque**.**

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Entre los trabajos anteriores a la investigación se han hallado los siguientes:

A nivel internacional

La revisión de la doctrina extranjera permite advertir una serie de estudios, si bien no coincidentes, si se encuentran relacionados a los principales temas involucrados en la investigación como el proceso penal actual y garantías procesales, procediendo a señalar a continuación aquella literatura.

Rios, Bernal, Espinoza y Duque (2018) en una investigación de corte internacional efectuada por juristas peruanos y colombianos denominada *La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo,* concluyen en lo siguiente:

> El ejercicio del ius puniendi estatal no se condice con el ethos criminológico, porque tiene al ser humano como un medio para alcanzar fines subordinados, como la seguridad y el orden, los cuales son alcanzables democráticamente, sin recurrir al fácil expediente de privar de la libertad a un imputado o acusado. En tal sentido, la prisión preventiva como medida cautelar personal constituye una grave restricción a la libertad, y su aplicación excesiva es, sin lugar a dudas, un atentado sin precedentes contra la dignidad humana en nuestros países actualmente. (121)

Lozano (2018) en la investigación *La detención preventiva frente a la presunción de inocencia,* reporta:

> El principio de inocencia exige que se respete el derecho del imputado a gozar de la libertad durante el procedimiento penal hasta que se le imponga una sentencia condenatoria en firme, no obstante es totalmente

> legal que este derecho sea restringido y limitado a través de la imposición de la medida en establecimiento carcelario, únicamente bajo los presupuestos y requisitos consagrados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. (…) Para que la medida sea legal, la restricción de la libertad tiene un límite temporal, es decir que, el Estado cuenta con un periodo limitado para proteger los fines del proceso mediante esa coerción cautelar. En razón a ello, si el Estado no puede vencer al procesado en un juicio oral, público, contradictorio y con inmediación de las pruebas y en un plazo razonable, se extingue su facultad de restringir la libertad del imputado y debe dejarlo en libertad. (p.13)

A nivel nacional

En cuanto a la doctrina nacional hemos podido ubicar estudios en relación a los temas centrales de la tesis proyectada. A continuación, se señala el material nacional revisado:

Ortiz (2018) en la tesis titulada *La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia,* presentada para obtener el título de abogado por la Universidad Autónoma del Perú, reporta lo siguiente:

> La aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley. En este sentido es una medida netamente del derecho procesal penal, y es una medida cautelar de carácter personal, establecido en nuestro ordenamiento penal peruano. Y no se puede desnaturalizar su aplicación para convertirlo en una regla del derecho penal y punitivo como una forma de control social. (p. 108)

En dicha tesis la autora hace un análisis sobre las implicancias que denota el que actualmente la prisión preventiva se utilice como un medio de control social sobre todo punitivo y no cautelar.

Loza (2013) en la obra *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP* reporta:

> El principio de Inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad que aplica la no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria. (…) La prisión preventiva se aplica de manera excepcional y es estrictamente necesaria a los fines del proceso, quedando proscrita toda finalidad preventiva de la pena. Su aplicación es subsidiaria, pues tenemos la posibilidad de utilizar medidas menos gravosas y alternativas como la caución, la detención domiciliaria. (p.15)

Jungbluth (2018) en el artículo *La discusión ideológica entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia,* reporta que la presunción de inocencia del individuo, es un derecho humano que no puede ser desconocido por el ius puniendi del Estado; sin embargo, existen situaciones delictivas que la sociedad debe reprimir lo cual requiere de acciones firmes, es por ello que el Estado a través de los operadores jurisdiccionales asume dicha protección a la sociedad, empero tales actos deben fundarse en un contexto global sin medie intereses políticos u presiones mediáticas.

En dicha investigación el autor asume una posición justificante ante la afectación al principio de presunción de inocencia, precisando que para que se otorgue dicha medida debe de darse dentro de un contexto en el que no exista ningún tipo de interferencia.

2. BASES TEÓRICAS

2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1.1. LA PRISION PREVENTIVA

2.1.1.1. Definición

El problema de la prisión preventiva y su imposición en el imputado no solo es un hecho concreto que solo atañe al fiscal, al juez, al defensor y al propio investigado sino que su solo análisis y subsecuente aplicación tiene una relevancia social de tanta fuerza que incide en todo un contexto configurativo familiar, más aun si en el contexto jurídico significa que se impone un plazo tan lato para personas que se encuentran sobre un halo de “sospecha”, porque sin lugar a dudas cuando se habla de una organización criminal en la mayoría de los casos no se hayan a los investigados con los elementos propios de la comisión del delito, sino que son individuos que han sido “echados” por los colaboradores eficaces, es decir, que se aplican prisiones preventivas solo con las versiones de otros investigados, sin que se corroboren muchas veces la ruta del dinero, ¿cómo se abastece la organización criminal de las armas?, si existe o no un desbalance patrimonial, es decir, que en efecto la prisión preventiva en muchos de los casos de criminalidad constituye un exceso en su sola aplicación muay al margen del plazo que se pueda imponer.

Los autores De la Jara, Chávez, Ravelo, Grández, Del Valle y Sánchez (2013) en el texto *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Conceptualizan a la prisión Preventiva como una medida impuesta por un órgano jurisdiccional que en el ejercicio de sus funciones priva a una persona de su libertad, como un medio preventivo a fin de solventar una adecuada investigación, asegurando con ello el éxito del proceso además de asegurar la presencia del investigado en juicio, que le permita en definitiva asegurar también que siendo ya condenado cumpla con la pena impuesta.

Zaffaroni (2005) cuando redacta el prólogo del texto *La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho,* cuya autoría se imputa al jurista Roberto Rabi Gonzales reporta:

> (…) la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en

> nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. (p.2)

Ferrajoli (2001) en la misma línea en la investigación *Derecho y razón* reporta:

> (…) la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo. (p.32)

Ferrrajoli (2006) reforzando esa línea jurídica doctrinaria, en el artículo *Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas,* precisa que:

> La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima. (p.18)

Rosas (2018) en el artículo *Peligro de Fuga y Prisión Preventiva,* cuando analiza la naturaleza jurídica de la prisión preventiva reporta que esta es una medida de carácter coercitivo personal con características de excepcionalidad, que esta dirigida a limitar de una forma prolongada a uno de los derechos humanos de toda persona humana como lo es la libertad, siempre y cuando recaiga sobre ésta una imputación de tal fuerza que rompa la seguridad de la que esta dotada un derecho humano de tal valía, la cual solo puede ser impuesta por un órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se produzcan los requisitos y presupuestos establecidos en la norma.

Uno de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema investigado lo encontramos en el emitido por la Sala Penal permanente cuando emite la casación No 01-2007 donde precisa que la prisión preventa, constituye una medida coercitiva de índole personal, pronunciada por un órgano jurisdiccional a solicitud del Ministerio Público dentro del contexto de un proceso penal, siempre y cuando su amparo resulte absolutamente necesario, buscando evitar dos zonas concretas que afectan al proceso, una es el denominado peligro de fuga y otro es que se concretice un riesgo de producirse un ocultamiento de la pruebas o que estas se destruyan.

Asencio (2005) en la investigación *El nuevo proceso penal - Estudios Fundamentales,* reporta:

> En la doctrina procesal, la prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada debemos precisar que consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios). (p.493)

El autor toca el tema del aseguramiento del desarrollo del proceso penal y también el cumplimiento de la pena futura, dicho de otro modo, se proyecta sobre una perspectiva procesal y una sustantiva.

Roxin (2000) en la investigación *Derecho Procesal Penal* considera que:

> (…) la finalidad de la prisión preventiva es asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Y que sirve a tres objetivos 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, 2) garantizar una investigación de los hechos en forma debida por la fiscalía

y 3) asegurar la ejecución de la pena. (p.257)

Moreno (2008) en la investigación *Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal,* precisa que un proceso penal constituye una institución procesal imprescindible en el derecho penal con el cual se concretiza una eficaz persecución del delito.

Según el mismo autor Moreno (2008) un proceso penal es un medio eficaz para proteger la seguridad pública, en atención a que constituye una circunstancia o derrotero elemental en la lucha contra la criminalidad, puesto que al final logra dirigir un castigo proporcional a aquella persona que delinque.

El proceso penal es una garantía de protección de una esfera inmanente del un humano que de una u otra forma y en distintos grados de vinculación se ve involucrado en un proceso de investigación penal, dado que cuando una individuo es llamado como imputado, es decir se ve inmiscuido en las investigaciones, su libertad se ve riesgosamente bajo amenaza tanto más que incluso la propia connotación política que la libertad implica, así como un grupo de derechos que integran todo tipo de libertades connaturales, las que se ponen en riesgo, puesto que al final existe un alto grado de probabilidad de la imposición de sanciones cuando se produce un pronunciamiento condenatorio, en tanto, también es posible la imposición de medidas cautelares personales, así como la convergencia de distintas diligencias que se producen en el proceso siguiendo una línea investigativa.

Desde un primer momento en que se produjo la limitación de la libertad individual no había limitaciones para quien tenía que decidir las prisiones; sin embargo, luego aquel inconmensurable principio de la libertad individual influenció en la aparición de parámetros que se constituyeron en actos dentro del proceso que han de analizar determinados parámetros que se oponían a la facultades primigenias con las que se le doto al juzgador para que imponga una medida coercitiva de tal magnitud, lo cual garantizó a la postre un aseguramiento de no afectación a la libertad si la decisión resultaba excesiva o arbitraria.

Arbañil (2014) en el artículo *Acerca del derecho la prisión preventiva,* refiere:

> Por lo tanto, desde perspectiva judicial toda medida de prisión preventiva tiene las siguientes características: (Arbañil, 2014, p.1)
>
> Es una medida excepcional: La detención de un imputado es la excepción, siendo la regla general la de ser procesado con una medida menos gravosa como es el de comparecencia con restricciones, como: no cambiar de domicilio ni ausentarse de él sin conocimiento y autorización del juez; concurrir a todas las diligencias en los días en que se le cite por parte de la autoridad judicial o por el Ministerio Público; la prohibición de concurrir a determinados lugares de dudosa reputación en donde se vende alcohol o drogas; las prohibición de comunicarse con determinadas personas, como por ejemplo la víctima, siempre que no afecte el derecho de defensa. (Arbañil, 2014, p.1)
>
> Es una medida provisional: Es decir, no es definitiva y se dicta por un plazo, que no durará más de nueve meses o más de dieciocho meses tratándose procesos complejos. Esto quiere decir que vencido el plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio que se dicte medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales. (Arbañil, 2014, p.1)
>
> Es una medida variable: Como toda medida cautelar, pues está sujeta a cambios; es decir, puede cesar si nuevos elementos de convicción demuestran que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por una medida de menos gravedad. Esto se conoce como cesación de la prisión preventiva. Si nuevos elementos de convicción ponen en cuestión los primeros es evidente que la medida ya no resulta razonable mantenerla y debe ser sustituida. Para tal caso el Juez, debe tener en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa. (Arbañil, 2014, p.1)

Arbañil recoge lo expresado por el código procesal penal cuando se refiere a los

presupuestos para la prisión preventiva establecidos en el artículo 268 del expresado código.

Ferrer (2007) en la obra *La valoración racional de la prueba,* reporta “Para comprender el papel clave que los estándares de prueba cumplen en el juicio sobre los hechos en los sistemas procesales penales en los que rige el principio de libre valoración, resulta útil diferenciar analíticamente dos momentos que integran lo que globalmente designamos como valoración de la prueba” (Ferrer, 2007, p.41).

Ríos, Bernal, Espinoza y Duque (2018) reportan en la investigación *La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo la negación de la justicia penal garantista. un enfoque desde la criminología y la política criminológica* que la prisión preventiva constituye una forma de limitación de carácter excepcional en la que para su otorgamiento, se precisa de la presencia de determinados parámetros jurídicos que en el proceso de denominan presupuestos legales, los que en definitiva deben ser incoados por el Ministerio Público y sostenido en una audiencia en la que prime el contradictorio, debiendo el juzgador de verificar de forma escrupulosa que los presupuestos materiales se encuentren presentes, de lo contrario, es lógico sostener que la prisión preventiva deberá ser declarada infundada.

Popper (1973) en la *obra El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* reporta:

> Es importante notar que esas relaciones de corroboración se expresan como inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que por sí solo no excluye que otras hipótesis puedan resultar igualmente explicativas (p.36).

Roosevelt (2015) en la tesis *Abuso del mandato de prisión preventivo y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú* indica que la prisión preventiva es en definitiva una medida de índole cautelar que busca como objetivo principal el de lograr que el proceso cumpla con su fin, para posteriormente asegura

el cumplimiento de la condena.

Uno de los elementos relevantes de la prisión preventiva sobre el cual se funda la mayoría de pedidos u requerimientos fiscales está vinculado al peligro de fuga, con relación a ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia contenida en el expediente N° 0298-2003-HC/TC, ha enfatizado en lo siguiente:

> La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, a las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y cualquier otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. (TC, 2003)

La Corte Suprema de Justicia (2016) en la casación 631-2015 sobre el peligro de fuga ha delimitado que para determinar el peligro de fuga están vinculados al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral (Corte Suprema, 2016).

De la referida casación se tiene que al estar presentes, se habla de una imposibilidad para que se produzca una fuga.

2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Higa (2013) cuando trata el tema de presunción de inocencia *El Derecho a la presunción de Inocencia Desde un Punto de Vista Constitucional,* reporta que éste es un derecho de carácter fundamental, que sirve de base para construir el sistema sancionador en dos contextos, es decir, tanto en el que tiene contenido de carácter penal, como en el ámbito del “Administrativo Sancionador” (p.114).

Según el mismo autor, una de las características identificatorias de éste derecho, es que se condene solo a quien dentro de un proceso que se ha llevado con las garantías procesales se le halle responsable, sin embargo, dicho derecho en el contexto material viene frecuentemente siendo “vulnerado” (Higa, 2013, p.114).

Higa (2013) continúa reportando que como ejemplo del fenómeno indicado en los párrafos *supra*, es lo ocurrido en la década de los año 90, donde so pretexto de combatir la violencia y convulsión interna que se vencía dando en el país, se condenaron a una gran cantidad de personas sobre las cuales si bien pesaban fuertes acusaciones, en muchos de los casos no se acreditó de forma fehaciente ni la responsabilidad ni la culpabilidad en los hechos imputados, lo cual denigró en una serie de condenas que luego de años fueron derribadas, hecho éste que demuestra que la presunción de inocencia dentro de aquel contexto histórico no fue quebrantada al no haberse demostrado más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de los acusados.

En aquellos tiempos, se privilegió la seguridad y tranquilidad pública al derecho de los imputados, y como se dijo, al terminar dicha política, al verse disminuido el fenómeno terrorista, en muchos casos se volvieron a revisar los procesos, lo cual conllevó a que se otorgaran indultos, reafirmando así que existió una grave arbitrariedad al momento de llevar a cabos los procesos y posterior condena por los delitos de terrorismo, resultando de ahí una disyuntiva inidónea, debido a que, se redujeron las garantías procesales por la seguridad, lo que resulta inconcebible en un estado de derecho, donde el respeto por las garantías debió ser el horizonte y no al contrario, es decir flexibilizarlos frente a un fenómeno que merecía otro tipo de respuesta de parte del Estado, siendo eso mismo lo que viene ocurriendo en éstos momentos sino que ahora ya no se trata del delito de terrorismo sino de criminalidad organizada.

Si bien, ha existido un mejoramiento con relación a la observancia de la garantías procesales, actualmente ese respeto no es total, toda vez que existe una condena anticipada contra el imputado, quien con la sola imputación fiscal se ve afectado por un halo que lo envuelve en un olor de culpabilidad, viéndose muchas veces condenado a nivel mediático, invirtiéndose de ese modo la posición material

del imputado frente al proceso, puesto que ahora no es que el Ministerio Público va a demostrar su culpabilidad, sino que el investigado tiene que demostrar por el contrario que no es culpable (Higa, 2013).

Higa (2013) reporta que:

> Esto es lo contrario a lo que garantiza la Constitución, toda vez que es el órgano acusador el encargado de demostrar su inocencia. El acusado tiene incluso el derecho a guardar silencio y no a colaborar con la investigación. Mas, si no quiere ser estigmatizado por la sociedad va a tener que demostrar su inocencia, lo cual incluso puede constituir la prueba diabólica: ¿cómo demuestro que no he cometido un delito? Esto nos permite apreciar que si bien el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental para la protección de la libertad de las personas, el goce efectivo de este derecho sólo se dará dentro de un sistema de justicia orientado a minimizar el error de condenar a un inocente, y donde cada actor del sistema tenga en cuenta ese objetivo (policías, fiscales, jueces, abogados, entre otros). (p.114)

2.2.1. Contenido del derecho a la presunción de inocencia

Higa (2013) con relación al contenido de la presunción de inocencia señala que este derecho se encuentra contenido en el literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política que considera que todo individuo es considerado inocente hasta que no se declare judicialmente que si es responsable de los hechos que se le imputan en su contra, surgiendo a partir de las siguientes normas reglas:

> N1: Si un Juez no ha declarado la responsabilidad de una persona de la infracción que se le imputa (no p), entonces ésta es considerada inocente (q); (…) La norma N1 contiene explícitamente una regla sobre cómo debe ser tratado el imputado por una infracción mientras no se declare su responsabilidad: inocente, esto es, como si no hubiera efectuado la infracción que se le imputa. (…) N1 también establece implícitamente que un Juez es el competente para declarar la

> responsabilidad de una persona, lo cual debe ser concordado con lo establecido en el numeral 10 del artículo 139 de la Constitución, que establece el principio de no ser penado sin proceso judicial. (p.115)

Higa (2013) indica luego:

> (…) el hecho que no se haya probado que una persona cometió el delito que se le imputa no significa que efectivamente no lo haya cometido por las siguientes razones: (i) El proceso tiene como objeto probar que el acusado es responsable de los delitos que se le acusa en función a la evidencia existente en el proceso. El proceso no tiene como objeto probar la inocencia del acusado sobre los delitos imputados. Además, esto último podría resultar, en muchos casos, o imposible o de muy difícil probanza, porque constituye la probanza de un hecho negativo: ¿Cómo pruebo que no he cometido el delito que me imputan? (ii) La probanza de la responsabilidad del acusado se tiene que realizar dentro de ciertos límites impuestos por el ordenamiento, motivo por el cual si una prueba no ha sido producida, admitida o actuada de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ésta no se tendrá por válida. Por ello, pueden existir medios probatorios que demuestren la responsabilidad del acusado; sin embargo, al no ser válidas, no podrá ser utilizada para condenar al acusado. (iii) El estándar de prueba exigido es el que la acusación se demuestre más allá de toda duda razonable, lo cual significa que, en ciertos casos, si la hipótesis de la defensa es razonable, no se podrá condenar al acusado, pese a que la hipótesis de la acusación sea más creíble. Desde un punto lógico, resulta más preciso afirmar que el derecho a la presunción de inocencia consiste en que no se tratará como culpable a una persona mientras no se demuestre su responsabilidad en la comisión de los hechos imputados. (p.116)

2.2.2. Efectos procesales de la presunción de inocencia

Higa (2013) sobre los efectos procesal de la presunción de inocencia indica:

> Para que haya un proceso judicial es necesario que existan dos partes: una, el acusador; y la otra, el acusado. Del texto del literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política se puede deducir que el acusador tiene la carga de probar que el acusado es culpable del hecho que se le imputa. Además, éste tiene que demostrar que su hipótesis es la única explicación posible de los hechos del caso. Ello, a efectos de no vulnerar el principio de dignidad recogido en el artículo 1 de la Constitución que, como hemos visto, dispone que cada persona debe ser tratada por el Estado en función a sus actos e intenciones. Si ello es así, entonces no podemos castigar a una persona si es que tenemos duda de que ella ha cometido el acto que se le imputa. Esta es una concepción aceptada en nuestro ordenamiento como veremos a continuación. A nivel legislativo, el artículo II del Código Procesal Penal establece que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. (p.117)

El autor indica que cuando se analizan los efectos que tiene el principio de la presunción de inocencia en el proceso, se debe a todo costo, contar con una elevada cantidad de carga probatoria de cargo, la cual no responde a un mero formalismo u facilismo en su obtención, ya que esta debe ser adquirida con todas las garantías del proceso, si de algún modo dentro de aquel proceso se genera la denominada duda, ésta debe ser favorable para los intereses del imputado y no buscar de todas formas vinculaciones con el delito (Higa, 2013).

Ibañez (2007), cuando toca el tema en la obra jurídica denominada *Justicia penal, derechos y garantías*, reporta:

> (…) el derecho a la presunción de inocencia es una regla que garantiza lo siguiente: (i) El tratamiento que debe recibir el acusado durante el proceso, esto significa que el acusado debe ser tratado como inocente sin que pueda imponérsele algún tipo de medida que afecte esa condición hasta que el Juez declare su culpabilidad respecto de los

> hechos imputados; y, (ii) Las reglas probatorias que deben seguirse en un proceso para determinar cuando una persona puede ser considerada como culpable del delito que se le imputa, lo cual significa que el Juez sólo podrá condenar al imputado cuando la acusación ha sido demostrada más allá de toda duda razonable. (p.116)

Fernández (2005) por su parte en la obra denominada *Prueba y presunción de inocencia,* reporta:

> (…) la presunción de inocencia encuentra las siguientes formas de expresión en el proceso penal: (i) la presunción de inocencia actúa como criterio o principio informador del proceso penal de corte liberal; (ii) el tratamiento que debe recibir el imputado durante el procedimiento; (iii) la presunción de inocencia constituye una importante regla con efectos en el ámbito de la prueba y, desde este último punto de vista, si bien se suele estudiar conjuntamente, la presunción de inocencia desempeña dos importantes funciones que serán analizadas de forma separada: (iii.1.) exige la presencia de ciertos requisitos en la actividad probatoria para que ésta pueda servir de base a una sentencia condenatoria (función de regla probatoria) y, (iii.2) actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la quaestio facti (función de regla de juicio). (p.118)

Igartúa (1999), cuando hace un estudio de *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares,* reporta:

> (…) la presunción de inocencia cumple las siguientes funciones en el proceso penal: (i) para asignar la carga de la prueba (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado); y, (ii) para fijar el quantum de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable). (p.17)

Robert (1989) en la investigación *Teoría de los Derechos Fundamentales*, refiere:

> (…) el derecho a la presunción de inocencia abarca las siguientes posiciones jurídicas concretas: (i) El derecho a que la carga de la prueba recaiga en el acusador; y, (ii) El derecho a no ser condenado si es que existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo, mientras que posición sería la norma individual que se puede formular a partir de la norma universal. Lo importante es que esta distinción nos permite concretizar cuáles son las propiedades normativas de personas y acciones y las relaciones normativas entre las personas. En otras palabras, este tipo de normas permite determinar los atributos que deben reunir las personas y las acciones para su aplicación en un caso concreto. (p. 177)

2.2.3. La carga de la prueba acusatoria

Higa (2013), sobre la carga de la prueba de la tesis acusatoria, reporta lo siguiente:

> Este derecho consiste en que el acusador tiene que probar cada uno de los elementos que configuran el delito que se imputa al acusado. Para tal efecto, el denunciante deberá cumplir, al menos, con lo siguiente: (i) Señalar cuáles son los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito imputado; y, (ii) Señalar cuáles son los medios probatorios que acreditan cada uno de los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito imputado. (p.118)

Higa (2013), continúa precisando que:

> La mayoría de los delitos son de acción, hecho que implica un cambio en el mundo. Este tipo de conductas deja algún tipo de rastro o signo de su ocurrencia en la realidad, que puede ser descubierto. Por ello, si el fiscal afirma que tal persona ha cometido un delito es porque ha encontrado suficientes elementos que le permiten efectuar dicha inferencia. En cambio, exigirle al acusado que demuestre su inocencia constituiría una prueba diabólica: ¿cómo demuestra que no ha cometido

> el delito que se le imputa? Ciertamente, el delincuente tratará de borrar las huellas de su delito, motivo por el cual las autoridades deberán estar preparadas para lidiar con ese tipo de situaciones. (p.118)

Higa (2013) respecto a lo vertido líneas arriba supone que en este caso, aparentemente una posible solución sería decantarse por una rebaja del baremo probatorio; empero, el problema no pasa por reducir los estándares probatorios o crear otros de naturaleza más flexibles, sino que por el contrario, el de analizar y utilizar los medios de prueba ya existentes en el proceso, esto es, si de los que ya están presentes e incorporados en el proceso no se demuestra la responsabilidad del imputado, el órgano jurisdiccional debe de absolverlo de la acusación fiscal.

Por el contrario, si bien el imputado tiene derecho a guardar silencio e incluso a no colaborar con el desarrollo de la investigación, ello no significa que pueda mentir, u obstruir la labor investigativa, puesto que ello significaría una clara afectación a la investigación por lo cual sería pasible de ser sancionado por una concreta actuación obstructiva a la justicia, lo que a criterio del autor, debe ser tomado en cuenta para solventar en su contra el pedido de prisión en este caso probado de aquel peligrosismo procesal, por lo cual no bastaría la imputación por ejemplo de un colaborador, porque tales deben ser objeto de corroboración en primer lugar, y luego a analizar si concurren los presupuestos materiales de la prisión preventiva. (Higa, 2013).

Legrenzi (2000) en la *investigación Cómo funciona la mente,* refiere:

> (…) el sistema no sólo debe buscar la verdad de los hechos, sino también sancionar la falsedad o mentira. Es más, este tipo de actos atenta contra la integridad del sistema. Finalmente, el acusador no puede ser el mismo que resolverá el caso, dado que ello vulneraría la regla de que se debe tratar como inocente al acusado. En efecto, tal como hemos señalado, si al imputado se lo debe tener por inocente (o al menos como no culpable), el acusador no puede tenerlo como tal, dado que él lo ha acusado. Por ello, debe existir una clara separación entre el órgano que formula la

> acusación y el órgano que resuelve. En caso contrario, el proceso se encontraría viciado. (p.86)

2.2.4. La ruptura de la presunción tras la declaración de responsabilidad

Una de las polémicas que van ligadas a la ruptura de la presunción se trasluce cuando se expresa por ejemplo que si existen dos o más versiones que explican los hechos que son materia de investigación no se podría mantener una imputación contra éste y menos una condena.

La carga de la duda razonable esta atribuible al imputado, dado que éste debe sustentar que hay otra hipótesis que explique los hechos que se han probado en el proceso.

Higa (2013) reporta:

> Desde mi punto de vista, este estándar de la prueba se ubica en el análisis de los hechos probados en el proceso, y no en el análisis de los medios probatorios. En el caso de las fuentes y los medios probatorios (en adelante, las pruebas) se debe analizar cada uno de sus atributos a efectos de considerar como probado un hecho. Una vez determinado qué hechos se encuentran probados, se debe determinar si la única hipótesis razonable es que el acusado cometió el delito que se le imputa. Un aspecto a determinar es cuándo la nueva hipótesis introducida por el imputado es razonable. Ello, resulta importante por cuanto si no existen criterios objetivos que permitan valorar si una hipótesis es o no razonable, el Juez podría, por medio de esta vía, disminuir el estándar de prueba y condenar a personas cuya historia resultaría probable. Sin embargo, la doctrina ni la jurisprudencia han establecido criterios objetivos que permitan dilucidar cuando la hipótesis del acusado es razonable, lo cual deja en poder del Juez la determinación acerca de cuándo la hipótesis del acusado es razonable. (p.119)

Si la teoría fiscal no logra explicar algunos hechos relevantes para demostrar la culpabilidad del acusado, entonces deviene la absolución de los cargos fiscales,

asimismo si la teoría fiscal puede explicar los mismos hechos probados del caso con otra versión, entonces tampoco se condena al acusado.

Por consiguiente, se exige que para la ruptura de la presunción de inocencia la teoría del fiscal debe ser la única que explica los hechos materia de imputación, puesto que de existir alguna otra que lo explique, ya no estamos ante una demostración de culpabilidad sino ante una evidente absolución de cargos.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL – PRINCIPAL FUNCIÓN

Robles (2019) en el proyecto de Ley congresal titulado *Ley de Tratamiento Procesal de la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia,* reporta:

> La prisión preventiva, medida ampliamente extendida en los países de Hispanoamérica, es una expresión del *ius puniendi* del Estado, el cual busca cumplir su función jurisdiccional en la resolución de conflictos entre sus ciudadanos. En ese orden, es comprensible que se dicten medidas para la protección de dicho *ius puniendi,* a través del aseguramiento de la actividad procesal, de ahí que se creen medidas cautelares que busquen proteger al proceso.

Un pronunciamiento al respecto se adquiere de lo sostenido por la Comisión Americana de Derechos Humanos (2013) que en su *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, párrafo 143, reporta con acierto que cuando se trata de una “detención preventiva”, ésta solo es aplicable dentro del contexto de un proceso penal (Comisión Americana de Derechos Humanos, 2013, párrafo 143).

Robles (2019) reporta:

> (…) la Corte Interamericana ha establecido consistentemente que de las disposiciones de la Convención Americana -y a juicio de la Comisión también de las normas de la Declaración Americana- "se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los

> límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva". Lo anteriormente señalado es un llamado a los países miembros a no dotar de un carácter punitivo a las medidas cautelares, por tanto que son de uso estrictamente procesal. (p.30)

Llobet (2009) en el artículo *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano,* señala:

> (…) debe sostenerse que la prisión preventiva no pueda asumir ninguna función de la pena. Ello no debe llevar a excluir totalmente la posibilidad de que se prive de libertad al imputado antes de una sentencia condenatoria firme. Más bien, a lo que debe llegarse es a una diferenciación entre la privación de la libertad que se dispone con base en una sentencia firme y aquella que representa la prisión preventiva, diferenciación que, como se dijo con anterioridad, solamente puede llevarse a cabo partiendo de los fines de cada una de esas privaciones de libertad. (p.149)

Continúa refiriendo Llobet (2009) que:

> (…) la prisión preventiva no puede perseguir los fines de la pena (prevención general y especial), puesto que en caso contrario se convertiría en una pena anticipada". Por otro lado, el que sea determinante que existan "graves y fundados elementos de convicción" presupone un grado, si bien no absoluto, si de gran certeza, tanto de la existencia del delito que se le atribuye al imputado, como la vinculación entre estos dos, en base al análisis de los elementos de convicción (datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación), tanto individual como conjuntamente para determinar el grado de probabilidad de ocurrencia del hecho delictivo y el grado de vinculación con el imputado. (p.149)

3.1. Las medidas cautelares en el proceso penal

Beanatte (2007) en su investigación *Prisión Preventiva* reporta:

> La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz. En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones "encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte". (p.4)

Peláez y Bernal (1999) en la investigación *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal,* reporta:

> Estas medidas participan de los mismos caracteres que las adoptadase n el proceso civil: instrumentalidad (no constituyen un fin en si mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que en su día pueda dictarse),provisionalidad (no son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas) y homogeneidad (debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia). A diferencia del proceso civil al no exigirse la constitución de una fianza, los presupuestos de las medidas cautelares se reducen a dos: "fumus boni iuris" (juicio de probabilidad consistente

> en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada) y "periculum in mora" (que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena). (p.4-5)

3.1.1. Clases

Fenech (1952) con relación a las clases de medidas cautelares que convergen en un proceso penal, en la investigación *Derecho Procesal Penal,* reporta:

> (…) los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales". Los actos cautelares reales o patrimoniales pueden tener, a su vez, varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o asegurar la condena al pago de una cantidad de dinero, por las personas responsables criminalmente, o por los terceros responsables civiles. No obstante, lo que algún grupo de autores considera, desde un punto de vista amplio del término, como medidas cautelares tendientes a asegurar los medios de prueba (entrada y registro en lugar cerrado; detención, apertura y examen de correspondencia privada e intervención y observación telefónica y el secuestro del "cuerpo del delito", etc.), en realidad son "actos para la investigación del delito". (p.345)

3.1.2. Medidas cautelares personales

Tras la delimitación de dos grandes grupos de medidas cautelares, constituyen el grupo de las medidas cautelares personales todas las que en cierto modo concreto lo que buscan es asegurar que el investigado se subordine a los requerimientos que se producen dentro del contexto procesal, en las que se respeten las garantías procesales y constitucionales, asegurando con ello que el investigado rinda su declaración ante el juez que instruye (para el caso de los distritos judiciales donde se encuentra vigente el código de procedimientos penales)

o ante el fiscal (para el caso de los distritos judiciales donde se encuentre vigente el Nuevo Código Procesal Penal), evitando con ello que éste no asista y se dilate en el tiempo la investigación o el proceso de instrucción, dependiendo en cada caso según el sistema procesal que se encuentra vigente en el distrito judicial, esto es, en concreto lo que se asegura con la imposición de las medidas cautelares personales es que se cumpla el objetivo del proceso (Beanatte, 2007, p.6-7).

3.1.3. Medidas cautelares y derecho a la libertad

Rosas (2018) en el artículo *Prisión preventiva y peligro de fuga*, reporta:

> El derecho a la libertad junto a los derechos a la vida, la integridad y la identidad forman parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales, conocidos también como "derechos fundantes", por cuanto constituyen la base o sustento de todos los demás derechos fundamentales; pero éstos derechos a su vez tienen un fundamento o razón primera en la dignidad del ser humano, de tal manera que cualquier agresión a dichos derechos fundamentales, también constituye un ataque a la propia dignidad del ser humano. (p.1-2)

En dicho comentario, la autora destaca la relevancia que tiene la libertad en todo sistema jurídico, asumiendo que el ius puniendi del Estado a éste nivel no debe estar presente, sino se estaría ante una pena adelantada, por ende, el Estado en estricto cumplimiento del respeto a la libertad debe protegerla (Rosas, 2018, p.2).

3.1.4. Reconocimiento internacional de la libertad personal

La libertad personal no es una frase gaseosa sino que constituye una garantía reconocida por los organismos internacionales como ocurre por ejemplo con el reconocimiento que sobre ese derecho lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en adelante DUDH, puesto que según el articulado 9° se precisa que ninguna persona puede detenida mediando arbitrariedad como tampoco presa y menos desterrada.

Así también, otro documento internacional denominado Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece en el articulado XXV lo siguiente: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre-existentes (...)”.

A su vez, otro de los instrumentos internacionales como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) señala en el numeral 1 del Artículo 9° que “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

Asimismo, la denominada Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida en sus siglas en español como CADH, reporta en el articulado 7, numerales 1, 2 y 3 lo siguiente:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. (Corte Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 7, Num. 1)
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. (Corte Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 7, Num. 2)
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. (Corte Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 7, Num. 3)

De lo anteriormente detallado cabe indicar que la libertad es un elemento intrínseco del valor humano, entonces si ello es así ¿cómo se le puede restringir? una posible respuesta es que por ser un derecho inherente al ser que lo contiene como una circunstancia inmanente, la libertad solo será materia de restricción cuando existe sobre la persona un halo de imputación por haber cometido un delito, siempre y cuando se haya probado de forma idónea su responsabilidad en juicio; sin embargo, para aquellos casos en los que exista una sospecha, por más fuerte

que lo sea debe recurrirse a medidas menos gravosas, dado que solo así se logrará respetar y proteger la libertad.

3.1.5. La restricción de la libertad del imputado

Uno de los principales conflictos que presenta la medida de restricción de libertad de un imputado es que se debe de propender a un conseguir un punto equilibrado entre lo que se persigue con el proceso penal y aquellos que se oponen que dentro del catálogo de tales se pueden apuntar al respeto de la libertad del investigado, o una desmedida ponderación de la seguridad y tranquilidad pública frente a aquel derecho (Rosas, 2018).

Rosas (2018) en la investigación *Peligro de fuga y Prisión Preventiva,* reporta:

> (…) la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida (de ahí que deban respetarse escrupulosamente los límites legales que se establecen, y que explicaremos a continuación, en relación con la privación de la libertad acordada cautelarmente). (p.3)

Peláez y Bernal (1999) en el artículo *Las medidas cautelares en el proceso penal*, reportan:

> La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello,

> la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz. (Peláez y Bernal 1999)

3.1.6. Principio de proporcionalidad

Rosas (2018) con relación al principio de proporcionalidad citando al pleno jurisdiccional No 012-2006-PI/TC del Tribunal Constitucional reporta con relación a la detención preliminar y de la prisión preventiva que éstas se circunscriben y subordinan al principio de proporcionalidad, recogiendo que según el Tribunal Constitucional, “Se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales”. (p.3)

En efecto, recogiendo las apreciaciones vertidas, es de asentir que las medidas coercitivas dictadas devienen en desproporcionadas a la finalidad con la que se busca con su imposición, cuando no sólo se afecta el conocido principio de proporcionalidad, sino que además se devela una afectación a ese derecho fundamental de la libertad que se adhiere a la condición humana afectando como un hecho colateral a la dignidad de la persona y de forma directa al principio de presunción de inocencia.

Rosas (2018) contextualizando el análisis precedente indica que:

> Asimismo, es menester indicar que existe prohibición de exceso cuya valoración exige una ponderación valorativa entre objetivos legítimos y efectos no deseados, así una consecuencia obvia de la prohibición de exceso es la prioridad de las medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva. (p.3)

3.1.7. Marco normativo de la prisión preventiva en el código procesal penal

La norma procesal contempla a la institución de la prisión preventiva, como una medida cautelar personal que a criterio del autor constituye la más radical y aflictiva al psiquis de la persona, por lo cual, si se trata de su aplicación, el legislador congresal ha creído conveniente delimitarla, con correspondencia de la existencia de exigencias normativas además de requisitos, también de objetivos con carácter de concurrentes estipulados en el artículo 268º del Código Procesal Penal de 2004, los cuales se detallan a continuación: (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

a) La existencia de fundamentos y graves elementos de convicción suficientes que vinculen al imputado con la comisión del delito investigado. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

Los elementos de convicción son actos de investigación, tanto de la Policía como de la Fiscalía, que sustentan la existencia verosímil de la imputación de un hecho delictivo a una determinada persona; es decir, son elementos de convicción de cargo que son llevados a la audiencia, como sustento probatorio del requerimiento de prisión preventiva. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

b) La sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

La prisión preventiva está condicionada a una sanción legal que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor, superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias relacionadas a la realización del hecho punible. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

La existencia de este presupuesto no está referido a la pena fijada por ley para el delito, sino al análisis preliminar que tendrá que realizar el Juez para considerar la pena probable, que implica un acercamiento, un cálculo a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida y que será la regla al momento de aplicar la prisión preventiva. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar a un nivel razonable la probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. Es decir, el Juez debe valorar el caso concreto y no aplicar una regla penológica general sin sentido. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

c) Peligro procesal (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

El Periculum In Mora, constituye el verdadero sustento de la prisión preventiva, la misma que se aplicará cuando exista indicio o evidencia razonables, de que el imputado eludirá el proceso o que obstruya en los actos de investigación. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

El Peligro procesal, presenta dos supuestos: La intención del imputado de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) y la intención de perturbar la actividad probatoria: (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

El peligro de fuga, consiste en el peligro de que el imputado no se someta al procedimiento penal ni a la ejecución. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

Así tenemos, que conforme al artículo 269° del CPP de 2004, para calificar el peligro de fuga el Juez tendrá en cuenta: (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

i. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo o las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, vínculos de carácter familiar, amical y de negocios, grado de influencia que pueda ejercer en determinados ámbitos socio-políticos, situación económica, lazos familiares en el exterior, de ser el caso su doble nacionalidad, etc. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

ii. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

iii. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

iv. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de

someterse a la persecución penal. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

El peligro de entorpecimiento o peligro de obstaculización de la actividad probatoria, exige conforme al artículo 270° del CPP de 2004, que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que el imputado: (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

i. Destruirá, modificará ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

ii. Influirá para que los coinculpados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Esto es, corrompiendo voluntariamente, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos, ejerciéndose bajo violencia o amenaza. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

iii. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos, esto puede ser de forma personal-directa o por interpósita persona (mediante otra persona) y si, por ello, existe el peligro de que él dificultará la investigación de la verdad. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

d. La existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma. (Código Procesal Penal, 2004, Art. 268°)

Como se ha dicho, según dicho postulado normativo establecido en el artículo 268°, constituyen presupuestos materiales para solventar afirmativamente una prisión preventiva: (Código Procesal Penal de 2004)

i. 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. (Código Procesal Penal de 2004)

ii. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y (Código Procesal Penal de 2004)

iii. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). (Código Procesal Penal de 2004)

Otro de los supuestos que son considerados como supuestos materiales para amparar un pedido de prisión preventiva, es que la persona a la cual se le imputa el delito, pertenezca o sea integrante de una organización criminal no obstante dicha condición no sea considerada como un supuesto a ser considerado como formal.

Si se asume lo precisado, debe considerarse que si se aplica una prisión preventiva en los casos de pertenencia a un grupo criminal, tal aplicación no se funda en una circunstancia que delimite una vinculación de índole formal, sino que ésta se funda sobre todo en un criterio que asume el juzgador basada sobre todo en una circunstancia de índole criminológico dirigida a evitar que se produzca una afectación al proceso, es decir en las dos vertientes conocidas, el peligro de obstaculización de la investigación y el peligro de fuga propiamente dicho.

Con relación a lo sostenido, la Corte Suprema reporta que en el caso de la criminalidad organizada, la organización propende a desarrollar estrategias dirigidas a lograr que se produzcan las fugas de sus integrantes investigados, ello buscando que no sirvan como elementos de apoyo a la justicia, así como evitar que pasen largas condenas en los penales, a su vez que enfatizan sus actos para perturbar la investigación en que se compren testigos se les amenace, o lo que es peor se le de muerte, todo para lograr que se perturbe y obstaculice la actividad probatoria, siendo por ello, necesario que cuando el juez evalúe los pedidos de prisión preventiva en el contexto de criminalidad organizada debe de procesar y considerar el grado de violencia que ha producido en los hechos investigados.

Estando a lo precisado, es de apreciarse que si bien la estructura discrecional expuesta no constituye una contingencia discrecional, al momento de ser evaluado por el Juez, es posible que para otorgar la prisión preventiva solo bastare que la pena sea grave, y que se impute al investigado pertenecer a una organización criminal, puesto que la experiencia demuestra que en la mayoría de los casos, cuando se trata de criminalidad organizada, los operadores sobre los cuales recaen las imputaciones tienden a sustraerse a la justicia durante varios años, toda vez

que, es la misma organización las que los protege y cuida frente a las pesquisas policiales o fiscales.

El nuevo Sistema acusatorio adversarial y garantista, supone la adecuación de un sistema tradicional de poder penal selectivo, violento, arbitrario y excluyente, a uno más garantista al constitucionalizarse, por así decirlo, el proceso penal.

Bertolino (1990) en la obra *La verdad jurídica objetiva,* precisa:

> Entendemos que el proceso penal subordinado a la actividad probatoria busca la denominada verdad jurídica objetiva, que algunos autores la denominan verdad jurídica sustancial, verdad sustancial, verdad material o también verdad objetiva criterios que responden a una concepción sustancialista, en virtud de la cual debe privilegiarse por antonomasia la finalidad del proceso que es la de ponderar el valor de lo real en el proceso. (p.19-20)

Esta tendencia pretende superar lo que se conoce e inculca desde las aulas universitarias, y que tanto daño a hecho al servicio de justicia, por precisamente enfrascarse la discusión entre la verdad formal y la verdad material, ya que como se ha indicado en uno de los párrafos anteriores, el proceso penal persigue la obtención de la verdad de un hecho, esto es la verdad histórica, material o real, lo que no ocurre por ejemplo con el proceso civil donde se persigue la verdad formal a la que se aborda mediante las denominadas ficciones y presunciones.
Esa distinción difiere de lo que verdaderamente ocurre en el proceso, pues tan solo con llegar a la verdad formal muchas veces se ha justificado, que en un proceso civil se declare como verdad una simple apariencia formal, lo que evidentemente produce una distanciación con la realidad y, como consecuencia de ello una ruptura entre el valor justicia y el pronunciamiento judicial a través de la sentencia.

Bajo esa percepción se advierte que ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, por lo tanto la pena, hablando ya dentro del ámbito penal no cumpliría con su finalidad metafísica que es la de obtener una sentencia justa, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar

encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; para de ese modo lograr que la convicción del juzgador no sea una mera consecuencia de una verdad formal, sino por el contrario una certeza objetiva, palmaria, de incuestionable valía, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta, adecuada y sobre todo justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica.

Schmidt (1957) en la investigación *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal,* reporta:

> La observancia de las garantías procesales se verifica a través de la administración de justicia del Estado, especialmente los tribunales. Ahora bien, la realización de esta potestad y la obligación correlativa no puede operarse de cualquier modo, sino que debe sujetarse a la forma judicial, la cual es la forma procesal. De ahí la importancia y sede constitucional de las formas protectoras del proceso penal, entendidas como límites frente a la dolorosa experiencia del ejercicio arbitrario y excesivamente violento de esos poderes. (p.24)

Dicho lo anterior, es de apreciarse que quienes se encargan de impartir justicia en el ámbito del derecho penal tienen que ceñir su conducta aplicativa de forma que se respeten los principios y garantías procesales en todo tipo de proceso para de ese modo obtener una sentencia justa, de modo que dejen de ser postulados abstractos o teóricos para convertirse en realidades de obligado acatamiento.

Las garantías procesales entonces, son las que direccionan toda tipo de actividad punitiva que ejerce el Estado que se traducen en sistemas valorativos que se hayan ubicados en lo más alto de la torre que conforman el cúmulo de normas jurídicas establecidas, en la que reconoce como núcleo central a la persona humana. De tal manera que tales sistemas valorativos son considerados como de nivel superior a la hipotética potestad que tiene el Estado tanto en su ejercicio como en la forma de aplicar un castigo.

3.2. Las garantías procesales

Las garantías procesales se basan en el denominado garantismo procesal que es una corriente filosófica contraria al denominado totalitarismo, y constituyen un mínimo de garantías a favor de las partes procesales que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento, limitando la posibilidad del legislador de afectar esos derechos fundamentales sobre la base de una postura garantista acorde con la realidad constitucional.

Sobre aquella base, una de las garantías vinculadas a la presente investigación es la del debido proceso.

3.2.1. El Debido Proceso

El Derecho a un debido proceso implica que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia dentro de un trámite célere sin dilaciones indebidas, constituyéndose en una garantía por ser una manifestación de uno de los pilares subjetivas con sustento constitucional, inherente a cada persona humana dentro de cualquier contexto procesal penal.

Ingresando en el contexto, debe indicarse que el debido proceso está reconocido en casi todos los documentos de índole internacional, así, el articulado 81° de uno de los instrumentos más relevantes conocida como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos precisa: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, así también, otro de los instrumentos internacionales denominado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 14°. 3 que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”. El Nuevo Código Procesal Penal recoge al debido proceso y la eleva al nivel de garantía, toda vez que, en el artículo 1.1. del título preliminar establece que: “la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”.

Novak (1996) en la investigación *Las Garantías del Debido Proceso*, precisa que "Como se ha apuntado, ésta garantía encuentra dificultades, sin embargo, dicha dificultad, sobre todo se presenta en el momento de su aplicación práctica, puesto que a ese nivel se torna subjetiva, dado que no existen parámetros delimitantes que establezcan "qué es un plazo razonable", dado que no existen baremos para reconocer cuales son los criterios que se deben tomar en cuenta relativos al derecho concreto que tiene todo imputado a ser juzgado "sin dilaciones indebidas" puesto que no se conoce con exactitud ¿cuál es el tiempo adecuado? que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional para considerar un inicio y un final, esto es, ¿cuánto tiempo dura el proceso? (Novak, 1996).

Desde la perspectiva de las dilaciones de tiempo innecesario surge su contraparte, es decir, cual es el tiempo necesario, que debe durar un proceso sin que se afecte el derecho del inculpado dentro del ámbito de protección de las garantías procesales.

Si se recurre a los lineamientos jurídicos, debe tenerse en cuenta que se considerará como plazo razonable si es que la investigación y el proceso se subordina al fijado por la norma, lo que significa que se tiene como punto de referencia sólo un límite extremo de plazo de culminación pero no uno de carácter mínimo, así por ejemplo la investigación preparatoria dura 120 días por lo tanto se considera como razonable siempre y cuando la actividad investigativa no exceda de aquel plazo establecido, por el contrario advirtiendo la posición doctrinaria del no plazo que postula que no debe imponerse un plazo porque deben considerarse: Cuanto dura efectivamente la investigación, así también debe considerarse lo complejo de la investigación, la pluralidad de imputados y de delitos, la dificultad en la adquisición de la prueba, lo grave que resulta el hecho materia de investigación, la posición que adopta el inculpado, es decir de apertura y colaboración a la actividad investigativa o su negativa a ésta, la rapidez o lenidad con que el investigador u juzgador asume el proceso además de otras situaciones que se presentan en el proceso.

El Tribunal Constitucional (2009) en el expediente 3509-2009-PHC/TC caso Chacon reporta:

> (…) Este Colegiado al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del “plazo razonable”, considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter cuasi jurisdiccional por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor, es decir el cómputo del plazo de duración del proceso, data del 28 de noviembre del año 2000. En tal sentido, el presente proceso lleva a la fecha de expedición de la presente sentencia, un total de ocho años, diez meses y veinte días. Seguidamente se procederá a analizar dicho plazo, que prima facie se advierte excesivo, sobre la base de los ya criterios materiales de análisis; a saber: complejidad del asunto, actuación del órgano jurisdiccional, conducta procesal de las partes. En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso (…) (TC, 2009)

En definitiva cuando se habla de un plazo razonable en el sistema procesal penal se entiende a éste como un el plazo total que debe existir entre la etapa que comprenden los actos investigatorios a los que se debe sumar el tiempo que dura en el iter procesal, premisa ésta que ha aceptada por la doctrina según la cual, constituye una de las manifestaciones de los derechos humanos que tiene toda persona humana, razón por la cual, teniendo en cuenta que la prisión preventiva va

ligada al plazo de investigación y fase judicial, no por el hecho de llevar el rotulado de “criminalidad organizada” amerita un plazo lato, desproporcionado y desligado de un plazo razonable.

4. EL PLAZO DE LA PRISIÓN EN EL DELITO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU EQUIVALENCIA CON LA BARRERA PUNITIVA

El plazo de la prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada es de 36 meses prolongables a 12 meses más, esto es que, es similar a la barrera punitiva establecida para suspender la ejecución de la pena en otros delitos.

Sobre la barrera punitiva se ha establecido lo siguiente:

4.1. Barrera Punitiva

No hay un concepto definido de lo que se denomina barrera punitiva empero, se entiende que la pena privativa de libertad en atención a lo establecido por el artículo 29 del Código Penal establece que “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años” (Código Penal, 1991, Art. 29), lo cual predispone el sistema penal al encarcelamiento; sin embargo, ahí es donde aparece la denominada barrera punitiva, es decir, que aun cuando la regla imponga la ejecutabilidad de la pena cuando ésta sea de dos días, para evitar ese sobre encarcelamiento y subsecuente sobre población de los penales aparece el beneficio penitenciario de la suspensión de la ejecución de la pena cuando ésta no supera los cuatro años.

Por ello, se puede afirmar que una barrera punitiva en estricto es el límite fijado por la norma para hacer efectiva la pena privativa de libertad fijada por el órgano jurisdiccional.

En nuestro sistema la barrera punitiva para suspender la ejecución de la pena es de cuatro años, eso significa por un lado que un condenado no va a la cárcel cuando se le impone cuatro años, mientras que a un inculpado por delito de

criminalidad organizada se le impone cuatro años como plazo para asegurar su presencia en juicio cuando aun no se ha declarado su culpabilidad, ello es incongruente, porque muchas veces, en los delitos de criminalidad aun cuando se imponen esos plazos largos de detención preventiva, muchos de ellos al final son absueltos de la acusación fiscal, lo cual activa la posibilidad de demandar en la vía civil por la responsabilidad civil de los jueces y fiscales por haber afectado la libertad, pero más allá de los montos indemnizatorios que se pudieran lograr, se afecta un derecho humano connatural imposible de ser resarcido.

5. MEDIDAS DE COERCION PROCESAL MENOS GRAVOSAS A LA LIBERTAD PERSONAL

La prisión preventiva no es la única medida cautelar que se encuentra en el grupo de medidas de coerción procesal, por lo cual a efecto de analizar que otras medidas de coerción procesal resultarían factibles, resulta necesario estudiar que es una medida de coerción procesal, tras lo cual contrastarlo con las alternativas que igualmente cumplan con la función de asegurar la presencia del acusado en juicio.

5.1. Medidas de coerción procesal

Del Aguila (2013) en la tesis presentada para obtener el título de abogado denominado *Las Medidas de Coerción Procesal en el Nuevo Código Procesal Penal,* reporta:

> La coerción procesal comprende una serie de medidas sobre la persona del inculpado y sus bienes; puede tratarse de la limitación a la libertad ambulatoria o la disponibilidad de ciertas cosas. Estas limitaciones. pueden alcanzar derechos fundamentales, porque estos derechos no son absolutos, existen restricciones ordinarias, impuestas por orden público bienestar general y seguridad del Estado. En términos generales, las medidas cautelares son consideradas medidas que tienden a asegurar los fines del proceso en la especialidad que fuere (civil, laboral, penal, administrativo, etc.). (p.7)

Calderón (2010) en el *Balotario Desarrollado para examen CNM* citando a Víctor Cubas Villanueva, refiere que:

> Las medidas coercitivas son medios de naturaleza provisional para asegurar los fines del proceso penal, su duración está en función del peligro procesal y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa como en los casos de detención o en forma de apercibimiento. (p.330)

Como en toda institución jurídica, su existencia no se encuentra desvinculada de un sistema normativo a priori que lo sustenta, por ello a continuación de desarrollan los diversos modelos de coerción de los sistemas jurídicos.

5.2. Modelos de coerción procesal penal

Teniendo en cuenta las diversas realidades y sus sistemas normativos, los diversos modelos que han surgido en cuento a la adopción y aplicación de las medidas de coerción procesal, dependen en muchos casos de la relevancia que le han otorgado tanto los órganos jurisdiccionales como los legisladores a los derechos de libertad individual o de la seguridad o tranquilidad pública, partiendo de tal hecho, se pueden identificar tres modelos claramente redefinidos, como son: el garantista, el eficientista y el preventivista radical.

5.2.1. Modelo Garantista

Como su propio nombre lo sugiere, es un modelo que también adopta el nombre de modelo liberal, donde se propone que todo ejercicio del poder penal, sea en los contextos o manifestaciones que se produzca, debe contener circunscripciones limitativas.

Binder (1997), precisa que, éste modelo tiene como principal característica la de adoptar decisiones con carácter auto limitativas que se construyen sobre la base de un principio fundamental denominado de legalidad complementado con otro denominado principio de certidumbre, lo que en concreto significa que todo ejercicio

político criminal debe desarrollarse dentro de una ámbito racional y sobre todo limitado.

Ferrajoli (1989) en la obra *Derecho y razón*, reporta lo siguiente:

> (…) éste constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. (p.852)

El modelo garantista o denominado “Garantismo” supone basarse en un sistema de normas jurídicas que desde la perspectiva de la política criminal constituye un instrumento técnico dirigido a reducir los índices de violencia dando prioridad a la libertad que la erige como una de sus principales manifestaciones, mientras que en el contexto jurídico el “Garantismo implica un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.” (Ferrajoli, 1989, p.852).

Por ende se acuña la denominación "garantista" a todo aquel sistema procesal penal que se subordina y adecúa su sistema de normas a tal forma de priorizar la libertad por sobre todo y lo hace de forma efectiva. Por ello, uno de los ejemplos jurídicos de relevancia internacional se encuentra en la denominada “Convención Americana de Derechos. Humanos y en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran una serie de garantías procesales que constituyen a su vez el marco más importante de límites al ejercicio del poder penal.” (Del Aguila, 2013, p.13)

Del Aguila (2013) respecto al sistema garantista concluye:

> En resumen, él modelo garantista se basa en la idea de que el ejercicio del poder Penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Constituye un parámetro dé racionalidad. de justicia y de

> legitimidad de la intervención punitiva. En lo que a coerción personal respecta, el modelo garantista se caracteriza por: (…) **a)** Reconocer la supremacía del derecho a la libertad; (…) **b)** Propugnar medidas alternativas a la prisión provisional; (…) **c)** Afirmar que ésta tiene únicamente fines procesales, que sólo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume; y, (…) **d)** Sostener que la potestad persecutoria es limitada. (p.14)

5.2.2. Modelo Eficientista

Con relación a este modelo se dice que es uno de índole autoritativo donde la característica principal es la de priorizar el principio de autoridad frente al de la libertad personal, con lo cual se asientan las bases para sobredimensionar las potestades del sistema frente a los actos desarrollados por las organizaciones criminales.

En este tipo de modelo, se produce lo contrario al garantista, puesto que por constituir un sistema de corte autoritario, se dejan de lado derechos constitucionalmente reconocidos como lo es un derecho tan fundamental a la libertad, que en este caso se diluye y se aplica solo en casos de carácter excepcional, esto es, contrario al respeto a la libertad (Del Aguila, 2013).

Del Aguila (2013) reporta:

> Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o políticas coyunturales los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta (decisionismo) por medidas que no sólo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento. Este modelo se caracteriza por lo siguiente: **a)** Una inversión de valores, pues la libertad pasa a ser la excepción, y la detención preventiva se convierte en anticipo de pena; **b)** Una instrumentalización de los operadores del derecho, ya que en este modelo los jueces abandonan su tradicional e imperativo deber de garantizar la defensa de los derechos fundamentales y asumen una

función persecutoria y parcializada, ajena a su función suprapartes; **c)** Una preocupante carencia de coherencia intrasistémica, pues resulta altamente probable que un determinado modelo penal de emergencia se dé en el marco de una Constitución con una sólida y elocuente declaración de principios, con la obligada referencia a los tratados internacionales, los mismos que proclaman la libertad como regla y la excepcionalidad de la detención; **d)** Al hacer referencia a la legislación de segundo orden (códigos, leyes especiales, etc.) encontramos que ésta modifica y subvierte en la práctica la política criminal principista contenida en la Constitución, con la consiguiente aplicación de la detención como una práctica regular. De modo que no sólo encontramos una falta de coherencia intrasistémica en el sistema penal, sino además una legislación abiertamente inconstitucional; **e)** El desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en un modelo Eficientista se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no sólo por los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía; **f)** El fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación; **g)** La contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al incriminado y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad; **h)** La flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales dé la inseguridad ciudadana. (p. 14)

5.2.3. Modelo preventivista radical

Este tipo de modelo muestra como una de las características principales el que buscan la seguridad cobre cualquier otro derecho, por ello como su propio nombre lo sugiere, trata de todas formas de evitar que se produzca un delito, ello bajo la perspectiva de que si se corta la proyección de un delito, esta debe producirse en su fase temprana, con lo cual se evita toda posibilidad de preparación (Del Aguila, 2013).

Uno de los ejemplos más representativos que muestra este tipo de modelos es la implementación de medidas extremadamente duras frente a los actos de criminalidad, como ocurre en algunos casos en los contextos del terrorismo internacional. Cabe mencionar que este tipo de modelos resulta peligroso a la libertad individual por cuanto existe una tolerancia cero frente, situación que es fácil de ser adoptada por gobiernos cuyas instituciones no si fuertes, por lo general, este tipo de modelos prolifera en sociedades donde pululan las desigualdades, además en las que surgen convulsiones sociales con demasiada frecuencia.

Lo dicho anteriormente ya ha ocurrido en el Perú, puesto que tal ha quedado concretizado con la denominada emergencia penal, cuyo contexto teórico esta ligado a otros de igual preocupación, como lo son momentos de crisis concurrentes, que promueven momento de inestabilidad social.

Según algunos doctrinarios político criminales, el modelo de emergencia surge como una respuesta directa e inmediata a un hecho social cuya concurrencia es imprevisto pero que debido a su relevancia social causa una gran sobresalto a la tranquilidad pública, lo que subsecuentemente produce un elevado nivel de inseguridad pública.

Queda claro que en el proceso penal se manifiesta el modelo de emergencia cuando hace prevalecer los intereses ligados a un orden de índole público convergente a la seguridad de todos los ciudadanos en clara oposición al uno de los valores conmensurables que es el derecho a la libertad individual.

Con relación al modelo asumido por el sistema normativo peruano Del Aguila (2013) reporta siguiente:

> El artículo 1 de la constitución reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, él artículo 2 inciso 24 que reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales el artículo 2 inciso- 24 literal "e" establece la presunción de inocencia. el artículo 43 que configura la calidad de Estado democrático, así como el artículo 44 que establece como deber

primordial del Estado el respeto de los derechos y la seguridad y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte, diremos que el nuestro es un modelo garantista, en tanto está acorde a los postulados que éste exige; sin embargo la legislación de segundo orden (por ejemplo algunas disposiciones de represión al terrorismo y corrupción de funcionarlos) y la jurisprudencia emitida por ·algunos órganos Jurisdiccionales (por ejemplo aquellos casos de prolongación excesiva de la prisión que de forma preventiva se dicte o de lo contrario, o en su defecto, de la detención ordenada en los domicilios del investigado) permiten convertir al denominado modelo constitucional en uno de índole mixto perdiendo en su esencia su carácter de subordinación a la constitución. (p. 15)

El tema de complica debido a que no existe uniformidad de criterios, debido a que éstos son dispares incluso en un mismo sistema de aplicación territorial, confusión que no solo se genera entre los operadores jurisdiccionales sino también entre los propios entes de legislación (congreso), doctrinarios y la sociedad en su conjunto que en algunos casos se resisten a los cambios, tal como ocurre contextualmente en toda la nación, debido a que en cuanto al proceso penal existen tres cuerpos normativos, uno es el Código de Procedimientos Penales que fue publicado en el año 1939 entrando en vigencia al año siguiente, luego, también se encuentra vigente en algunas partes del país el Código Procesal Penal de 1991 y en otros el Código Procesal Penal de 2004 de corte acusatorio adversarial, sucediendo lo propio con la figura de la coerción personal que se pueda requerir en los distintos sistemas antes mencionados, sobre todo en contextos donde primen las normas que perfilan la formas en que dicha coerción se materialice (Ley Nº 27379 "Ley de procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares y la ley Nº 27934 Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito").

El Código Procesal Penal vigente en la mayoría del territorio nacional a excepción de algunos distritos judiciales especialmente en la ciudad de Lima

contiene en su mayoría un catálogo de diversas medidas de coerción personal entre ellas:

a.- La Detención. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 259º - 267º)

b.- Prisión Preventiva. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 268º al artículo 285º).

c.- La Comparecencia. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 286º - 292 º).

d.- La Internación Preventiva. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 293º - 294º).

e.- El impedimento de Salida. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 295º - 296º).

f.- La Suspensión Preventiva de Derechos. (Código Procesal Penal, 2004, artículo 297° al artículo 30-1º).

6. LOS GRILLETES ELECTRÓNICOS

Una de las novedades que ha traído la tecnología es que se puede acceder a medios de control electrónicos personal, así lo refiere el portal web Lampadia (2016) en el artículo *Por fin se aplicarán los grilletes electrónicos en el Perú,* cuando reporta:

> De conformidad con la Ley N° 29499, su modificatoria mediante Decreto legislativo N° 1229 y reglamentos, pueden acceder tanto procesados como condenados. En el primer supuesto, se exige que el delito que se le imputa no tenga una pena privativa de libertad mayor a ocho años; para el caso de los condenados, que la pena impuesta no sea mayor a ocho años. (Lampadia, 2016)

La norma en su contexto aplicativo reporta que tal beneficio penitenciario extramuros, solo es aplicable a que aquellos que tengan la condición de reos primarios, más no es para los que tiene la condición de reos “reincidentes o habituales”; a su vez, excluye a los condenados por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud como lo es el delito de lesiones graves, así también cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad o en los casos de violencia familiar; crimen organizado; o delitos de violación sexual.

Por lo demás, el dispositivo legal precisa que existen niveles de prioridad, es decir que prevalecerá su aplicación cuando se trate de condenados que tienen mas de 65 años, también están catalogados en el mismo grado de prioridad todos aquellos que presenten enfermedades graves, a los que se suman las mujeres en estado de gestación, como también aquellos que padezcan de algún tipo de discapacidad física con la condición de permanente o siendo la madre o padre que sea considerado materialmente como jefe de familia.

El control a través del grillete electrónico surge como una posibilidad de evitar el hacinamiento en los penales.

Según reportes del INPE, en las cárceles peruanas, existe una sobrepoblación del 132% (El Comercio, 2019).

Con relación a los grilletes electrónicos tenemos el siguiente marco normativo:

El artículo 3° del Decreto Legislativo 1322 - Decreto legislativo que regula la vigilancia electrónica personal, reporta que: “La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos” (Decreto Legislativo 1322, 2017, Art. 3°).

Según la norma en comento la vigilancia electrónica se aplica en los siguientes casos:

> **a)** Para el caso de procesados, la vigilancia electrónica personal es una alternativa de restricción de la comparecencia que será dispuesta por el juez a petición de parte como alternativa a la prisión preventiva o variación de la misma, a fin de garantizar la permanencia de los mismos en el proceso; **b)** Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de libertad efectiva, que será dispuesta

por el juez a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado; **c)** Para el caso de condenados que obtengan los beneficios penitenciarios de semi libertad o liberación condicional, la vigilancia electrónica personal es un mecanismo de monitoreo que será impuesta por el juez, a solicitud de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado; **d)** En cualquiera de estos casos, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es la entidad encargada de implementar y ejecutar la vigilancia electrónica personal, la cual se aplicará en forma progresiva y según las condiciones técnicas en el ámbito y territorio que señale el calendario oficial. Asimismo, el INPE realiza un seguimiento continuo sobre el cumplimiento del mecanismo de control, debiendo reportar al juez o al Ministerio Público sobre sus resultados, según corresponda, en caso se adviertan violaciones a las condiciones impuestas, a fin de adoptar las correspondientes acciones, según lo que se detalle en el reglamento del presente Decreto Legislativo. Se aplica a los procesados y condenados que, además de cumplir con los requisitos previstos para su imposición, no se encuentren previstos en una de las causales de improcedencia previstos en el literal c) y d) del numeral 5.1 del artículo 5. (Decreto Legislativo 1322, 2017, Art. 3°).

Están excluidos los procesados y condenados por los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121, 121-B, 152, 153, 153-A, 170 al 174,176-A,177, 200, 279, 279-A, 279-B, 279-F, 296 al 297, 307, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 325 al 333, 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401 del Código Penal; por los delitos cometidos como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley N° 30077; por los delitos tipificados en el Decreto Ley N° 25475 y sus modificatorias. (Decreto Legislativo 1322, 2017, Art. 3°).

Tampoco procede para aquellos que tengan la condición de reincidentes o habituales; o cuando su internamiento sea consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la

ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena. (Decreto Legislativo 1322, 2017, Art. 3°).

De lo anteriormente glosado se evidencia que el expresado artículo no tiene aplicación de índole general, puesto que establece criterios de exclusión, entre los cuales considera que no pueden acceder a dicho control electrónico ni los condenados como tampoco aquellos que se hallen sometido a proceso penal donde se imputen los delitos de parricidio, en aquellos delitos de homicidio, también los de feminicidio, tampoco se consideran a aquellos que han cometido delito homicidio por mediar sicariato o por haber conspirado tanto para cometer otro delito o promoverlo, asimismo se comprende como excluidos a quienes solicitan o actúan como intermediarios.
Otro grupo de los excluidos, son aquellos que han incurrido en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud además de los que causan lesiones graves cuando medie violencia familiar.

También se les excluye a quienes hayan incurrido en secuestro y delitos conexos a tal como ocurre con los delitos de trata de personas sobre todo en forma agravada, tampoco se les considera dentro del ámbito del beneficio a los procesados y condenados por delito de violación sexual en las modalidades delictivas de violación sexual a menores de edad, así como a personas indefensas o en incapacidad para resistirse, sobre todos si a consecuencia de la comisión de aquel delito se han producido en las víctimas lesiones graves o como consecuencia del latrocinio se ha producido la muerte.

Otro grupo de excluidos con el control de vigilancia electrónica son aquellos investigados que incurren en delito de actos contra el pudor en menores sobre todo en forma agravada, también se les excluye a quienes han actuados en actos extorsivos, además que quienes fabrican, suministran, o tienen insumos peligrosos que son utilizados de forma ilegal para producir armas químicas.

No pueden acceder al control de vigilancia electrónica aquellos que han cometido delito de tráfico ilícito de drogas, tampoco los que lo comercialización

y cultivan hierbas que causan alucinaciones además que aquellos que trafican los insumos químicos que son materia de fiscalización en su forma agravada.

Otro de los que no pueden acceder al control de vigilancia personal son todos aquellos que han incurrido en los delitos de tráfico ilegal de residuos peligrosos, criminalidad organizada además de los delitos conexos como son el delito de marcaje, así como el de reglaje.

Como se puede observar, el glosario de los delitos que se encuentran con criterios de exclusión son graves, tanto así como el delito de genocidio, los hechos que tengan intima vinculación con la desaparición forzada, por otro lado, tampoco se considera a aquellos condenados o procesados por el delito de atentado contra la integridad física e inteligencia de índole desleal con cualquier Estado extranjero, tampoco se considera a aquellos que hayan incurrido en revelación de los secretos nacionales, tampoco a los que incurrieron en espionaje, favorecimiento bélico, provocación pública a la desobediencia militar.

Tampoco se consideran a los que hayan cometido delitos contra la administración pública como el delito de concusión y cobros indebidos; además de los delitos de peculado doloso y culposo, los de malversación de fondos.

Por último, tampoco pueden acceder a la vigilancia electrónica los que cometieron o se encuentren en proceso penal por los delitos de cohecho pasivo propio, considerándose incluidos a quienes han cometido soborno y cohecho internacional pasivo, tampoco están considerados los que cometieron cohecho pasivo impropio, menos los que incurren en delito de cohecho pasivo específico, excluyéndose también a los que se encuentren procesados o condenados por los delitos de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, tampoco se les considera a los que cometieron o estén afrontando un proceso relativo a los delitos de cohecho activo trasnacional, cohecho activo específico, tampoco los que cometieron o se hallen bajo imputación penal de haber incurrido en delito de negociación

incompatible u aprovechamiento indebido de cargo, delito de tráfico de influencias y como corolario, delito de enriquecimiento ilícito.

De lo anteriormente detallado resulta evidente que la aplicación de los grilletes no es para todos los delitos, porque excluye a los de mayor lesividad, por lo cual, estando a la normatividad vigente, resulta imposible aplicar a los delitos de criminalidad organizada, resultando palmario que es aplicado para los sentenciados, esto es, si existe un política de evitar el hacinamiento en los penales, como es que para los sospechosos se les aplique prisión cuando existen otras medidas alternativas menos gravosas a la libertad que bien cumplen la funcionalidad de asegurar la presencia del acusado en juicio, además que dicho medio tecnológico permite monitorearlo para evitar así, que pueda entorpecer la labor de investigación o que influya en la declaración de sus coimputados o testigos de cargo.

CAPITULO III: MARCO EMPÍRICO

1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Con la finalidad de analizar y su posterior discusión de los datos obtenidos de las encuestas aplicadas a la población que estuvo compuesta por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal, se procedió a plasmar la información en cuadros estadísticos.

1.1. Tabulación de datos como consecuencia de aplicación del instrumento u unidad de análisis – encuesta

Tabla 1

Percepción de la prisión preventiva

“La prisión preventiva es la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena.”

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo (TD)	1	1,3	1,3	1,3
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	2	2,6	2,6	3,9
	De acuerdo (A)	19	25,0	25,0	28,9
	Totalmente de acuerdo (DA)	54	71,1	71,1	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta es la prisión preventiva la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena el 1.30% señaló esta totalmente en desacuerdo, el 2.60% indicó que esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 25.00% respondió que esta de acuerdo, mientras que 71.10% respondió que esta totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

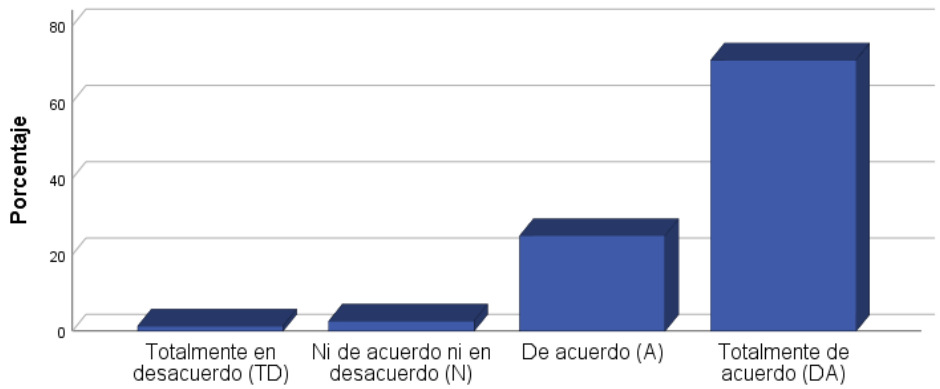

Figura 1: *Percepción de la prisión preventiva.*

Tabla 2

Prisión preventiva y su concordancia con el principio de proporcionalidad

La aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe

optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	8	10,5	10,5	10,5
	De acuerdo (A)	1	1,3	1,3	11,8
	Totalmente de acuerdo (DA)	67	88,2	88,2	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si la aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley, el 10.50% respondió que esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 1.30% señaló que está de acuerdo, mientras que el 88.20% respondió que está totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

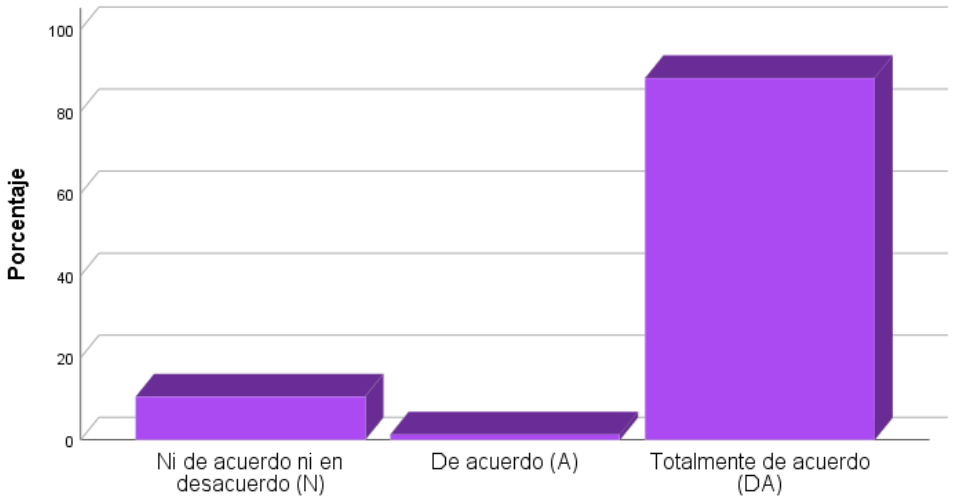

Figura 2: *Prisión preventiva y su concordancia con el principio de proporcionalidad*

Tabla 3

Plazo de la prisión preventiva

El plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada debe ser similar al de cuatro años que constituye una barrera punitiva para suspender la ejecución de pena en otros delitos.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo (TD)	48	63,2	63,2	63,2
	En desacuerdo (D)	26	34,2	34,2	97,4
	De acuerdo (A)	1	1,3	1,3	98,7
	Totalmente de acuerdo (DA)	1	1,3	1,3	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor.

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si el plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada debe ser similar al de cuatro años que constituye una barrera punitiva para suspender la ejecución de pena en otros delitos, el 63.20% respondió que esta totalmente en desacuerdo, el 34.20% indicó que esta en desacuerdo, mientras que el 1.30% respondió que esta de acuerdo y por último, similar porcentaje ascendente al 1.30% indicó que esta totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

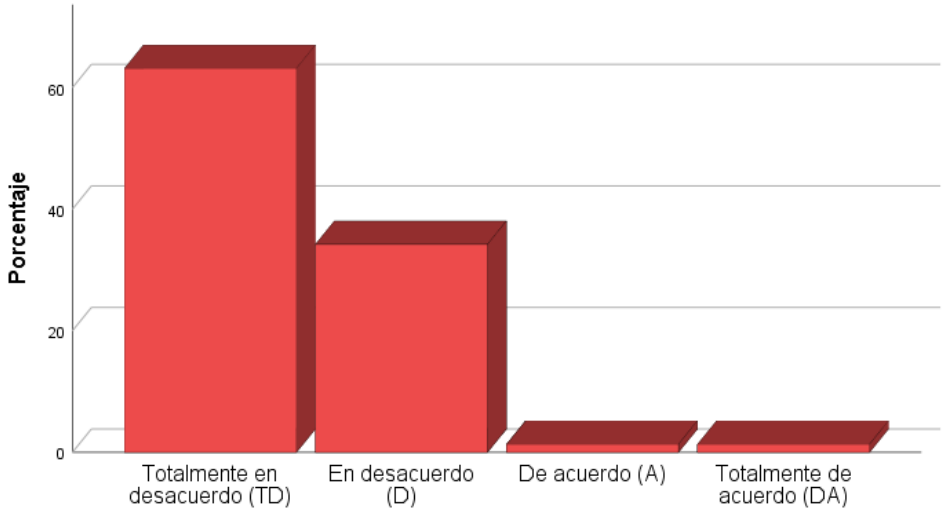

Figura 3: *Plazo de prisión preventiva.*

Tabla 4

Percepción de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	2	2,6	2,6	2,6
	De acuerdo (A)	3	3,9	3,9	6,6
	Totalmente de acuerdo (DA)	71	93,4	93,4	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si la presunción de inocencia tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado, el 2.60% respondió que esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, a su vez, el 3.90% indicó que esta de acuerdo, mientras que el 93.40% precisó que esta totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

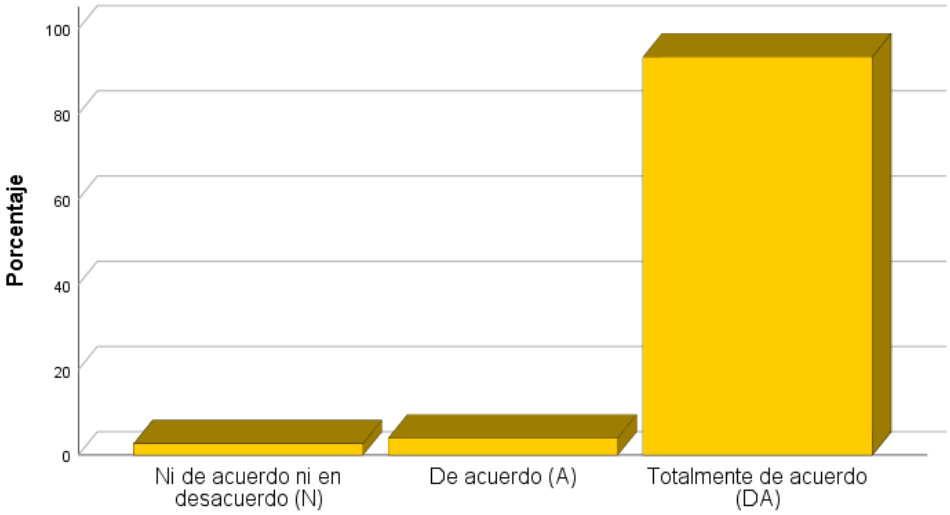

Figura 4: *Percepción de la presunción de inocencia*

Tabla 5

Limitación del Estado para restringir la libertad

La obligación del Estado es la de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	De acuerdo (A)	9	11,8	11,8	11,8
	Totalmente de acuerdo (DA)	67	88,2	88,2	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor.

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si la obligación del Estado es la de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, el 11.80%

respondió que esta de acuerdo, mientras que el 88.20% precisó que esta totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

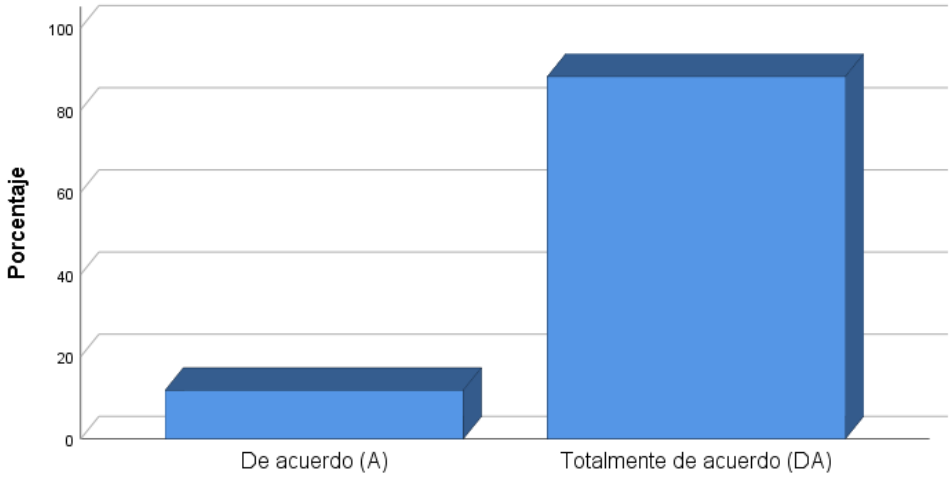

Figura 5: *Limitación del Estado para restringir la libertad*

Tabla 6

Percepción de la vigilancia electrónica

La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	1	1,3	1,3	1,3
	De acuerdo (A)	4	5,3	5,3	6,6
	Totalmente de acuerdo (DA)	71	93,4	93,4	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor.

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si la vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia

el domicilio o lugar que señalen estos, el 1.30% respondió que esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 5.30% indicó que de acuerdo, mientras que el 93.40% respondió que esta totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

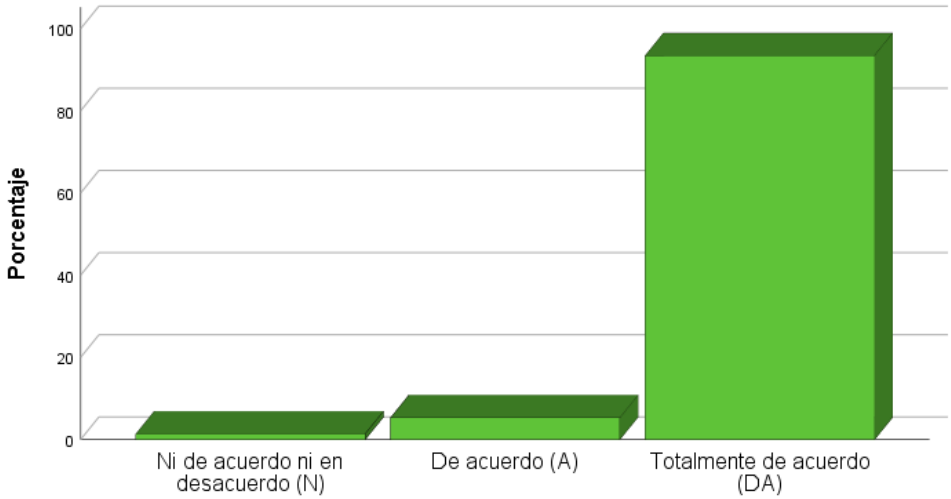

Figura 6: *Percepción de la vigilancia electrónica.*

Tabla 7

La función del grillete electrónico en el proceso penal

Considera que el grillete electrónico cumple la misma función de control en el imputado y asegura su presencia en juicio además de evitar que esta impida el desarrollo de las investigaciones y que eluda la justicia

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	9	11,8	11,8	11,8
	De acuerdo (A)	7	9,2	9,2	21,1
	Totalmente de acuerdo (DA)	60	78,9	78,9	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor.

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la pregunta sobre si considera que el grillete electrónico cumple la misma función de

control en el imputado y asegura su presencia en juicio además de evitar que esta impida el desarrollo de las investigaciones y que eluda la justicia, el 11.80% respondió que esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 9.20% señaló que esta de acuerdo, mientras que el 78.90% respondió que está totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se precisa a continuación:

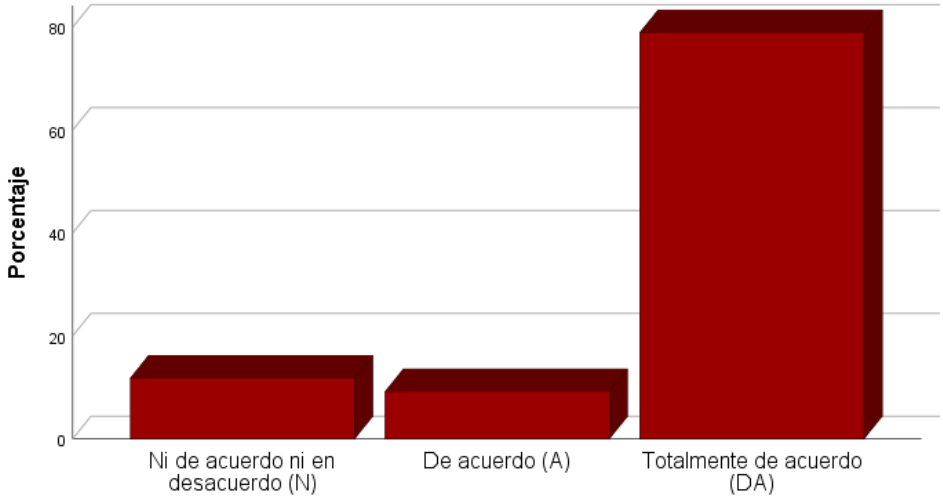

Figura 7: *La función del grillete electrónico en el proceso penal*

Tabla 8

Viabilidad del grillete electrónico en el sistema procesal penal

Es viable la aplicación del grillete electrónico como medida de coerción procesal menos gravosa alternativa al de prisión preventiva

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	4	5,3	5,3	5,3
	De acuerdo (A)	17	22,4	22,4	27,6
	Totalmente de acuerdo (DA)	55	72,4	72,4	100,0
	Total	**76**	**100,0**	**100,0**	

Fuente propia del autor.

Interpretación: Del total de la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de Criminalidad Organizada y 50 abogados especialistas en derecho penal, ante la

pregunta sobre si es viable la aplicación del grillete electrónico como medida de coerción procesal menos gravosa alternativa al de prisión preventiva, el 5.30% señalo esta ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 22.40% respondió que esta de acuerdo, mientras que el 72.40% indicó que está totalmente de acuerdo, lo cual queda graficado en la figura que se detalla a continuación:

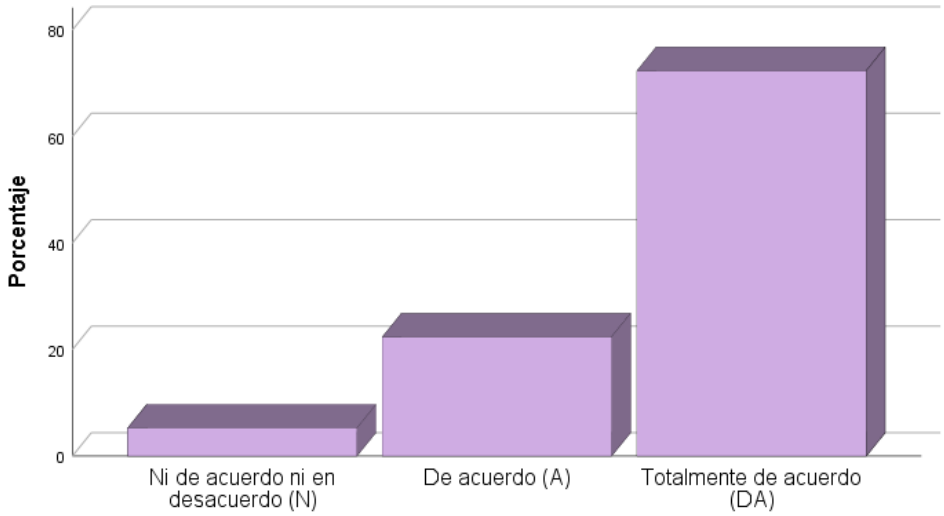

Figura 8: *Viabilidad del grillete electrónico en el sistema procesal penal.*

2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS ESTADISTICOS y DE RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES

2.1. Resultados estadísticos

Como se mencionará en la parte correspondiente al Marco Metodológico, la investigación tuvo como referente territorial, esto es, el ámbito geográfico en el cual se desarrolló, al Distrito Judicial de Lambayeque, especialmente en la ciudad de Chiclayo.

La aplicación de la encuesta a la población dio como resultado lo siguiente:

En la tabla No 1 denominada *Percepción de la prisión preventiva* referida a los alcances que tiene la población encuestada constituida por magistrados de los 17 Juzgados penales de la ciudad de Chiclayo, 09 Fiscales Especializados de

Criminalidad Organizada, y 50 abogados especialistas en derecho penal sobre la prisión preventiva en cuanto se considera esta como la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución, así como se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena, la posición mayoritaria conformada por el 71.10% respondió que esta totalmente de acuerdo.

A su vez, en la tabla 2 titulada *Prisión preventiva y su concordancia con el principio de proporcionalidad,* referida a si la aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley, la posición mayoritaria conformada por el 88.20% respondió que está totalmente de acuerdo.

En la tabla 3 titulada *Plazo de la prisión preventiva* se grafica la posición de la población encuestada respecto a considerar que el plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada debe ser similar al de cuatro años que constituye una barrera punitiva para suspender la ejecución de pena en otros delitos, la población mayoritaria conformada por el 63.20% respondió que está totalmente en desacuerdo.

Con relación a la presunción de inocencia, es de advertirse en la tabla 4 denominada *Percepción de la presunción de inocencia* que ante la pregunta sobre si la presunción de inocencia tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado, la posición mayoritaria conformada por el 93.40% considera que está totalmente de acuerdo.

En la tabla 5 titulada *Limitación del Estado para restringir la libertad* se ha graficado los resultados estadísticos relacionados a considerar que la obligación del Estado es la de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva

es una medida cautelar, no punitiva, la posición mayoritaria conformada por el 88.20% precisó que está totalmente de acuerdo.

En la tabla 6 denominada *Percepción de la vigilancia electrónica* se grafican los resultados estadísticos referidos a considerar a la vigilancia electrónica personal como un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos, la posición mayoritaria constituida por el 93.40% respondió que esta totalmente de acuerdo.

En la tabla 7 denominada *La función del grillete electrónico en el proceso penal* se grafican los resultados referidos a considerar que el grillete electrónico cumple la misma función de control en el imputado y asegura su presencia en juicio además de evitar que esta impida el desarrollo de las investigaciones y que eluda la justicia, en la que la posición mayoritaria conformada por el 78.90% respondió que está totalmente de acuerdo.

En la tabla 8 titulada *Viabilidad del grillete electrónico en el sistema procesal penal* referida a considerar viable la aplicación del grillete electrónico como medida de coerción procesal menos gravosa alternativa al de prisión preventiva, la posición mayoritaria conformada por el 72.40% indicó que está totalmente de acuerdo.

2.2. Análisis de resoluciones judiciales relevantes referidas a la prisión preventiva y el plazo por delito de criminalidad organizada

2.2.1. Expediente 5972-2016-53-1706-JR-PE

Imputado : Alexander Siesquén Sampen y otros.
Delito : delitos de sicariato, organización criminal, marcaje y reglaje.
Agraviado : Luis Roberto Cieza Herrera y otros.

Se considera al presente expediente debido a que si bien se inicia en el año 2016, resulta relevante para la investigación debido a que con fecha Resolución 11 de

fecha 28 de junio de 2017 (período que si es considerado para la investigación) se resuelve lo concerniente a la prisión preventiva.

En dicho proceso se imputa a ser autor de los delitos imputados, por lo cual se le impuso 18 meses de prisión preventiva, notándose desde ahí que, no es necesario imponer hasta cuatro por dicha medida, empero yendo al análisis recaído en el expresado expediente se advierte lo siguiente:

Luego de haberse declarado fundado el pedido de prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público e impuesta la medida, el imputado Alexander Siesquén Sampen solicitó la sustitución de ésta por la detención domiciliaria por tener incapacidad. Sobre la detención domiciliaria se puede asentir que el artículo 290 en su numeral 1 del Código Procesal Penal señala: “1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado: a) Es mayor de 65 años de edad; b) Adolece de una enfermedad grave o incurable; c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; d) Es una madre gestante.”, lo que viene a la mente es que, aun cuando “corresponda” la prisión preventiva, es decir que aun cuando se presenten los presupuestos inalterables, si se produce una circunstancia comprendida entre los numerales a), b), c) o d) o entre ellas concurran, lo que corresponde es la detención domiciliaria, ahora bien, lo establecido en el numeral 8 del artículo 290 del Código Procesal Penal que señala lo siguiente: “Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez -previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.” Es decir que la sustitución a detención domiciliaria contiene una posibilidad latente de revertirse a prisión preventiva porque simplemente los presupuestos a criterio del juzgado están latentes, sin embargo, que es lo que hacen los órganos jurisdiccionales.

Lo relevante del presente proceso es que al momento de resolver el pedido de sustitución, el órgano jurisdiccional reporta que:

> ""(...) que el inciso 2) de la norma acotada prevé que la medida de detención domiciliaria está condicionada a la superación del peligro

procesal en sus vertientes de obstaculización y de fuga, esto es que pueda evitarse razonablemente con su imposición, siendo así y advirtiéndose que el recurrente no ha procedido en primer lugar a indicar de qué manera se estaría por cumplido este presupuesto, ni tampoco habría aportado material sustentatorio suficiente de tal situación, de lo que se colige que existe ausencia de justificación material de su imposición.

4.- Que, a mayor abundamiento, en el presente caso, el supuesto peligro procesal ha sido debidamente analizado al momento de examinarse el requerimiento de Prisión Preventiva formulado, y ha sido objeto de confirmación en la instancia superior, no habiendo hasta la fecha aportado argumentos ni elementos de convicción suficientes que permita suponer la superación de tales presupuestos procesales; y si bien es cierto adjunta a su escrito, recibos de servicios públicos y una declaración jurada efectuada por sus padres, con los que pretende acreditar un cierto arraigo domiciliario y familiar, también lo es que, uno de los delitos que se le atribuye al investigado Alexander Siesquen Sampén, es el de Sicariato, previsto y sancionado en el artículo 108-C tercer párrafo, incisos 2 y 3 del Código Penal, el cual se encuentra conminado con la pena de cadena perpetua, por lo que se mantiene latente el peligro de fuga y obstaculización, teniendo en a la gravedad de la pena que se esperaría como resultado del procedimiento, siendo que, como ya se indicó en la audiencia de prisión preventiva, la presencia de algún arraigo (criterio no taxativo) no descarta a priori la imposición de dicha medida, tal como así lo ha establecido la Circular sobre Prisión Preventiva (Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ) criterio que también ha sido acogido por la Casación N° 626-2013 Moquegua en su fundamento trigésimo noveno, Casación establecida como doctrina jurisprudencial vinculante."

De lo apuntado se colige que los órganos jurisdiccionales so pretexto de la gravedad de la pena que encierra la comisión de delitos tan graves, imponen

prisiones preventivas sin tomar en cuenta que hasta ese momento no se esta ante un adelanto de pena, sino ante una medida cautelar, es decir para nada se considera ni se analiza la presunción de inocencia que a ese nivel no ha sido quebrantada, por lo tanto, resulta necesario una revisión seria de las imposiciones de medidas de prisión, puesto que aun cuando la detención domiciliaria es una medida de coerción procesal absolutamente válida, se insiste en imponer medida de coerción procesal intra muros penitenciarios, aun cuando se den los supuestos para que ésta se imponga con carácter extramuros penitenciarios.

Ante la infructuosa posibilidad de sustitución de prisión preventiva por la de detención domiciliaria, el imputado interpuso un habeas corpus contra la decisión judicial, logrando que la misma se declare nula mediante sentencia del 26 de Julio de 2018 emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente 345-2018-PHC/TC en la que precisa lo siguiente:

> Lo que corresponde más bien, desde la perspectiva de este Tribunal, es declarar fundada en parte la demanda planteada y ordenar que el Juzgado demandado vuelva a emitir resolución debidamente motivada respecto de la solicitud presentada por la por la defensa técnica del recurrente, que buscaba variar la medida de prisión preventiva por la de arresto domiciliario. En esta labor, es necesario mencionar que la justicia penal ordinaria debe tomar en consideración también la especial situación en la que se encuentra el demandante, dado que se trata de una persona con discapacidad física, que además tiene ceguera y que padece de múltiples enfermedades que vienen deteriorando progresivamente su salud.
> 33. En este punto es pertinente señalar que, respecto de las personas pertenecientes a grupos en situación de especial riesgo —como en este caso una persona con discapacidad— el Estado debe adoptar medidas especiales que contemplen un enfoque diferenciado, que implica considerar las condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo a actos de violencia y discriminación en contextos de prisión preventiva. En ese sentido, se ha dicho que los Estados deben orientar sus políticas en materia de

> prisión preventiva respecto a las personas pertenecientes a grupos en situación de riesgo, a fin de garantizar
> de forma plena su seguridad cuando se encuentren bajo este régimen, y de reducir el sometimiento a prisión preventiva mediante la utilización prioritaria de la aplicación de medidas alternativas [Cfr. CIDH. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. Esto, qué duda cabe, también resulta atendible en contextos en los que está de por medio no solo la seguridad de la persona, sino también su estado de salud.

Al respecto cabe mencionar que la necesidad de protección de la salud, como parte de la obligación del Estado de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, se incrementa respecto de una persona que padece enfermedades graves o crónicas cuando su salud se puede deteriorar de manera progresiva. Bajo el principio de no discriminación según el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esta obligación adquiere particular relevancia respecto de las personas privadas de libertad. Esta obligación puede verse condicionada, acentuada o especificada según el tipo de enfermedad, particularmente si ésta tiene carácter terminal o, aún si no lo tiene per se, si puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por las condiciones de detención o por las capacidades reales de atención en salud del establecimiento carcelario o de las autoridades encargadas. Esta obligación recae en las autoridades penitenciarias y, eventual e indirectamente, en las autoridades judiciales que, de oficio o a solicitud del interesado, deban ejercer un control judicial de las garantías para las personas privadas de libertad.

No obstante, apuntado lo que se indica líneas precedentes, resulta necesario afirmar que si bien, la gravedad de ciertos delitos requiere una respuesta idónea del parte del Estado, ésta de ninguna manera puede afectar principios constitucionales como son el del derecho a la presunción de inocencia como el de discriminación.

2.2.2. Expediente 09199-2018-0-1706-JR-PE-08 (9204-2018; 9210-2018)

Imputado : Edwin Oviedo Pichotito y otros.
Delito : organización criminal y homicidio calificado.
Agraviado : Manuel Rimarachin Cascos

La Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque imputa al investigado haber sido parte de la organización criminal enquistada en la ciudad de Tumán, imputando que el Edwin Oviedo habría ordenado el homicidio de Manuel Ramarachin Cascos como uno de los pasos para obtener la administración de la empresa Agroindustrial Tumán.

La tesis fiscal reporta que Oviedo ordenó matar a Manuel Rimarachín Gascos (42) y Percy Waldemar Farro Witte (41) debido a que ambos dirigentes de la azucarera Tumán ordenaban protestas en su contra y entorpecían su gestión mientras estuvo al frente de la empresa agroindustrial.

Los hechos son los siguientes:

En el caso de Rimarachín, se indica que fue asesinado de tres disparos a las 5:30 a.m. del 11 de octubre de 2012, mientras que **en el caso de Percy Farro**, se imputa que fue asesinado de cuatro disparos el 13 de mayo de 2015 cuando perifoneaba por las principales calles de Tumán para pedir a la población que participe de un paro contra la azucarera el día siguiente.
En atención a los cargos imputados, el Ministerio Público requirió prisión preventiva, imponiéndosele ésta por 18 meses, luego de lo cual la defensa del investigado solicitó el cese de la prisión, consiguiendo el Ministerio Público que se declare infundado el pedido de cese de prisión preventiva contra el imputado Edwin Oviedo Pichotito.

Como único sustento del pedido fiscal para oponerse al pedido de cese es que la medida de prisión preventiva dictada contra el imputado, es una medida constitucional y fue confirmada por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

La Fiscalía Especializada Contra la Criminalidad Organizada de Chiclayo, estando a punto de vencerse el plazo de prisión en diciembre de 2018, el 9 de setiembre

solicitó al Poder Judicial que se amplíe por 36 meses la investigación del caso “Los Wachiturros”, red criminal presuntamente encabezada por Edwin Oviedo, y por ende la ampliación del plazo de prisión preventiva, sobre la base de que existen varios “testigos" en el proceso relacionado al homicidio de Manuel Rimarachin Cascos y de Percy Farro Vitte, lo cual amerita una ampliación de plazos dado que hasta llegar al juicio oral, existe un peligro latente de obstaculización en relación de aquellos testigos cuyas declaraciones aún no se han recibido.

Mediante resolución Nro. DOS de fecha seis de diciembre Del dos mil dieciocho el Octavo Juzgado de investigación preparatoria - flagrancia, OAF y CEED se declara fundado el pedido de prisión preventiva requerido por el Ministerio Público, cuyos fundamentos directos de dicho pedido se sustentan en lo siguiente:

SUBTEST DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO O DE PONDERACIÓN:

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental; es decir, resulta necesario restringir el derecho fundamental (libertad), con la finalidad de lograr los fines del proceso. Cumpliéndose de esta manera el sub test en el requerimiento formulado por la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado.

De lo expuesto se concluye que concurren los tres sub test del principio de proporcionalidad o de razonabilidad; en tal sentido, la prisión preventiva cumple con el estándar Constitucional.

PLAZO DE LA MEDIDA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

Para la determinación del plazo de la medida de prisión preventiva, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia supra estadual; mencionando lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso

Bayarri Vs. Argentina, en donde ha precisado: "...mantener a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho, viola el principio de presunción de inocencia, adquiriendo el carácter de una pena anticipada". Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el informe N° 2/97, párrafo 18, ha precisado: "que el plazo para esta medida no puede ser establecido en abstracto, ya que "su duración no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley, sino que debe estar fundada en la prudente apreciación judicial."

De lo anteriormente expuesto, se evidencia que tanto los argumentos del Ministerio Público como los criterios asumidos por el Poder Judicial para dictar la prisión preventiva no tienen en cuenta el análisis respecto a la presunción de inocencia, que si bien por regla general no implica que a nadie se le aplicara una medida de tal fuerza coercitiva, existen casos por ejemplo como el delito de robo agravado donde se les detiene en flagrancia o en los delitos de violación sexual donde los hechos son evidentes, en los que si existe un grado de probabilidad reforzada de una condena, empero eso no ocurre en los casos donde solo existe un grado de sospecha y no de probabilidad, donde la regla general debe ser la de imponer medidas coercitivas menos gravosas debido a que esa probabilidad reforzada no existe.

3. DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Ahora bien, considerando el **primer objetivo específico** consistente en describir aspectos conceptuales vinculados a la prisión preventiva, principio de presunción de inocencia, entre otros desarrollando sus antecedentes históricos, definiciones, teorías, regulación normativa, función e importancia, se tiene de los resultados estadísticos contenidos y graficados en la tabla 1 que se considera a la prisión preventiva como la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución, asumiendo que se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena, lo cual se contrasta con el resultado estadístico contenido en la tabla 2 con la cual se reporta que la Prisión Preventiva debe

aplicarse de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley, mientras que el resultado de la investigación referente a los alcances del principio de presunción de inocencia se adquieren de lo graficado en la tabla 4 mediante la cual se adhiere la investigación al postulado de que la presunción de inocencia tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado.

Ahora bien, del resultado del análisis de las resoluciones relevantes se advierte que ni los órganos jurisdiccionales ni los órganos fiscales analizan ni tienen en cuenta el principio de presunción de inocencia al momento de resolver los requerimientos fiscales.

Como primera pre conclusión se tiene que los conceptos de prisión preventiva y presunción de inocencia luego de haberlos codificado y conceptualizado, si bien doctrinariamente deben estar concatenados, en la práctica su convergencia se diluye, toda vez que ni los órganos jurisdiccionales como fiscales lo consideran para sustentar y resolver respectivamente, las prisiones preventivas.

Con relación al segundo objetivo específico consistente en analizar cuál es la función principal que cumple la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal, del resultado estadístico específico contenido en la tabla 1 se aprecia que la posición mayoritaria incide en reportar que la función principal de la prisión preventiva es la de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena, ahora bien, del resultado del análisis de las resoluciones judiciales se advierte que pesa para el otorgamiento de la prisión el que, el delito tenga una pena grave para considerar su otorgamiento, lo cual no tiene incidencia directa sobre la garantía del proceso, en atención a que ello no justifica privar de su libertad a un procesado, puesto que en ninguna de las resoluciones analizadas se evidencia que se sustente en que medida el tener a un imputado en prisión pueda solventar una actuación investigativa sin actos de perturbación, o dicho de otro modo no se explica ¿cómo el tener a un investigado libre representa un peligro concreto para la investigación?.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de interpretar los artículos 7.3 y 8.2 de la Convención Americana ha sentado que la privación de la libertad es para asegurar que no se obstaculizara la investigación y no se eludirá la acción de la justicia. Es decir, los dos peligros procesales (fuga y obstaculización) deben ser concurrentes para privarle a una persona inocente su libertad; caso contrario, dicha privación es arbitraria, por lo tanto, el test de proporcionalidad debe apuntar a desarrollar de que forma el imputado obstaculizaría la investigación si estuviera libre, asimismo si existen medios suficientes para sostener que aquel eludiría la acción de la justicia, puesto que en el primer caso, si no obra en la investigación ningún acto probado de sustracción de documentos, de amenazas a testigos, u otro acto de obstaculización como ocultamiento de documentos o de cumplimiento de los distintos actos de investigación fiscal, no concurre el denominado peligro de obstaculización, mientras que en el segundo caso, si un investigado se mantiene en la zona, concurre a los distintos momentos de investigación, se presenta voluntariamente a los requerimientos policiales, declaraciones u otros, tampoco se esta ante un peligro de fuga, empero en la práctica nada de ello se analiza, por lo menos, no en el distrito judicial de Lambayeque, existiendo una feria de prisiones preventivas, donde el factor común es tener en cuenta solo la gravedad del delito.

Como segunda pre conclusión se tiene que la función principal de la prisión preventiva es la de eliminar cualquier acto de perturbación a la investigación y que ésta se lleve de forma correcta hasta la condena del imputado, lo cual vincula a dos situaciones de peligrosismo procesal que se pueden dar en un proceso, el referido al peligro de obstaculización y de fuga, que a criterio del autor debe de acreditarse y no ser meras alegaciones gaseosas y fugaces solo aparentes para sustentar el pedido de prisión, sin ningún medio objetivo que lo acredite.

En relación al tercer objetivo específico consistente en determinar si existen otros medios que aseguren la presencia del imputado en juicio que sean menos gravosas a la libertad personal, este se sustenta en los resultados estadísticos contenidos en las tablas 6, 7 y 8, se tiene que la vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de

procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos, la posición mayoritaria constituida, a su vez cumple la misma función de control en el imputado y asegura su presencia en juicio además de evitar que esta impida el desarrollo de las investigaciones y que eluda la justicia, considerándose su aplicación absolutamente viable puesto que constituye una medida de coerción procesal menos gravosa alternativa al de prisión preventiva.

Como **tercera pre conclusión,** se tiene que si existen medios alternativos que cumplen la misma función de la prisión preventiva, como lo es los grilletes electrónicos que actualmente constituyen medios de control de los condenados en algunos delitos, lo cual coloca en debate la circunstancia de ¿Por qué solo para algunos delitos? Puesto que si se efectúa un adecuado monitoreo se puede verificar si éste realiza actos de perturbación u obstaculización de la investigación, a su vez, debido a que se conoce donde se ubica, resulta igualmente sustitutorio para desvanecer el peligro de fuga por encontrarse tecnológicamente monitoreado.

Con relación al cuarto objetivo específico consistente en proponer la modificatoria del artículo 268 del Código Procesal Penal donde se comprenda los programas especiales de monitoreo electrónico, éste será debidamente sustentado como recomendación luego de las conclusiones arribadas, ello teniendo en cuenta que la propuesta siempre es consecuencia de una investigación de carácter descriptivo como es la presente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el objetivo general consiste en analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia, se tiene de los resultados estadísticos contenidos en la tabla 3 mediante la cual se analiza si el plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada equivalente al de cuatro años que a su vez constituye una barrera punitiva para suspender la ejecución de pena en otros delitos, afecta el principio de presunción de inocencia, es de advertirse que en efecto según la muestra poblacional de carácter no probabilístico considera que si la afecta, lo cual se encuentra corroborado con el resultado estadístico de la tabla 5 en la cual se

considera que la obligación del Estado es la de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, por ende, una medida cautelar de carácter previsional no puede ser de ninguna manera equivalente a una barrera punitiva, más aún si hasta ese momento solo se esta ante un grado de sospecha y no ante un nivel de probabilidad reforzada.

Así, integrando el resultado de las pre conclusiones arribadas como el que los conceptos de prisión preventiva y presunción de inocencia luego de haberlos codificado y conceptualizado, deben estar concatenados, en la práctica su convergencia se diluye tal complementación, toda vez que, los órganos jurisdiccionales y fiscales no consideran a la presunción de inocencia para sustentar y resolver respectivamente las prisiones preventivas, asimismo teniendo en cuenta que la función principal de la prisión preventiva es la de eliminar cualquier acto de perturbación a la investigación y que ésta se lleve de forma correcta hasta la condena del imputado, se tiene que dichas funciones también las cumple los controles de monitoreo objetivo a través de los grilletes electrónicos, por ende teniendo en cuenta que la hipótesis nula estaría descrita de la siguiente forma: *SI**,** el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado **no** resulta excesivo por ende **no** afecta la presunción de inocencia, ENTONCES **no** urge la necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio,* **se ha visto derribada debido a que ha quedado demostrado que dicho plazo si afecta al principio de presunción de inocencia**, por lo tanto la hipótesis alternativa consistente en **SI,** el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia, **ENTONCES** urge la necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio, ha quedado validada, al haberse demostrado que en efecto un plazo de tal magnitud afecta el principio de presunción de inocencia, dado que ese baremo resulta el equivalente de una barrera punitiva para suspender la ejecución de la pena a un condenado, además que por un lado, para imponer la medida se realiza un test de proporcionalidad inadecuado sin tener

en cuenta los dos peligrosismos, es decir que existan objetivamente actos de perturbación de la investigación como de peligro latente de fuga y no solamente leves sospechas que no derriban la presunción de inocencia, existiendo por otro lado, otros medios alternativos que evitan el peligro procesal de obstaculización y de fuga como lo es el grillete electrónico.

CONCLUSIONES

1. Tras analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia, se ha llegado a establecer que un plazo de prisión preventiva de 48 meses (4 años) actualmente contemplado para los referidos delitos si afecta el principio de presunción de inocencia puesto que la privación de libertad de un sospechoso por tal período supone mantener a una persona dentro de canales de irracionalidad privado de su libertad ambulatoria aun cuando no se ha quebrantado la presunción de inocencia de la cual se encuentra premunido.

2. Descritos los aspectos conceptuales vinculados a la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia se tiene que el primero es considerado como la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución, cuyos antecedentes históricos vienen desde la edad antigua, donde tras su aparición se desfiguro y se llegó a cometer abusos que a la postre tuvo que ser regulado para parametrar sus alcances y evitar arbitrariedades, por tanto tras haber estudiado diversas teorías, así como la regulación normativa en el sistema procesal además de su importancia se asume que esta medida nace con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual condena; por otro lado la presunción de inocencia que nace tras la revolución francesa, luego de haber estudiado distintas definiciones teóricas, así como la regulación normativa, función e importancia se tiene que dicho principio tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado, esto es, existe concatenación jurídica entre los conceptos de prisión preventiva y presunción de inocencia, donde si se valorara de forma adecuada la presunción de inocencia, la medida de prisión preventiva solo

se aplicaría en los casos estrictamente necesarios evitando con ello arbitrariedades.

3. Tras analizar cuál es la función principal que cumple la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal, se advierte que es la de eliminar cualquier acto de perturbación a la investigación y que ésta se lleve de forma correcta hasta la condena del imputado, lo cual se vincula con dos situaciones procesales concretas, es decir, evitar tanto el peligro de obstaculización de la investigación que el imputado puede ejecutar a través de actos de ocultamiento de información, amenazas a testigos así como el de fuga, habiéndose demostrado que el análisis de tales situaciones se opacan al momento de requerir o resolver los pedidos de prisión preventiva, puesto que basta la gravedad del delito para amparar el pedido de prisión preventiva, corriendo el peligro de imponerse una medida por un plazo de cuatro años que a todas luces resulta excesivo.

4. Se ha llegado a determinar que si existen otros medios que aseguren la presencia del imputado en juicio que sean menos gravosas a la libertad personal, tales como los grilletes electrónicos en atención a que en la actualidad constituyen medios de control de los condenados en algunos delitos, que a su vez pueden ser utilizados para realizar un adecuado monitoreo para evitar que se produzcan actos de perturbación u obstaculización de la investigación, a su vez, debido a que se conoce donde está ubicado el condenado, resulta igualmente sustitutorio el uso de los grilletes para desvanecer el peligro de fuga por encontrarse tecnológicamente monitoreado el imputado.

5. Se propone la modificatoria del artículo 268 del Código Procesal Penal conforme al proyecto de ley que se desarrolla en el ítem que sigue, donde se especifica de forma concreta que debe considerarse aplicar otros medios de control para quienes se encuentren como sospechosos de los delitos de criminalidad organizada donde se comprenda los programas especiales de monitoreo electrónico en sus diversas modalidades.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los operadores fiscales de Crimen organizado que al momento de pedir una prisión se analice objetivamente si existe peligro de obstaculización y de fuga, además que se demuestre que la conducta del investigado está dirigida a correlacionar ambas conductas o realizada una de ellas, quede demostrado con actos concretos y no solo especulativos.

2. Se debe impulsar la aplicación generalizada de los grilletes electrónicos para los procesados por cualquier tipo de delitos y no solo para aquellos de un grado de lesividad menor.

3. Proponer el siguiente proyecto de ley.

Proyecto de Ley

“LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”
LEY N°...

1. **OBJETO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:** La propuesta normativa que se presenta ha de estar encaminada a modificar la regulación contemplada para los presupuestos materiales de la prisión preventiva, donde se contemple que para el caso de peligro obstaculización y de fuga se requiera un alto grado de probalidad reforzada que de no presentarse permita imponer el control y monitoreo a través de los grilletes electrónicos u otro medio de similar o igual eficacia.

2. TEXTO ACTUAL Y DEL PROYECTO DE LEY SUSTITUTORIO

2.1. TEXTO ACTUAL

Artículo 268. 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).

2.2. TEXTO MODIFICATORIO:

***“Artículo 1°:* Modifíquese el artículo 268 del Código Procesal Penal en los términos siguientes:**

Artículo 268. 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), **siendo que, para acreditar dichos supuestos se requiere la existencia de actos concretos cometidos por el imputado debidamente probados y no solo predecibles, en cuyo caso de duda de concurrencia de dichas circunstancias se deberá optar por el monitoreo a través de los grilletes electrónicos u otro medio de similar u igual eficacia**.

Artículo 2° Derogándose todas las disposiciones que se opongan a la presente ley."

3. **ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO:** El presente proyecto se enmarca a propiciar un mejor tratamiento de las prisiones preventivas a efecto de adecuar la normatividad interna del Estado Peruano a los estándares internacionales que han presentado su preocupación frente al abuso de la prisión preventiva y lo excesivo de los plazos; no generando, la modificación legislativa, costo alguno al fisco, más por el contrario deberá reglamentarse la norma de uso de los grilletes para que el costo de carga sea asumido por el investigado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación.* Bogotá, Colombia: Edit. Pearson Educación.

Binder, Alberto. (1997) *Político criminal de la formulación a la Praxis,* Buenos Aires: Argentina.

Bramont, Luis (1984) *El ministerio público: legislación sumillado, concordado, anotado, fuentes, antecedentes, doctrina, jurisprudencia*, Lima: Perú.

Carpizo, Jorge (2004) *Algunas Reflexiones Constitucionales,* UNAM, Lima: Perú.

Fenech, Miguel (1952) *Derecho Procesal Penal*, Labor, Barcelona: España.

Fernández, Mercedes (2005) *Investigación Prueba y presunción de inocencia,* Madrid: España.

Ferrajoli, Luigui, (2001) *Derecho y razón,* Trotta, Madrid: España.

Ferrajoli, L., (2006) *Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas*, Trotta; Madrid: España.

Ferrajoli, Luigi (2014) *Escritos sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal,* Volumen 2. Hamurabi, Buenos Aires: Argentina.

García, Antonio, (2011), *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores,* Edit, Universidad de León, Leon: España.

García, Domingo (1984) *Manual de Derecho Procesal Penal,* Editorial Sesator, Lima: Perú.

Hassemer, Winfried (1997). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externada de Colombia, Bogotá: Colombia.

Ibañez, Andrés (2007) *Justicia penal, derechos y garantías,* Palestra – Temis, Lima: Perú.

Igartúa, Juan (1999), *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Trotta, Madrid: España.

Jungbluth, S., (2018). *La discusión ideológica entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia.* Disponible en https://lpderecho.pe/discusion-ideologica-prision-preventiva-presuncion-inocencia/

Legrenzi, Paolo (2000) *Cómo funciona la mente*. Alianza editorial, Madrid: España.

Ortiz, L., (2018). *La desnaturalización de la prisión preventiva y su afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia,* presentada para obtener el título de abogado por la Universidad Autónoma del Perú. Lima, Perú.

Pozzolo, Susana, (2011) *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima: Perú.

Rios, G.; Bernal, O.; Espinoza R. y Duque, J. (2018). *La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo.* Cúcuta, Colombia: Corporación universitaria Remington.

Rosas, Jorge (2012) *El rol del Ministerio Público en el Código Procesal Penal de 2004*, Lima: Perú.

Salinas, Ramiro (2007) *Derecho Penal – Parte Especial,* Gridley, Lima: Perú.

Schmidt, Eberhard (1957) *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, OLEJNIK Ediciones, Madrid: España.

Zaffaroni, Raúl (2005) *La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México, México: México.

HEMEROGRÁFICAS

Calderón, Ana (2010) *Balotario Desarrollado para examen CNM,* Lima: Perú.

De la Jara, E., Chávez, G., Ravelo, A., Grández, A., Del Valle, O. y Sánchez, L., (2013) *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?,* Instituto de Defensa Legal, San Isidro: Perú.

Higa, César, (2013) *El derecho a la Presunción de Inocencia desde un punto de vista constitucional.* Revista Derecho y Sociedad 40. Universidad Pontifica Católica del Perú. Lima: Perú.

Llobet, Javier (2009) *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano ius*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México: México.

Romero, Carlos (2019) Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Lima: Perú.

LEGISLACIÓN

Constitución Política del Estado.
Código Procesal Penal 2004.
Decreto Legislativo 1307.
Ley N° 29499
Decreto Supremo Nº 013-2010-JUS
Decreto Supremo Nº 002-2015-JUS
Decreto Legislativo N° 1229
Decreto Legislativo 1322

TESIS

Beanatte, C., (2007) *Prisión Preventiva,* Tesis presentada para optar el Título de abogado, para la Universidad Nacional de la Pampa.

Del Aguila, Elmer (2013) *Las Medidas de Coerción Procesal en el Nuevo Código Procesal Penal* en la tesis presentada para obtener el titulo de abogado para la Universidad Científica del Perú.

INFORMES

Defensoría del Pueblo (2000), *Informe la labor de la Comisión Ad – hoc a favor de los inocentes en prisión. Logros y perspectivas*. Lima: Perú.

PROYECTO DE LEY

Robles, Lizbeth (2019) *Proyecto de Ley titulado Ley de Tratamiento Procesal de la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia,* Congreso de la República, Lima: Perú.

JURISPRUDENCIA

Casación N° 01–2007 emitida por la Sala Penal Permanente con fecha 26 de julio del 2007

Sentencia, Exp. Nº 298-2003- Caso Thayron Loza Munárriz. F. J. Nº 7. Publicada el 21 de agosto de 2003

LINCOGRAFÍA

Chávez, Gabriel (2013) *La prisión preventiva en Perú, ¿Medida cautelar o anticipo de la pena?* disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130308_01.pdf

El comercio (2019) *Grilletes electrónicos: solo 19 condenados en el país llevan estos dispositivos* disponible en https://elcomercio.pe/lima/sucesos/grilletes-electronicos-19-condenados-pais-llevan-dispositivos-noticia-615484

Pelaez, Francisco y Bernal, Juan (1999) *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, disponible en www.noticiasjuridicas.com

Lampadia (2016) *Por fin se aplicarán los grilletes electrónicos en el Perú*, disponible en https://lampadia.com/analisis/politica/por-fin-se-aplicaran-los-grilletes-electronicos-en-el-peru/

Rosas, M., (2018) *Peligro de Fuga y Prisión Preventiva*, disponible en https://laley.pe/art/6465/por-estas-razones-se-dicto-prision-preventiva-contra-keiko-fujimori

World Prison Brief (2018), *Base de Datos,* disponible en http://www.prisonstudies.org/

La República (2018) *Chiclayo: Poder Judicial, ordena liberar a los "Sicarios del Norte,* disponible en https://larepublica.pe/sociedad/1351739-judicial-ordena-liberar-sicarios-norte

ANEXOS

Tesis: EL EXCESIVO PLAZO DE LA PRISION PREVENTIVA ESTABLECIDO PARA LOS DELITOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA				
PROBLEMA GENERAL:	**OBJETIVOS** **OBJETIVO GENERAL:**	**HIPÓTESIS**	**VARIABLES** **Variable (X)**	**METODOLOGÍA** **ENFOQUE:** Cuantitativo
¿El plazo de prisión preventiva establecido para el delito de criminalidad organizada de hasta 4 años vulnera el principio de presunción de inocencia y por ende resulta necesario implementar otras medidas menos gravosas a la libertad hasta demostrarse la	**Analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia.**	**SI, el plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia, ENTONCES urge la necesidad de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio**	**El plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada sin que se demuestre la culpabilidad del investigado resulta excesivo por ende afecta la presunción de inocencia**	**TIPO DE INVESTIGACIÓN:** Descriptiva **DISEÑO:** Ex post facto **NIVEL:** Explicativo – Descriptivo Descriptiva: La investigación es de tipo descriptiva buscando aclarar propiedades, particularidades y características personales y grupales, necesarios para analizar si el plazo de prisión preventiva para los casos de criminalidad organizada resulta excesivo así como afecta el principio de presunción de inocencia. No Experimental; debido a que se observan hechos existentes y no provocados; dado que las variables no se manipulan al no

culpabilidad del imputado?				tener control sobre ellas. <u>Transversal</u>: La investigación es de índole transversal porque la recopilación de datos es un solo momento; esto es, porque la aplicación del instrumento constituido por el cuestionario permitirá recolectar datos en un único instante con la finalidad de describir las variables y tras de si, se evaluará su incidencia e interrelación en el instante en que se produce.
	OBJETIVO ESPECÍFICO 1			POBLACIÓN Y MUESTRA: La población está compuesta por los jueces de los juzgados penales de Chiclayo, miembros de las fiscalías especializadas de criminalidad organizada y abogados penalistas que han sido seleccionados a través de criterios estadísticos no
	Describir aspectos conceptuales vinculados a la prisión preventiva, principio de presunción de			

inocencia, entre otros desarrollando sus antecedentes históricos, definiciones, teorías, regulación normativa, función e importancia.	
OBJETIVO ESPECÍFICO 2	
Analizar cuál es la función principal que cumple la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal	
OBJETIVO ESPECIFICO 3	

	probabilísticos, cuya muestra con indicadores de inclusión y de exclusión han sumado a 50 , a quienes se les aplicó encuestas innominadas, con los cuales se ha obtenido datos estadísticos que se detallan en el capítulo correspondiente, lo que ha permitido validar la hipótesis.
	Técnicas de recolección de datos
Variable (Y)	Análisis documental
	Taller de análisis y discusión
	INSTRUMENTO
Necesidad urgente de implementar medidas menos gravosas a la libertad que aseguren su presencia en juicio	Ficha de registro
	TÉCNICA
	Encuesta Instrumento <u>Cuestionario</u>: Se formulo una serie de preguntas dirigidas según grupos poblacionales de los que se

	Determinar si existen otros medios que aseguren la presencia del imputado en juicio que sean menos gravosas a la libertad personal			han adquiridos conceptos y apreciaciones objetivas de los sectores involucrados. Descripción del Instrumento: Ficha técnica: Cuestionario dirigido a la población muestral. Nombre: El excesivo plazo de prisión preventiva establecido para los delitos de criminalidad organizada y su afectación al principio de presunción de inocencia.
	OBJETIVO ESPECIFICO 4			
	Proponer la modificatoria del artículo 268 del Código Procesal Penal donde se comprenda los programas especiales de monitoreo electrónico			

Título del cuestionario: EL EXCESIVO PLAZO DE PRISION PREVENTIVA ESTABLECIDO PARA LOS DELITOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y SU AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Objetivo de la aplicación de la encuesta: analizar si el plazo de prisión preventiva de 36 meses prolongables a 12 meses en los delitos de criminalidad organizada resulta excesivo y por ende afecta el principio de presunción de inocencia.

Instrucciones: Deberá leer detenidamente cada ítem y en función de su análisis como miembro de la población elija una de las respuestas que aparecen en la siguiente leyenda:

1	2	3	4	5
Totalmente en desacuerdo (TD)	En desacuerdo (D)	Ni de acuerdo ni en desacuerdo (N)	De acuerdo (A)	Totalmente de acuerdo (DA)

Preguntas:

Variables	**Valoración**				
	1 (TD)	**2 (D)**	**3 (N)**	**4 (A)**	**5 (DA)**
Excesivo plazo de prisión preventiva					
Prisión preventiva					
1. La prisión preventiva es la privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena					
2. La aplicación de la Prisión Preventiva debe ser de manera excepcional y se debe optar como último recurso, debido al principio					

básico del Derecho es de última ratio, y su aplicación debe ser acorde a la Constitución y a los Tratados Internacionales, bajo los Principios de Proporcionalidad y la observancia de la Ley.					
3. El plazo de prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada debe ser similar al de cuatro años que constituye una barrera punitiva para suspender la ejecución de pena en otros delitos.					
Presunción de Inocencia					
4. La presunción de inocencia tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado.					
5. La obligación del Estado es la de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.					
Medida alternativa: Grilletes electrónicos					
6. La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos.					
7. Considera que el grillete electrónico cumple la misma función de control en el imputado y asegura su presencia en juicio además de evitar que esta impida el desarrollo de las investigaciones y que eluda la justicia.					

8. Es viable la aplicación del grillete electrónico como medida de coerción procesal menos gravosa alternativa al de prisión preventiva.					