

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL
PERÚ -2018**

PRESENTADO POR:

ANA CRISTINA SORIANO FERRER

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO, CON
MENCION EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

ASESOR:

WILMER MAGNO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ

HUACHO - 2021

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ -2018**

ANA CRISTINA SORIANO FERRER

TESIS DE MAESTRÍA

ASESOR: WILMER MAGNO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y
CRIMINOLÓGICAS
HUACHO
2019**

DEDICATORIA

A mi familia:

A quienes les adeudo el tiempo que les correspondían, dedicadas al estudio agradecer por su apoyo dándome, ánimos, compañía por comprenderme y brindarme su apoyo incondicional en los momentos más difíciles de mi vida .

ANA CRISTINA SORIANO FERRER

AGRADECIMIENTO

A mi asesor, a los jueces y fiscales del distrito judicial de Huaura y a las personas que han colaborado en la elaboración de la tesis de manera que esta cumpla con los estándares de calidad.

ANA CRISTINA SORIANO FERRER

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática	1
1.2 Formulación del problema	11
1.2.1 Problema general	11
1.2.2 Problemas específicos	11
1.3 Objetivos de la investigación	11
1.3.1 Objetivo general	11
1.3.2 Objetivos específicos	12
1.4 Justificación de la investigación	12
1.5 Delimitaciones del estudio	14
1.6 Viabilidad del estudio	15

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación	16
2.1.1 Antecedentes históricos- internacionales de la prisión preventiva	16
2.1.3 Antecedentes históricos-legales nacionales de la prisión preventiva	17
2.1.4 Investigaciones realizadas sobre la prisión preventiva	19
2.2 Bases teóricas	20
2.3 Bases filosóficas	56
2.4 Definición de términos básicos	62
2.5 Operacionalización de las variables	64

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico	65
3.2 Técnicas de recolección de datos	65
3.4 Técnicas para el procesamiento de la información	66

	CAPÍTULO IV	
	RESULTADOS	
4.1	Análisis de resultados	67
	CAPÍTULO V	
	DISCUSIÓN	
5.1	Discusión de resultados	116
	CAPÍTULO VI	
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1	Conclusiones	120
6.2	Recomendaciones	121
	REFERENCIAS	122
7.1	Fuentes documentales	122
7.2	Fuentes bibliográficas	125
7.3	Fuentes hemerográficas	130
7.4	Fuentes electrónicas	130
	ANEXOS	131

RESUMEN

La investigación “Análisis crítico de la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú-2018, tuvo como objetivo: realizar un análisis crítico jurídico-legal de cómo se está aplicando la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018 y proponer alternativas de mejorar los aspectos jurídicos-legales que la sustentan y fundamentan, fue un estudio de campo de tipo analítico documental, descriptivo y proyectivo, en el cual se utilizó para la recolección de datos la técnica del fichaje y como instrumento las fichas de registro de datos tipográficos. Conclusiones. La medida coercitiva de prisión preventiva en el delito de corrupción de funcionarios públicos fue ideada para asegurar la celeridad del proceso y de evitar evadir las responsabilidades que el delito genera en caso el acusado sea culpable del delito que se le imputa, sin embargo su aplicación se ha visto desvirtuada debido a que no existen criterios unificados de aplicación, en los diferentes acores judiciales que intervienen en ella. Al tratar de convertir la medida en una herramienta de suma utilidad, para la comprobación de los delitos cometidos por funcionarios públicos, se la ha hecho tan compleja, que los operadores judiciales de investigación preliminar, el fiscal y el juez, no la usan estrictamente dentro de los parámetros jurídicos legales, y se dejan influenciar por orientaciones externas, que terminan por desvirtuar su aplicación. Se considera que esta medida en la actualidad se ha politizado, y que es utilizada por actores políticos, en complicidad con los fiscales y jueces de investigación preparatoria para eliminar rivales en el campo político bajo la orientación de para mis amigos todo, para mis enemigos la ley.

Palabras clave: Prisión preventiva-Corrupción de funcionarios públicos

ABSTRACT

The investigation “Critical analysis of the application of preventive detention in crimes of corruption of officials in Peru-2018, had as objective: to carry out a critical legal-legal analysis of how preventive detention is being applied in crimes of corruption of public officials in Peru -2018 and propose alternatives to improve the juridical-legal aspects that support and base it, was a field study of a documentary, descriptive and projective analytical type, in which the technique of the signing and as an instrument the typographic data record sheets. Conclusions. The coercive measure of preventive detention in the crime of corruption of public officials was designed to ensure the speed of the process and to avoid evading the responsibilities that the crime generates in case the accused is guilty of the crime that is imputed, however its application is It has been distorted due to the fact that there are no unified application criteria in the different judicial proceedings that intervene in it. When trying to turn the measure into a very useful tool for verifying crimes committed by public officials, it has been made so complex that the judicial operators of preliminary investigation, the prosecutor and the judge, do not use it strictly within of the legal legal parameters, and are influenced by external orientations, which end up distorting their application. It is considered that this measure at present has been politicized, and that it is used by political actors, in complicity with prosecutors and preparatory investigation judges to eliminate rivals in the political field under the guidance of for my friends everything, for my enemies the law

Keywords: Preventive detention-Corruption of public officials

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva, pena más grave restrictiva de libertad que se aplica en pleno proceso de determinación si la persona sujeta a investigación delictiva es culpable o no, se viene aplicando en el país, de acuerdo a la opinión de muchos juristas nacionales e internacionales, en forma irracional, desproporcionada e injusta, de corrupción en el territorio peruano.

El excesivo pedido por parte de fiscales, en parte preliminar investigativa del delito, la aceptación de las mismas por los jueces de investigación preparatoria; y, la elevación de estas penas, llamadas coercitivas, que se considera que están fuera del principio de proporcionalidad, han llegado a considerar que se usa en forma abusiva, prepotente e incluso corrupta, con fines personales, de grupos de poder, políticos, etc. en todo el país.

Su uso generalizado en todas las cortes penales del Perú, que ya es una concepción general de la población, que quien es acusado de haber cometido un delito, de inmediato debe ir a prisión preventiva, y que durante ella tiene que demostrar si es inocente o no de lo que se le acusa, porque para los fiscales y jueces de investigación preparatoria, no son ellos quienes tienen que probar el delito cometido, sino el inculpatado es quien debe demostrar su inocencia, violando incluso, con el uso de esta medida coercitiva, lo que la Constitución Peruana, y el CPPenal sustentan prueba del delito.

De igual manera, este uso desmedido de la prisión preventiva, ha llevado a los abogados defensores, a convertir en regla general la presentación de peticiones de amparo, de todo tipo, contra las prisiones preventivas.

La aplicación de esta medida se ha ido generalizando de tal manera, que incluso, los altos mandos de la Fiscalía y del Poder Judicial, llevan a destituir fiscales que no la solicitan y jueces que no la aceptan, esto debido a que la concepción generalizada de la población, que no está en esa situación o que alguno de sus familiares no son los acusados, es que todo aquel que es denunciado por un delito, sea culpable o no, debe sufrirla; y eso es alimentado a diario por el poder mediático de los medios de comunicación, que todos los días y a todas horas, lanzan ese mensaje en forma irresponsable a la población peruana.

De esta manera el juicio mediático de la población y de los medios de comunicación masiva, es tan fuerte sobre los fiscales y jueces, que estos, sin atender a las verdaderas reglas del Derecho Procesal Penal, la utilizan, para satisfacer esa demanda, y tener de su parte a quienes ejercen ese tipo de presión mediática.

El mismo Tribunal Constitucional. (2002), precisa que esta institución la libertad personal y otros principios, los jueces de investigación preparatoria, debido a la gran presión mediática, e incluso se dice que debido a la presión política, no hacen caso de las decisiones de este tribunal supremo y la siguen aplicando a diestra y siniestra, en algunos casos sin tener siquiera fundamentos sólidos, tan solo con satisfacer la presión mediática de la población, de los medios de información masiva, y, se dice, de algunos grupos de poder que se han enquistado en el poder judicial del país, para conseguir como fin supremo, la quiebra estado derecho del Perú.

Donadio (2008), dice que a nivel internacional, los órganos supranacionales, tienen un criterio unánime sobre la prisión preventiva.

De acuerdo a lo especificado por este autor, los fiscales y jueces de investigación preliminar, para solicitar y aplicar la prisión preventiva, en última ratio, luego de haber desechado las otras medidas coercitivas que afectan en menor medida la libertad de las personas, deben tener indicios y/o pruebas fehacientes del delito cometido, y que como representantes del Estado, y por lo tanto del Estado de Derecho, no debe primero detener para luego investigar, sino que debe primero investigar para luego con fundamentos válidos solicitar la detención del acusado para llevarla a juicio.

Lamentablemente, esto no está sucediendo en el país, por el contrario se está aplicando la orientación contraria, ya que bajo conjeturas e intuiciones abstractas, además de presión mediática, están deteniendo primero para investigar después, trayendo consigo que en la actualidad cerca del 50-60% de la población penal esté con prisión preventiva, con el agregado de que se extendido a un tiempo demasiado la misma, hasta 3 años, afectando no solo el valor fundamental de la libertad, sino también, que es lo más delicado, la dignidad de la persona, ya que el solo hecho de que se le dé prisión preventiva a alguien dentro del país, es considerado de antemano como un delincuente, dejando completamente la presunción de

inocencia, causando un grave daño al acusado, si al final de la prisión preventiva que se le ha dictado, se demuestra que es inocente, porque la presión mediática de la población y de los medios de comunicación masiva, no llegan a concebirlo de esa manera, sino que lo siguen tildando de culpable, aludiendo en ultima ratio, a que lo declararon inocente, no porque lo fuera, sino porque recurrió a la corrupción de quienes lo juzgaron. Es decir, quien sufre prisión preventiva en el Perú, queda marcado de por vida dentro de la sociedad, y debe esperar a otra generación, si es que sobrevive, para al menos tener una parte de la población que lo consideré inocente, porque la generación mediata que lo consideró culpable cuando fue a prisión preventiva, lo seguirá considerando como un delincuente hasta el final de sus días, de esos casos, a pesar que hasta el día de hoy no se tienen pruebas de su culpabilidad, se tienen muchos dentro de la sociedad peruana.

En el caso específico, de la investigación realizada, de los delitos de funcionarios públicos, debido al caso LAVAJATO, que ha permitido, y seguirá permitiendo conocer casos de corrupción en el país, que atraviesa todos los organismos de poder y actores de la sociedad en general, los pedidos de prisión preventiva que se han pedido, y se siguen pidiendo, para altos funcionarios de los tres poderes del Estado, desde los cinco últimos presidentes, ministros de Estado, gobernadores regionales, alcaldes provinciales, alcaldes distritales, congresistas, fiscales, jueces, y todo tipo de funcionarios de menor rango del Estado; la indignación popular, los medios de comunicación masiva y algunos grupos de poder representados por algunas instituciones que quieren sacar provecho de ello, han presionado a los jueces para que a todo el que se descubra el mínimo indicio de corrupción, así sea una versión que no tiene sustento para ser demostrado en el futuro, se le dicte la prisión preventiva, bajo el pretexto de limpiar el Estado de funcionarios públicos corruptos, para ello se prestan los jueces y fiscales de investigación preliminar y preparatoria, que por motivos personales, quieren tener popularidad mediática, que por presión del poder ejecutivo, quieren politizar la justicia, que por presión de los medios de comunicación, quieren tener publicidad a su disposición, o, por presión de grupos de poder que buscan otras orientaciones, se sospecha que quieren acabar con el Statu quo del Estado, del Estado de Derecho y de la sociedad peruana en general.

Esta forma de aplicar la prisión preventiva en el país, para el delito de corrupción de funcionarios, desde que se inició el proceso de LAVAJATO en el Perú, es considerada por gran parte de los especialistas de derecho penal, como abusiva, prepotente y hasta politizada,

ya que a concepción de ellos, viola el Derecho fundamental a la libertad, afecta gravemente la dignidad de la persona, se antepone a la presunción de inocencia, y está dirigida hacia los políticos de la oposición en forma encarnizada, mientras se trata de proteger a los grupos comprometidos afines del gobierno y a las económicas, específicamente de la construcción, que han participado en el tinglado de corrupción armado por las empresas brasileñas, en contubernio con las empresas peruanas.

Bacigalupo (1996), Señala que el Derecho Penal es un instrumento al servicio del valor de la justicia útil para mejorar la sociedad, solo cuando es tomado de esa manera, genera consecuencias jurídicas legales y positivas en cuanto a los derechos de las personas, cuando se toma de diferente manera, el Derecho Penal se convierte en un instrumento para el abuso, a ilegalidad y la tiranía. En la primera orientación se halla la moral y la ética de los juzgadores, que es la base primordial sobre la cual se basa la justicia, en la segunda se vincula con la política social y mediata, que es donde se orienta la justicia de acuerdo a orientaciones personales, grupos de poder y como quiere que sea aplicada por una parte de la sociedad.

Alcocer (2014), señala que en los actuales tiempos, los fines de la pena han cambiado bajo la influencia de los programas políticos de los estados y por el intenso debate en el campo académico, por lo que se notan grandes diferencias de aplicación de las penas. Cada Estado cree que la política criminal que ha adoptado, es la única forma que se tiene para controlar el delito, pero la realidad es que las leyes del poder legislativo, que es al final de cuenta las que determinan la forma como se enfrenta el delito, porque el poder judicial solo las aplica, son cajas de resonancia de lo que prensa mediática dice, de manera que la prensa mediática se ha convertido en la que determina la forma como se debe aplicar la justicia en cada país, con el peligro que esa prensa mediática, en la mayoría de los casos, no sabe nada, o sabe muy poco, de lo que en verdad es la ciencia del Derecho Penal.

El mismo autor dice, que en el Perú, la presión de los medios de comunicación es muy fuerte, es decir es una prensa mediática, y de esa manera los criterios básicos sobre las penas se han roto, rompiendo de esa manera cualquier principio de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta lo antes mencionados, y las circunstancias en que se está aplicando la prisión preventiva en el delito de corrupción de funcionarios en el Perú, se

buscó a través de fuentes documentales, y de la aplicación de un cuestionario a agentes de justicia de la Corte Superior de Huaura (fiscales, jueces y abogados), información relevante que permitiera realizar un análisis crítico objetivo, de la manera como se ha aplicado la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos durante el año 2018, para a partir de este análisis, proponer alternativas eficientes y eficaces para que se aplique la prisión preventiva en el país, salvaguardando el derecho fundamental de la libertad de las personas, la dignidad humana y la presunción de inocencia del imputado, que es la única manera en que se debe aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, ajustada al Derecho, y a las necesidades de la justicia verdadera, porque de cualquier otra manera, no se estaría cumpliendo con el enfoque de la moral y la ética que debe tener todo juzgador.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

El proceso penal, es la única vía legítima que tienen los estados, para sancionar las acciones y actitudes realizadas por las personas, que son consideradas como delitos, y que tienen como fundamento las leyes impuestas dentro de la sociedad por el mismo Estado, para que la nación pueda vivir en paz y democracia, respetando no solo la vida de los otros, sino también la propiedad común e individual, buscando el desarrollo y progreso social, económico, político y cultural, dentro del marco del respeto irrestricto a los derechos fundamentales del ser humano, consagrados en todas las constituciones del mundo y en los compromisos internacionales que los estados han firmado con sus pares.

Este proceso penal, que se encuentra determinado en las leyes emitidas por el Estado, para cada uno y todos los ciudadanos que comete un delito, y que es llevado a cabo por el poder judicial, solo puede y debe tener legitimidad, si el procedimiento se realiza con todas las garantías que establecen la Constitución Política de los países y las leyes complementarias que han elaborado los Estados, para realizar la justicia con equidad y con respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

Esto significa, que el Derecho, en su visión objetiva, solo debe imponer las sanciones conforme al ordenamiento jurídico punitivo que consagran sus leyes en forma objetiva, y no haciéndolo desde su visión subjetiva, es decir a la interpretación de las leyes de acuerdo a la visión de cada uno de sus juzgadores, porque hacerlo de esa manera, sería atentar contra el Derecho Constitucional, que es la máxima visión del Derecho, que impera en todos los Estados del mundo.

Si se tiene en cuenta que el proceso penal, se orienta, en primer lugar; a la concretización de la pena impuesta por el delito cometido, sea cual fuera su naturaleza, y en segundo lugar; a la reparación del daño cometido en la persona o en sus bienes jurídicos, que se concretiza en la reparación civil; este tiene dos orientaciones bien definidas; en el primer caso a determinar con exactitud y objetivamente cual es el delito cometido y a sancionarlo de acuerdo a como lo estipulan las leyes, y en segundo lugar, a determinar el valor económico, de acuerdo al delito y a la gravedad del mismo, que la víctima debe recibir por el daño sufrido, considerando dentro de las víctimas, a las personas naturales y jurídicas, y al Estado mismo.

Las dos orientaciones de sanciones de delitos cometidos, se encuentran plenamente establecidos en los Códigos Procesales Penales de todos los países del mundo, teniendo coincidencias específicas, y diferencias relativas en cuanto a la visión y orientación de cada una de las sociedades del mundo actual.

Además, para evitar las injusticias que muchas veces se cometen en el ejercicio de los procesos penales, que en muchos países como EE.UU. y el Perú ha llevado incluso a sentenciar a la pena de muerte a personas inocentes, las mismas legislaciones contienen las garantías constitucionales que protegen los derechos de las personas que son denunciadas, a quienes en primer lugar se les considera durante todo el proceso penal con la presunción de inocencia, hasta que el supuesto delito cometido no ha sido probado objetivamente por los juzgadores hasta que se tiene sentencia firme y definitiva, y, en segundo lugar se les permite presentar recursos en las diferencias instancias nacionales e internacionales que los protejan ante alguna arbitrariedad o abuso que las autoridades judiciales puedan cometer en su ejecución.

Dentro del contexto que se determina el proceso penal peruano, la legislación específica, contiene una serie de medidas cautelares, que tienen como objetivo esencial, garantizar la materialización del proceso penal en sus dos orientaciones: en la materialización de la pena por el delito cometido, y en el aseguramiento de la reparación del daño cometido.

Estas medidas cautelares se han incluido dentro de los procesos penales, desde el enfoque de fundamento de proceso penal específico, orientado a asegurar que la pena

impuesta se cumpla inmediatamente después de determinada, y que se lleve a cabo en forma efectiva la reparación económica del agraviado.

El fundamento específico de las medidas cautelares consideradas en el Nuevo Código Procesal Peruano, es que es difícil que el imputado de un delito, acepte libremente someterse a una persecución penal sabiéndose culpable, salvo excepciones por supuesto, porque la experiencia judicial indica, que incluso en los casos de imputación en flagrancia, los imputados, con todas las pruebas en su contra, niegan el delito cometido y buscan evadir la pena por el delito cometido, de diversas maneras y modalidades; debido esencialmente a que el proceso judicial en su contra afectará sus intereses particulares.

En el sistema judicial peruano, la no aceptación del delito, y sobre todo la inasistencia del imputado a las diferentes diligencias judiciales que se tienen que realizar para probar su culpabilidad o su inocencia, provoca graves perjuicios al proceso, en lo que respecta a los procedimientos instaurados, pérdidas de recursos del Estado, por la dilatación del tiempo de los procesos: carga procesal judicial, por la acumulación de casos que se alargan en el tiempo; inoperancia de la justicia, porque no se pueden concluir los procesos en los tiempos establecidos; archivamiento de procesos por prescripción del tiempo, porque no se puede llevar a cabo la determinación de presunción de culpabilidad o de inocencia en los tiempos establecidos en la ley; impunidad de los delitos cometidos, porque no hay manera de probar los delitos y por lo tanto de imponer sanciones de los mismos; etc.

Todo esto debido a que las leyes penales del Perú, estipulan que la presencia del imputado condiciona la validez de las diligencias que el Ministerio Público debe realizar para probar la culpabilidad del procesado, de acuerdo al sistema procesal acusatorio que se ha implantado con el NCPP, y que existe la prohibición constitucional de condenar en ausencia.

Sin embargo, se tiene problemas esenciales en la aplicación de estas medidas cautelares dentro del proceso, específicamente a que todas son de naturaleza coercitiva, porque que afectan sustancialmente los derechos fundamentales de los imputados; y no deberían bajo ningún motivo afectar la dignidad del ser humano, fin supremo de la sociedad peruana consagrado en la Constitución Política vigente; y compromiso asumido por el Estado Peruano dentro del orden jurídico internacional; que determina que solo pueden ser

aplicadas en forma excepcional en la dimensión estrictamente necesaria para alcanzar los fines de un delito probable cometido del cual se cuenta con suficientes pruebas e indicios que aseguran de antemano que el imputado es culpable del delito del cual se le acusa, por los altos indicios que se encuentran dentro de la investigación que se realiza, sobre el delito que se le imputa.

En lo que respecta a la materialización de la pena cometida, en el Nuevo Código Procesal Penal peruano (NCP), existen varias medidas cautelares que permiten llevar a la materialización de la pena por el delito cometido, dentro de ellas se halla la figura jurídica de la prisión preventiva, que es determinada como una tutela cautelar de carácter personal, y que permite que el imputado no pueda evadir las diligencias procesales de probación del delito cometido ni la sentencia judicial por el mismo.

Esta medida cautelar se rige por tres principios básicos: proporcionalidad, idoneidad y necesidad, como garantía de una arbitrariedad judicial.

El más fundamental de los principios que se aplica en esta medida cautelar, es el de proporcionalidad, el cual considera que la restricción de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la libertad, requiere de una expresa autorización legal, la misma que se debe dar en la medida y exigencia necesaria cuando existan suficientes elementos de convicción de que el imputado ha cometido el delito del cual se le acusa. Este principio se aplica con la finalidad de alcanzar la justicia, aunque implica el sacrificio del derecho fundamental de libertad del imputado.

El principio de idoneidad, se aplica desde la concepción, de que toda restricción a los derechos fundamentales debe ser aplicada solo en el caso que sirva para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Y el principio de necesidad, se aplica desde el enfoque, que toda medida que afecte los derechos fundamentales del imputado debe ser la más benigna posible, de entre otras posibles medidas cautelares que se pueden aplicar para obtener el mismo fin.

Se debe tener en cuenta por otra parte, que la medida de la prisión preventiva, es solo provisoria, y debe durar estrictamente lo necesario en función de los fines que persigue:

riesgo de fuga del imputado, peligro de obstaculización de averiguación de la verdad de los hechos (ocultamiento de pruebas), depredación del patrimonio para evadir la reparación civil, peligro procesal (no asistir a las diligencias judiciales en los tiempos previstos buscando que el caso se archive por prescripción) y evitar el peligro de reiteración delictiva (que el imputado siga cometiendo el presunto delito del cual se le acusa).

Estos son, en sí, los presupuestos legales y los fundamentos jurídicos sobre los cuales se aplica la medida cautelar de la prisión preventiva en el Perú, pero la aplicación de los mismos ha generado grandes polémicas y controversias, no solo en los integrantes del poder judicial, del Tribunal Constitucional y de los especialistas en Derecho Penal, sino en la misma población en general, polémicas que no tienen cuando terminar, y controversias que se tratan de fundamentar con supuestos jurídicos que no convencen ni conforman a nadie, y que ha originado una variedad de problemas dentro del seno del poder judicial, dentro de la política nacional, y dentro de la concepción de la población en general.

Dentro del análisis inicial de la problemática que ha generado la medida cautelar de la prisión preventiva en el Perú, se tienen múltiples variantes, de las cuales se mencionan las más relevantes, las mismas que son motivo de la investigación a realizar para tratar de lograr puntos de coincidencia y de confluencia entre los actores involucrados, para que esta medida cautelar deje de ser polémica, o al menos reduzca el nivel de problemática que en la actualidad tiene a lo largo de todo el territorio nacional.

El primer y más relevante de los problemas generados por la prisión preventiva, es el uso y el abuso que se hace de ella en la actualidad por los miembros del poder judicial, a tal extremo que hasta por los delitos que tienen menor pena para su aplicación (4 años como mínimo, como lo estipula el NCPP), hasta los delitos que tienen mayor pena (cadena perpetua), se dicta la prisión preventiva para los imputados, originando el hacinamiento en los penales y genera mayor carga procesal, porque los fiscales no pueden fundamentar las acusaciones dentro de los plazos que ellos mismos han pedido. En la actualidad el Instituto penal penitenciario (INPE) reporta un hacinamiento entre el 100-300% en las cárceles del Perú, y el mismo poder judicial, reporta la existencia de más de 8 mil casos de prisión preventiva en proceso, sin vista a solucionarse dentro de los plazos establecidos.

Y lo más problemático de esta medida, es que es controversial, porque supuestamente esta medida sirve para asegurar y agilizar el debido proceso, y para que se dicte sentencia dentro de los plazos establecidos por el mismo NCPP, pero inexplicablemente los fiscales que la piden, no pueden, o no quieren, terminar la investigación acusatoria, y los supuestos imputados por un delito cualquiera, tienen que ser puestos en libertad, sin probar su inocencia o culpabilidad en los hechos imputados, y con el archivamiento definitivo del caso, el cual es considerado como cosa juzgada, de acuerdo a otros fundamentos jurídicos del Perú, que se encuentran dentro del NCPP, dando la sensación de que de esa manera se consuma la impunidad de los hechos delictivos, en algunos casos, y la aplicación injusta de prisión preventiva para los que fueran inocentes del delito imputado.

Otro de los problemas sobre esta medida, es la que indica en primer término, para que pueda ser solicitada, que el fiscal que lleva el caso, tenga pruebas relevantes o indicios que el imputado ha cometido el delito que se le imputa.

Se da el caso, que en muchas de las prisiones preventivas solicitadas y aplicadas en el país, los argumentos que utilizan los fiscales para pedir la prisión preventiva son solo elucubraciones hipotéticas elaboradas en forma de razonamiento lógico, por indicios presentados por los medios de comunicación, y sin ninguna prueba fehaciente del delito imputado, y se aplica la prisión preventiva en primera instancia, para que luego sea declarada nula por un tribunal superior, que deja la sensación, no solo en la opinión pública, sino en los mismos especialistas del Derecho Penal, que es aplicada de acuerdo al caso mediático que se sigue, o para dar satisfacción a la opinión de los medios de comunicación o de la población, sin aplicar los sustentos jurídicos que son fundamentos básicos de la medida cautelar.

Incluso se da el caso, que antes que termine el plazo de la prisión preventiva, el mismo fiscal que la ha pedido, termina por archivarlo por no tener pruebas o indicios suficientes para solicitar pena al imputado, el mismo que ya ha pasado un tiempo de su existencia privado del más fundamental de los derechos que las naciones democráticas le otorgan a sus ciudadanos: la libertad.

Existe un problema de gravedad altamente lesiva para el Estado y para los ciudadanos en la aplicación de esta medida cautelar, el mismo que la opinión pública, los medios de

comunicación y los especialistas del Derecho Penal no le dan la relevancia que se merece, es el caso en que el imputado de un delito, al cual se le ha aplicado la prisión preventiva, luego del proceso de la investigación primaria realizada por el Ministerio Público, resulte ser inocente del delito imputado.

Eso significa, que una persona inocente ha sido privada del más elemental de sus derechos, el derecho a la libertad.

Además esta arbitrariedad no solo afecta la libertad, sino también la dignidad, la integridad física y la estabilidad psicológica de la persona que pasa por esta situación, y a su entorno familiar y a la sociedad en general, que siente la presión psicológica de que en cualquier momento, cualquier ciudadano, puede ser puesto en prisión, simple o llanamente porque a un fiscal se le dio la gana de pedir prisión preventiva y le fue concedida, por satisfacer anhelos personales de figurar como una persona recta en la aplicación de las medidas coercitivas judiciales o de, en la mayoría de los casos, pertenecer a una red de corrupción que trata de dañar la imagen de una persona, para beneficiar a otros.

La problemática de esta medida coercitiva, no termina en los aspectos mencionados con anterioridad, porque las costumbres, las tradiciones y la idiosincrasia de la población peruana, es considerar culpable de un delito a una persona que es imputada de hacerlo, por el solo hecho de ser detenida por las autoridades policiales y judiciales, y lo discrimina, así haya sido demostrada su inocencia, por la percepción generalizada de que el poder judicial en el Perú es corrupto, y que vende la impunidad a diestra y siniestra, esto genera que el imputado-inocente, al abandonar la prisión tenga la discriminación social y laboral que le aplica la sociedad, y se halle en menores ventajas para su desarrollo personal y social, y hasta el momento no se tiene ni un solo caso, en el cual se sepa que el Estado ha realizado la reparación civil satisfactoria, que debe ser una obligación del Estado darla, sin que el dañado por la medida la solicite, ya que es el mismo aparato represor del Estado el que ha cometido esta arbitrariedad que en realidad es una barbaridad.

Un aspecto sumamente controversial, que ponen en relieve los medios de comunicación masiva, los especialistas del Derecho Penal, y la Opinión pública, es la temporalidad de la prisión preventiva que solicitan los fiscales del Ministerio Público, puesto que existe dentro del NCPP, un acápite que indica que esta debe ser proporcional a la pena,

y se da el caso que para un mismo delito, incluso ya debidamente comprobados y confesos, como son los casos mediáticos actuales de violación sexual, los fiscales, solicitan diferente temporalidad de prisión preventiva, que es indicativo de que van a pedir, uno la mínima pena, y el otro la pena máxima o intermedia, con el agravante, que quien ha pedido la menor pena privativa, lleva el caso de mayor gravedad de violación, de acuerdo a los indicios y pruebas que el mismo fiscal sustenta para pedirla.

Se debe tener en cuenta que en todo caso de acusación fiscal, el juez que lleva el caso determina de acuerdo a lo que el Ministerio Público, que es el defensor del Estado y de la víctima, la pena para el delito cometido.

Un problema conexo a esta medida, que es generado a través de hechos comprobados de corrupción en el poder judicial, es la percepción de la población peruana, que el uso y abuso que se hace de la prisión preventiva, responde al fin corrupto de los representantes del Ministerio Público y del poder judicial para obtener fines económicos ilícitos, por parte del imputado que tendría que pagar para que le cambien su situación de prisión preventiva por las medidas cautelares alternas, y por haber recibido coimas de los acusadores para que el imputado de todas maneras sea puesto en prisión, a pesar que el supuesto delito cometido no tiene pruebas fehacientes, y no existen indicios de peligro de fuga o de obstaculización al proceso.

Por encima de cualquier poder del Estado: Judicial, legislativo y Ejecutivo; en la normatividad vigente, se encuentra el Tribunal Constitucional, ente que tiene la última palabra en la determinación de casos, sean estos civiles y/o penales, porque es el que determina si es que se viola o no la constitución, carta magna de la nación, que es la primera ley del Estado y de la que se derivan todas las demás normas legales, esto hace que el Tribunal Constitucional tenga el mayor poder de decisión en los casos controversiales, y que incluso sus decisiones sean vinculantes para todo el proceso judicial en todas las instancias judiciales del país.

Existen varias decisiones del Tribunal Constitucional sobre los Habeas Corpus presentados por personas que han tenido y tienen prisión preventiva en la actualidad, figura jurídica concedida como última instancia al imputado para revertir la pena de prisión preventiva en base al principio de contradicción judicial, en las cuales los fundamentos que

sustentan la ratificación de la prisión preventiva impuesta son contradictorios, y algunas veces hipotéticos, y que especialistas jurídicos y ex miembros del mismo tribunal consideran que no tienen la suficiente fuerza argumental como para dilucidar las controversias que existen sobre esta medida cautelar.

Las apelaciones a la medida cautelar de prisión preventiva se hacen en forma directa a tribunales de segunda instancia, en donde al ser ratificadas o anuladas, son de estricto cumplimiento, por ser la única instancia de apelación de la prisión preventiva, y varias sentencias dictadas en esta instancia, han sido consideradas por los juzgadores como resoluciones vinculantes. Existen varias de esas resoluciones vinculantes, que al ser apeladas al Tribunal Constitucional, por medio del Habeas Corpus, han sido consideradas fundadas y por lo tanto anuladas, pero la anulación del caso específico apelado al Tribunal Constitucional, no se considera vinculante a los casos que tomando como base la decisión vinculante de las segundas instancias, han dictado prisión preventiva en otros casos, de manera que se libera a quien solicitó el Habeas Corpus al TC, y se sigue manteniendo en prisión a los otros imputados que se les dictó la prisión preventiva tomando como fundamento la resolución vinculante anulada.

Desde la perspectiva del imputado, sea culpable o no, porque a pesar de la prisión preventiva, existe la presunción de inocencia; existen también figuras jurídicas legales, que pueden ser usadas para evadir la sentencia de prisión preventiva, e incluso de que sea archivado el proceso, a pesar que existan indicios razonables o pruebas sobre el delito cometido, que son consideradas como artilugios legales por los especialistas del Derecho, y que determinan que todo el proceso sea anulado o archivado en forma definitiva, generando con ello la impunidad del delito cometido, y determinado que la medida cautelar de la prisión preventiva no tiene efecto positivo en su aplicación, para quienes tienen poder, pues la evaden fácilmente a través de otros medios legales.

En el caso específico de los delitos de corrupción de funcionarios públicos, con el panorama actual del caso Lava Jato, que está demostrando que casi toda la clase política del país, la que ha sido parte del gobierno y la que ha intentado a llegar al gobierno, se halla inmersa dentro de los fundamentos explícitos de corrupción de funcionarios, la situación se torna más conflictiva y más polémica en relación al mandato de prisión preventiva para ellos, puesto que siendo personajes políticos representantes a nivel nacional e internacional, la

población tiene la percepción que esta medida cautelar no se usa de acuerdo a los cánones legales establecidos en la ley, sino que se hace con orientación política, y que los jueces y fiscales están usando esta figura judicial, en algunos casos para acallar los reclamos de la población ante el escándalo, en otras para negociar con los implicados bajo la mesa, y otros, para realizar vendetta política contra alguno de los implicados, e impunidad para otros.

Ante esta situación, los jueces y fiscales de investigación preparatoria, que son quienes manejan la figura de la prisión preventiva, responden por diferentes fuentes que se ajustan a los fundamentos básicos judiciales que sobre la figura estipula la ley, sin embargo, sin necesidad de ser erudito en el tema, se nota gran disparidad de juicios por estos representantes del Estado al momento de solicitar y decidir la prisión preventiva, que no convencen, ni a los mismos especialistas del Derecho.

Esto, a entender de juristas de renombre nacional, se debe que la medida cautelar coercitiva, tiende a tener diversas interpretaciones legales, en lo objetivo y en lo subjetivo, que determina las aparentes contradicciones de aplicación de la misma, en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, dando la percepción que esta se maneja de acuerdo a intereses de personas y de grupos políticos, y no desde el enfoque puramente jurisprudencial.

De la problemática, antes descrita, se desprende, que la medida cautelar coercitiva de prisión preventiva, necesita de un análisis profundo, específicamente en la orientación de los delitos de funcionarios públicos, que permita no solo en lo jurisprudencial, sino también en la percepción subjetiva de la población, determinar con claridad y precisión, de qué manera se debe aplicar en el caso de la corrupción de funcionarios públicos, para que de esa manera se tenga la certeza que se aplica con la equidad, idoneidad y justicia, que todos esperan que sea utilizada, para favorecer los actos de sanción de los funcionarios corruptos, y no para entorpecer el esclarecimiento de los mismos o de ocultar o favorecer a determinados personajes políticos en detrimento de otros, que han cometido el mismo y/o parecido delito contra los intereses del Estado.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Se está aplicando de acuerdo a la normatividad legal existente la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

1.2.2 Problemas específicos

¿De qué manera se aplican los presupuestos de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

¿Cuáles son los fundamentos legales para solicitar la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

¿Cuáles son los fundamentos legales que sustentan el dictamen de la prisión preventiva por parte del juez de investigación preparatoria en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

¿Existe orientación política-jurídica en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

¿Qué vacíos legales contiene la medida coercitiva de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

- Realizar un análisis crítico jurídico-legal de cómo se está aplicando la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018 y proponer alternativas de mejorar los aspectos jurídicos-legales que la sustentan y fundamentan.

1.3.2 Objetivos específicos

Analizar de qué manera se aplican los presupuestos de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

Analizar los fundamentos legales para solicitar la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

Analizar los fundamentos legales que sustentan el dictamen de la prisión preventiva por parte del juez de investigación preparatoria en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

Analizar la existencia de orientación política-jurídica en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018.

Analizar qué vacíos legales contiene la medida coercitiva de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

Determinar de qué manera se puede perfeccionar la orientación jurídica-legal de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

1.4 Justificación de la investigación

El Poder Judicial, es una institución autónoma, que tiene como misión básica y principal la sanción de los delitos que se consagran en las normas legales de la Nación, siendo la Carta Magna del Estado Peruano, la Constitución Política, y de la cual se derivan las normas legales para convivencia en paz y democracia, y las sanciones a quienes atenten contra los integrantes de la nación, contra el patrimonio y contra el Estado, las cuales están contenidas en el Código Penal y Civil, base del ordenamiento Judicial del país, y documentos rectores de toda la acción que realizan los integrantes del Poder Judicial, para responder con calidad y ética profesional, a proteger al Estado y a la nación, de los actos delictivos que cometen algunos de sus integrantes y que son sancionados con diferentes penas, entre las cuales se hallan la prisión preventiva y la prisión efectiva..

Sin embargo, desde la implantación de la figura Jurídica de la Presión Preventiva en el país, a través del Nuevo Código Penal Peruano (2004), hasta la fecha, existen marcadas controversias en la aplicación de esta medida cautelar, y a través de ella se ha generado una variedad de problemáticas subsecuentes, que lejos de dar visos de alternativas de concordancias en las interpretaciones opuestas a su aplicación, cada día se hace más controversial su aplicación, porque cada vez que se aplica, específicamente en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, genera posturas discordantes, no solo de la opinión pública y de los medios de comunicación, sino de los mismos especialistas del Derecho, que incluso han sido integrantes del Tribunal Constitucional, y jueces de investigación preparatoria, que es la instancia en la cual se dicta esta medida cautelar.

La aplicación del Derecho, en cualquier lugar del mundo, desde el enfoque del irrestricto respeto a los Derechos Fundamentales del ser humano, que es la orientación genérica que tiene el NCPP, para que no contraste con la figura jurídica de la prisión preventiva, necesita que este sea aplicado con objetividad, transparencia, claridad, y, sobre todo, ética profesional, que no deje dudas, incertidumbres, polémicas, contradicciones o posturas de los profesionales del Derecho, que a través de esta figura se viola el mayor de los derechos fundamentales del ser humano: el derecho a la libertad.

Pero la problemática, que en la actualidad envuelve la aplicación de esta figura, en diferentes procesos que lleva a cabo el poder Judicial, en lugar de dar el mensaje antes mencionado, da el mensaje impresionista que se hace uso y abuso de la medida cautelar, generando no solo perjuicio al Estado Peruano, daño irreparable al imputado que al final termina siendo inocente, sino desconfianza en el Poder Judicial Peruano, con el sesgo de que favorece y protege la corrupción de determinados funcionarios públicos, antes que realizar una eficiente administración de Justicia.

El problema de la aplicación de la prisión preventiva para los imputados del delito de corrupción de funcionarios públicos en el Perú, en la etapa preparatoria del proceso, los mismos que son considerados inocentes hasta que el Ministerio Público, que es el encargado de las investigaciones preliminares y de la acusación del supuesto delito cometido, pruebe fehacientemente, a través del proceso judicial propiamente dicho, que es el autor del delito y reciba la pena impuesta por el tribunal juzgador, de acuerdo a lo estipulado en el Código

Penal; cada día se torna más sombrío, más polémico, y tiene más voces que se levantan contra esta medida cautelar.

En consecuencia, lo que se pretendió en la presente investigación, y que la justifica plenamente, es realizar un análisis crítico de la aplicación de la prisión preventiva en el Perú en el delito de corrupción de funcionarios, en forma indiferente al delito cometido y a las penas que puedan tener como consecuencia, para determinar los aspectos controversiales que se hallan en la aplicación, y en base del análisis realizado, determinar los fundamentos positivos y negativos que sobre ella se ciernen, buscando de esta forma, proponer alternativas de solución a las controversias, a la luz del análisis mismo de la figura contenida en el NCPP y del derecho comparado.

El país, hoy más que nunca, necesita que el poder judicial, emita sentencias que vislumbren que están enfocados a emanar justicia en forma ética y limpia de toda injerencia corruptora, y eso, solo es posible, evitando decisiones controversiales, argumentos que no tienen fundamento, o explicaciones, a veces inverosímiles, que no convencen a la mayoría de la población peruana, que cada día desconfía más en su accionar.

- El análisis en forma crítica de esta figura, buscó encontrar puntos bases de coincidencia para su aplicación, y para los fundamentos jurídicos que la sustentan, para de esa manera poder transmitir a la población peruana, que aplicación de la medida cautelar se encuentra dentro de los cauces legales que el Derecho nacional e Internacional consagra, y que se aplica por necesidad del proceso, y no por intereses personales, intereses de grupo y/o intereses políticos: intereses de los cuales un legislados debe estar exento, por lo delicado de la misión que el Estado le ha conferido.

1.5 Delimitaciones del estudio

Delimitación espacial. República del Perú.

Delimitación Documental. Legislación y aplicación judicial de la prisión preventiva

Delimitación temporal. Enero-diciembre 2018.

Delimitación conceptual. Análisis crítico de la prisión preventiva-corrupción de funcionarios públicos en el Perú.

1.6 Viabilidad del estudio

- Para la realización de la investigación se contó con suficiente material documental sobre la prisión preventiva de funcionarios públicos, tanto a nivel nacional como internacional, que ha permitido que se pueda elaborar un marco teórico adecuado para la fundamentación de la investigación y además para el sustento de la misma.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

2.1.1 Antecedentes históricos-legales internacionales de prisión preventiva

Rodríguez J. (2001), la figura judicial de la prisión preventiva data desde los tiempos antiguos, específicamente desde el Imperio Romano, y esta ha sido aplicada por las diferentes sociedades del mundo en el devenir del tiempo, siempre, sobre la base fundamental del respeto irrestricto a Derechos humanos, sobre todo libertad.

El Derecho Romano permitió a jueces convenir la prisión preventiva prudencialmente, pero esta se degeneró por automatismo injusto de la medida cautelar.

En la Edad Media Alta, se aplicó esta institución como regla general, por imperio del modelo inquisitivo.

La revolución francesa de 1789 marca la pauta del origen de la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos; la revolución promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en 1793 realizó una segunda versión de la misma; luego, con los principios científicos del derecho romano, fue creado en 1804 el Código Civil, y en 1808 el Código de Instrucción Criminal.

La primera Declaración Francesa de 1789 estipuló en su artículo 7 la obligación de decretar la detención conforme a la ley; esta primera declaración fue incorporada en la

Constitución francesa de 1791, la cual reguló en su artículo 10, unos mandatos para proceder a la detención del presunto culpable de un delito.

2.1.2 Antecedentes históricos corrupción funcionarios públicos Perú

No es un problema de hoy en día, es cierto que en la actualidad con el caso LAVAJATO, se tiene indicios e incluso pruebas fehacientes de cómo se realiza a nivel de todas las instituciones del Estado, desde el Presidente de la República hasta el Alcalde o gobernador del distrito más pequeño del país; desde el suboficial de Policía hasta el Comandante General de esta institución, paradójicamente uno de los baluartes de la lucha contra la criminalidad y la corrupción.

Desde La junta General de Fiscales, hasta el fiscal de investigación primaria, dentro de los cuales también se encuentran el cuerpo de los fiscales anticorrupción; desde Jueces de la Corte Suprema de Justicia hasta jueces de paz y de primera instancia de todo el territorio nacional, y por si fuera poco, también hay indicios claros de corrupción en el CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA, organismo de encargado de nombrar, ratificar y castigar las faltas de los jueces y fiscales, entre ellos los delitos de corrupción.

En los Ministerios, sin excepción, desde los ministros hasta el portero y en general, en todos los trabajadores que ejercen la función pública sin excepción, al igual que todas las entidades u organizaciones privadas que se relacionan con ellas, hasta ciudadanos individuales ; que demuestran que el cáncer de la corrupción de funcionarios, no es un problema solo de hoy día, sino de siempre.

Como lo demostró en el pasado el también mega descubrimiento de corrupción generalizada en todas las instituciones del Estado en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, a través de los famosos VLADIVIDEOS.

Para Cardoso (1972). esos casos son los llamados emblemáticos, porque de ellos se tienen, en algunos casos las pruebas y en otros casos los indicios evidentes de cómo se realizan, y como están enquistados en todas las entidades del gobierno peruano, sin embargo, los primeros datos de corrupción en el Perú provienen desde el mismo virreinato.

Es conocido que el virrey, designado por la corona española para gobernar las Tierras de las Indias en América, como las llamaban los españoles, compraba el cargo en España, y luego llegaba al Perú, que era la capital del virreinato, y vendía al mejor postor los puestos que daban poder político y económico a los potentados de América, configurándose de esa manera la primera forma de corrupción de gobernantes en las tierras americanas.

Desde los inicios de la Colonia hasta la emancipación los virreyes utilizaron esta forma de corrupción, y los funcionarios que nombraba junto con él, se apropiaban en forma ilícita, de acuerdo a las leyes de esos tiempos, de parte de las riquezas que las colonias debían de enviar a la Metrópoli Española, para el lucro y el enriquecimiento personal, con la complacencia de la corona, que en comparación actual sería el Estado.

Por las ingentes riquezas que expoliaban en suelos americanos, y que casualmente fue una de las principales causas de los llamados movimientos emancipadores, pues de lo que se trataba es de ver quien debía apropiarse de la mayor cantidad de riquezas que se conseguían desde sus cimientos a través de los sistemas corruptos implementados durante el virreinato y que persistieron luego de la emancipación y de la creación de la República Peruana.

Una de las gestas más notables contra la corrupción fue la realizada por Túpac Amaru II contra los corregidores, que en la actualidad equivaldrían a lo que son los presidentes regionales, el Cacique de Tungasuca y Pampamarca se rebeló en 1780, contra los abusos y el genocidio que cometían contra los indígenas peruanos, imponiendo impuestos que el virreinato no ordenaba y matando a quien se oponía a estos para quedarse con sus tierras y sus bienes.

A pesar de eso jamás un corregidor fue juzgado en los juicios de residencia que se hacían en esos tiempos, y que precisamente se implementaron para combatir la corrupción.

Durante los primeros 100 años de la República, hubieron muchos casos de corrupción de funcionarios el más notable fue el realizado por el ex presidente Prado, quien aprovechando el litigio fronterizo con Chile, pidió la colaboración de todos los notables del Perú para comprar armas en Europa.

Viajó al viejo continente, y no volvió nunca más, ni con el dinero ni con las armas, e incluso de acuerdo a Versiones de la Historia General del Perú, de Jorge Basadre, muchos de los considerados héroes en la actualidad estuvieron vinculados a actos de enriquecimiento ilícito y malversación de fondos, utilizando los recursos del Estado Peruano.

Aparte de los casos emblemáticos de Fujimori y del actual LAVAJATO, se han tenido casos de corrupción que han llamado la atención, algunos por acusación equivocada y presión mediática como fueron los petroaudios que incluso trajo como consecuencia la creación de una megacomisión en el Congreso de la República.

El Caso del presidente Toledo, acusado por recibir más de 35 millones de dólares solo por la carretera interoceánica del sur, y que se muestra como lavado de activos en el caso Ecoteva, demostrado con documento fehacientes y testigos-colaboradores de la empresa Odebrech, y que se complementan con los indicios claros de corrupción de Pedro Pablo Kuchinsky, de los líderes del Partido Nacionalista, Ollanta Humala y Nadine Heredia.

Los casos de los presidentes regionales de Ancash, La libertad, Puno, etc. y el de Belaunde Lossio, para mencionar de los más notables de los últimos tiempos, pero que evidencian que existe una corrupción en todo el aparato del Estado Peruano, es decir por parte de casi todos los funcionarios públicos.

Lamentablemente la mayoría de estos hechos, han quedado en la impunidad a través de toda la Historia del Perú, con solo algunas pocas excepciones, como es el caso del Mega Juicio realizado al ex presidente Alberto Fujimori, y a varios funcionarios de su entorno que fueron llegados a ser condenados, pero a pesar de eso, tampoco se llegó a sancionar a todos los comprometidos en actos de corrupción, solo fue una sanción selectiva.

2.1.3 Investigaciones realizadas sobre la prisión preventiva

Estudio Analítico-etnográfico, que tuvo como objetivo analizar las audiencias judiciales sobre prisión preventiva de acuerdo al NCPP, en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Cusco, Lambayeque, Piura y Tacna.

Representaban el 61% de la población penal peruana, es decir que el 61% de la población penal del país se encontraba en situación de prisión preventiva.

Luego de puesta en práctica el NCPP, y desde el momento que es el Ministerio Público quien solicita la prisión preventiva fundamentada, representado por los fiscales de investigación preparatoria, el conjunto de delitos para los cuales se pide prisión preventiva.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Prisión Preventiva

La prisión preventiva para Peña A. (2007), acto cautelar produce limitación libertad individual mediante resolución judicial el procesado ingresa a cárcel, busca asegurar fines proceso y eventual sanción penal.

De acuerdo Llobet (1997).

Medida que priva libertad dispuesta sin sentencia firme al imputado, por haber peligro de fuga o evite realización del juicio obstaculizando "averiguar la verdad".

Bruzzone (2005)

Indica, la cárcel preventiva se justifica ya que neutraliza los riesgos procesales, la insensibilidad de investigar y evasión, contrario a la indagación de la verdad y observancia del derecho material.

Flores, P. (2002)

dice que el estado protector colectivo lo aplica como última ratio para la convivencia de los estados partes, el sistema penal es firme frente a los responsables del delito se echa mano a esta medida

Para Roxin, (2000).

Este autor, que es quien crea la Teoría del delito, la cual indica que la Teoría del caso se fundamenta bajo la premisa de elaboración de hipótesis, por parte del encargado de la acusación, que en nuestro país es el fiscal, basado en indicios claros para pedir las medidas de coerción personal, considera también que la prisión preventiva debe dictarse solo en casos excepcionales, porque afecta uno de los derechos más importantes del ser humano: la libertad individual.

El fundamento básico de la necesidad prisión preventiva

El principal fundamento aplicación de la institución como medida de lucha con la criminalidad se halla en el sistema inquisitivo de justicia que imperaba hasta antes de la implementación del actual sistema acusatorio, y que lamentablemente se sigue aplicando por algunos jueces y fiscales penales que no quieren entender que es tratarse una medida coercitiva solo excepcional, porque no solo afecta la libertad y derechos conexos a ese derecho fundamental.

El sistema inquisitivo fundamentaba la necesidad de la prisión preventiva porque consideraba los siguientes supuestos:

- a) Es la mejor medida para la reducción de la criminalidad.
- b) Sirve para obtener la confesión del delito del implicado.
- c) El imputado termina siendo siempre responsable del hecho delictivo.
- d) Permite hacer justicia mucho más rápido.
- e) Los procesos judiciales duran mucho tiempo y es necesario que se asegure que el imputado no pueda estar en las calles delinquiendo.
- f) Impide que el imputado pueda fugarse y nunca se haga justicia.

- g) El derecho a la seguridad ciudadana está por encima del derecho a la libertad del imputado al cual se presume que es el autor del delito.
- h) Si no se da prisión preventiva el imputado recurre a argucias legales que alargan el proceso y permiten que se llegue a la prescripción del delito y este quede impune.

A pesar de que se ha hecho el cambio de orientación del proceso judicial de inquisitivo a acusatorio, muchos de estos presupuestos se siguen aplicando, a veces no desde el enfoque jurídico necesariamente.

Asencio (2005)

Actual CPPenal ha incorporado medida cautelar artículo 253°, en base al fundamento principal del principio exige que la ley se someta al mismo para la decisión de restricción de cualquier derecho fundamental, no solo en forma directa, sino en su doble sentido.

Es decir, primero, exigiendo la legalidad obligatoria para que se pueda aplicar, y segundo, exigiendo también que cualquiera de las limitaciones de los derechos fundamentales deben ajustarse a las determinaciones legales en forma estricta, teniendo en cuenta las exigencias que la norma legal exige para que se lleve a cabo su aplicación.

De esa manera protege el derecho fundamental a la libertad y a los derechos conexos que el derecho fundamental mencionado lleva conexo.

De acuerdo a esa determinación, la prisión preventiva solo puede darse dentro de un proceso penal, jamás en normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de ningún tipo, y que todo lo relativo a la medida cautelar debe ser estrictamente a lo que indica el Código Procesal Penal.

Considerando los aspectos mencionados por el autor, y basándose en forma exclusiva en el principio de legalidad procesal, la medida cautelar de la prisión preventiva solamente puede imponerse si es que concurren los presupuestos materiales,

y si se ajusta a los motivos y fines que ha determinado el procedimiento de imputación establecido en forma obligatoria en una norma procesal, que en este caso es el Código Procesal Peruano.

Si alguno de estos requisitos no se cumple, de acuerdo a este principio, no se puede utilizar la medida, y se debe en forma obligatoria utilizar a una de las medidas cautelares de menor rango, también establecidas dentro de la norma procesal o en la ley.

En consecuencia, para poder aplicar esta medida cautelar, es necesario que se halle determinada en la ley, como parte del ordenamiento procesal, como lo está en la legislación peruana.

Sino que además, solo puede ser adoptada, si o si, bajo el estricto cumplimiento de justificar los motivos que llevan a sacrificar el derecho fundamental a la libertad del imputado.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Indica que este derecho exige que la evaluación de la medida cautelar de la prisión preventiva de manera que esta responda específicamente a los fines procesales, ello se centra sobre todo en la gravedad del delito, en los indicios o las pruebas concluyentes que lo determinan.

De no hacerse de esa manera se estaría violando el derecho a la presunción de inocencia, que es principalmente el que es transversal en toda la investigación primaria, en la sentencia incluso de primera instancia, porque recién se considera firme cuando la sentencia es corroborada en segunda instancia.

El Exp. indica además, que al imperar el derecho de la presunción de inocencia en el nuevo ordenamiento jurídico nacional, no se puede aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstaculizaciones de ninguna clase hasta el momento que se dicte la sentencia en primera instancia, que es cuando se hace efectiva la culpabilidad o la inocencia del imputado en cualquier proceso penal.

El mismo expediente indica que en base a este principio, la medida cautelar de la prisión preventiva no puede prolongarse más allá de lo estrictamente necesario e indispensable para una actividad de probación de la culpabilidad.

De lo contrario se estaría violando la presunción de inocencia del imputado, y en este caso se estaría tratando de encubrir los inconvenientes, la incuria o la displicencia de los funcionarios responsables del proceso, los cuales recurrirían a la medida cautelar de la prisión preventiva, para tapar estos aspectos negativos de su función judicial.

Bovino (1997)

Medida coercitiva restringe libertad, es garantizar correcta averiguación verdad y de la actuación de los encargados de la investigación, pero que no tiene por qué violar en ningún momento la presunción de inocencia del imputado, porque ser acusado un delito significa forma automática ser culpable.

Zaffaroni, (s/f), dice que el proceso penal por sí mismo comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizantes.

Esto quiere decir que esta garantía va dirigida a los medios de comunicación mediáticos, para impedir que propalen que el imputado ya es culpable de lo que es acusado.

Actualmente la motivación es requisito de mayor importancia, forma exclusiva en los delitos de corrupción de funcionarios, porque la misma corrupción se hace de manera compleja, y como en la mayoría de los casos no los hace una sola persona, sino un conjunto de actores, que pueden ser civiles y públicos

Es difícil motivar la resolución de prisión preventiva, con el problema que los jueces que la decretan, no pueden omitir pronunciarse al respecto, puesto que ante un recurso presentado por el imputado, la sala de segunda instancia, es decir la sala de apelaciones, si la resolución no se encuentra fuertemente motivada, la declararía inconsistente, y en consecuencia la anularía.

Lo que ha quedado demostrado, es que existe pobreza en las motivaciones que se dan al momento que los jueces de investigación preparatoria decretan las prisiones preventivas.

Fernández, (1993)

dice que se debe entender por motivación el proceso discursivo en virtud del cual se expresa con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión.

Según Ghirardi (1998)

se considera que la resolución del juez ha sido fundamentada debidamente cuando se muestra, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino de manera explícita, hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que ha arribado.

Binder (1993)

De acuerdo a lo expresado por los autores, la motivación reúne todos estos derechos y principios de la función jurisprudencial, que para la resolución de la prisión preventiva deben ser satisfechos a plenitud, porque son el fundamento indispensable que debe haber en el pedido de esta, por ello es que la motivación en el pedido de la prisión preventiva del imputado no son mero trámite, es una exigencia para que el juez exprese las razones de su decisión.

Vélez (1982)

En la motivación, es donde el imputado puede encontrar los fundamentos que no están de acuerdo al Derecho y de esa manera puede interponer el medio impugnatorio para que un superior jerárquico judicial controle la debida tutela de derechos que la ley le confiere, y que el juez de investigación preparatoria no le concedido, solo de esa manera se pueden eliminar las arbitrariedades, que a menudo se presentan en los dictados de la prisión preventiva.

El Exp. N.º 033-2000-HC/TC, determina aplicarla solo en forma exclusiva en situaciones que sean específicas, y que estas situaciones sean de naturaleza particular al proceso judicial que se sigue, que no debe aplicarse más allá de lo necesario, y que como

principio es una exigencia para el órgano jurisdiccional de aplicarla fines de la investigación.

En consecuencia esta medida solo debe aplicarse en circunstancias legalmente configuradas.

Jauchen (2005)

Dice que una medida de coerción personal solo se puede aplicar como excepción, teniendo en cuenta el delito cometido y cuando se ponga en peligro los fines que persigue el proceso.

Además se debe considerar la efectiva aplicación de la ley, es decir, tener en cuenta todo lo que la ley al respecto exige para la aplicación de la medida como es que en realidad el imputado perturbe o frustre la investigación o pueda eludir la acción de la justicia, y que en caso no se haga de esa manera es inconstitucional

El Exp. N° 1196-2005-PHC/TC, dice que las medidas coercitivas están sometidas a la permanencia o modificación durante el proceso en función de la estabilidad o del cambio de la ley que las rige o de los presupuestos iniciales que permitieron que sea considerada para un imputado, por lo que es posible que cuando los supuestos fácticos sobre los cuales se adoptó la medida hayan cambiado, esta puede de igual manera ser cambiada, esto en base a que toda medida cautelar es provisoria, instrumental y variable.

Para mantenimiento medida cautelar, esta debe ser motivada, y para esos fundamentos existen dos criterios obligatorios, el primero exige tomar características y gravedad del delito imputado y pena

Esto indica claramente, el primer momento de la decisión de aplicar la medida cautelar se tiene en cuenta los fines constitucionales del proceso de acuerdo a los datos que en ese momento disponga el juzgador que dicta la medida, el paso del tiempo modifica esas circunstancias y obliga a ponderar las nuevas circunstancias, y de esa manera a cambiar el tiempo de aplicación de la medida, hasta los extremos de alargarla o anularla.

Pujadas (2008), dice que si bien la prisión preventiva debe aplicarse para la eficiencia del proceso judicial, de igual manera, es exigible que no permanezca en forma indefinida todo el tiempo que se dictó, porque las circunstancias pueden cambiar con el tiempo, porque la suficiencia de la medida depende de su duración y de su intensidad.

Sergui, N. (2001)

Este principio considera que es complejo determinar si existe o no la sospecha, puede resultar que el delito no existiese, como se supuso al inicio del proceso, debe darse a la sospecha un carácter dinámico, es decir que exista la posibilidad de que haya sido cometido como no se haya realizado, y ello debe ser determinado por los nuevos indicios y/o pruebas que se vayan acumulando a través del proceso mismo.

Entender indica una conjunción disyuntiva, porque da a entender que existen conductas diferentes, por lo que se podrían presentar las dos, o cada una por separado, pero que a la vez no son excluyentes uno de otro.

El tribunal Constitucional (2005), en el Exp. N° 3390-2005-HC/TC, considera la prisión preventiva, es necesaria para evitar las conductas reprochables dentro de la sociedad por parte del imputado que afecte el proceso penal.

Por eso tales posibilidades deben evaluarse antes y durante el desarrollo del proceso, valorizando ética del procesado.

San Martín (2001)

Dice que este presupuesto material tiene dos reglas: la primera, es la demostración de la existencia de un hecho que tenga alguna característica de delito.

Esta primera regla a su vez debe considerar aspectos objetivos y subjetivos de responsabilidad penal.

La segunda se refiere al juicio de imputación del procesado, el cual debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y de veracidad de que el encausado ha participado en el hecho delictivo, esta sospecha debe ser motivada y objetiva sobre autoría del hecho debe tener en cuenta que no exista ninguna posibilidad de exención penal.

Silva (2000), define delito a toda conducta típica, antijurídica y culpable, y la relevancia volitiva humana para incurrir en hecho punible.

Villavicencio (2006), dice que “el tipo penal relevante, configura delito típico, adecuación conducta descrita en el tipo penal”.

Jescheck (2002)

Dice que para configurar hechos penales, elementos objetivos y subjetivos de conducta dolosa, conciencia y voluntad de cometer hecho delictivo.

Por otra parte Díez (2016)

Este principio procede de igual modo para los casos que no haya dolo sino solo imprudencia, porque no existe delito si la acción no tiende al dolo, pero eso no significa que no tenga responsabilidad, pero en esos casos la pena es menor.

La Casación N° 626-2013 (FJ 29, p. 25), relaciona la teoría del delito con este presupuesto material, al determinar que:

Esto significa que el imputado al ejercer su derecho a la defensa, puede refutar los fundamentos del Fiscal en la audiencia de prisión preventiva, sosteniendo imposibilidad haber realizado o participado en el delito, si es que el fiscal no fundamenta en forma adecuada la posibilidad de que el imputado sea autor o al menos haya participado de alguna manera delito que se le imputa.

Andrés (2018)

Pero, el CPP indica que no basta la existencia de muchos indicios que determinen la presunta participación de un imputado en un hecho delictivo.

Sino que por el imperio de las normas procesales se requiere que estos sean fundados y graves para estimar que se ha cometido un delito, para que de esta manera se tenga que estimar si es posible o no aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva

En este campo se ingresa dentro del Derecho Cualitativo, porque se está tomando decisiones solo sobre indicios, no sobre hechos comprobados, que es el campo del Derecho Objetivo.

Por eso lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos.

Alcocer (2002)

Dice que punibilidad estadio ulterior, ajeno antijurídico y culpable, extraordinariamente innegables requisitos para aplicar pena.

Zugaldía y otros (2010)

Sostienen, punibilidad con doble sentido: necesidad merece pena y efectividad aplicar condena.

Esto lleva a que el supuesto ilícito no pueda ser juzgado por lo penal, le dan solo responsabilidad civil que pueden ser sancionados de manera administrativa, o solo recibir sanciones disciplinarias, éticas o morales.

Según Alcocer (2002)

En caso de la legislación peruana este supuesto que elimina la penalidad, a pesar de ser un delito, se da en algunos casos como : Ley N° 28008 delitos aduaneros.

Presupuestos de perseguibilidad.

Este es un presupuesto determinado en forma efectiva por las leyes penales, en las cuales la detención preventiva se dicta, casi de oficio, en algunos casos específicos.

La legislación considera como mínimo para que se cumpla con prisión efectiva, ya que cuando es menor se cumple con determinadas restricciones, pero no en un establecimiento penal

Con la nueva legislación, de acumulación de años por cada delito cometido, para la prognosis pena, se tiene determinar posible sanción.

Pujadas (2008)

“La existencia de indicios o elementos de prueba que indiquen la posible autoría del delito, no constituyen bases para la justificación del peligro procesal”.

Bruzzone (2005)

Dice que, prisión preventiva se justifica por entorpecimiento de la investigación y fuga.

Pero este enfoque mayoritario, también justifica en algunos casos, de manera injusta y abusiva, la prisión preventiva de una persona inocente.

Ragués (2006)

Por su parte dice que:

Teniendo en cuenta lo expuesto, el peligro procesal, presupuesto material abstracto, representa condiciones del imputado, se convierte en riesgo para investigación o proceso.

López (1999), dice que la posibilidad de fuga debe ser analizada con varios elementos, dentro de los cuales se incluye los valores de la persona imputada, la ocupación que tiene, los bienes que posee, los vínculos familiares, una y otros que posibilitarían que se mantenga en el lugar que está procesado, además de considerar si la sentencia es prolongada.

El mismo autor sostiene que si el Juez que dicta la prisión preventiva del procesado, esta medida se vuelve injustificada.

Con el peligro de fuga, lo que se pretende cautelar es la ejecución de la sentencia final del proceso, que supuestamente va a tener una pena de prisión en definitiva.

Según Del río (2008)

Fuera de eso, Art. 50° del CPP, dispone que cuando exista la concurrencia de varios delitos punibles, que se consideren como delitos independientes, se

hará la suma de las penas que por cada delito imponga el juez, y se sentenciará con el doble del máximo de la pena más grave.

Pero además que esta aplicación no puede exceder de 35 años de cárcel efectiva, es decir, que el máximo de pena que puede imponer un juez, a pesar de que el imputado haya cometido mayor cantidad de delitos que sumados puedan pasar de 35 años, el juez solo puede imponer como máximo 35 años.

En consideración a este presupuesto es que se valora peligro procesal fuga, acuerdo edad del imputado, y si ha cometido varios delitos, que tienen la posibilidad de ser sancionados con la máxima pena, 35 años, esto puede ser una posibilidad fuerte de que intente fugar antes que cumplir la pena que de antemano sabe que le aplicarán.

Sin embargo el TC. Exp. N° 1260- 2002-HC/TC (2002).

Se debe tener en cuenta que el peligro de fuga por la severidad de la pena es un presupuesto psicológico a futuro, porque nadie sabe cuál es la determinación que tomará el imputado en el caso que fuera sentenciado, porque primero se debe tener en cuenta la presunción de inocencia del mismo durante todo el proceso, y durante el mismo tiene el derecho a realizar su defensa en libertad, sin que los presupuestos del futuro le quiten su derecho fundamental.

En relación a este aspecto, La CIDH, en el Art. 108°, considera que se pueden tener en cuenta el argumento de la gravedad del delito y sanción severa, prisión preventiva, puede convertirse sustituta privativa de libertad, sin tener consideración principio inocencia.

El Art. 269°-3 del CPP, refiriéndose al supuesto de obstaculización al proceso a través de la posibilidad de fuga del imputado, considera que en el caso de la magnitud del daño causado, cuanto más grave sea el daño que ha causado el imputado, y por consiguiente mayor sea la sentencia que pueda recibir en el futuro.

Le puede llevar a que evite el pago del daño causado a la sociedad, sea en las personas o en los bienes materiales, y esto aunado, a que el imputado no muestre ningún o poco interés por reparar el daño causado, de acuerdo a como lo determina la sociedad a través de sus leyes, puede ser el incentivo que lo lleve a fugarse tratando de evitar responder por el hecho delictivo cometido, en el caso que sea culpable.

Caso contrario sería que durante el proceso el imputado muestre la voluntad de reparar el daño causado desde el primer momento en que es investigado.

Esto se determina a través de la conducta que muestre el imputado durante el proceso que se le sigue.

La voluntad que muestre el acusado en reparar el daño causado, debe evaluarse para imponer medida cautelar, la cual correspondería que no muestre esa voluntad.

Se debe tener en cuenta que estos dos criterios deben evaluarse en forma conjunta, pues no es suficiente uno solo de ellos para determinar la posibilidad del peligro de fuga, así lo determina el Art. 269°-3 del CPP.

Este supuesto se refiere a la actitud que muestre el procesado durante la investigación preliminar y el proceso penal, y en el caso que ya ha haya tenido un proceso anterior, se debe determinar cuál es, o cual ha sido la actitud del procesado en cuanto van determinar su culpabilidad o su inocencia, por lo que se debe tener en cuenta su presencia en las citaciones, faltando solo en caso tenga las pruebas efectivas que no haya podido asistir.

En consecuencia, el riesgo de fuga del imputado no puede ser fundado, bajo este supuesto, en el comportamiento del imputado durante la detención, sino a partir de que este es citado para declarar sobre los hechos que se investigan, esto quiere decir a través de la investigación preliminar y durante el proceso penal.

Del Río (2008) dice que en el CPP se considera lo siguiente:

En este caso se debe tener en cuenta, que se refiere solo a lo antes mencionado, pero que el imputado no tiene la obligación de brindar información que lo vinculen con el hecho imputado, ya que ello sería una autoinculpación que afectaría a su derecho de defensa en la orientación que este derecho confiere la no incriminación.

De acuerdo a los delitos graves se tienen cuenta para designar a tres o más personas como organización criminal son: delitos contra el patrimonio, extorsión, delitos monetarios, delitos contra la Administración Pública, delito de falsificación de documentos y lavado de activos

Según Oré (2014)

Esta ley termina con las denominaciones de agrupación criminal, organización delictiva o banda, organización ilícita y asociación delictiva que se habían considerado dentro del CPP, ya que el concepto de organización criminal agrupa a todas las formas antes mencionadas.

De acuerdo a Zúñiga (2013)

La denominación de organización criminal se da a los grupos que están debidamente estructurados para realizar delitos con los cuales se puede conseguir beneficios económicos y materiales, y para obtener influencia política o social.

Peligrosidad procesal existe a la cual pertenece, puede facilitar los medios necesarios para que fugue.

El peligro de obstaculización. Del Río (2008)

Dice que este supuesto para justificar la prisión preventiva se basa medios probatorias del delito cometido y peligro desaparición futuras fuentes de prueba alterando la veracidad de las mismas o destruyéndolas en forma definitiva.

En estos casos para solicitar y dictar la medida cautelar por parte del Fiscal y Juez, se exige, probable destrucción pruebas que sean relevantes para el proceso.

Asencio (2005)

De acuerdo al autor, se tiende determinar influencia de peritos, testigos, coincurridos, etc., puesto que una amenaza no se puede considerar como obstaculización, ya que la ley tiene mecanismos para asegurar los medios de prueba y que las amenazas puedan hacerse realidad, si por ese hecho se da una prisión preventiva, se estaría dando el caso que la justicia es ineficiente e ineficaz para tener a buen recaudo las pruebas materiales que tiene consigo para el proceso.

En el caso de los elementos materiales, es casi similar a la de los elementos personales, ya que si los documentos se hallan en poder de los jueces o fiscales de investigación preparatoria, no debe existir riesgo de ninguna clase, porque para ello existen las copias de los documentos.

Los supuestos que se consideran como peligro de obstaculización de acuerdo al Art. 270° del CPP, son los siguientes:

De acuerdo a Pujadas (2008)

este presupuesto de posibilidad imputado acceso a pruebas que vinculen con el delito investigado, y pueda tratar de destruirlas o desaparecerlas para que no se puedan utilizar en su contra durante el proceso.

Legislación ha utilizado el verbo influir para describir la ascendencia que pueda tener el imputado basada en esa ascendencia pueda maniobrar para que los otros declaren lo que le es conveniente durante el proceso, de igual manera puede tener ascendencia con los testigos o los peritos que intervienen en la aclaración y definición del delito cometido.

Esta ascendencia que pueda tener sobre ellos le puede permitir incluso coaccionarlos, presionarlos, amedrentarlos, amenazarlos, intimidarlos e incluso inducirlos a que declaren a su favor o informen falsamente, en el caso de los peritos.

Esa misma ascendencia que pueda tener el imputado sobre los coimputados, los testigos o los peritos puede hacer que ellos participen de manera reticente, es decir demorando su participación en la relación de los hechos.

De manera que esa forma de hacerlo pueda traer consigo el alargamiento del ,mismo para que sea declarado libre de culpa a través de la extinción del tiempo permitido para ser procesado.

El aspecto de la ascendencia que tenga el imputado sobre los coinculpados, testigos o peritos, debe ser evaluado a través del comportamiento que tenga a través de la investigación o dentro del proceso de primera instancia, para poder determinar la medida cautelar de la prisión preventiva.

Estos casos, la participación que puedan haber tenido los otros inculpados o los posibles testigos en el delito, puede hacer que los induzcan a proteger al imputado a la vez que se protegen así mismo, es decir, que el imputado debido a que conoce los hechos perfectamente, puede inducirlos a declarar de acuerdo a su conveniencia.

El proceso de inducción sobre ellos e incluso sobre los peritos, puede llevar a estos a cometer actos de sustracción de documentos o de obstrucción probatoria del delito.

En este caso se debe tener en cuenta para la evaluación de este supuesto como peligro procesal la cual le puede permitir manejarlos de acuerdo a sus fines y objetivos.

De acuerdo a enfoque, se aplica prisión preventiva forma automática, porque no admite prueba en contra en ningún momento, e impide enfrentar el proceso conforme a las particularidades que tiene cada caso.

El NCPP, incluye el enfoque del Derecho consigna que el imputado es considerado inocente hasta que no pruebe su culpabilidad a través del proceso judicial.

Análisis jurídico de la prisión preventiva

A pesar de la polémica que esta medida ha generado, y sigue generando en la actualidad en el ordenamiento jurídico de todos los países, incluso el del Perú, ha sido incluida como una de las medidas cautelares del debido proceso, problema de jueces que tienen que dictarla, y para los fiscales que deben solicitarla, ya que sobre ellos recae la responsabilidad de dotarla de contenido al momento de decidirse por solicitarla y aplicarla.

Algunos teóricos del Derecho, como Atienza (2003) y Wróblewski, (2008)

Consideran que la prisión preventiva se entiende como un silogismo del Derecho, que tiene, de donde se ha dado en llamar la decisión de la norma, y este silogismo deductivo, propio de la filosofía del derecho, se convierte en la justificación interna de la prisión preventiva.

Ferrer (2007)

Dice que con respecto a la justificación interna no se tiene problemas, porque está explícita en la norma o ley, es la justificación externa la que ha creado, y sigue creando las polémicas en el campo jurídico nacional e internacional.

Como en cualquier decisión judicial, decisión tomada por el juzgador, y es la argumentación, que sostiene la decisión, la que justifica la toma de las decisiones judiciales. En otras palabras, válida argumentación fundamentada.

Pero se debe tener en cuenta que la justificación interna de la premisa normativa sobre la prisión preventiva, es la que genera o da lugar a la justificación externa, que es la justificación de ser encarcelados preventivamente, sin haber determinado con exactitud, si es culpable o no de lo que se le acusa.

Posturas sobre la pena de la prisión preventiva

Las polémicas se centran en forma exclusiva, en que si alguien que es acusado de un delito, que no sea en flagrancia, el cual necesita de un periodo de tiempo de investigación, para determinar si es que el acusado ha cometido el delito o no, y de esa manera pasar

acusado en forma directa solicitando pena privativa libertad, durante ese tiempo de investigación.

Está polémica ha estado siempre presente a lo largo de la Historia del Derecho, y hasta el momento no se llega a un consenso que satisfaga las dos orientaciones:

Que los procesos judiciales se deben de afrontar en libertad hasta que haya una sentencia que cambie esa situación, o que se permanezca detenido mientras dura el proceso de investigación, para después sea sentenciado si es culpable o se salga en libertad si es inocente.

Hoy en día, sobre todo en los Estados llamados occidentales, donde impera la democracia, se tiende a apoyar en forma directa o indirecta la orientación de que ese tipo de sanción-no sanción del delito es abusivo e ilegítimo, muy por el contrario que se hace en los estados orientales, donde domina la tiranía, que se acrecienta la tendencia de decretar prisión preventiva ante cualquier sospecha de haber cometido algún delito.

Posturas a favor.

El Ministerio Público peruano, en un comunicado publicado en Perú 21 (2018)

Asegura que es dictada dentro del debido proceso, la Constitución y la ley procesal, sostiene además que no es medida abusiva ni generalizada.

Sostienen además, que se encuentra sujeta al control jurisdiccional y de las partes investigadas, pudiendo ser apelada ante una segunda instancia.

Con esto sostienen, que tiene todas las garantías que la ley concede al imputado.

El fundamento, su aplicación lo basan en que lo hacen sin distinción.

Desde esta posición consideran que es un instrumento procesal que contribuye a la investigación y persecución del delito, que se usa no solo en delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y crimen organizado, que se imputan a los funcionarios públicos, sino también en los delitos de extorsión, violación sexual, etc.

Y que en no se halla politizada, como algunos pretenden dar a entender, porque el Ministerio Público es un ente autónomo.

Posturas en contra

Leaño M. (2010).

Prisión preventiva procede a garantizar los fines procesales, evita fuga y entorpecimiento investigativo.

Para Costa E. (2009)

No obstante, son muchos los juristas, nacionales e internacionales, que sostienen, que tal asunción carece de aptitud justificativa suficiente como para poder justificar la cantidad de prisiones preventivas que se dictan en todos los países del mundo.

De acuerdo a Del rio G. (2007)

Está demostrado que los jueces recurren cada vez más a la prisión preventiva, bien dentro de la normativa del Derecho o bien por cuestiones fácticas como presión popular, presión política, presión de medios de comunicación mediáticos, etc.; y basan sus justificaciones ante los reclamos porque se ha recurrido a ella cautelarmente.

Redondo (1996)

Dice que esta distinción conceptual, pretende justificarse en algunas propiedades externas de la prisión preventiva, en algunas características especiales que presenta empíricamente, es decir existente en torno a la medida cautelar, y que pueden ser asumidas como relevantes sin comprometer la visión jurídica normativa de la medida.

Vitale. (2007)

Concepción, hace que esta no sea pena, sino algo distinto a ella, es decir que no tiene carácter punitivo.

Por eso los críticos basan sus fundamentos en esta concepción cautelar de la medida, considerando que no es una justificación o que ella es ilegítima, sobre la base que el encarcelamiento de cualquier ser humano tiene siempre naturaleza de pena de delito, porque se quita la libertad y se encarcela a quien puede ser inocente.

Kees, J. (2006),

Desde la visión de este autor, la justificación de esa manera de la prisión preventiva es un fraude de etiqueta, porque la pena es una medida punitiva, y la prisión preventiva en sí, es una pena, no una medida cautelar, y que se debe recurrir a otras medidas cautelares que son más garantistas de la presunción de inocencia, y que no afectan de igual manera que la pena, a la libertad de los seres humanos.

De igual manera Bovino (2005)

Con este punto de vista los autores antes mencionados, consideran inocencia presunta y libertad están por encima de la prisión preventiva, y en consecuencia no se debe aplicar por ningún motivo.

Porque son los órganos judiciales encargados de demostrar la culpabilidad del imputado, quienes tienen que tomar otras medidas cautelares diferentes, que permitan llevar el proceso judicial de acuerdo a las normas procesales y jurídicas que las leyes y la constitución de cada país lo determine.

El problema de esta discusión sobre la concepción conceptual de la prisión preventiva, es que no tiene suficiente asidero, cuando se determina que la definición conceptual de cualquier categoría tiene siempre dos orientaciones: Una descriptiva y otra valorativa.

La descriptiva, es la definición teórica ajustada a las normas del derecho para adecuarlas a la realidad; y la valorativa, es la definición ajustada a las intuiciones humanas, creencias morales, sentido que debe tener el derecho, etc. (González 2007)

Dentro de esta segunda concepción, la valorativa, es lo que se llama la aplicación empírica del Derecho, que es basada en el conocimiento empírico y no en el conocimiento científico, con el cual se legisla.

Pero lamentablemente eso en la realidad no se justifica, porque cada juez tiene su visión sobre esos aspectos, y cada prisión preventiva que se aplica, es diferente a las otras, de manera que se comprueba que no hay criterios unificados para su aplicación.

Dándose el caso incluso que para iguales o parecidas circunstancias, las daciones de los jueces son contradictorias, unos dan la prisión preventiva y otros, dan otras medidas cautelares, e incluso algunos no aplican ninguna de las medidas cautelares, sino que van directamente al juicio estando en libertad el inculpado, y solo se le ingresa a prisión si es que es considerado culpable al final del juicio.

Motivación de prisión preventiva

Mandato por resolución penal, y de acuerdo a nuestra constitución (Inc. 5 del art. 139°), todas las resoluciones, de cualquier tipo, deben estar correctamente motivadas, es decir, deben estar sustentadas bajo fundamentos de las leyes de acuerdo a la acusación que se ha realizado al imputado.

Fernández, (1993)

Actualmente requisito de mayor exigibilidad frente a corrupción, no los hace una sola persona, sino un conjunto de actores, que pueden ser civiles y públicos, es difícil motivar la resolución de prisión preventiva, con el problema que los jueces que la decretan, no pueden omitir pronunciarse al respecto, puesto que ante un recurso presentado por el imputado, la sala de segunda instancia, es decir la sala de apelaciones, si la resolución no se encuentra fuertemente motivada, la declararía inconsistente, y en consecuencia la anularía.

Según Ghirardi (1998)

Lo que ha quedado demostrado, es que existe pobreza en las motivaciones que se dan al momento que los jueces de investigación preparatoria decretan las prisiones preventivas.

Binder (1993), López, (1992), y Vélez (1982)

De acuerdo a lo expresado por los autores, la motivación reúne todos estos derechos y principios de la función jurisprudencial, que para la resolución de la prisión preventiva deben ser satisfechos a plenitud, porque son el fundamento indispensable que debe haber en el pedido de esta, por ello es que la motivación.

Prisión preventiva dentro del proceso penal peruano

La fase inicial la comprende la denuncia del delito y las investigaciones preliminares, fase en la cual el fiscal solo puede solicitar la prisión preliminar que como máximo puede ser de 10 días.

La fase intermedia, corresponde a las investigaciones que permiten recopilar todo lo necesario para sustentar y fundamentar el pedido de prisión efectiva para el imputado, y es en la única fase que el fiscal puede pedir la prisión preventiva, sustentando y fundamentando los requisitos para que el juez la dictamine.

La fase final, es la de acusación y del juicio propiamente dicha, en esta fase no se puede solicitar la medida.

Principios relacionados prisión preventiva.

Estos principios se hallan en la constitución (Art. 55°), en el NCPP (2004) y en los tratados internacionales que nuestro país ha firmado en relación a la aplicación de la justicia. Son las bases sobre la cual los legisladores, los jueces y los gobernantes deben regular las formas procedimentales para que se ajusten al Derecho Penal. Estos principios sirven para la interpretación de las normas legales que en muchos casos son imprecisas o vagas o tienen vacíos legales.

Teniendo en cuenta el enfoque de la investigación que se ha realizado, solo se han analizado los principios que tienen relación directa con los casos de prisión preventiva.

Esta es la garantía fundamental del acusado, porque solo la presencia del abogado permite que no sean vulneradas ninguna de las garantías que tiene, porque solo los profesionales del Derecho saben perfectamente cuales son las garantías del proceso, el ciudadano común y corriente no, salvo el caso que el imputado sea profesional del Derecho.

Este es un problema principal que se tenía con el anterior código, sobre todo en las investigaciones denominadas complejas, los procesos se prolongaban indefinidamente y las cárceles se llenaban con acusados sin mostrar su culpabilidad y sin sentencia firme.

Bajo este principio el órgano jurisdiccional tienen la obligación de emitir una sentencia en un plazo razonable, los mismos que están determinados dentro del NCPP.

Pero para determinar el plazo razonable, no es necesario que se ajuste al plazo legal, lo cual significa que no siempre el plazo razonable sea legal.

Se debe tener en cuenta que el principio de plazo razonable no es solo garantía para el acusado, sino también para la parte agraviada, es decir, garantiza los derechos de ambas partes, y es el juez quien debe decidir, en irrestricta visión del caso que se investiga, y en orientación exclusiva de lo que dicta el Derecho.

El plazo razonable, sin ceder a la presión popular o la presión mediática realizada por los medios de comunicación masiva.

Funcionario público.

Laubadére (1967)

Dice que la concepción de funcionario público es de especial categoría por la calidad del agente ejerce función pública.

Características de los funcionarios o servidores públicos:

- a) Personas trabajan administración bienes del Estado.
- b) Personas que desempeñan cargos políticos que obtienen gracias a la elección popular.
- c) Personas que ocupan cargos de confianza de los políticos que han sido designados por elección popular.
- d) Persona trabaja una institución economía mixta la cual interviene el Estado.
- e) Las personas que dirigen instituciones que administran como depositarios los caudales embargados por el Estado, de acuerdo a ley, por una autoridad competente en defensa del Estado.

- f) Las personas elegidas o designadas por autoridades representantes del Estado, para desempeñar cargos propios del Estado o en algunas de las instituciones del mismo.
- g) Todas las demás personas que la Constitución Política del Estado y las leyes que emanen del poder ejecutivo y legislativo le den el carácter de trabajador del Estado.

Corrupción.

De acuerdo a sus raíces, es un acto que altera el estado de las cosas, y ese es el sentido que Aristóteles, corrupción fin ajeno

Del Castillo (2001)

Dice que corrupción es uso ilegítimo poder público en beneficio privado.

Buscaglia (1999)

Acontecimiento social, servidor público actuar contrario a leyes, apetitos particulares.

Cincunegui, (1996)

Teniendo en cuenta definiciones anteriores es decir que cuando se habla de corrupción, en forma específica, está orientada hacia hechos que se cometen en el escenario de lo público, es decir del Estado, pero no se deja de lado de lo psicológico, porque puede ser también una depravación moral o simbólica.

El derecho, al considerar que la corrupción pública, tiene diferentes concepciones, desde las históricas hasta las científicas, entre las cuales se considera “hacer uso de los bienes públicos con fines privados”, “utilizar la función pública para obtener beneficios personales y/o grupales”, “acción de una persona que trabaja en una institución pública que va en perjuicio de los demás.

Ya que orienta los recursos económicos para sí o para otros o designa a funcionarios afines a su persona en puestos del Estado, en perjuicio de quienes tienen más derecho al

mismo, por tener mejores méritos”, etc. ha considerado como definición de corrupción de funcionarios públicos, la orientación

Definición jurídica de la corrupción de funcionarios públicos

El jurista Deflem (1995)

Dice que la corrupción no es sinónimo de ilegalidad, porque no implica vulnerar disposición legal, s solo falta ética conductual de personas, porque lo que se llama corrupción es la trasgresión de los comportamientos establecidos por las organizaciones, corporaciones o grupos sociales, que tienen efecto sobre los derechos de las personas o sobre la economía de las familias, de las sociedades o de los Estados.

Este jurista, en esos tiempos consideraba que la corrupción no era un delito, como en la actualidad se considera y se plasma en el Código Penal de casi todos los países del mundo, sino una costumbre arraigada en los funcionarios públicos que era tácitamente aceptada por la sociedad, pero a la vez rechazada desde la moral social.

Para Kaufmann, D. (2000)

Abuso de cargo de tal manera que siempre involucra a un funcionario público y queda de lado las relaciones de este tipo que puedan tener un funcionario público o uno privado.

Esta es una de las tantas definiciones que no permite determinar con plena exactitud lo que se considera corrupción pública, que es el concepto más amplio que la engloba, ya que al centrarla solo sobre los funcionarios públicos, excluye de ella, al corruptor privado que ofrece dádivas a los funcionarios públicos a cambio de un favor político o de colusión para realizar hurto de los bienes del Estado a través de contratos fraudulentos, que es la forma más común que utilizan los funcionarios públicos para realizar el acto de la corrupción.

Esta definición está orientada hacia los gobernantes que han sido elegidas a través del voto popular o los funcionarios que trabajan en el Estado nombrados por estos, llamados de confianza, que se aprovechan de los recursos del Estado, sean económicos o de otra índole, para enriquecerse o para beneficiar a familiares, amigos o grupos afines a sus personas.

En este caso se considera corrupción funcionarios, en forma explícita, vulnera la ley, quedando de esa manera explícita que lo que no se considera en la ley como delito de corrupción no puede ser comprendido dentro de esta denominación.

Para los fines de la investigación realizada se define corrupción de funcionarios públicos al incumplimiento de manera intencionada de las funciones asignadas en un cargo público, en lo económico, social y jurídico, con la finalidad de apropiarse de un recurso, favorecer con un cargo, permitir que se haga mal uso de los recursos.

De esa manera conseguir una ventaja para la persona que lo hace, para un grupo de personas o para actores de lo privado que se confabulan para obtener recursos ilícitos del Estado.

Características generales de la corrupción de funcionarios públicos.

Olivera (1998), dice que las características generales que distinguen a la corrupción de los demás delitos son las siguientes:

a) Generalización.

Existe corrupción en casi todos los países del mundo.

b) Heterogenerización.

Las modalidades son múltiples, y van cambiando en forma constante de acuerdo a las circunstancias y al avance del crimen organizado, tecnología y globalización.

c) Enraizamiento en el tejido social.

No se queda solo en los gobernantes corruptos, llega hasta las organizaciones sociales.

d) Internacionalización y transnacionalización.

La corrupción no se realiza solo en los países, sino que tiene redes y raíces en otros países del mundo.

e) Graves consecuencias económicas, políticas y sociales dilapidación fondos públicos.

Daños irreparables a la moral, orientación de los políticos a hacer lo mismo que sus

antecesores, pobreza y pobreza extrema por la falta de los recursos que los corruptos no solo se apropian, sino que también dilapidan cuando están en el gobierno, etc.

Características específicas de la corrupción de funcionarios públicos.

- a) Corruptela quebranta la legalidad.
- b) Es acto realizado por funcionarios públicos que utilizan su posición en el Estado para obtener beneficios propios para si o para terceros.
- c) Surge como parte de una función asignada dentro de la administración pública.
- d) El funcionario corrupto trata siempre de encubrir el acto corrupto a través de acciones ilegales que fundamenta como legales para lograr su cometido.
- e) Es siempre un abuso indebido del poder que le otorga la posición privilegiada dentro de los estamentos de la función pública.
- f) La persona que la realiza no tiene escrúpulos personales y siempre lo niega a pesar de

Actos corruptos en los funcionarios públicos-

De acuerdo a Reyna (2009), son considerados como actos corruptos realizados por los funcionarios públicos

Causas Específicas.

- Salarios públicos de bajo nivel.
- Justicia que no tiene mecanismos adecuados para sancionar la corrupción
- Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones.

- Sobre regulación administrativa o ineficacia de gestión; que puede servir de base a la práctica de comportamientos corruptos, porque se puede comprometer a otros en los actos evitando las repercusiones de la misma en quien la comete.
- Grandes cantidades económicas cedidas a una o muy pocas personas, que tienen decisión sobre la inversión pública y que pueden condicionarla a otros funcionarios y a empresas privadas.
- Otorgación de cargos públicos con máximo poder de decisión y con autonomía absoluta que le permite utilizar los recursos al libre albedrío.
- Ausencia, debilidad o reducido control del uso de los recursos públicos, que permite no ser detectado oportunamente en los actos ilícitos que se realiza.

Defectos en la organización burocrática que pueden redundar en falta de control interno, en la supervisión externa, y en el control de la rendición de cuentas.

Consecuencias de la corrupción de funcionarios públicos. Recaen en la sociedad más pobre del Estado, que no trabaja para el Estado, porque nadie contribuye a beneficiarlos, a mejorar sus niveles de vida, sino que a perjudicarlos en cada uno de sus actos corruptos. Otras consecuencias se reflejan en lo político restando credibilidad al actuar de ellos, en lo judicial, porque se sanciona a los gobernados y no a los gobernantes, es decir a la burocracia.

Los españoles, sociedad que ya estaba corrupta en todos sus cimientos, especialmente en sus gobernantes, trasladaron su sistema corruptivo a las colonias de América, y entre ellas al Virreinato del Perú.

Desde la colonia, la Corona Española mandó funcionarios a América para que le remitieran toda la riqueza de las nuevas tierras a su dominio, dándoles poder absoluto sobre tierras y hombres que ellos quisieran.

Sin embargo, estos funcionarios españoles no se contentaron con el poder sobre hombres y riquezas que le dio la corona española, sino que quisieron más riquezas, y de esa manera, comenzaron a quedarse con parte de la riqueza que debían remitir a la corona, que es un acto delictivo y corrupto, pero que la corona española lo permitía, sancionándolo solo en contadas ocasiones, porque su sed de riquezas era saciada con lo que estos funcionarios le mandaban.

Se puede decir incluso, que como era un tácito acuerdo en todos los funcionarios de la corona, de acuerdo a la nueva calificación de este delito, se hacía como criminalidad organizada. Esto es pues el inicio del delito de funcionarios en el Perú en forma organizada.

Con el cambio de la colonia americana, a los virreinos, aparecieron los virreyes, los cuales gobernaban con los llamados encomendadores, funcionarios públicos que se encargaban de recolectar la riqueza para la corona, en la capital del virreinato y en las diferentes provincias, los cuales, no cambiaron en nada el sistema de corrupción que había sido implantado en la colonia, lo único que hicieron fue recaudar más, para mandar más a la corona española, de manera que esta quedara satisfecha, y de igual manera apoderarse mayor cantidad de lo recaudado para ellos.

El Virrey los encomendadores eran funcionarios públicos de la corona. Incluso, se puede asegurar que de este mismo momento, hasta la justicia participó de esa corrupción, porque se acuñó la famosa frase: “La ley se acata, pero no se cumple”, que hasta hoy en día los funcionarios públicos la ponen en práctica desde la visión de que “la ley no es para ellos, sino para los subordinados al poder de ellos”, es decir, que ellos tienen libertad de hacer lo que quieran, pero los que no tienen poder político, económico o judicial, si tienen que acatar y cumplir la ley. Solo cambio de visión, pero lo mismo.

La emancipación del Perú de la Corona española, se puede decir que no fue un acto libertario ni de independencia del pueblo sojuzgado, como se pretende hacer creer a través de los libros de historia, sino que los miembros de la familias criollas, es decir de los españoles nacidos en el Perú.

Fueron excluidos de ocupar altos cargos en la administración del virreinato, solo podían tener bajos cargos en esa burocracia corrupta, y no podían tener los altos benéficos de la

corrupción que tenían los nacidos en España, que eran los que ocupaban los altos puestos de la administración; en consecuencia, para enriquecerse ellos a través del manejo corrupto del nuevo Estado, expulsaron a los españoles de nuestras tierras, y ellos fueron los que gozaron de toda la corrupción del gobierno, en mayor medida que sus antecesores, porque a partir de ese momento, toda la riqueza se quedó en el Perú.

Eso queda demostrado a través de todos los hechos corruptos que a través de la historia, los más relevantes, se ha podido comprobar durante la era de la república peruana, de los cuales se mencionará los más relevantes.

Con la “llamada independencia nacional”, se creó el Estado peruano, desde ese momento, el presidente y sus allegados ocuparon el lugar de los españoles, pero el sistema no cambió, siguió siendo el mismo.

El primer dato de corrupción de funcionarios públicos, donde está incluida toda la clase política burócrata, desde el presidente hasta el último funcionario público, se encuentra luego del gobierno de Ramón Castilla, que heredó la deuda externa de la mal llamada guerra emancipadora de España.

Esta se encontraba en cerca de 7 millones de pesos, y Castilla ordenó que se pague con una parte de las ganancias generadas por el guano, que en ese momento era el boom económico en el país, logrando que la deuda bajara a cerca de 5 millones de pesos.

Sin embargo, a pesar de seguir el boom del guano, en el gobierno de Echenique, misteriosamente la deuda había subido a más de 23 millones de pesos.

Los historiadores concuerdan en la descripción de lo que sucedió en ese año de corrupción de funcionarios del Estado, que fue el primero de gran envergadura que hubo en el país.

El gobierno de Echenique, es uno de los gobiernos en los cuales existió mayor inmoralidad por parte del presidente y los encargados de la administración pública, estos permitieron, a cambio de dinero para ellos, que hoy llamamos coimas, que los acreedores internacionales del Perú, adulteraran los papeles de la deuda externa, recurriendo a la

falsificación de firmas y documentos, y estos llegaron incluso a aceptar documentos de deuda interna con la firma falsa de San Martín y Bolívar.

Y no solo fue eso, sino que incluso engañaron a la población peruana, que estaban pagando parte de la deuda, tal como lo había dispuesto Castilla, cuando en verdad trasladaban ese dinero a cuentas de bancos extranjeros, tal como se hace en la actualidad, lo que demuestra que la modalidad no es diferente, solo que se ha sofisticado con el tiempo.

Y no contentos con eso, firmaron el famoso contrato de la explotación del guano con la casa Dreyfus, que como ya se sabe, es el primer contrato fraudulento que se tiene noticia en la historia del Perú, con el cual, automáticamente le regalaban todas las utilidades del guano a los dueños de esta empresa, también porque ellos recibían como coima, parte de ese robo.

Esto demuestra que la historia no es nueva, sino que solo se repite, porque los que han gobernado el país, desde la colonia, han hecho lo mismo, y solo algunos han sido juzgados por la historia, porque siempre han contado con la corrupción del poder judicial, que luego de enmarañados procesos, solo ha sancionado a algunos, siempre los que han robado menos, y ha dejado en libertad de disfrute de la corrupción a la mayoría de los funcionarios públicos que la han cometido.

Esto fue puesto al descubierto por Castilla en su segundo mandato, luego del golpe de Estado contra Echenique, a través de una comisión investigadora, que como también se comprueba, es la misma manera como se hace en la actualidad, y la única manera que se puede conocer, porque lamentablemente a través de todos los tiempos, el poder judicial, ha sido cómplice y participante de estos actos de corrupción.

Y también las fuerzas armadas, que son los que sostienen en el poder a los funcionarios corruptos.

Esta forma de corrupción de los altos funcionarios públicos, a través del tiempo, se fue extendiendo a todo el personal burocrático del estado peruano, y por eso no llama la atención que hoy en día, para los políticos, el estado sea visto como un botín de guerra, de ahí la encarnizada lucha en las elecciones entre los diferentes grupos políticos y económicos, que buscan que llegar como sea, incluso a través del fraude o de la eliminación de los contrarios,

porque para ellos, el fin justifica los medios, como lo dicen los grupos políticos, sin excepción.

El fin, es la oportunidad de robar al Estado a través de los actos de corrupción de los funcionarios públicos, que han llegado al extremo de considerar, que aparte del sueldo que recibe, y aparte de lo que pueden hurtar al Estado, la población civil que necesita un servicio de ellos, que es parte de su función, así sea declarado por la ley como gratuito, tiene que pagar el precio que ellos le ponen.

Esos son los extremos de corrupción que en la actualidad se vive en el país en los funcionarios públicos, por supuesto con excepciones, que quizás no llegan ni al 1%, pero hay excepciones.

Sanción de delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. 2016-2018

El diario la República (2017), informó que solo entre 2016-2017, las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios consiguieron que se condene a 1760 funcionarios que habían cometido delito en la administración pública. Se debe hacer la salvedad que en estos casos estuvieron vinculados solo autoridades regionales y locales, porque no se había iniciado con la fuerza que requería las investigaciones sobre el caso emblemático LAVAJATO, que involucra a altas autoridades políticas, judiciales y policiales en el país.

Casos emblemáticos de corrupción de funcionarios en el Perú y prisión preventiva.

Primer caso emblemático corrupción de funcionarios se dio en el 2000, cuando se descubrió la corrupción del gobierno de Alberto Fujimori, liderada por su supuesto asesor, Vladimiro Montesinos, a quienes se les acusó de haber malversado dinero del Estado por más de 6 mil millones de soles.

Los cuales hasta la fecha no han sido probados debidamente, porque no se ha descubierto ni probado la existencia de la totalidad del dinero que se imputa, pero los dos, previa prisión preventiva, hoy purgan largas condenas en los penales del país.

El segundo caso emblemático, comienza en el 2016 y perdura hasta el momento, cuando se descubre, gracias a una investigación realizada en Brasil, llamada LAVAJATO, que todos o casi todos los presidentes que gobernaron el país, desde el 2000 hasta la fecha.

Están comprometidos en actos de corrupción de funcionarios, y junto con ellos, personajes importantes de la política peruana como Gobernadores, Alcaldes, regidores, congresistas, Ministros de Estado, personal superior y sub alterno que trabaja en todos los ministerios.

Personas comprometidas con la jerarquía alta y baja de la justicia como jueces, fiscales, abogados; militares y policiales, altos directivos empresas constructoras nacionales e internacionales que contrataban y contratan con el Estado; directores y periodistas de medios de comunicación masiva que encubrían y facilitaban esta corrupción, personas y empresas civiles relacionados con los anteriores que funcionaban como operadores, etc.

Este segundo caso, está recién en los inicios de la investigación, y por ser complejo y difícil, los fiscales del Sistema anticorrupción, sin excepción, han pedido prisión preventiva, para todos los que ellos consideran que de una manera u otra están implicados o relacionados con los hechos de corrupción de este caso emblemático.

En casi todos ellos, el juez competente del caso, ha dictado la prisión preventiva, que es lo que ha ocasionado que se proteste por ella, porque la mayoría de los imputados, y una gran parte de la población considera que en algunos casos es abusiva, arbitraria, politizada, draconiana, etc.

Pedidos de prisión preventiva.

La República (2017)

Dice que entre 2016-2017, las Fiscalías habían formulado 116 pedidos de prisión preventiva por presunta malversación de recursos del Estado. En estos casos se incluyen ni uno solo de los pedidos por el caso LAVAJATO, que es el que ha llevado a la polémica de si se está aplicando con propiedad o no esta medida cautelar.

Gómez (1997)

Dice que “pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales”

Garantías institucionales.

De acuerdo a Oré (1999).

“Son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento”.

Carocca A. (1997)

precisa sus alcances han sido definidos Tribunal Constitucional Español, tutela judicial efectiva es muy difícil.

Pero Chamorro (1994),

El caso del actor civil (víctima), este derecho le da oportunidad de que si ha recibido una reparación en la sentencia, se le provea de los medios para hacer efectiva esa reparación económica.

Bernales y Otarola (1998)

dicen que no es correcto incluir dentro de este campo a las cláusulas garantía específicas halladas constitución de 1993.

Acuerdo a lo antes mencionado las garantías del debido proceso, además de las anteriores mencionadas.

Vives (1992), dice que es un concepto más vago lo que define este derecho procesal, imposible determinar manera general y precisa cuando se ha vulnerado.

Zaffaroni, (s/f), dice que el pleito penal comporta grave perjuicio al honor del imputado, por efectos estigmatizantes.

Esto quiere decir que esta garantía va dirigida a medios comunicación mediáticos, para impedir que los medios de comunicación propalen que el imputado ya es culpable de lo que es acusado.

Mixan (1996), dice que “todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, deben tener defensa. El Ministerio Público no posee ese derecho, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria”.

Maier (2004), dice que el cambio de paradigma en el Derecho, sucedió a finales del siglo XVIII, en relación al enjuiciamiento penal, para dejar de lado el sistema inquisitivo, rechazando algunos de sus postulados básicos, buscando la eliminación inocencia presunta, privación libertad durante el proceso.

El rechazo al sistema inquisitivo y de sus postulados se hizo en función del auge de los derechos humanos.

Maier, (2004), dice que cuando se ponen en práctica estos enfoques de la presunción de inocencia, las decisiones judiciales que se dan en estos momentos en relación de la prisión preventiva, en la mayoría de casos desconocen estos enfoque, y es por ello que se considera que el sistema judicial está haciendo uso de la prisión preventiva en forma inquisitiva.

Pero la misma declaración estipulaba que se podía utilizar en algunos casos justificados, y de esa manera muchos intelectuales defienden la prisión preventiva desde diferentes puntos de vista, pero defendiendo que no sea una injusticia necesaria.

Hasta ahora, a pesar que el paradigma de la presunción de inocencia, tiene más fuerza cada día, todavía ningún Estado se atreve a abolir la prisión preventiva. Esta decisión, basada en argumentos políticos, morales y jurídicos, hace que la prisión preventiva se siga usando, a manera de fraude justicia, en algunos casos, en los cuales se evidencia que no se aplica de acuerdo a Derecho, sino por otras implicancias subyacentes.

Ottaviano (2005), dice que a pesar de esto, a los finales del siglo XX, y a los inicios del presente, ha prevalecido la positivización de los Derechos Fundamentales en forma universal, entre los principales, el principio de presunción de inocencia y el derecho a la

libertad ambulatoria durante el proceso penal, y de esa manera se ha tomado consenso de que este principio y este derecho marcan universalmente sus límites con la prisión preventiva.

Para Pessoa (2005)

Esos límites estarían dados por la finalidad mayor del encarcelamiento sin condena, que está orientada a neutralizar los peligros procesales imposibles de tutelar a través de otras medidas cautelares.

Ese límite se ha fijado, determinando no persigue fines en si mismas, solo salvaguardar el debido proceso, y cuya aplicación se exige que este subordinada a dos clases de circunstancias fácticas: la apariencia de buen derecho, que se traduce en el juicio de probabilidad de que la hipótesis del pedido de prisión preventiva, por los argumentos expuestos sea acogida por el juez; y la probabilidad de la frustración del debido proceso, implicada en esa hipótesis, sino se aplica la medida cautelar de la prisión preventiva.

De acuerdo a Cafferata (1988)

Debido legislación de la nación peruana, el derecho a perder la libertad durante la primera instancia, cuando aún no se tiene sentencia, sólo puede ceder a situaciones excepcionales, que se hayan considerado dentro de la legislación en general.

Una de las excepciones que consagra la ley peruana, es precisamente las medidas cautelares o de coerción que se consideraron en el Nuevo Código Penal del 2004, y que se aplican de acuerdo al Nuevo Código Procesal Peruano.

De esto se deduce, que la aplicación de la prisión preventiva, para superar los límites de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, debe a través de una decisión judicial justificar la validez de la premisa normativa, que estable el encarcelamiento, así como fundamentar la presencia de hechos condicionantes, es decir la premisa fáctica.

Resumiendo, esto se traduce en:

- a) Existencia de un determinado caudal probatorio en favor de la hipótesis acusatoria. Como la existencia de un delito y la participación del acusado en él.

- b) La probabilidad de la frustración del proceso debido a la libertad del acusado. Como el peligro de que el acusado ejecute una acción que obstaculice o frustre el proceso en el caso que esté en libertad.
- c) Que la prisión preventiva sea una condición necesaria para la neutralización para el peligro procesal. Es decir imprescindible para los fines procesales.

Solo de esta manera el juez puede justificar que se puede encarcelar a un imputado, durante la etapa de investigación preliminar y durante la etapa probatoria.

2.3 Bases filosóficas

Fundamentos filosóficos de la pena.

Jiménez (1929)

De acuerdo a como se fundamente, si es en la retribución, teoría de la retribución, o en la defensa social, teoría sustancialista, resolverá la pena una manera distinta, por cada una de las teorías tiene sus particularidades.

Carrancá y Trujillo,. (1990)

Sostiene que la filosofía durante toda su existencia ha reconocido que el Estado está autorizado para castigar como retribución del delito y en nombre del interés de la comunidad

Ortiz (1993)

Considera que son dos las fundamentaciones filosóficas de la pena, por un lado el principio de justicia absoluta basado en la retribución, y por otros los principios utilitarios orientados a la prevención.

Durán (2011)

Dice que esta teoría surge como reacción ideológica frente a los abusos del régimen de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena basadas en el Contrato Social de Marx, que implementaron los penalistas de la

ilustración en el siglo XIX, para de esa manera revalorar al ser humano, como tal y en sí mismo, en su dignidad, cuando tiene que afrontar un proceso penal.

Fernández (1993), dice que estas teorías consideran a la culpabilidad como fundamento de la pena y que la pena es un fin en si misma, de esta manera al imponer la pena no se buscan fines prácticos sino solo imponer la justicia.

Lesch, (1999), afirma que para las teorías absolutas, la pena es retribución, ya que el que ha violado la ley debe ser castigado como una compensación del mal causado por el delito que ha cometido. Se sanciona no para alcanzar una finalidad, sino para causar un sufrimiento a alguien que ha quebrantado la ley.

Kant (1793), fundamento el principio absoluto de la pena, diciendo que la pena judicial no puede aplicarse solo para el bienestar, de la sociedad o del delincuente, sino que tiene que ser aplicada todas las veces solamente para el que ha cometido el delito. Su fundamento se basa en que el ser humano no es una cosa, no puede ser usado como un instrumento, sino que es un fin en si mismo.

Novoa (1985), dice claramente, que la mayoría de los penalistas tienden a aceptar la teoría de la retribución, viendo a la pena como contrapeso del delito, y que eso es solo una visión de restablecer la violación de las leyes, pero que eso solo tiene validez por su naturaleza, porque tiene una visión de justicia absoluta que se pone de manifiesto en causar un mal al que ha cometido al delito y nada más.

Estas teorías sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor de la justicia, en consecuencia debe ser completamente jurídica y no deben tener criterios de utilidad social, es decir, criterios mediáticos sociales o políticos que la determinen, sino que deben ajustarse a la realidad y necesidades del Derecho para sancionar los delitos.

Teorías retributivas de la pena. Según García (2008), estas teorías definen la sanción penal como una sanción por un delito cometido. De eso se desprende el calificativo de retributiva. Esta teoría sostiene, que la pena es un castigo por el delito que se ha cometido, pero que dentro de ella no debe haber persecución social ni política, porque si se realiza de esa manera, se desnaturaliza el objetivo de la justicia social.

Kant (1793), uno de los representantes de estas teorías, dice que esas deben ser las exigencias máximas de la justicia para ser equitativa, y no de justificar razones de necesidad social-política ya que el ser humano es el fin de la sociedad, y que la sociedad deba utilizar al ser humano para conseguir sus fines; y Hegel, otro de ellos, las fundamenta en la vigencia que se necesita para reordenar la sociedad y no de expulsar o eliminar personas de la sociedad como se hacía en el pasado.

Teniendo en cuenta estos enfoques, estas teorías consideran que la pena debe ser impuesta aunque no fuera útil o necesaria para la sociedad, porque la sociedad puede considerar que no se debe castigar un delito que para ellos no lo consideran de esa manera, pero si el ordenamiento legal de un país así lo determina, debe ser sancionado.

Hegel (1820), le aplica a este tipo de teorías una fundamentación dialéctica para justificarlas: “si el delito cometido es la negación del Derecho, la pena vendría a representar la negación del delito y, por tanto como negación de la negación, la afirmación del Derecho”.

De acuerdo a Villavicencio (2014)

La pena es producirle un mal a una persona, de manera que compense el mal que ha causado por su libre albedrío, de esa forma se equilibra el mal que ha cometido, con la finalidad que comprendiendo y rectificando, no lo vuelva a hacer, y se logró que se reintegre dentro de la sociedad respetando las reglas y normas de convivencia.

Tribunal Constitucional, se ha manifestado en formas contradictorias en las diferentes acciones de garantías en las cuales ha tenido que tomar decisiones finales en los últimos 10 años, habiendo incluso resoluciones emitidas que son draconianas y en otros súper benignas.

Para parecidos-idénticos casos, que dejan en dudas los fundamentos que ellos mismos han emitido, dando a entender a muchos juristas, que se reservan las interpretaciones y decisiones finales, para tomarlas ellos, de acuerdo a orientaciones y fines que en realidad no persigue el Derecho Penal.

Ese enfoque de la teoría se considera como reinserción social del que ha cometido un delito, bajo el argumento de que la pena no es solo para castigar sino también para prevenir el delito.

En su orientación negativa, se considera la pena como una amenaza de coacción psicológica que se dirige a todas las personas, buscando que la acción legal de la pena establecida evite los delitos.

De acuerdo a este enfoque la pena actúa amenazando a las personas en forma general.

Y en su visión positiva, que la pena amenaza solo a los que cometen o pretenden cometer delitos, y no a los demás ciudadanos que actúan con responsabilidad dentro de la sociedad.

La teoría afirma, que si se acepta la orientación negativa, eso supone, que muchos fiscales y jueces usan, bajo el manto de la “Teoría del caso”, de que el delito es subjetivo, y no que el delito es objetivo y que depende de la magnitud del daño que el delito causa en otro ser, grupo de seres o entes materiales que están dentro de la sociedad, y que eso traería como consecuencia el aumento desmedido de la pena, a fin de aminorar la expectativa del beneficio que podría tener un delincuente cuando se juzga su conducta criminal.

Jiménez (1929)

Dice que estas teorías buscan el fundamento de la pena en el fin que esta realiza, opina que se castiga para que no se vuelva a cometer el delito, como prevención de otros delitos, y que esa prevención debe tener dos orientaciones: la prevención general y la prevención especial.

Heinrich (1981)

Sostiene que mientras las teorías de la retribución se centran en la culpabilidad, en las teorías relativas, el fundamento de la prevención, es la peligrosidad del delincuente, por eso se tiene que realizar una prevención especial, y en la disposición que tiene toda persona a realizar acciones que la ley prohíbe, por eso se tiene que realizar una prevención general.

Villarreal (1987)

Considera a la prevención general como una amenaza dirigida a las personas para evitar que cometan delitos, es decir una coacción psicológica.

Beccaria (1990)

De esto se deduce que con la prevención especial de la pena, lo que se busca es que quien la sufra no vuelva a cometer un delito, y con la prevención general, que no se cometa el delito por la amenaza de que será sancionado de todas maneras.

Von (s/f), es el principal exponente de estas teorías, sostiene que la misión de la pena es hacer del delincuente un hombre útil para la sociedad. Por eso es que la pena debe actuar influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo; puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente al criminal que ha llegado a ser inútil a la sociedad.

De esta manera sostienen que la retribución y la prevención son inseparables, porque la pena no está exenta nunca del sentido retributivo por el delito cometido, pero que el juzgador debe tener en cuenta siempre al momento de juzgar, la prevención para proteger no solo a la sociedad, sino al mismo ser humano del delito.

Para Hormazabal (1996), los límites del poder punitivo del Estado están en las garantías del ciudadano, y estos límites se han establecido a partir de la desigualdad en que se encuentra el ciudadano ante el Estado, que tiene el poder y la justicia en sus manos, para de esa manera poder equilibrar esa desigualdad.

Sin embargo Londoño (1983)

De acuerdo a estos enfoques, se puede concebir que la prisión preventiva no tiene nada de sanción ni de ejemplo para la sociedad, que es la función verdadera de la pena, porque es absurdo admitir que la prisión preventiva se ordene para que sirva de ejemplo, cuando puede ser una medida abusiva y violadora de los derechos humanos y sociales, cuando de por medio está presunción inocencia.

Rodríguez (1998), afirma medida cautelar debido proceso, no tiene consigo retribución del delito cometido ni prevención para que el delito no se cometa, porque hasta ese momento no se sabe si el inculpado es culpable o inocente.

No hay que olvidar que las teorías de la pena, todas sin excepción, versan sobre la sanción del delito debidamente probado, por lo que se justifica la detención, la prisión y el tiempo de sentencia, de acuerdo a como se aplique las teorías absolutistas o relativistas.

Pero la prisión preventiva no tiene nada de estas teorías de la pena, porque solo es para suposición de que se haya cometido un delito, y en base a una teoría que el fiscal elabora para suponer que existe el delito, sin tener a veces ni una sola prueba, y guiado solo por indicios que incluso pueden ser falsos, o creados por otros para inculpar a un inocente.

Vela (1981), es más concluyente en su apreciación cuando afirma que, aun cuando el imputado resultara responsable del delito, no cumpliría con ninguno de los requisitos de la pena, que son la retribución por el delito cometido y la prevención para que no se vuelva a cometer, porque durante la prisión preventiva se le tiene que tratar como es, es decir, como presunto inocente, y por lo tanto no se puede aplicar esas orientaciones.

Además que, como ese tiempo que ha estado en prisión preventiva, siendo culpable, se le resta del tiempo de prisión que recibirá por la pena, el tiempo para la rehabilitación para la reinserción social, se pierde en el tiempo que ha estado el inculpado en prisión preventiva.

Conclusión, aplicación no solo nefasta cuando se aplica a un inocente, sino incluso cuando se aplica a un culpable, porque dentro de ese espacio de tiempo no se puede hacer nada con el inculpado, solo tenerlo en una cárcel, supuestamente esperando que lo declaren inocente o culpable de un delito.

Teoría del garantismo penal de Ferrajoli. Sostiene que la prisión preventiva es ilegítima, fundamentando el aspecto jurídico propiamente dicho.

La innecesaridad de la pena preventiva, sostiene en su teoría, es que no es necesaria en ningún momento del proceso, puesto que si el juzgador tiene sospecha de obstaculización de alguna acción judicial, basta con que se haga la detención coactiva por unas horas o por unos cuantos días, el tiempo que se supone puede obstaculizar la investigación, y sería suficiente, y no tener el imputado por años dentro de una prisión.

En caso evitar fuga, no tiene razón de ser, en una sociedad informatizada a nivel mundial, conectada judicialmente a nivel mundial, no pasa desapercibida, salvo en el caso que los mismos operadores de justicia le permitan hacerlo y no tengan interés en alcanzarlo, puesto que la fuga ocasionaría que la sanción sea la mayor y no la menor en el caso que sea culpable del delito.

Sostiene además, que en el caso que la fuga se produjera y se hiciera imposible encontrar al fugado, la sentencia de prisión se la estaría aplicando de igual manera, porque la persona condenada debe estar encerrada en algún lugar donde la sociedad y la justicia no pudiera encontrarlo, y sería igual que una prisión efectiva.

Esta teoría sostiene, que la fuga en realidad se realiza por el miedo a la medida, el imputado tiene hasta último momento la esperanza de ser considerado inocente e incluso realizar su propia defensa en la audiencia final, y bastaría que en las últimas audiencias, antes de dictar la sentencia final, se le hiciera vigilancia.

2.4 Definición de términos básicos

Prisión preventiva. Medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal (Revista jurídica del Perú)

Medida cautelar. Aquella que se adopta en un proceso con la finalidad de asegurar un resultado futuro que pueda producirse en el mismo. Su objeto es preservar anticipadamente una consecuencia previsible que debe realizarse en el curso del proceso. (Guía Jurídica- Derecho procesal- Perú)

Corrupción. Acción humana que transgrede las normas legales y los principios éticos. (RAE)

Corrupción de funcionarios públicos. Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos

Supuestos legales. Premisa que, en el caso de que se cumpla, lleva a una o más consecuencias jurídicas (Revista jurídica del Perú)

Fundamentos legales. Conocimientos que permiten hacer cosas de acuerdo a como se establecen por ley (Guía Jurídica-Derecho procesal- Perú)

Vacíos legales y/o lagunas jurídicas. Ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta. Es una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología *jurídica* de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación.

2.5 Operacionalización de las variables

VARIABLES	ÍNDICES	INDICADORES
Prisión preventiva	Presupuestos	<i>Elementos de convicción de la comisión del delito (indicios)</i>
		<i>Sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad (temporalidad de la pena)</i>
		Que el imputado trate de evadir la acción de la justicia (Peligro de fuga)
		Que el imputado trate de <i>obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)</i>
	Fundamentos legales para solicitar la prisión preventiva	Pruebas objetivas de ser autor del delito imputado
		Indicios de viaje al extranjero o fuera de la jurisdicción donde se realiza el proceso durante la investigación
		No asistir a las audiencias judiciales o postergarlas en forma deliberada
		Delito imputado esté calificado con pena privativa de libertad mayor a 4 años
	Fundamentos legales para dictar la prisión preventiva	Existencia fundamentada de los presupuestos jurídicos de la prisión preventiva (autor del delito, peligro de fuga y/o peligro de obstaculización y temporalidad)
		Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal
		Garantizar la <i>investigación de los hechos</i> , en debida forma, por los órganos de persecución penal
		Asegurar la ejecución penal
	Orientación política-jurídica	Aplicación indiscriminada a los políticos
		Eliminación de contendores políticos en elecciones
		Satisfacer la demanda mediática de la población
		Satisfacción mediática de los medios de comunicación masiva
Vacíos legales	Determinación de indicios del delito	
	Sanción a quienes abusen de la medida cautelar	
	Reparación civil del que sufre prisión preventiva injusta	
	Interrupción de la prisión preventiva	
Delitos de corrupción de funcionarios públicos.	Colusión-Peculado	Colusión simple (fraude en contrato de obras)
		Colusión agravada (fraude patrimonial)
		Peculado doloso (apropiación de caudales en custodia)
	Malversación de fondos	Programas de apoyo social
		Programas de desarrollo
		Programas asistenciales
		Programas de interés social
	Tráfico de influencias	Puestos de trabajo
		Resoluciones judiciales
		Favores personales
		Favores de grupos
	Enriquecimiento ilícito	Aumento ilegal de capital personal
		Aumento ilegal de capital social
		Apropiación de inmuebles
		Apropiación de vehículos

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

Estudio de campo de tipo analítico documental, descriptiva y proyectiva

De acuerdo Arias (2006) una investigación analítica-documental es aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos.

Tamayo y Tamayo (2002), dice que la investigación descriptiva comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o proceso de los fenómenos de la naturaleza o de los hechos de la sociedad.

Según Hurtado (2000), La investigación proyectiva se ocupa de cómo deberían ser las cosas, para alcanzar fines y funcionar adecuadamente.

3.2 Técnicas de recolección de datos

Para la recolección de datos se revisó la legislación nacional e internacional referida a la prisión preventiva en general, las sentencias de tribunales nacionales e internacionales en donde se dictan sentencias de prisión preventiva a funcionarios públicos, revistas nacionales especializadas en derecho a nivel nacional, tesis, textos, y otros similares en los cuales hubiera información referida a las necesidades de la investigación realizada, se utilizó la técnica del fichaje..

Esta técnica facilitó la recopilación de información doctrinaria por medio de fichas de registro de datos tipográficos (bibliográficas y hemerográficas), y de investigación (textuales, resumen, mixtas y comentario), cuyo contenido fue plasmado en el marco teórico y resultados del trabajo de investigación.

3.3 Técnicas para el procesamiento de la información

Análisis de contenido

Esta técnica permitió analizar la información recolectada sobre la aplicación de la prisión preventiva en el caso de delitos cometidos por corrupción de funcionarios, con la finalidad de extraer datos necesarios para responder a los objetivos de la investigación realizada.

De esta manera se realizó un análisis exhaustivo de cada uno de los documentos recolectados, selección de información relevante con respecto al tema investigado, concatenación de información con respecto a cada uno de los objetivos, análisis específico en relación a cada uno de ellos.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Análisis de resultados

1.1.1 Análisis general de la documentación revisada en relación a la problemática investigada.

a) Enfoque de la Academia de la Magistratura sobre la prisión preventiva en relación al Código Procesal Penal y al Nuevo Código Penal.

La Academia de la Magistratura del Perú (AMP), dice que la implementación del Nuevo Código Penal (2004) y del Nuevo Código Procesal Penal (2008), se ha realizado con la finalidad de cambiar la justicia de tipo inquisitoria y autoritaria que existía en el país, desde los comienzos de la república, que se había convertido en una forma institucionalizada-legal de la violación de los derechos del imputado de un delito, y sin tener respuesta adecuada ante el aumento constante de la criminalidad, por el modelo acusatorio, el cual desde el punto de vista de juristas nacionales e internacionales, que internaliza los valores de un Estado constitucional y maximiza el respeto a los Derechos Humanos de la persona.

Este nuevo modelo de justicia, de acuerdo a la academia, propicia la distribución de la justicia entre el fiscal y el juez, durante varias etapas del proceso de un juicio, que permite al imputado ejercer todos los derechos de defensa, que el aparato legal de la justicia, permite en el país, y que limita a los jueces y fiscales el autoritarismo de antes, para que de esa manera se tenga una justicia más equitativa y proporcional a ,los acusadores y acusados durante todo el proceso de juzgamiento.

El nuevo modelo acusatorio, tiene como base la presunción de inocencia del imputado, hasta que el fiscal y el juez no hayan demostrado que en realidad es el autor del delito que se le atribuye, y como consecuencia de esa presunción de inocencia, respeta el derecho a la libertad, es decir, el de poder seguir un juicio en libertad, salvo las excepciones que ambos códigos consideran, y que son medidas extraordinarias, es decir de última ratio.

En relación a la etapa preliminar de un proceso judicial, que es lo que concierne a la investigación que se ha realizado, la AMP, indica, de acuerdo a la nueva orientación judicial acusatoria, que la labor del fiscal, es dirigir las acciones penales y las investigaciones que sean necesarias para probar el delito que se imputa al acusado, y que el juez de la investigación preparatoria, que no es el juez de primera instancia como se cree en el juicio popular, es quien debe garantizar la presunción de inocencia, de manera que esta cumpla con el presupuesto de garantía del acusado, ante las pretensiones del Ministerio Público, es decir del fiscal, principio que solo debe ceder ante la probatoria del delito por parte del fiscal, y que aún en esos momentos, no deba haber duda razonable, que favorece al acusado, para que pueda legitimar la condena de quien ha sido acusado.

Además, estos dos documentos, de acuerdo a la AMP, han sido elaborados también desde la visión, de promover los valores dentro de la sociedad, las actitudes y conductas que no vayan en contra de los preceptos de convivencia en paz, armonía, legalidad y respeto entre las personas, y a los bienes de los otros, sino que además, se enfoca a la realización de una justicia oportuna, racional, que elimine la impunidad de los delitos y garantice a la víctima la consecución de la debida justicia, como una manera que la sociedad en general tenga una nueva cultura dentro del país.

Sin embargo, la misma AMP, reconoce que las normas no crean realidades, sino que se producen en forma consecutiva en el tiempo, de acuerdo a las realidades que vive una comunidad, una sociedad o un país, y que las convicciones ideológicas, filosóficas y sociales que contiene la reforma de la justicia en estos dos documentos, aún no son suficientes para la administración de justicia, de la manera que debe y debería ser.

Por eso, pide que los poderes públicos, que implementan de cambios procesales, antes y después de hacerlas, deben realizar un adecuado diagnóstico de la realidad, y un análisis

profundo de cómo se están aplicando los cambios, que permitan identificar plenamente, o al menos lo más cercano posible a la realidad, las distorsiones, omisiones y las reacciones sociales frente a los cambios, que permitan que se estas reformas se hagan en forma continua, hasta llegar a la perfección de la justicia.

La AMP, dice que solo el análisis minucioso de las instituciones procesales, es decir de la forma como se están aplicando las leyes en la realidad, permite detectar y analizar los problemas que se presentan en su aplicación, y solo a partir de este análisis es que se puede encontrar el camino para mejorarlas día a día, en la realidad y en los documentos legales.

Ya ha habido avances en esa orientación, donde se ha planteado los cambios que son necesarios en las leyes, para que se ajusten a la realidad social, en acuerdos plenarios, casaciones y decisiones del Tribunal Constitucional, pero que no son suficientes, en algunos temas, por lo que se debería seguir investigando y analizando para perfeccionarlos.

Teniendo este enfoque racional, que realiza la misma AMP, y considerando que el tema investigado, es uno de los más polémicos en la actualidad, por el caso de corrupción de funcionarios que ha puesto a la luz el caso LAVAJATO, es precisamente que se decidió llevar a cabo la investigación que se había planificado, desde el enfoque analítico-documental, que en relación a las instituciones jurídicas, es la manera más productiva y esencial que se deben realizar las investigaciones.

Pero se debe tener en cuenta que este pronunciamiento de la academia de la magistratura, la está dado de manera general, es decir, para todos los casos en que se presenta la situación de la prisión preventiva, en el país, y específicamente para los casos de delincuencia y trasgresión de la ley por parte de la delincuencia organizada, aquella que se denomina la delincuencia común, porque el caso de la delincuencia política, no tiene esas connotaciones, se le denomina corrupción, y no tiene la misma tipificación del delito ni las penas de la delincuencia común, por ser de diferente connotación, por ello es que a los delitos de corrupción se le ha denominado “delitos de cuello blanco”, porque se cometen contra la propiedad colectiva del Estado, y no contra las personas y la propiedad privada como es el caso de los otros denominados delitos.

En lo que se refiere al cambio del sistema acusatorio y de investigación por parte de un fiscal, para que sea más humano y se respeten los derechos del supuesto delincuente, lo único que se ha logrado en el caso de los derechos humanos, es solo la eliminación de las famosas “torturas” para obligar que el supuesto culpable confiese su delito, que realizaba la policía nacional y la policía de investigación criminal, sin que se haga investigación de ninguna clase, y que en algunos casos aún subsiste, pero los fiscales utilizan ahora los supuestos o las hipótesis, para de todas maneras mandar a prisión a los supuestos culpables, sin que se haya probado en forma fehaciente que sea culpable, y en algunos casos, como el caso de la corrupción de funcionarios, los fiscales, utilizan supuestos-imaginativos, como ciertos, y lo que buscan es probar sus supuestos-imaginativos, para demostrar que son eficientes y que sus deducciones teóricas son acertadas, y no tratar de probar si en realidad el acusado ha cometido el delito que ellos han imaginados en sus supuestos o hipótesis jurídicas, basadas sobre todo en la teoría del delito de Roxin.

b) Análisis de la corrupción política en el Perú en la actualidad.

La corrupción hoy en día, como siempre en el pasado, a pesar de las acciones que se están realizando para luchar contra ella, gracias a que la justicia brasileña descubrió el caso LAVAJATO, sigue presente y lo seguirá por mucho tiempo, porque está enquistada en la sociedad en general, es un mal que viene desde el mismo inicio del Perú como República, y a pesar de las acciones públicas que se están realizando, sigue estando presente en todas las instituciones del Estado, porque es en ella en quien está enquistada, excepcionalmente en el poder ejecutivo, que es quien la realiza porque es quien maneja el dinero del Estado; en el poder judicial, que es quien la protege porque a través de la misma corrupción que existe en el poder no la sanciona y, lo más complicado, es que está validada, porque es el poder que debe aplicar las leyes, elaboradas por el legislativo y el ejecutivo, en el caso de la delegación de facultades para legislar, pero que las aplica de distinta manera en casos iguales o similares, o bien que no las aplica, en muchos casos, porque los miembros del poder judicial se hallan comprometidos en los casos de corrupción existentes, como ya se ha demostrado en el caso de los jueces y fiscales puestos en prisión por forma parte de la corrupción política durante el gobierno de Alberto Fujimori, los únicos casos hasta ahora en el Perú, que supuestamente se ha sancionado la corrupción, porque en el actual acusamiento del caso LAVAJATO, que se ha tomado como base y referencia para la presente investigación, hasta ahora, a pesar de haber transcurrido 5 años desde su descubrimiento, no existe ni un solo supuesto político o

empresario corrupto que haya tenido una pena efectiva por el delito, todo se circunscribe a prisiones preventivas de presuntos culpables, que es desde el enfoque que se ha realizado la investigación, viendo sus aspectos más visibles, y sobre todo, deducibles, porque los actuales responsables de iniciar la justicia en este caso, los fiscales y jueces de investigación preparatorias, ni siquiera terminan las investigaciones sobre los hechos, y no sabe el tiempo en que recién presentaran acusación en primera instancia, decisión que no va a validar sus investigaciones, sean favorables o desfavorables a sus supuestos imaginativos, sino hasta que haya llegado a las máximas instancias nacionales, llámese Corte Suprema de Justicia o Tribunal Constitucional, e incluso instancias internacionales como la Corte de la Haya, por el caso de la violación de los derechos humanos durante el proceso, lo que indica que va a pasar mucho tiempo, para que en realidad sepamos si los presuntos culpables son culpables o no, y si en realidad las prisiones preventivas que han sufrido son justas o injustas, o mejor dicho abusivas o productos de la intervención política en el ministerio de justicia o en la fiscalía nacional.

La corrupción en la administración pública, que está tipificada en el Nuevo Código Penal, como la corrupción de funcionarios públicos, alcanzó dimensiones desproporcionadas desde mediados del siglo pasado, explícitamente desde el gobierno de Juan Velasco Alvarado, tuvo su primer estallido grande durante el gobierno de Alberto Fujimori, pero hoy tiene una visión descomunal, en todos los sectores del Estado peruano, desde el gobierno de Alejandro Toledo hasta el actual gobierno, es decir los últimos 20 años, que podemos signarlo como la corrupción actual, porque dentro de ese periodo es que se halla la mayor corrupción descubierta a través del caso LAVAJATO, pero que no significa que es en realidad la mayor, porque todavía no se ahonda en los miles de casos que se hallan escondidos todavía dentro de la visión de una justicia casi ciega, porque no investiga nada y solo espera que otros lo hagan para después supuestamente luchar contra la corrupción, solo en lo que otros han investigado, y no pueden ocultar, porque es también un poder corrupto del Estado, con el mando de poder que realiza la justicia, cuando en realidad está corrupto por dentro, al igual que todos los otros poderes del Estado, exceptuando, las excepciones de jueces y fiscales honestos por supuesto.

Hoy vemos, que algunos funcionarios públicos, falsamente, dicen que están luchando contra la corrupción, pero la mayoría de ellos, salvo honrosas excepciones que es posible que no se puedan contar con los dedos de la mano, son tanto o más corruptos que los que

acusar, mientras que el cáncer sigue en todos los funcionarios públicos del país, sobre todo los que manejan los recursos del Estado, como lo son los ministros, los gobernadores regionales y los alcaldes provinciales y locales, todos bajo el manto de impunidad permitido por otro poder del Estado como lo es el poder judicial.

La realidad de la corrupción política en el país, es trágica y descomunal; trágica, porque las denuncias sobre corrupción de funcionarios públicos, de todas las instancias del Estado, se podrían contar por miles en la actualidad, y se seguirán contando por miles en el futuro, porque no hay manera de detenerla, ya que entre todos los corruptos se protegen unos a otros, e incluso, son ellos mismos, los que elaboran, aprueban y aplican las leyes que “supuestamente debe sancionarlos en caso cometan delitos”, pero tras esas leyes, tienen un aparato de poder, no solo fuera del poder judicial, sino también dentro, que termina por hacer impune los delitos que han cometido, y en casos como trágicos, en sancionarlos con penas no privativas o en su defecto con mínimas penas, para que al poco tiempo salgan a seguir haciendo de las suyas; y es descomunal, porque si en verdad se quisiera terminar con la corrupción de raíz, se descubriría que hasta los porteros de las instituciones públicas, que no tienen poder de decisión, sino solo obligación de servicio, participan en las redes tendidas por funcionarios públicos, que no solo incluyen a sus congéneres, que trabajan en el Estado, sino que incluyen abogados, empresarios, familiares, amigos, etc. Que no tienen ningún vínculo laboral o representativo del Estado.

Da la impresión el Perú, que todos los que emprenden la carrera política y todos los que buscan trabajar en el Estado, tiene inmersos el gen de la corrupción, porque asegurar que algún político no es corrupto, es aventurarse a que lo consideren loco o tonto, ya que no existe día, en que no aparezca en los medios de comunicación nacional y/o regional, provincial o local, una noticia sobre funcionarios corruptos, en todos los rincones del país sin excepción. Y lo más trágico es que los políticos que denuncian esa corrupción, porque el 99% de las denuncias de corrupción tiene a un político tras de ella, cuando llegan a ocupar el poder, son más corruptos que los denunciados anteriormente, como es el caso de nuestros presidentes actuales, que bajo el manto protector de la bandera de la lucha contra la corrupción apro-fujimorista, han realizado una corrupción mucho mayor que la del gobierno de Fujimori, y Fujimori, bajo protección de la corrupción del gobierno aprista, realizó una corrupción mucho mayor que aquella, y que es el único caso de corrupción comprobado en la actualidad por los famosos Vladivideos, en donde incluso los medios de comunicación

privados, forman parte de esa red de corrupción que tejen los políticos de turno, en cada una de las jurisdicciones del país.

Se podría asegurar, sin temor a equivocarse, que la corrupción es un cáncer enquistado en la sociedad peruana, a tal extremo que la población, que es la verdaderamente perjudicada, es insensible a ella, y ve y observa los casos de corrupción de funcionarios, como si fueran casos que no les atañe, que no tienen nada que ver como parte de su vida cotidiana, y como si fuera algo normal dentro del quehacer nacional.

c) Análisis en relación a los derechos fundamentales que se debe tener en cuenta en los pedidos de prisión preventiva

Una discusión básica que se presenta en la actualidad en la aplicación de la prisión preventiva, son los derechos fundamentales de la persona humana contenidos en la Constitución Política, en los acuerdos internacionales y en los protocolos sobre derechos humanos de los cuales el Perú es un país firmante.

En el caso de la prisión preventiva, que es una medida excepcional y de última ratio, de acuerdo a la jurisprudencia y estipulados plenamente en el Nuevo Código Penal existen dos derechos fundamentales que se ponen en juego, el derecho de presunción de inocencia y el derecho a la libertad; y, junto a ellos no se puede dejar de lado uno de los derechos fundamentales que conculca muchos derechos dentro él: el derecho a la dignidad personal, que da la impresión que ni los fiscales ni los jueces de la investigación preparatoria tienen en cuenta, en el caso de los delitos por corrupción de funcionarios, que piden y dictan prisiones preventivas incomprensibles para algunos implicados y presuntos culpables, y para otros ni siquiera los investigan con rigurosidad.

En esta investigación se ha tenido a bien tener en cuenta este derecho fundamental, porque a la corta o la larga es el derecho más dañado en el caso de las prisiones preventivas por delito de corrupción de funcionarios. Porque dentro de él, no solo están implicados los contenidos de todas las leyes del país, en lo que al ser humano se refiere, sino que por encima de ellos, está la relación social en el acontecer diario con la comunidad de todos y cada uno de los supuestos culpables de los delitos de corrupción de funcionarios, y no bastando con ello, está la sanción mediática que realizan los medios de comunicación nacional, sin que al parecer a nadie le importe si esa concepción mediata es válida o no, dando la impresión que

lo único que buscan los fiscales y jueces de investigación preparatoria es notoriedad y aceptación de esa presión mediática y no las leyes en su contexto en sí.

La prisión preventiva y el derecho a la dignidad de la persona.

El derecho a la dignidad de las personas, no solo en forma individual, sino como ser dentro de una sociedad, que es la que determina la dignidad o la indignidad, de acuerdo a los valores que la sociedad considera para catalogar a una persona como digna, se ve total y completamente dañado con la prisión preventiva, en el caso de las acusaciones de supuestos delitos cometidos por funcionarios públicos, puesto que en la concepción ideológica de la mayoría de la sociedad, todos son corruptos y en consecuencia son culpables del delito que se les imputa, sin necesidad de detenerse a pensar si es cierto o no, o es solo una de las cientos de estrategias que utilizan los políticos peruanos para sacar de carrera a sus adversarios, en la lucha eterna y perenne por el puesto público, que no solo da dinero, sino poder y en muchas veces impunidad, ante un verdadero delito cometido, y que no es tomado en cuenta por los demás, de acuerdo a conveniencias políticas, grupales o personales.

El derecho a la dignidad, es el derecho genérico de todos los derechos constituidos en la carta magna de todas las naciones, entre ellas nuestra patria, sin embargo dentro de la legislación nacional, en lo que concierne a las acusaciones sobre corrupción de funcionarios públicos, ocupa casi un último lugar en los considerandos de las resoluciones sobre sentencias, en análisis si se está aplicando en forma objetiva el derecho o si se está haciendo en forma subjetiva y hasta mediática, todo el debate, y la jurisprudencia lo consigan de esa manera, se ha centrado en los derechos de la libertad y de presencia de inocencia, el derecho a la dignidad de las personas, no importa, cuando en realidad es el principal y esencial derecho de una persona pública, y sobre todo de un político, porque ese derecho es la esencia de su ser y de su existir dentro de la sociedad.

En el análisis de la extensa literatura que existe sobre la prisión preventiva en la corrupción de funcionarios públicos; sentencias, resoluciones, libros, conferencias, encuentros jurisprudenciales, no se le toma en cuenta para nada, salvo honrosas excepciones, todo se centra en el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia, y como complemento, al derecho al debido proceso, que ya no es visto ni decidido por el poder judicial, sino por el tribunal institucional porque corresponde a otros fueros. Sintetizando, el derecho a la dignidad de las personas, que en este caso es el derecho a la dignidad de los

funcionarios públicos, no vale en los procesos que se les sigue sobre presuntos delitos cometidos, y eso posiblemente, porque en nuestro país, la dignidad tiene muy poco valor para los funcionarios públicos que están inmersos verdaderamente en los delitos contra el Estado y la sociedad peruana.

Esto sucede, porque no se aplica el derecho en toda su intensidad, sino porque en los procesos sobre funcionarios públicos siempre hay una carga diferencial, de que son distintos a los procesos que se llevan a cabo para el ciudadano común, al cual es posible que se dicte una sentencia de 15 a 20 años de prisión por el hecho de haber robado, digamos 100 mil soles de un banco, y en cambio al político que ha defraudado millones de millones de soles del erario público, es posible que su sentencia no pase de 4 años con prisión suspendida, y en la mayoría de los casos, se le declare inocente del hecho cometido y quede impune.

Si se detiene en un análisis más profundo, en el derecho a la dignidad de las personas, se puede afirmar sin temor a equivocaciones, que este no es solo un derecho personal e individual, sino un derecho social y colectivo, tiene las dos connotaciones dentro del ser humano, en cuanto a este como ser individual y como ser social, dualidad que no puede ser separada en ninguna instancia por la jurisprudencia ni por la sociedad, porque si fuera de esa manera, no debería existir tampoco la jurisprudencia, porque la jurisprudencia también tiene esa dualidad, en cuanto es hecho realizado por la sociedad para regir sus destinos, y no por una sola persona para que se haga lo que ella quiera.

Y es en su dirección objetiva social en donde más se daña el derecho a la dignidad de los funcionarios públicos, o de la persona política, porque en el caso de un supuesto delito cometido por un funcionario público, y que lo lleva a la prisión preventiva, sin saber si será declarado culpable o inocente, la colectividad, la sociedad en general, ya lo considera culpable, y considera la prisión preventiva como parte de la presión total que sufrirá cuando sea condenado, eso en la visión de los que tienen algunos conocimientos básicos sobre jurisprudencia y sobre la prisión preventiva, pero para la mayoría de legos jurisprudenciales, ya es culpable, y esa “falsa culpabilidad inicial”, que solo es definitiva y comprobable cuando el proceso haya terminado en las instancias finales nacionales e internacionales, daña a todo su familia, desde abuelos hasta nietos, porque todos, por el estigma social, son considerados como los familiares de un corrupto, y por extensión, también todos ellos son

corruptos, debido a que la esencia objetiva del derecho a la dignidad personal es social, y los acusadores y juzgadores de primaria instancia no lo toman en cuenta para nada.

La prisión preventiva y el derecho a la presunción de inocencia

En el caso de la presunción de inocencia, también está incluso el daño al derecho a la dignidad de las personas, porque con la sola presentación de una denuncia contra un funcionario público, no solo la población, sino el poder judicial y los medios de comunicación orientados a dañar la dignidad del funcionario público, ya lo consideran culpable, en consecuencia, el derecho a la presunción inocencia, no se viola en el momento del dictado de la prisión preventiva, sino desde el mismo momento que la fiscalía acepta una denuncia sin siquiera investigar si existe el mínimo indicio de veracidad de esa denuncia, al extremo que incluso los fiscales ante la denuncia de cualquier tipo, dictan otra medida cautelar como la prisión provisional, supuestamente para investigar si la denuncia es verdadera o falsa, y la verdad es que la mal llamada prisión provisional, que es motivo de otro tipo de análisis y no del presente, que puede durar incluso diez días, es una figura solo para conculcar la medida verdadera que es prisión preventiva; y con esto, ya se dañó el derecho de la presunción de inocencia, porque para el común de la gente, y para algunos medios de comunicación mediáticos, no son solo acusados, sino culpables directos.

Si con solo la prisión provisional de un funcionario público, sobre todo en el contexto actual del CASO LAVAJATO, ya se le considera como culpable por la mayoría de la opinión pública, e incluso por los mismos fiscales mediáticos, que sobre el hipotético imaginativo de la teoría de Rxin, inician el proceso de la “Teoría del caso”, como se ha especificado anteriormente, no para averiguar si los hechos son ciertos y la denuncia del delito es verdadera, sino, en la mayoría de los casos, para demostrar que su hipotética imaginativa teoría del caso es cierta, cuando solo se pide la prisión preventiva, sin que siquiera el juez de investigación preparatoria la haya dictado, ya se considera culpable al acusado y su presunción de inocencia es dejada de lado, porque parece que en el actual contexto político, la mayoría de los fiscales y jueces de investigación preparatoria, no todos, lo único que buscan es poner entre rejas al investigado a través de la prisión preventiva, que puede durar 6 años, con las prórrogas otorgadas por la misma ley, de acuerdo a la complejidad de los casos, para después, dejar “dormir el caso”, y llevarlos de acuerdo a conveniencias personales y/o mediáticas, mientras el acusado, a quien se niega su presunción de inocencia,

con todas las armas que tienen los fiscales en la jurisprudencia, no solo nacional sino internacional, tienen que sufrir la prisión preventiva, sean culpables o inocentes de lo que se les acusa, muy a pesar que la actual legislación humanitaria y no acusativa, como dicen que es la actual, dice que debe prevalecer la presencia de inocencia, y que la prisión preventiva es una medida de última ratio, pero en el caso de la corrupción de funcionarios, parece que se ha convertido en medida de primera ratio, para algunos, y medida de ninguna ratio para otros, con la bipolaridad inclusive, que ha muchos implicados en este delito, y con pruebas ya fehacientes, porque ellos mismos han declarado los delitos que han cometido, no se les dicta prisión preventiva y siguen paseando libremente por las calles, incluso contratando con el Estado mismo, y de quienes no se tiene ni una sola prueba hasta el momento, se encuentran sufriendo la prisión preventiva. Paradojas de la justicia o aplicación invertida de la medida cautelar, dicen varios juristas en la literatura revisada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado, que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito imputado constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia, previsto en el Artículo 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Atendiendo al estado jurídico de inocencia del imputado durante el transcurso del proceso penal, considerado dentro de la legislación, encarcelar a quien aún no fue declarado culpable constituiría una violación al principio de inocencia, y si atendemos a esta orientación, la prisión preventiva carecería de fundamento legítimo en el Proceso Penal Peruano, pero como está considerada como excepcional, los que son amantes de ella, recurren a esa excepción, sea válida o no, para dictar prisión preventiva a cualquier funcionario público que se le acusa de algún delito cometido durante su gestión.

E incluso se llega al extremo, de dictar prisión preventiva, a quien no ha ejercido la función pública, sino que haya postulado a una función pública, sin haber conseguido su propósito, con el supuesto hipotético imaginario de que si llegaba a la función pública cometería los delitos que el hipotético imaginativo de los fiscales y jueces de investigación preparatoria han elaborado, y se le dicta la prisión preventiva, para supuestamente probar los delitos que hubiera cometido a futuro, es decir, si llegaba a ser funcionario público, como es el caso de varios acusados en la investigación LAVAJATO.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el Artículo 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diría: prisión arbitraria, injusta, no sustentada en el derecho de las personas, y hasta medida dictatorial.

Pero el problema es que La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un tribunal internacional de última ratio, que cuando tenga que revisar los casos de los funcionarios públicos, que puedan llegar a esa máxima instancia, pueda dar ese veredicto que se ajusta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más ese funcionario público, que posiblemente sea inocente del hecho que se le imputa, que son la mayoría de los que llegan a esa corte, con las excepciones de algunos verdaderamente corruptos que también llegan buscando la impunidad, ya habrán sufrido la prisión preventiva, sin el respeto a su derecho de presunción de inocencia, el tiempo que los fiscales y jueces de investigación preparatoria, amantes de esta medida, lo decidan.

La prisión preventiva y el derecho a la libertad.

De acuerdo al lenguaje jurisprudencial, el derecho a la dignidad se daña, el derecho a la presunción de inocencia se omite, pero el derecho a la libertad, se afecta, se viola y se conculca con un dictado de prisión preventiva, en todos y cada uno de los casos de los delitos imputados por corrupción de funcionarios públicos.

En consecuencia, en cuanto al derecho a la libertad, de acuerdo a la visión de los analistas jurídicos, es el único que se puede considerar que se viola con el dictado de la prisión preventiva, porque es en base al tercer presupuesto que se aplica recién la prisión preventiva, los otros dos ya están afectados desde el mismo momento que se acepta una denuncia, por eso en los procesos que se les sigue a los funcionarios públicos, se deja de lado el derecho a la dignidad y a la presunción de inocencia, como si no importaran, y todos los debates se centran sobre el derecho a la libertad, entendida esta, como derecho a la libertad de tránsito y de vivencia social, que es la libertad que se pierde cuando se dicta un pedido de prisión preventiva de la índole que fuera.

Desde esta visión judicial que se tiene en los procesos contra los funcionarios públicos,, lo contenido en el NCPP, en relación a los derechos fundamentales procesales, a los derechos humanos, a las libertades públicas o a las garantías constitucionales, que se consideran dentro de este documento, se han convertido en saludos a la bandera en los actuales procesos que

se realizan a los funcionarios públicos que supuestamente han cometido delitos, porque no se aplican, lo que se aplica son los presupuestos mediáticos, como que es lo que pide la gente o los medios de comunicación, o que es lo que le conviene al grupo político que el poder judicial apoya, debido a la corrupción y a la lucha de poderes que dentro del mismo poder judicial existe, no en forma de creencia popular, sino plenamente comprobado desde tiempos pasados, por los innumerables casos en que funcionarios del poder judicial, que también son funcionarios públicos, han sido sentenciados precisamente por delitos que ellos deberían sancionar.

Se exige en este caso, que para luchar contra la corrupción en forma efectiva, el poder judicial, en los casos de corrupción de funcionarios, y en el aspecto de la aplicación de la prisión preventiva, debe ajustarse en forma exclusiva a lo que manda la Constitución Peruana, al CPP, y al NCPP, dejando de lado las orientaciones mediáticas y políticas, porque mientras que se haga de esa manera, será una aplicación no solo abusiva, sino incluso ilegal, que debería traer como consecuencia sanciones a quienes la aplican por el daño que causan, solo de esa manera se respetará los derechos del acusado y las garantías que debe tener en todo el proceso, sin excepción de ninguna de sus etapas.

d) Análisis de la orientación de la aplicación de la pena de prisión preventiva en el delito de corrupción de funcionarios públicos.

En la actualidad existe una situación compleja y confusa sobre la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, los mismos miembros de poder judicial y de la fiscalía, difieren en sus apreciaciones y fundamentos cuando tratan de justificar a la población, a través de entrevistas en los medios de comunicación nacional, sobre si está bien o no como se está aplicando la prisión preventiva, en el caso de la corrupción de funcionarios públicos, y esto recién se ha vislumbrado, a pesar que la medida se viene aplicando desde muchos años, porque con el destape de LAVAJATO, son cientos de funcionarios públicos mediatos, que han ocupado y ocupan en la actualidad, los más altos cargos públicos, y en donde el poder de todos y cada uno de ellos, sobrepasa incluso el poder que tiene el poder judicial para sancionar estos delitos, y de los fiscales para realizar un pedido de prisión preventiva durante la investigación preliminar, porque se considera que la orientación que tiene es otra, y utilizan el poder fiscal y judicial para lograr fines, personales, grupales o de orientación plenamente política.

Tal es el caso, inclusive, que se busca lograr consensos en la aplicación de la prisión preventiva, a través de reuniones especiales entre los dos poderes, con participación de expertos en el derecho penal, e incluso se piensa traer expertos internacionales para centrar la orientación real y valedera de la prisión preventiva, en el caso exclusivo de los delitos de funcionarios públicos.

Dentro de esta complejidad y controversias que se ha creado, están los medios de comunicación pública, especialmente de algunos comunicadores, que en más de los casos, desorientan a la población en referencia a los hechos, y presionan a los jueces y fiscales, para que dicten prisión preventiva a personajes súper mediáticos, y con ello, lograr ser el centro de la atención nacional de sus programas, que al final es de lo que viven y superviven, en un mundo tan tecnológicamente saturado, en donde en las redes sociales, se conocen noticias incluso que los mismos medios de comunicación masiva tratan de ocultar o tergiversan, haciendo ver de esa manera, que son ellos verdaderamente los que están dirigiendo los procesos, y que son ellos los que exigen las prisiones preventivas de los personajes mediáticos, para tener temas de interés nacional que tratar, y que algunos de los personajes de la fiscalía y del poder judicial, que últimamente gustan con mucha frecuencia, pasearse por los canales de televisión, justificando las acciones y decisiones que toman, los que contribuyen a que en realidad en centros universitarios, en simposios y conferencias de juristas notables, no se sepa en realidad cual es la verdadera orientación con la cual se están aplicando las medidas de prisión preventiva para los acusados de delitos de funcionarios públicos, cuando se toman decisiones contradictorias e incomprensibles para los mismos delitos, en las mismas circunstancias y con la misma orientación, y algunos, considerados como personajes políticos de oposición, son enviados a prisión preventiva, y a los que son personajes políticos partidarios o afines al gobierno de turno, se les sigue el proceso en libertad.

La verdad es que en la actualidad, a raíz del caso de corrupción de LAVAJATO, se están solicitando y dictando prisiones preventivas a diestra y siniestra por parte de los fiscales y jueces de investigación preparatoria, que están siendo cuestionadas públicamente por jueces de instancias superiores del poder judicial, lo que hace suponer, que muchas de esas prisiones preventivas se van a revocar, pero el efecto que no se sabe cual es en verdad al momento, pareciera que se está logrando por parte de los medios de comunicación mediáticos que

presionan por ella, y de algunos grupos políticos y de poder, por supuesto contrarios a los acusados, aplauden.

e) Análisis de las diferentes tesis sobre la orientación de la aplicación de la pena de prisión preventiva en el delito de corrupción de funcionarios públicos en la actualidad.

Orientación jurídico-normativa. Existe una corriente que indica que las prisiones preventivas que se están aplicando en los casos de delitos de funcionarios públicos, se justifica y fundamenta en el peligro de fuga y en la obstaculización de la justicia.

Con respecto al peligro de fuga, indican que los acusados de corrupción de funcionarios públicos, tienen suficiente dinero y poder como para poder salir del país y evadir la acción de la justicia en territorio nacional, sabiendo que los procesos de extradición, del lugar a donde vayan son engorrosos y tardan mucho tiempo, con el peligro que la acción se extinga por el tiempo, y porque a los países a los cuales huyan no tengan convenio de extradición con el Perú, como son Israel y Francia; como también que los delitos que son considerados en nuestra legislación, no sean considerados como delitos en los países a los cuales huyan, sino como simples faltas administrativas, y a pesar de poderse lograr la extradición, se lograría por los delitos de menor pena y por los delitos mayores que es lo que se busca que sean juzgados.

Y con respecto a la obstaculización a la justicia, porque estando en libertad, podrían comprar testimonios, sojuzgar y amedrentar a testigos, esconder pruebas, e incluso valerse de su poder para poderse contactar con fiscales y jueces que siguen sus procesos, y también corromperlos, e incluso que por artilugios legales, puedan realizar cualquier otro tipo de obstaculización de pruebas que serían necesarios para poder demostrar el delito cometido, aspecto que ya se ha dado en muchos casos, no solo de corrupción de funcionarios públicos sino de la aplicación de la justicia en forma general.

Sin embargo, no hay que dejar de lado, que para estas dos argumentaciones jurídico-normativas, existen otras medidas coercitivas, de menor rango, que podrían lograr el mismo efecto sin ser necesaria la prisión preventiva durante la investigación, como es el caso de las reglas de conducta, la prohibición de poder contactarse con los demás

implicados en el caso, el incautamiento de la documentación de extranjería, la orden a todos los puestos fronterizos de no permitir la salida de los personajes acusados por delito de funcionarios públicos, y la más efectiva de todas, la de prisión domiciliaria.

Orientación jurídica-política. Esta tesis sostiene que en el poder judicial, de acuerdo a los gobiernos de turno, siempre se forman dos facciones, unas que apoyan la orientación política del gobierno en su conjunto, y la otra que es opositora, y que las dos se encuentran en constante lucha a través de los tiempos, porque el poder judicial lamentablemente se haya politizado.

Desde esta tesis, se sostiene, que los gobernantes de turno intervienen en forma indirecta en el nombramiento de los más altos cargos en las esferas del poder judicial y de la fiscalía, para de ese poder inutilizar a los adversarios políticos en sus pretensiones a acceder al poder, y que se valen del poder legislativo para dictar leyes y normas, que van en ese sentido, como la pretendida norma que se debate en el Congreso de la República, de impedimento de ser candidato a cualquier puesto público, quien tenga tan solo una denuncia sobre corrupción, lo que permitiría que el poder de turno, oriente los procesos políticos de acuerdo a sus conveniencias en confabulación con fiscales y jueces, de igual manera corruptos u orientados hacia la facción que gobierna, y de esa manera se enquisten en el poder eliminando adversarios de esa manera.

En esta tesis, se presupone que los fiscales, afines de la orientación política que se quiere enquistar en el poder por siempre, archivarían las denuncias sobre sus afines, y activarían de inmediato cualquier denuncia que haya contra un político opositor, y que inclusive si no la hubiera actuarían de oficio, incluso ante un comentario de opinión tendencioso que podrían emitir los medios de comunicación, que también entrarían en esta danza, como ya ha ocurrido en varios casos.

Y de igual manera, los jueces afines al poder, tan solo en primera instancia, declararían la inocencia de los acusados afines, y sentenciarían prisión, así sea mínima, para inutilizarlos, a los contrarios, así sean inocentes de lo que se les acusa.

Esta tesis tiene fuerza, debido a que incluso el presidente de la república, en varias ocasiones, ha intervenido en forma directa en decisiones que les corresponden exclusivamente al poder judicial y la fiscalía, y han sucedido hechos injustificables en

esos dos poderes del Estado, que hasta el momento no tienen comprobación de los hechos, ni justificación para la intervención del ejecutivo en ellos.

Orientación jurídica -presión de medios de comunicación mediáticos. Los medios de comunicación, y los periodistas, no solo en la actualidad, sino desde que se hizo masiva la comunicación, han ejercido y ejercen un poder mediático sobre los poderes del Estado, y generalmente son considerados, no solo en el Perú, sino en la mayoría del mundo, como el cuarto poder del Estado.

Los periodistas, que tratan temas políticos en los medios de comunicación masiva, sean estos hablada o escrita, e incluso en los últimos tiempos por medios tecnológicos, con sus enfoques sobre la corrupción de funcionarios públicos, apoyados por una cantidad de personajes mediáticos que se hacen llamar “expertos” en temas de derecho y de corrupción de funcionarios, exigen sanciones drásticas, y a veces draconianas sobre los funcionarios públicos que son acusados supuestamente de corrupción, desde el mismo momento que se filtra una noticia sobre actos de corrupción o de apertura de investigación, “levantan la información en forma sensacionalista” para lograr el famoso rating, sobre el cual superviven esos tipos de programas periodísticos, e influyen mediáticamente sobre la percepción del supuesto delito cometido, y sobre lo que supuestamente la población pide como sanción ejemplar para que nunca más se vuelva a cometer, convirtiéndose de esa manera, en los “adalid” de la lucha anticorrupción, de esta manera ejercen presión sobre fiscales y jueces de investigación preparatoria, para que apliquen “la ley”, que se traduce en la prisión preventiva de los supuestos culpables..

Los “periodistas mesurados” que son los menos, en forma más cauta, exponen la situación, y esperan a que las denuncias sean confirmadas o al menos, que hayan indicios del delito cometido, para de igual manera, exigir la drasticidad que supuestamente la población pide para los delitos de corrupción de funcionarios, y realizan entrevistas, encuestas, opiniones y peticiones, que si “supuestamente no se cumplen”, demostraría que hay complicidad, contubernio o tendencia a la impunidad, en las autoridades fiscales y judiciales, y de esa manera, los jueces y fiscales de investigación preparatoria, pueden verse en la necesidad de dirigir la investigación de acuerdo a lo que supuestamente mediáticamente exigen los medios de comunicación, para no verse implicados en la sospecha de que son encubridores de los delitos, muchas veces sin tener la seguridad de

que el delito en realidad se hubiera cometido, sin tener una sola prueba solo el delito sobre el cual se acusa al funcionarios público, llegando incluso, estas autoridades, a asistir a estos medios de comunicación, o darles declaraciones sobre las decisiones que están tomando, y sobre algunos supuestos indicios que sustentan sus tesis fiscales, para de esa manera hacer que los dejen de presionar en la tendencia mediática que ellos “le marcan” o “exigen”, alargando en algunos casos las investigaciones preliminares a lo máximo de lo permitido, aplicando en ellas la prisión preventiva, y sin poder llegar en realidad a “armar un caso sustentable en hechos objetivos y pruebas comprobables” que demuestren sus hipótesis roxinianas del delito.

En varios casos políticos sonados, uno de ellos el de los Petroaudios, ocurrido el 5 de octubre de 2008 durante el segundo gobierno de Alan García (2006 - 2011), en el cual los medios de comunicación “levantaron la noticia de la supuesta corrupción demostrada” de Rómulo León y Alberto Químper, trajo como consecuencia inmediata, sin ser demostrada la culpabilidad de los funcionarios acusados, la renuncia del gabinete de ministros, la detención preliminar y posterior prisión preventiva de los implicados por más de 9 años (2008-2017), con entradas y salidas a la prisión, para que al final la justicia peruana los declarara completamente “inocentes de la acusación”.

El caso antes mencionado, y otros, demuestra el poder mediático que tienen los medios de comunicación, sobre todo en los fiscales y jueces de investigación preparatoria, e incluso en los jueces de primera instancia, siendo no muy pocos los casos, en los cuales estos han dictado sentencia de culpabilidad sobre funcionarios públicos, que posteriormente las instancias superiores del poder judicial, han comprobado que las acusaciones y sentencias carecían de fundamento, y declararan la inocencia de los “supuestos funcionarios públicos corruptos”, que los medios de comunicación mediáticos ya habían sancionado, a través de sus programas políticos o de sus columnas de opinión, creados exclusivamente para ese fin.

Cuando suceden estos casos, para limpiar la percepción de su mediatez en los casos, los medios de comunicación, arguyen diferentes supuestos, basados en la impunidad creada por la corrupción, sea cierta o no la apreciación que tienen, para no reparar el daño causado por su intervención mediática en las decisiones de jueces y fiscales de investigación preparatoria, que lamentablemente en nuestro país, sobre todos los fiscales,

no han sido preparados adecuadamente para la aplicación del Nuevo Código Penal, en el enfoque acusatorio y lo siguen aplicando en el enfoque inquisitorio.

Orientación jurídico-presión popular. Esta tesis tiene relación directa con la anterior, porque son los medios de comunicación, los que basándose en este presupuesto, bajo el fundamento de encuestas y entrevistas a una parte minúscula de la población, quienes sostienen que es la población en forma mayoritaria la que exige la sanción ejemplar que se debe dar al funcionario público corrupto, sin comprobación fehaciente de que lo sea o no. Es más, cuando entrevistan en las calles a la “supuesta mayoritaria población que pide la más dura sanción para los funcionarios acusados de corrupción”, da el caso que la mayoría de ellos, exigen y proponen lo que los medios de comunicación masiva, han expuesto con anterioridad en sus diferentes programas políticos creados con ese fin, es decir, la mediatez de los medios de comunicación masiva, se expresa, en las declaraciones de los entrevistados, muchos de ellos, ni siquiera saben de lo que le están preguntando.

Orientación jurídica-presión de grupos de poder. Esta es la tesis que mayor fuerza tiene en la aplicación de la prisión preventiva en la corrupción de funcionarios públicos, en la cual se sostiene que la justicia se aplica de acuerdo a los grupos de poder dominante en el contexto en que suceden los hechos, es decir, que se exige de culpabilidad generando la impunidad de los delitos, dependiendo de qué grupo de poder sea el acusado, y de igual manera, que se acusa, e incluso se aplica la mayor drasticidad de la ley, incluso sin que el funcionario haya cometido el delito, de acuerdo a que grupo de poder pertenece. La famosa aplicación de Maquiavelo: “para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”.

En el enfoque de esta tesis, se sostiene que existen tres grupos de poder que influyen en forma directa en la aplicación de la prisión preventiva en el caso de corrupción de funcionarios públicos: grupos de poder político, grupos de poder económico y grupos de poder judicial.

En el enfoque de los grupos de poder político, se sostiene que uno de ellos es del Aprofujimorismo, y el otro conformado por todos los demás grupos que son opuestos a sus orientaciones políticas, y sobre todo a su pasado de corrupción, autoritarismo y eliminación de los partidos políticos tradicionales y no tradicionales, durante su inesperado ascenso al máximo poder el Estado, los mismos que ejercen Vendetta política

sobre los rivales, desde ambas orientaciones, e inciden, no solo en fiscales y jueces de investigación preliminar, sino en magistrado de mayor poder judicial y político, como son la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, para encarcelar a los opositores, bajo la supuesta acusación de corrupción de funcionarios públicos, así no hayan cometido delito alguno, con el solo fin de sacarlos de la arena política y de las contiendas de la lucha por el poder. Aspecto que por lo demás, es común en casi todos los países de Latinoamérica.

En el enfoque de los grupos de poder económico, la tesis se centra en los grupos de poder precisamente considerados como corruptos y los que son corruptores de los funcionarios públicos, puesto que no existiera la corrupción de funcionarios públicos, sino existiera el poder económico que corrompe, ya que la malversación de los fondos del Estado se realiza por intermedio de estos grupos de poder económico que contratan con los funcionarios públicos que manejan los recursos del Estado.

En esta orientación, la tesis sostiene, que al ser los políticos mediáticos sobre los cuales cae la sanción de los medios de comunicación y de la población en general, ellos, siendo los corruptores, se amparan en ese afán de los medios de comunicación masiva y parte de la población que forma parte de los grupos políticos opositores entre sí, los que acusan a diestra y siniestra a los funcionarios públicos de la corrupción que en contubernio ambos cometen, para que las sanciones caigan sobre los funcionarios públicos, quedando en la impunidad ellos, o en su defecto con sanciones mínimas, que ni siquiera a la cárcel los lleva, a pesar de ser los mayores corruptores del país, en base precisamente al aprovechamiento de los funcionarios públicos del poder judicial, los que en teoría deberían ser incorruptibles, pero en donde se ha demostrado en no muy pocos casos, que es precisamente en ese poder donde se comete la mayor y la más grave corrupción, de no sancionar como se debe delitos de corrupción de funcionarios públicos y de grupos de poder económico, que alienta a estos a seguir cometiendo los delitos sin tiempo y sin fin, por el conocimiento que en ese poder del Estado se genera la impunidad a través de la corrupción de jueces, fiscales y hasta magistrados de los máximos poderes, como parece ya evidenciarlo sin justificación en contra, el caso de los “cuellos blancos”.

Y, la tercera orientación de esta tesis sostiene, que dentro del mismo Poder Judicial y la fiscalía de la Nación, existen dos grupos de poder, afines a los grupos de poder

político, que pugnan por el poder máximo dentro de este poder el Estado, para favorecer a sus idearios políticos, con la impunidad de los delitos cometidos o con la vendetta política que existe entre ellos.

Esta tesis se ha visto reforzada en los últimos meses, con los audios propalados a través de todos los medios de comunicación masiva, en donde se evidencia la corrupción existente en el poder judicial y en la fiscalía, y en su relación con los grupos de poder político, y a la vez, porque las denuncias a estos altos funcionarios de la administración de justicia, las resuelven los políticos en el poder legislativo, evidenciando, la no sanción de hechos probados por la difusión de los audios, como protección a su misma protección de posibles denuncias de delitos cometidos como funcionarios públicos. Un círculo vicioso de corrupción que se ha instalado en los poderes del Estado, creado por el poder económico de los grupos de poder económico que dominan el país.

En resumen, estos tres grupos de poder, además de otros, ejercen influencia sobre la administración de justicia en el caso de la corrupción de funcionarios, sobre todo, en los dictados de prisión preventiva en la etapa preliminar de la investigación, con fines y orientaciones hacia sus intereses particulares, y no a sancionar como debe ser los delitos de corrupción de funcionarios, existiendo en la actualidad en el parlamento, un proyecto que elimina de las lides electorales para el poder legislativo, con el solo hecho de haber sido denunciado ante un fiscal sobre un supuesto delito cometido, lo que aplicado en la práctica supone, que ya no sería el Jurado Nacional de Elecciones quien elimina a los candidatos que no cumplen con el perfil, sino que los fiscales de investigación de primera instancia con solo admitir una denuncia sobre los candidatos, sean culpables o no, los elimina automáticamente de la carrera política. Y si, el juez de investigación preliminar, dicta prisión preventiva, a diestra y siniestra como lo están haciendo en estos momentos, ellos serían los que terminarían decidiendo quienes son los que pueden postular al Congreso, en base y fundamento, a la concepción que se tiene en estos momentos sobre la corrupción de funcionarios públicos, que no significa que no exista, sino que se está acusando y sancionando ya como culpable, a cualquiera que se le inicia una investigación preliminar sobre el supuesto delito cometido, y se está dictando la prisión preventiva, para investigar si cometió o no el delito, y prisión preventiva por 3 años, con prórroga de otros tres años, y si el supuesto delito es complejo, por hasta 18 meses más, que en total suman 7 años y medio de prisión preventiva para un funcionario público acusado de corrupción, solo para la investigación preliminar, con el latente y real peligro que ella sea injusta,

como se ha demostrado en el caso de los Petroaudios de Rómulo León y Alberto Químper.

f) Análisis de la vulneración al derecho de defensa dejando en estado de indefensión al imputado, con el único fin de aplicar la prisión preventiva.

Desde el inicio de un proceso judicial, es decir, desde el momento que se inicia una investigación fiscal ante una demanda, esta debe ser comunicada a la persona demandada, y la persona demandada debe comparecer a todas las diligencias sin excepción con su abogado defensor, en caso contrario, cualquier diligencia es completamente nula. Eso está contenido en forma expresa en el NCPP, y se aplica en todos los países en los cuales se ha impuesto el sistema acusatorio.

El fundamento sobre este aspecto lo encontramos en la sentencia *Tibi vs. Ecuador* (2004), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): "... tener defensor nombrado no es contar, ya, con defensa en el enjuiciamiento... Si se trata de cualquier defensa y no de una verdadera defensa, como debería ser la satisfacción de cualquier derecho humano, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y promover los medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos del procesado tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis".

A pesar de ello, en la presente investigación se hizo las siguientes preguntas: ¿qué sucede cuando el abogado defensor no está cumpliendo su función de manera efectiva?, ¿es posible que el juez anule los actos procesales realizados con la presencia de una defensa que evidentemente no desarrolla una defensa material efectiva? Porque se debe tener en cuenta, que no solo los acusados en los casos de corrupción de funcionarios, que es a lo que se refiere en esta investigación, pueden ser corruptos, los representantes del poder judicial, sean jueces o fiscales, también están incluidos dentro de ellos, y puede ser que un abogado defensor corrupto, atente contra la debida defensa del acusado que defiende, porque ha aceptado dádivas del acusador, del abogado del acusador o de cualquier otra persona, o poder que

busque que se sancione de todas maneras a la prisión preventiva, siendo partícipe de la vulneración del derecho de defensa el mismo abogado defensor del acusado.

En este caso, la misma ley de los procedimientos penales, indica que es el juez quien garantiza los derechos del imputado, todos sin excepción, por la orientación que no es culpable mientras no se compruebe su culpabilidad, y que no puede estar indefenso durante un proceso.

Es un tema polémico, pero algunos expertos en la doctrina se han pronunciado, y consideran que cuando resulte evidente que el abogado nombrado, sea cual fuera, no está cumpliendo efectivamente con la defensa del acusado, es decir que haya una manifiesta inacción por parte de éste, el juez deberá declarar la nulidad del acto procesal.

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, (2009), en la sentencia Exp. N°2009-00186-0-1-1601-SP-PE-1, párr. 14, revocó una sentencia condenatoria al evidenciar que la defensa técnica no ofreció medios de prueba para desvirtuar la acusación fiscal, generando con ello una evidente indefensión al imputado, pues este fue condenado en base a las pruebas actuadas por el Ministerio Público, sin que se haya realizado una efectiva defensa material. La sala, señaló: "... existe un estado de indefensión que manifiesta la vulneración al derecho de defensa, cuando la defensa técnica mediante su conducta omisiva no ofrece pruebas en la etapa de control de acusación, donde solo existe el ofrecimiento de pruebas de cargo del representante del Ministerio Público, las cuales fueron actuadas, debatidas y valoradas en la audiencia de juicio oral, todo lo contrario a lo que ocurrió con la defensa del procesado, dejando que se juzgue al acusado mediante una valoración basada solo en pruebas de cargo, sin tener la más mínima posibilidad de oponerse a través de los mecanismos legales pertinentes".

Pero no solo de esa manera se puede generar la indefensión del acusado, es decir, que el mismo abogado defensor contratado por el acusado no realice la defensa como debe ser,, puede darse también que los encargados de la ejercer la justicia ante el supuesto delito de corrupción de funcionarios, los fiscales y jueces de investigación preparatoria, por razones, como que quieran demostrar a todas costas su teoría roxiana del delito o en su defecto por posible caso de corrupción de funcionario del poder judicial, quiera de todas maneras considerar como ya culpable al acusado(a), al tener una abogado defensor que va eliminando

los supuestos de su tesis del delito, trate de apartarlo del caso, utilizando estratagemas o argucias judiciales que la ley le permite, y dejar en indefensión al acusado para lograr el propósito que se ha impuesto.

Esto se ha dado precisamente, durante el proceso de pedido de prisión preventiva de la Sra. Keiko Fujimori y de varios de sus acusados, donde no han sido los abogados defensores los que han pretendido dejar en indefensión a los acusados, sino el Juez de investigación preliminar, al aceptar la acusación de varios abogados defensores por parte del Fiscal, e incluso decretar la orden de allanamiento de los estudios jurídicos de ellos, buscando supuestamente pruebas que los incriminen a ellos y a sus defendidos, vulnerando el secreto de defensa que la constitución les ampara, y que dentro de ese secreto de defensa, es que pueden tener en sus despachos o en sus casas, los documentos legales, las pruebas que puedan haber encontrado de su inocencia, o documentos que el acusado pueda haber dado a su abogado para realizar su defensa. Eso es intromisión en el derecho de defensa, y no ha pasado nada, solo que se ha detenido ante la opinión enérgica de juristas expertos que han protestado contra ello, de lo contrario se hubiera seguido haciendo. Y además se debe tener en cuenta que el encargado de garantizar el derecho de defensa, como otros que le asisten a los acusados, es precisamente el juez de investigación preliminar.

g) Enfoque de la corrupción de funcionarios de la administración pública desde el aspecto legal.

Los aspectos de la corrupción de la administración pública en general, que incluye desde la primera hasta la última persona que trabaja para el Estado, es decir de las personas que reciben un salario del erario público; tiene su inicio y su delimitación en la Constitución Política Peruana y en los convenios internacionales sobre los Derechos Humanos, que son los ordenamientos de superior jerarquía que los sanciona, y a partir de ellos es que se derivan todas las demás normas, entre las cuales se hallan las leyes, el CPP y el NCPP como herramientas válidas y principales de estas sanciones. Cualquier decisión que no se halle dentro de lo que estas normas contienen y mandan, se consideraría al final de cuentas como procesos y sanciones nulas en los organismos internacionales, que es hasta donde pueden recurrir los acusados y sentenciados por corrupción en última instancia.

En consecuencia se debe señalar, que en función de la investigación realizada sobre la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, se tiene que tener

en cuenta, en primer lugar, lo que estos documentos indican para la parte preliminar del proceso, sobre todo en cuanto a la Tutela de Derechos, que es la parte fundamental en la cual se asienta esta medida cautelar para evitar el mal uso y el abuso de la misma por los encargados de esta parte del proceso: el fiscal que tipifica los delitos y la solicita, y el juez que la califica, hace el control de la investigación, realiza la tutela de derechos del acusado y la determina.

Por lo tanto, los encargados de luchar contra la corrupción deben ceñirse en forma estricta en lo que estos documentos se refieren al proceso penal, solo de esta manera estarían realizando un proceso justo a los acusados, en caso contrario, sería abuso, orientación mediática, orientación política e incluso corrupción encausulada por parte del mismo poder judicial, que como se ha explicado y se sabe, también tiene gran cantidad de funcionarios, jueces y fiscales, que están implicados en los graves casos de corrupción que se conocen en la actualidad, y es posible que también lo estén, en los próximos casos que se conocerán.

En nuestro país, el problema de la corrupción traspasa los límites de la administración pública, porque se ha inyectado en la empresa privada y hasta en la misma sociedad, que desde una visión conformista, la acepta porque no tiene manera como luchar contra ella, y forma parte de la vida psicológica del poblador peruano, porque se instaló no en los últimos tiempos, sino desde el mismo inicio de la República Peruana.

Con la lucha contra la corrupción, debido al caso LAVAJATO, para dar la impresión que se le está atacando con gran dureza, ahora se le ha aplicado la figura jurídica de organización criminal, según algunos analistas políticos, para dos orientaciones, una para aumentar las penas previstas en los documentos rectores, y la otra, para poder enjuiciar a los partidos políticos y a través de ellos destruir la democracia en el país como objetivo principal, y destruir a los enemigos políticos como objetivo fundamental.

La corrupción en el país, debe ser sancionada, eso es indudable, pero debe ser juzgada por un poder legítimo, como es el poder judicial, y por jueces y fiscales que solo enfoquen los delitos cometidos dentro de lo que la jurisprudencia considera, siendo completamente exentos de cualquier orientación que no se ajuste al Derecho.

Este enfoque se debe tener siempre presente en la sanción de los delitos de la corrupción de funcionarios públicos, porque no se puede pensar, que ante la ola supuesta de limpieza de la corrupción, está se va a lograr, la corrupción existe desde principio de las sociedades, en todas las naciones y pueblos del mundo, y seguirá estando presente siempre, debido a que los funcionarios públicos tienen acceso a grandes cantidades de dinero que no son suyos, y que por medio de mecanismos que le permiten las leyes hechas en forma exclusiva para la corrupción, se pueden apropiar de grandes cantidades y de pobres convertirse en ricos, por el tan solo hecho de ser elegido o contratado como funcionario público, por ello es necesario que estas acciones de hoy y de siempre, se enfrenten con la mayor dureza posible, pero de acuerdo a la legalidad y no de acuerdo a intereses que nada tienen que ver con el Derecho, y menos por personas que también están insertas dentro de la corrupción, en este caso, por los que pertenecen al poder judicial, en donde también existe la corrupción, pesar que se muestran como los impulsores y los aliados de la anticorrupción.

Finalmente se debe tener en cuenta en nuestro país, que lamentablemente la organización política que mantiene el poder judicial, está demostrando una gran ineficiencia en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos. Uno de los problemas que se presenta es la debilidad política que tiene este poder del Estado ante la gran corrupción de los gobiernos, de tal manera que cuando imparten la supuesta justicia, son manejados por los gobiernos que están de turno, debido a que este es quien los nombra, y casi siempre lo hacen de acuerdo al apoyo que les hayan dado durante las campañas políticas para llegar al gobierno, y por otra parte, si es que el gobierno no quiere en realidad luchar contra la corrupción, le es fácil hacerlo, porque les basta con no asignarle los recursos económicos que necesitan y reducirle los recursos humanos, para convertir la justicia en procesos lentos, larguísimos en el tiempo, sobre todo en los casos de las autoridades corruptas que este poder debe sancionar, y que el gobierno de turno quiere proteger.

h) Enfoque de la corrupción de funcionarios de la administración pública y la aplicación de sanciones por parte del poder judicial.

Si bien en la actualidad, es alarmante para toda la población peruana, los casos de corrupción de funcionarios públicos de los cuales se tiene conocimiento, en realidad es solo el inicio de muchos casos más, y es posible que se tenga que ampliar las cárceles del país, si en realidad se llegara a sancionar a todos los funcionarios público que han delinuido en el

Estado, pero eso no deja de lado la razón de ser de que todos sin excepción, deben ser juzgados estrictamente desde las perspectivas exclusivas del ordenamiento legal que tiene el país y que se concentra en los administradores de justicia en el país.

Pero hasta en eso se tiene problemas para la lucha contra la corrupción, sobre todo en lo que se refiere a la aplicación de la prisión preventiva, porque en realidad el poder judicial es el encargado por ley, el que tiene que administrar en forma adecuada esta justicia. Sin embargo el mismo poder judicial se halla inmerso en el problema, desde los magistrados superiores hasta el último juez y fiscal que se encargan de los procesos, por lo que torna incierta y hasta increíble en algunos casos las decisiones que toman.

En lo relativo al tema de la investigación, es decir sobre la prisión preventiva, es una medida cautelar que está usando el poder judicial, para causar la impresión que es poder impoluto, y que está luchando contra la corrupción con toda la severidad de la ley, y por eso usa las medidas más extremas.

Sin embargo, una gran cantidad de expertos en Derecho consideran que no es así, que los jueces de investigación preparatoria, ante el pedido de los fiscales de investigación preliminar, aplican la prisión preventiva, sin tener en cuenta los aspectos esenciales de esa medida de última ratio, solo para para satisfacer la demanda de la mayoría de medios de comunicación mediáticos que la exigen, y para satisfacer a una parte de la población que se escandaliza con lo que hoy se sabe de la corrupción, y con la impunidad que siempre ha rodeado a estos delitos, y la aplican sobre todo, en los funcionarios públicos que son mediatos, para supuestamente demostrar que todos son iguales ante la ley, pero por otra parte, no la aplican en los corruptos privados, que son los corruptores con sus poder del dinero.

Lo que en realidad parece ser, es que el poder judicial de esa manera trata de ocultar la misma corrupción que existe al interior de ese poder, donde todos sus integrantes son funcionarios públicos, y desde donde se ha favorecido o se ha confabulado para poder realizar la corrupción que en estos momentos se conoce de manera impune.

De la revisión que se ha hecho de la literatura en relación a la corrupción, existen cientos de escritos que hablan de la corrupción judicial en el país, y si en verdad la población peruana

no tuviera el temor de hablar por las represalias que eso trae consigo, todas las que han acudido a este poder, con la intención de obtener justicia, debido a una afectación que ha tenido por un delincuente, diría sin temor a dudas, que no ha obtenido justicia, si antes no ha tenido que pagar los precios de la corrupción judicial que se imponen en muchos juzgados del país, y de los delincuentes ni hablar, todos ellos saben perfectamente cómo funciona la corrupción en el poder judicial porque son ellos los que más la utilizan para evitar sanciones, que se merecerían, incluso penas de por vida dentro de los penales, para salir libre y sin ningún registro incluso de haber sido denunciados por algún delito, eso se comprueba a diario, por las denuncias que ya hoy existen, por los hechos probados que ya se tienen y porque nadie duda, que los poderes más corruptos del Estado son sin lugar a dudas el ejecutivo, que es quien maneja los recursos del Estado, y el poder judicial, que es quien permite los delitos sin sancionarlos, a pesar de tener las máximas pruebas.

En el caso de la corrupción de funcionarios que se analiza en la investigación, sería por lo tanto un error el realizar una investigación dentro de los que están inmersos en el problema, como lo es el poder judicial, porque evidentemente los datos sería tergiversados, porque ninguno de los encuestados, aceptaría que existe la corrupción dentro de sus ámbitos, por la famosa autoprotección que hacen los funcionarios públicos de sus feudos, y es por ello que se ha remitido a las pruebas presentadas por textos, documentos, sentencias y la visualización del caso LAVAJATO, que es el que ha dado la mayor cantidad de datos sobre ello.

Pero la justicia peruana no solo está corrupta en lo que se refiere a lo material, es decir, a quienes solicitan dadas, coimas y sobornos a cambio de favorecer a los litigantes de una demanda sea civil, penal, laboral o constitucional e inclusive familiar, dando sentencias aberrantes y contrarias a lo que determina el ordenamiento legal, sino que se ha demostrado que venden su conciencia a los políticos o al poder de turno que tratan de acabar con sus rivales que buscan que accedan a los grandes puestos de la administración pública, o de sancionar a los que han estado, supuestamente con el mayor rigor posible, para de esa manera dar la impresión que luchan contra la corrupción, cuando esconden su propia corrupción, como se ha demostrado que ha sucedido en los últimos 18 años, donde los gobernantes de turno, han utilizado al poder judicial, para encarcelar a sus oponentes, vías denuncias de todo tipo, con el objetivo básico de que sea decretada su prisión preventiva, que como ya se ha

analizado anteriormente, decreta la pérdida de dignidad y la concepción que es culpable de lo que se le acusa, así sea inocente, y se lo sepulta en sus ambiciones políticas.

Esto también trae consigo el uso y el abuso de la prisión preventiva, que es lo que se debe tener en cuenta en el análisis de la prisión preventiva que se realiza, porque en muchos casos, los actuales fiscales y jueces de investigación preliminar y preparatoria, no están exentos de ser verdaderos delincuentes de cuello blanco, quienes utilizando y aprovechando su investidura de fiscal o Magistrado, el apoyo de los medios de comunicación mediáticos y la presión de la población porque se sancionen este tipo de delitos, tratan de aplicar a diestra y siniestra la prisión preventiva, para dar la impresión que son honestos y justos.

i) Análisis del enfoque de la investigación.

Para el enfoque de la investigación que se ha realizado, se debe tener en cuenta un aspecto muy importante que se está desviando de la opinión pública por los medios de comunicación, que da un sesgo que se ha tenido en cuenta en la investigación realizada.

En la actualidad, la prisión preventiva de funcionarios públicos, que da cuenta que se ha realizado en el país, a través del poder judicial y de los medios de comunicación, es solo la corrupción de funcionarios del poder ejecutivo y del poder legislativo, e incluso se pretende incluir dentro de ella, a quienes no han gobernado y a los partidos políticos que nada tienen que ver con ella, pero los medios de comunicación y el mismo poder judicial, no cuenta entre ellos, a los servidores de la fiscalía y del ministerio de justicia, que también son funcionarios públicos, y tratan de dar la idea que ellos no son corruptos, que son los que luchan contra la corrupción, cuando a través de toda la historia del país, está demostrado que en el poder judicial también existe corrupción.

1.1.2 Análisis crítico en relación a los objetivos específicos de la investigación

Analizar si se están evaluando en forma adecuada los elementos de convicción en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos

En este caso de acuerdo al enfoque de la investigación se analizará solo los procesos que conducen al pedido de prisión preventiva, y que empiezan desde el mismo momento de la imputación, que es la base sobre la cual se solicita esta medida.

Se cuestiona la disposición de formalización de la investigación preparatoria por afectación al principio de imputación necesaria, esto quiere decir que la denuncia que se ha realizado, no tiene los elementos de juicio necesarios para el pedido de una investigación sobre un funcionario público que haya sido denunciado por algún hecho que se considere como delictivo.

El Art. 336 CPP, establece que la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria debe contener como uno de sus presupuestos básicos los hechos y la tipificación específica correspondiente.

Esto significa que de la calificación del delito va a depender la gravedad de la acusación, y la gravedad de la acusación va a determinar el pedido de prisión preventiva.

Bajo este supuesto, y ante la complejidad del caso LAVAJATO, el poder judicial, con el fin de tener mayor poder y mayor campo de acción en la investigación sobre los casos de corrupción de funcionarios, lograron primero que se clasifique este tipo de delitos como de criminalidad organizada, que solo era para los delitos de terrorismo, narcotráfico, trata de personas, etc. es decir para delitos comunes y no específicos como está tipificado en el caso de delitos de función pública; en segundo lugar, han logrado que estos delitos sean declarados imprescriptibles, y en tercer lugar han logrado que se considere el delito de lavado de activos como extensión del delito de defraudación en perjuicio del Estado, bajo la orientación de seguir la ruta del dinero.

De esta manera, el poder judicial, llevó a la máxima complejidad los delitos de funcionarios públicos, para que de esa manera se pudiera pedir la máxima prisión preventiva, que es por un periodo de 3-4 años. El objetivo perseguido por la complejidad de los casos, se ha considerado fundado, pero se tiene dudas sobre ello, debido a que ahora todos los delitos de funcionarios públicos, se busca que encajen dentro de las categorías de mayor complejidad, muchas veces sin los indicios o las pruebas suficiente como para ser tipificados de esa manera, por lo que en muchos casos han sido consideradas arbitrarias estas

tipificaciones, y a pesar que luego organismos judiciales de mayor nivel, han anulado todos los procesos para que vuelvan a empezar, no se corrigen y se da el caso que los acusados ya han sufrido una prisión preventiva, cuando la supuesta gravedad de la pena no la ameritaba, y ya han sufrido la afectación a su dignidad personal.

En esta versión hay que recordar el caso de Pedro Pablo Kuczynski, cuya tipificación de sus delitos cometidos, que a todas luces es personal, para calificarlos de criminalidad organizada y poder pedir la prisión preventiva, y la máxima, se consideró una banda criminal formada por tres personas: él, su secretaria personal y su chófer, acusación en la cual, por lo menos, contra el chófer no había ni un indicio de conducta delictiva, y se le incluyó solo porque realizaba los pagos de los servicios públicos que el ex mandatario recibía en su casa. Y sin embargo, el juez, sin tener en cuenta la defensa de la garantía del buen proceso que se le debe seguir al imputado, no hizo el control, no aplicó la tutela de derechos a pesar de haber sido solicitada, y a pesar que en la audiencia de pedido de prisión preventiva, no le fue aplicada ni al chofer ni a la secretaria, se le ha dado otra medida cautelar, esa tipificación aceptada por el juez de investigación preliminar, le sirvió al fiscal para sustentar la máxima prisión preventiva, 3 años, cuando en caso no se hubiera aceptado esa tipificación, bajo la tutela de derecho, como máximo debería haber sido de 12 meses.

Lo que se sostiene en estos casos, es que el fiscal, lamentablemente, tiene la libertad, en base a su autonomía de acción, de tipificar como el quiera, y de igual manera de pedir la prisión preventiva que considere, así sea abusiva, porque quien tiene el control de garantías es el juez de investigación preliminar y preparatoria, pero cuando, como se ha analizado anteriormente, se puede dar el caso que el fiscal y el juez, estén actuando en contubernio, basados en que también son funcionarios públicos, y en la demostración que la corrupción está enquistada en todas las ramas del poder judicial, ese control de garantías, dentro de la cual se halla la tutela de derechos, se halla en completo peligro al estar en manos de quien es juez y parte a la vez, por lo que muchos juristas consideran necesario la reforma del poder judicial, y en específico en este caso, que el control de garantías sea realizado desde la primera instancia, por un juez diferente al de la investigación preparatoria, porque es desde el momento de la tipificación del delito, que se da el paso inicial de la prisión preventiva.

En vista de estos hechos, la jurisprudencia constitucional de los últimos años, desarrolló el denominado principio de imputación necesaria, según el cual: "... al momento de calificar

la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación de la investigación preparatoria, esto es, cuando va más allá de la simple recepción de esa disposición para efectos de determinar su competencia”

También se exige que esta presentación de imputación cumpla con el requisito de ser adecuadamente motivada, es decir fundamentada, de acuerdo a las exigencias mínimas requeridas por el Art. 336 CPP, pero en muchos casos, eso tampoco se da, a las luces de la opinión de muchos juristas, por lo que se considera que se está violando el debido proceso, en aras de conseguir resultados que son requeridos por la mediatez social, pero que no se ajustan al Derecho.

Ávalos (2012), dice que a pesar que en el Acuerdo Plenario N° 4-2010, se planteó la posibilidad de cuestionar la disposición de formalización de la investigación preparatoria a través de la audiencia de tutela de derechos, para controlar la observancia del principio de imputación necesaria, está no se ha hecho, y se sigue aplicando de igual manera en los casos complejos de la corrupción de funcionarios, observándose que en muchos casos, la tipificación de los delitos que ha hecho el fiscal y aceptados por el juez de investigación preparatoria, no corresponden a la realidad de los delitos imputados.

Por eso el tribunal constitucional en los expedientes: N° 4726-2008-PHC/TC, FJ. Caso: Robert Michael Haber, N° 02488-2011-PHC/TC, FJ. 7, caso: Jorge Hugo Jaén Valdera y N° 00017-2008-15 (cons. 7), del 20 de junio del 2008; afirma que: “... la motivación del auto de apertura de instrucción debe ser analizada teniendo en cuenta la gravedad y complejidad de los delitos imputados. Además debe tomarse en cuenta que la finalidad de dicha resolución es simplemente dar inicio al proceso penal, por lo que no puede exigirse en dicha instancia el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos que sí es exigible en una sentencia, que es el momento en que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas presentadas por las partes”.

Sin embargo en los casos que se están viendo de la corrupción de funcionarios, para justificar la prisión preventiva, se está viendo que la tipificación de los delitos se está haciendo como si ya se tuviera la certeza completa de ellos, y se está imputando como si

fuera ya para la acusación formal, y los jueces de investigación preparatoria, también están aceptando esa tipificación primaria, que se mantiene, en casi todos los casos, hasta la acusación formal que se está realizando.

Esto genera nuevamente la incertidumbre de saber si en realidad los jueces están realizando la tutela de derechos como debe ser, o por la presión mediática que existe, están dejando de lado los principios fundamentales del Derecho, debido a la aceptación que tiene en una parte de la ciudadanía y de los medios de comunicación su manera de actuar. Como se ha visto, solo en casos que es flagrante su actuación, se ve que se ordena tipificar de acuerdo a la etapa del proceso y de acuerdo a la gravedad del delito que en esos momentos se imputa, que ha traído como consecuencia que se cambie al juez de investigación preparatoria, precisamente por la flagrancia en la tutela de derechos, algo que deber ser insólito en el poder judicial, pero que lamentablemente se está dando, y con mayor frecuencia de lo que se espera, porque, se repite, se amparan en la autonomía funcional, y no les hacen casos, ni a juristas expertos, ni a las instancias superiores. A quienes incluso se enfrentan abiertamente, dando la sensación de que ellos son dueños de la justicia y del Derecho, y que pueden hacer lo que se les da la gana, porque la presión popular, supuestamente los apoya, porque los medios de comunicación mediáticos, muchos ellos de orientación política y de corrupción, también los apoyan, porque el gobierno de turno les da respaldo, incluso dejando de cumplir con obligaciones protocolares, dando a entender que tiene injerencia, o tal vez también contubernio con ellos, y porque supuestamente han sido erigidos como los supremos luchadores contra la corrupción de funcionarios, algo que en la realidad y de acuerdo al análisis que se ha realizado, no corresponde con la correcta y eficiente aplicación del Derecho.

Analizar si se está evaluando en forma adecuada la temporalidad de la pena en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos

Este es uno de los aspectos polémicos de la forma como se está realizando la prisión preventiva en los caso mediáticos de corrupción de funcionarios. Debido al reclamo de los jueces y fiscales que intervienen en el caso LAVAJATO, porque todas las investigaciones son complejas, el Gobierno de Kushinky, mediante D.L. 1307, para los casos de corrupción de funcionarios, criminalidad organizada y lavado de activos (que es donde incurren los

funcionarios públicos), alargó la prisión preventiva de 18 a 36 meses, con la posibilidad de poder ser ampliada 12 meses más, es decir, un plazo de 4 años de prisión preventiva para un imputado de corrupción de funcionarios, sin que se haya determinado en forma fehaciente si es culpable del delito, con el peligro procesal de tenerlo en la cárcel durante 4 años, y al final sea declarado inocente, como ya ha sucedido en los casos emblemáticos de Rómulo León y otros, con el perjuicio para su salud física y mental que conlleva la prisión, y con el perjuicio del menoscabo de su dignidad persona, por la intervención de la presión mediática que realizan los medios de comunicación masiva, que en la mayoría de los casos intervienen desde el punto de orientaciones políticas, para eliminar a los rivales en la contienda electoral ante la visión de los electores, como es el caso de Alan García, al cual a través de la prensa mediática a través de dos años, se le ha acusado de haber hurtado miles de millones de soles del Estado, sin que hasta el momento haya una sola prueba de ello, que llevó a que en las últimas elecciones, a pesar de que su segundo gobierno ha sido uno de los mejores de los últimos 20 años, solo alcanzara el 5% de las preferencias del electorado.

El problema principal, que se ve en cada una de las sentencias de prisión preventiva en los casos de corrupción de funcionarios, es que los fiscales encargados de los casos, sin excepción, realizan el pedido de prisión preventiva del nuevo máximo plazo, y los jueces, casi sin excepción, en los casos de corrupción de funcionarios, los aceptan, sin tener en cuenta los plazos razonables, teniendo en cuenta algunas características que presentan estos casos.

En la mayoría de ellos, a través de filtraciones a los medios de prensa, en forma exclusiva a IDL reporteros, se da la sensación que los delitos que son imputados, en realidad ya tienen comprobación a través de documentos y de declaraciones de testigos claves, de manera que la opinión pública, reforzada en forma constante por los medios de comunicación mediáticos, ya consideran como culpables a los funcionarios imputados, y cuando se dicta la sentencia de prisión preventiva, la opinión pública parece estar contenta con ello, porque considera que ya se está haciendo justicia con los funcionarios que se consideran culpables.

Pero el problema radica, en que la mayoría de la opinión pública, no sabe, que la prisión preventiva no es una sentencia, sino solo una detención sobre el fundamento de la obstaculización a la justicia y el peligro de fuga, y lo que la mayoría de la opinión pública

no sabe, es que cuando se detiene a alguno de estos funcionarios, pueden pasar los 3-4 años, que legalmente puede durar la prisión preventiva, sin que los fiscales realicen ni siquiera una audiencia de comprobación de pruebas, o ahonden en la investigación de la persona, porque según parece, y cada día con mayor certeza, que la justicia en el caso de la corrupción de funcionarios, está actuando de manera mediatizada o judicialmente politizada, y no de acuerdo al Derecho, ya que no se observa en las decisiones de los jueces que apliquen el principio del plazo razonable, sino que aplican solo el plazo legal, que de igual manera se sospecha que el gobierno de Kushinky lo decretó de manera politizada, precisamente para encarcelar a quienes podían poner al descubierto la corrupción de los integrantes de ese gobierno, que al final debido a pruebas de ello es que tuvo que renunciar.

Y además que este gobierno lo sigue usando, porque el presidente Martín Vizcarra, de acuerdo a muchos indicios que día a día aumentan, durante su gestión como gobernador regional, habría cometido muchos ilícitos, que por el momento no pueden ser investigados a fondo debido a que goza de inmunidad de cargo.

Una demostración del mal uso generalizado que se está dando de la prisión preventiva, en lo que se refiere al plazo razonable, es que el mismo Tribunal Constitucional (2010), se ha manifestado sobre este asunto diciendo que: “el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener, en abstracto, un único plazo para todos los casos sino que tal razonabilidad, inevitablemente, debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso” .

Analizar si se está evaluando en forma adecuada el peligro procesal en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos

Dentro de nuestro marco normativo se considera que el peligro procesal se da en dos enfoques: la obstaculización al proceso y el peligro de fuga.

El enfoque de la obstaculización del proceso se fundamenta en que los imputados pueden, estando en libertad, ponerse de acuerdo con los demás imputados y/o testigos para coordinar las respuestas a las instancias fiscales de manera dolosa para ocultar el delito cometido, de igual forma que pueden utilizar su libertad para ocultar, manipular o desaparecer pruebas vitales, y en última instancia, incluso, que pueden comprar o amedrentar

a los testigos, para que declaren de acuerdo a su conveniencia. En otros casos se puede dar, que el imputado arguya diferentes motivos para no asistir a las audiencias programadas, dilatando de esa manera el tiempo de manera que se cumplan los plazos, y el expediente deba ser archivado por esa circunstancia, y se concrete la impunidad del delito.

El enfoque del peligro de fuga, también tiene esa orientación, para poder decretar la prisión preventiva, puesto que al tener el imputado libertad de circulación, aunque algunas veces limitado por las imposiciones de la misma justicia, esto no impide que valiéndose de los mismos imputados corruptos, o de autoridades que están coludidos con ellos, o también corruptas de otros estamentos del Estado, fuguen del país, como ya ha sucedido en muchos casos, haciendo que los procesos sean mas largos y dificultosos, puesto que en casos de extradición, los delitos cometidos en el país, deben ser considerados también en la legislación de los países a los cuales huyen, para que de esa manera pueda darse la extradición, siendo las legislaciones de los países diferentes, y en última circunstancia, de acuerdo a los convenios internacionales de extradición, solo podrán ser juzgados por lo que los tribunales de los países a los cuales huyeron consideren como delito, y no pudiéndose aplicar las penas y sanciones con la misma rigurosidad que tiene nuestro código.

Este enfoque, para decretar la prisión preventiva, también se basa, en que los imputados tratan de fugarse a países con los cuales el Perú no tiene tratados de extradición, disfrutar por muchos años el delito de la corrupción, y luego que ha pasado el plazo para su juzgamiento, de acuerdo a lo estipulado por la justicia peruana, regresar como si nada hubiera pasado, e incluso, volver a ejercer cargos públicos, y volver a delinquir cuantas veces quiera de esa manera.

En el pedido de prisión preventiva, por peligro de obstaculización de la acción de la justicia, el juez de investigación preparatoria, debe valorar los fundamentos del fiscal en su pedido de prisión preventiva, para decretarla, teniendo en cuenta los aspectos esenciales que en el marco teórico se han considerado, si no es de esa manera, no tendría fundamento jurídico para ordenar la prisión `preventiva pedida por el fiscal de investigación.

En el peligro de fuga el magistrado debe valorar todas las circunstancias que rodean el caso específico y que motive la permanencia del imputado en un centro de detención. Es el

criterio más importante en la consideración para la imposición de la prisión preventiva, ya que el criterio dominante para la existencia del proceso es la comparecencia del procesado.

Esto en el entendimiento que una pena mayor involucra una mayor carga psicológica en el imputado que enfrenta un proceso penal, y por tanto, una mayor influencia para evitar su desarrollo y resultado.

Del Rio (2008), en cuanto al peligro procesal señala que sólo puede ser evitado mediante la prisión preventiva (subsidiariedad).

Es por esta razón que el análisis de la gravedad de la pena a imponerse cumple dos objetivos:

En cuanto al *fumus boni iuris*, se verifica una alta probabilidad de sancionar al imputado a una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad. A su vez, la gravedad de la pena a imponerse puede constituir un criterio que ni es necesario ni puede ser el único para valorar el peligro procesal, concretamente, el riesgo de fuga

Sin embargo, la CIDH (2016), dice que este recurso se ha empleado de manera indiscriminada a pesar de su carácter de última ratio

La STC 376-2003-HC/TC, de 7 de abril. Caso Bozzo Rotondo *señala que :*

“El peligro procesal es en particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores.”

En nuestro país, estos dos enfoques básicos se están usando por los fiscales y jueces de investigación preparatoria, para solicitar unos, y para dictar los otros la prisión preventiva, desde interpretaciones inimaginables, hasta interpretaciones absurda sobre lo que debe considerarse como obstaculización a la justicia o a la investigación preliminar en este caso.

Se ha sabido argumentar por parte de los fiscales, con la aceptación del juez de investigación preparatoria, supuesto garante de los derechos del imputado, que es obstaculización al proceso que un imputado tenga que coordinar con su abogado para la defensa, llegando incluso al extremo, cuando ha sucedido estas coordinaciones, a incluir al abogado defensor como parte de la banda criminal, crimen organizado o cualquier calificación que quieran darle, y allanar los estudios de abogados defensores en busca de la prueba de investigación que no encuentran por ningún lado.

¿Acaso el derecho de defensa lo debe ejercer el imputado sin tener relación directa con su abogado defensor, sin coordinar su defensa o ponerse de acuerdo de como deben enfrentar a las acusaciones sobre los delitos imputados?.

Es decir, para los fiscales y jueces que solicitan y dictan la prisión preventiva bajo estos fundamentos, la interpretación del derecho de defensa es a través de los escritos que la fiscalía y el juzgado remite al abogado defensor, sobre lo que el abogado debe basar la defensa del imputado, sin tener que cruzar una sola palabra con el imputado, porque de esa manera se estaría produciendo la obstaculización de la justicia.

Otro argumento que se ha usado, es que si el imputado de una manera u otra, por la presión de los medios de comunicación, y por ser personaje mediático, da declaraciones sobre alguna de las particularidades del proceso, que incluso ya son públicas, porque se han filtrado de las mismas fiscalías o juzgados, estaría obstaculizando a la justicia, porque de acuerdo a los últimos enfoques, que no está contenido en el NCPP, los procesos a los involucrados a la corrupción de funcionarios son secretos de Estado.

En el enfoque de peligro de fuga, se están usando argumentos extremos para dictar la prisión preventiva contra los funcionarios públicos imputados de delitos, y en algunos casos hasta contradictorios, pero de igual manera los jueces de investigación preparatoria los valoran como válidos y dictan las prisiones preventivas.

El argumento más utilizado en el caso de peligro de fuga, en las teorías fiscales para sustentar el pedido de prisión preventiva, es el de raigambre en el lugar en que se lleva a cabo el proceso, puesto que el solo hecho de abandonar por cualquier motivo, por más justificado que sea, el lugar de residencia habitual por parte de los imputados ya es considerado como peligro de fuga.

Dentro de este enfoque se interpreta como raigambre residencial, a que el imputado no pueda ni siquiera salir de su lugar de residencia, ni lejano o cercano dentro del país a ver o visitar a sus familiares, porque sobre ello se basa y fundamenta los pedidos fiscales sobre peligro de fuga, y en muchos casos aceptados y avalados por el juez de investigación preparatoria.

Se argumenta también, que no existe raigambre si no se tiene casa propia o en su defecto si el imputado tiene muchas casas propias, en ambos casos se sostiene, que no es un solo lugar la residencia fija, porque en la casa alquilada puede abandonarla en cualquier momento o ser desalojados por los dueños, y en el caso de las diferentes casas, que no se sabe cual es el domicilio fijo al tener varias propiedades.

Y los jueces de investigación preparatoria aceptan estos avales, desde ambos ángulos, a pesar que el propio NCPP, señala que la residencia fija es el lugar el cual el imputado fija en el proceso, y que tiene la potestad o el derecho de poderla cambiar, cursando comunicación al juez del proceso. Pero esa disposición del NCPP se ignora completamente y se aceptan estos argumentos fiscales.

Lo que linda ya en lo inverosímil de la interpretación de los fiscales en sus teorías del delito rossinianas, es que consideran que existe peligro de fuga, si el imputado tiene amigos o conocidos en el extranjero, solo eso, sin siquiera haber tenido contacto con ellos durante el proceso, por el solo hecho de considerar que ellos podrían solicitar el alojamiento en casa de ellos, y que ellos se lo aceptarían de igual manera. Los jueces de investigación preparatoria lo aceptan como válidos, y ha existido casos en que lo han mencionado para fundamentar sus resoluciones de prisión preventiva que dictan.

En el caso que los imputados tuvieran familiares en el extranjero, ya ni hablar, el imputado no tiene ni una sola posibilidad de justificar que eso no genera peligro de fuga, así viva con esposo (a) e hijos estudiando en el país. Desde este punto de vista también es un delito tener familiares en el extranjero cuando se es acusado de algún supuesto delito de corrupción de funcionarios.

Analizar si se está aplicando la tutela de derechos de la manera como lo determina la legislación peruana en los casos que se pide prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos

Existe una diversidad de opiniones por parte de analistas jurídicos, la mayoría de ellos de reconocida trayectoria en el poder judicial y en la abogacía, que difieren en aspectos sustanciales sobre si se está aplicando de manera pertinente la prisión preventiva, en el caso de corrupción de funcionarios públicos, o no; arguyendo fundamentos sustanciales del derecho, pero que en consenso no llegan a una determinación definitiva, si se está aplicando de acuerdo al derecho la prisión preventiva, y menos en el caso de la tutela de los derechos, que corresponde al juez de instrucción preparatoria, puesto que una parte de los denominados “expertos”, indica que no y la otra indica que si.

Este mecanismo tiene varias particularidades específicas, centradas bajo la orientación de que es un mecanismo de protección de los derechos de los imputados, que en el caso de los funcionarios públicos, en la mayoría se centran en los derechos de la presunción de inocencia, libertad de tránsito, plazo razonable, insuficiencias probatorias, etc.

Ante un reclamo de alguna irregularidad, sobre todo cuando es previsible que el fiscal pida la prisión preventiva en el supuesto de delito de funcionarios, que es donde más se recurre a solicitar este derecho, ante quien se solicita es ante el juez de investigación preparatoria, que como la ley dice, a la vez que es el que dirige y ordena las diligencias para la investigación que realiza el fiscal, es el garante de los derechos del imputado.

Sin embargo, en los actuales casos de supuestos delitos de corrupción de funcionarios mediáticos que se están investigando, se ha podido comprobar, a través de las resoluciones de estas peticiones, que en casi ningún caso el juez de investigación preparatoria ha admitido estos pedidos, y en los pocos que los ha admitido, han sido declarados infundados, dando la percepción de que los fiscales en ningún momento han vulnerado ni uno solo de los derechos del imputado, a pesar que juristas nacionales e internacionales afirman lo contrario, por lo que se tiene dudas, y sobre todo se considera que es una equivocación que en ante el pedido de este tipo de derecho, sea el juez de investigación preparatoria el mismo que lo decida, porque se constituye en juez y parte del mecanismo.

Esas dudas, se han visto reforzadas, por la destitución del juez Carhuacho del caso Keiko Fujimori, al haber dado opinión adelantada considerándola culpable, que vulnera precisamente el principio de presunción de inocencia, lo que ha demostrado, que en los procesos de corrupción de funcionarios, pueda haber explícito acuerdo entre el fiscal y el juez, y el segundo no vele por los derechos del imputado, sino que se realice una actuación parcializada.

Por otra parte en la práctica jurisprudencial, se observa el uso constante de la audiencia de tutela por parte de la defensa para cuestionar una diversidad de disposiciones propias de la investigación que al final de cuentas van a determinar el pedido de prisión preventiva de los acusados de delitos de corrupción de funcionarios.

Varios de esos problemas frecuentes que se presenta en la actualidad, han dado lugar a diversos pronunciamientos de la jurisprudencia nacional, que lamentablemente se sigue viendo que no son tomados en cuenta por los jueces de investigación preparatoria, bajo el supuesto de la autonomía de acción que el mismo CPP y la constitución les otorga, y que se entiende que es donde está el problema principal de que la tutela de derechos no sea aplicada en forma correcta y eficiente como lo ordena la ley, suponiéndose que es debido a que la orientación de la justicia no se halla enmarcada dentro de la legalidad del Derecho, sino que se está aplicando en forma mediatizada, bajo orientación del gobierno de turno o de intereses particulares que están por descubrirse.

En segundo lugar, se cuestiona la prueba prohibida en la audiencia de tutela de derechos, porque en más de una audiencia se ha podido observar y a través de ello demostrar, que cuando se está en plena audiencia, se presentan pruebas que no han sido corroboradas previamente por el fiscal, o pruebas que no tienen el debido sustento, porque el análisis de ellas así lo determina, y eso no solo se da en la audiencia de Tutela de Derechos sino también en la audiencia del pedido de Prisión Preventiva. Como en el caso de Atala, que en plena audiencia, sin que tengan conocimiento de ello los abogados defensores, se presenta la supuesta prueba de entrega de sobres de dinero a Alan García y de la existencia de un grupo de choque en el Partido Aprista, sin ni una sola prueba de sustento, que ahora tiene claros indicios que es falsa en ambas concepciones, y se dio por válida la supuesta prueba para determinar la condición de prisión preventiva a los acusados en el caso, de diferente manera,

favoreciendo al supuesto inventor de la prueba y perjudicando a los que fueron acusados por esa prueba.

El Código Procesal Penal (2004), afirma que uno de los principios generales del nuevo proceso penal es la denominada regla de exclusión de la prueba prohibida, lo que no queda claro es cuál debe ser la vía para solicitarla. Es decir, en que parte o momento del proceso debe discutirse si es aceptada o no.

La jurisprudencia peruana, no ha dado solución a este problema, y se puede observar que existen tres posturas diferentes, que en consecuencia en lugar de ayudar en los procesos crean mayor confusión, y de paso dan mayor libertad al poder judicial para determinar de acuerdo a autonomía de función.

La primera considera que la exclusión de la prueba prohibida debe formularse en la etapa intermedia o en el juicio oral. Etapa en la cual se puede solicitar la prisión preventiva basándose en una de estas pruebas.

La segunda fue planteada por el Pleno de la Corte Suprema (2010), en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, donde no se partió de un caso de prueba prohibida, sino que se dieron pautas procedimentales a la posibilidad de que en una audiencia de tutela, se discuta la exclusión de material probatorio ilícito, que es lo mismo decir prueba prohibida.

En este acuerdo plenario se determinó, que ante esta situación se deben suspender los actos indagatorios bajo esa orientación, y que esto solo debe suceder en la etapa de la investigación preparatoria.

Sin embargo en algunos de los juzgados, se acepta la discusión en la audiencia preliminar de control de la acusación.

Ante esta disyuntiva, los jueces y fiscales de investigación preliminar y preparatoria, a pedido de los abogados defensores, la realzan en cualquier momento y a libre albedrío.

Hay que tener en cuenta que una de las pruebas que más complejidad tiene, y que se reclama como prohibida, son los audios o las grabaciones, porque pueden ser manipuladas

electrónicamente para obtener resultados específicos. Otra es de las declaraciones sin ningún indicio viable de lo que se declara.

El tercer caso en lo que se refiere a la tutela de derechos, se refiere a la excepción de la improcedencia de acción, que es lo mismo decir, que no se puede ser juzgado por haber cometido una acción que en el momento que se hubiera hecho no es considerado como un delito.

Este es uno de los casos más tocados en el momento que se investiga la corrupción de funcionarios, y no solo en esos casos, sino que también se incluye a los que estuvieron postulando para ser funcionarios, aunque no hayan llegado a serlo.

El caso, más concreto es el de Ollanta Humala y Nadine Heredia, a los cuales se les está juzgando por el aporte de campaña de los años 2006-2011, pero se da el caso que los aportes de campaña por medio de empresas o personas particulares no estaban prohibidos cuando ellos recibieron esos aportes, pero se les sigue el proceso por eso, y da la impresión que es el caso más fuerte de acusación que tienen, porque el de lavado de activos, no es tan fácil de probar y por el de asociación criminal no se les ha imputado.

De esto se deduce que en las acusaciones con respecto a los aportes de campaña, es posible que no se les acuse, pero el Juez no aplicó la tutela de derechos en este caso y permitió que se tipifique de esa manera y se siga llevando el caso hasta ahora, y teniendo en cuenta que ellos sufrieron prisión preventiva de cerca de 18 meses, se daría el caso, uno más, en lo que esta medida cautelar se ha utilizado en forma abusiva, y solo llevados por la presión mediática que en esos momentos existía por ver, aunque sea a uno de los ex presidentes implicados en el caso LAVAJATO en prisión, puesto que el ex presidente Alejandro Toledo, que tiene las pruebas y los fundamentos más sólidos se había refugiado en EE.UU. desde donde hasta ahora, no se ha podido, o no se quiere, extraditarlo.

Este caso, uno más en la lista, hace que en el análisis y en la apreciación de muchos juristas, la prisión preventiva en el caso de los funcionarios públicos no se está aplicando de acuerdo a ley, sino desde otras orientaciones, que luego se analizarán.

Otro de los elementos que deben tener tutela de derecho, que tienen relación con la prisión preventiva, y que no se está aplicando, es el excesivo plazo de la duración de las investigaciones, debido a que los fiscales, una vez que el juez ha aceptado la prisión preventiva del imputado, no aceleran la investigación, esperando los últimos días de la prisión preventiva pedida, para recién formalizar la investigación, lo que atenta contra los derechos del imputado, puesto que en el caso de ser declarado inocente durante el juicio, se ha extendido la prisión preventiva ilegal, al máximo plazo, solo porque los fiscales consideran que ya cumplieron con la importancia de detener al funcionario público detenido, y cuanto más tiempo se le tenga en prisión, esa presión mediática, que parece guiar sus pasos en este momento, no exigirá que se lleve a juicio lo más rápidamente, porque consideran ese periodo como si fuera el castigo que se merecen, sin importar que fuera culpable o no, y enfocan su trabajo de esa manera, muchos por ganar titularidad, muchos para ser elevados como verdaderos enemigos de la corrupción por los medios mediáticos y el clamor popular que aplauden esas decisiones.

Analizar si se está motivando en forma adecuada los pedidos de prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

Motivar cualquier pedido por parte del fiscal, y motivar la declaratoria de una prisión preventiva, en el lenguaje jurídico es fundamentar en forma sólida y coherente el pedido, de manera que no queden dudas de una arbitrariedad por ninguna de las partes, del fiscal que lo solicita y del juez de investigación preparatoria que lo admite y lo decreta.

De acuerdo a la opinión de muchos especialistas, se están utilizando motivaciones a veces absurdas, como las que se han mencionado con anterioridad, para dictar la medida coercitiva de prisión preventiva, debido a que todo el fundamento, supuestamente válido para dictarla por parte del juez de investigación primaria, se centran en el arraigo, en el peligro de fuga y en la obstaculización a la acción de la justicia, y en ellos, como se ha analizado con anterioridad, se dan fundamentos que no tienen en mínimo sustento legal, por ello, es que en muchas de las prisiones preventivas dictadas contra los funcionarios públicos acusados de delitos, las instancias superiores han determinado el fin de las prisiones preventivas dictadas en primera instancia, aplicando las otras medidas coercitivas que el NCPP considera como efectivas para poder llevar a cabo el debido proceso.

Analizar si existen orientaciones no estrictamente ajustadas al Derecho en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú

No son pocos los analistas externos, e incluso existen voces desde del mismo poder judicial y de la fiscalía, que aseguran que estos poderes del Estado están politizados, que existe una pugna entre dos facciones al interior de ellos, que son fuerzas representativas de diferentes grupos políticos, que aplican las sanciones y las prisiones preventivas, en el caso de los funcionarios públicos, a los opositores de las ideologías políticas que ellos defienden, y no aplican, supuestamente las leyes, de la misma manera, a los funcionarios públicos que son de la ideología política que ellos defienden.

Otros analistas, indican que algunos jueces y fiscales, se dejan llevar por la ola mediática, impuesta por los medios de comunicación y la población, que busca ver “rodar las cabezas de los corruptos políticos”, sin importar si en verdad son culpables o inocentes, lo único que celebran es cuando un funcionario público es puesto en prisión preventiva, y consideran al fiscal o al juez como los “héroes de la anticorrupción”, presión que los fiscales y jueces deciden aplicar para quedar bien con los comentaristas y opinólogos de los medios de comunicación, y de los llamados “expertos”, que arrogándose la representación del pueblo piden y claman porque se aplique las prisiones preventivas sin ton ni son, con el único afán de ver satisfecho sus deseos de ver a los “funcionarios públicos corruptos”, tras las rejas, con ello se dan por satisfechos, sin tener en cuenta que con su conducta irracional, manchan honras y dignidades de muchos de ellos, que son acusados injustamente de hechos que no han cometido, con el único afán de “sacarlos de la arena política”, y tener ellos el camino libre para tentar el poder y el manejo de los recursos del Estado.

Analizar si existen vacíos legales en la medida coercitiva de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018

La existencia de vacíos legales en la aplicación de la prisión preventiva, es reconocida por todos, a eso se debe la disimilitud de las motivaciones de los jueces de investigación preparatoria en el momento de dictarla, y en la misma disimilitud de las instancias superiores de anularlas, puesto que las fundamentaciones para casos iguales y/o similares, tienen diferentes motivaciones para uno u otro caso.

Se da el caso incluso, que los vocales de la corte suprema, están tratando de llevar a cabo una reunión, no solo entre juristas, sino entre “personas notables de la sociedad”, para poder delimitar en forma precisa las causales expresas que se deben tomar en consideración para el dictado de la medida, lo cual demuestra que existen muchos vacíos legales en su enunciación, y a ello se debe, la disimilitud de interpretaciones que realizan los jueces en el momento de su ejecución.

Uno de los vacíos legales más notorios, y que no se toma en cuenta por analistas jurídicos y politólogos, es la sanción que deberían tener los fiscales y jueces, que acusan y dictan la medida, sin fundamento valido y objetivo, a un funcionario público que supuestamente ha cometido un delito, cuando al final del proceso se demuestra que es inocente de los hechos imputados, y sin embargo ha tenido que pasar, a veces, más de 3 años en prisión preventiva, con el daño de su honra personal y familiar, y con los altos costos económicos que ha tenido que realizar para afrontar un proceso, que al final resulta que es injusto, y sobre todo abusivo por parte de quienes administran justicia en el país.

Hasta el momento, no se conoce, de ninguna clase de sanción para los fiscales o jueces de investigación primaria, que privaron injustamente de la libertad a los imputados, y la normativa en general, no considera que se hace en estos casos, dando de esa manera “luz verde” a fiscales y jueces para pedirla y pedirla, con la plena seguridad, que aunque sea injusta, sobre ellos no recae ninguna responsabilidad.

El otro vacío legal notorio, es, en que extensión se considera la palabra arraigo en el NCPP, cuáles son sus límites y cuál es la verdadera extensión de ella, puesto que fiscales, jueces, expertos, juristas y opinólogos le dan connotaciones distintas y disimiles, y muchas veces de acuerdo las conveniencias de sus fines que persiguen, como en la mayoría de los casos, de los fiscales, de tratar su teoría del caso que ellos elaboran, en lugar de demostrar el delito objetivo cometido, para lograr el pedido de la prisión preventiva.

1.1.3 Análisis crítico en relación al objetivo general de la investigación

Análisis crítico Jurídico-legal de cómo se está aplicando la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú

De acuerdo a la opinión de muchos expertos, todos profesionales del Derecho, el tema de la aplicación de la prisión preventiva en el caso de la corrupción de funcionarios, se ha convertido en un tema de alta complejidad, que no permite ponerse de acuerdo en un enfoque jurídico único de su aplicación, porque está de por medio el poder político, los poderes económicos y mediáticos, y la presión de una población que está cansada de ser espectadora a través de años de políticos corruptos, algunos comprobados y otros supuestos, que incluso da la impresión final que la justicia se ha politizado y la política se ha judicializado, aparatándose de esta manera de los cánones legales de la sanción de los delitos.

Para tratar de salir de esta problema de complejidad, se ha intentado unificar criterios, a través de sentencias finales emitidas por el Tribunal Constitucional, pero estas mismas han resultado en algunos casos tan contradictorias, que en lugar de orientar un norte para unificar criterios, ha ocasionado que se vuelva mucho más compleja la aplicación.

Se ha intentado también hacerlo a través de cónclaves de jueces y fiscales supremos, y estos no han llegado a ninguna solución, y por el contrario, sus conclusiones o recomendaciones han llegado a complejizar mucho más la situación.

Esto se debe fundamentalmente a una raíz principal que ocasiona la complejidad problemática, el haber hecho complejo el delito al elevarlo a instancias más altas para lograr sanciones más desalentadoras, sin haber realizado un análisis jurídico-legal previo de la idoneidad de la complejidad realizada.

Hoy en día incluso existe la posibilidad, ante propuestas de políticos oponentes en las elecciones, que se pueda usar este mecanismo para poder sacar de carrera a la presidencia de la república y al congreso, a un oponente, con solo que un fiscal pida la prisión preventiva, y es posible, que si se sigue complejizando el problema, que en el futuro, un juez y un fiscal de solo investigación preparatoria pueda hacerlo, en base a que ellos, supuestamente, de acuerdo a la elaboración de la teoría del delito, muestren “indicios probatorios”, de que el postulante a uno de ambos casos, es un supuesto corrupto, sin interesar que en el futuro se demuestre lo contrario.

Esto nos indica claramente, que en la situación que se encuentra actualmente el uso de la medida de la prisión preventiva, no tiene un asidero jurídico-legal válido objetivamente, porque nadie se pone de acuerdo sobre si en realidad se está aplicando de forma adecuada.

Esto lo demuestra la apreciación realizada por Mendoza (2019), quien considera que la prisión preventiva en forma general, en el Perú, se viene utilizando como mecanismo de presión para lograr terminaciones anticipadas de los procesos, la confesión del imputado o su colaboración eficaz, es decir, para conseguir los fines que la fiscalía persigue y como medio de presión y amedrentamiento de los presuntamente culpables de un delito. Indica que esta misma orientación se está aplicando en la corrupción de funcionarios, teniendo a la prisión preventiva, como una amenaza latente sobre los acusados e implicados, para según la visión fiscal, propiciar que entre ellos se delaten, y aporten pruebas en el proceso, que ellos no son capaces de lograr a través del proceso de investigación, pues como se ha mencionado en los análisis específicos, los fiscales en el país, que se han adecuados al NCPP, no han tenido formación académica ni capacitaciones específicas en lo que es la investigación de un delito, por ley, se hizo el cambio de operador, de la PIP, que antes lo tenía como función específica y especializada, a los fiscales que nada de esa función específica sabían ni conocían.

El mismo autor sostiene que:

“La coyuntura actual ha puesto de manifiesto la perversión del fin de la prisión preventiva, la cual ha sido normalizada desde el inicio de la reforma. Si bien es cierto en algunos casos se logra justificar formalmente el fin de conjurar el peligro procesal, única finalidad habilitada constitucionalmente, lo cierto es que, materialmente, se termina persiguiendo un fin distinto. La prisión preventiva es utilizada con frecuencia para conseguir fines espurios contrarios a la Constitución, así se utiliza, por ejemplo, como mecanismo para quebrar la voluntad del imputado con el objeto de lograr una terminación anticipada, una colaboración eficaz, o una confesión, etc. En estos supuestos se usa la prisión preventiva como mecanismo compulsivo para obtener información de boca del propio imputado, para su condena. Qué duda cabe que esta práctica es expresión rozagante y victoriosa del oscuro paradigma inquisitivo autoritario subyacente en los reductos fiscales y judiciales, que tiene al imputado como objeto de investigación y fuente de información”.

Si el autor considera que se ha pervertido el uso de la prisión preventiva, se podría afirmar, siguiendo la línea de su apreciación, que esta ha perdido la orientación jurídico-legal para tomar orientaciones contrarias al Derecho, que como todos suponen, en el caso de los funcionarios públicos, es eminentemente política.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1 Discusión de resultados



La corrupción de funcionarios públicos, es un mal endémico en el país, no existe época de nuestra historia en la cual no haya estado presente, lo que la diferencia de la actualidad, es que por primera vez se tiene “pruebas concretas” de su existencia, debido al caso LAVAJATO, y no se pudo decir que gracias a la pertinencia y eficacia de los poderes fiscales y judiciales del país, sino gracias a poderes extranjeros que la pusieron en contexto y a partir de ello, se pudo conocer en forma concreta como se realiza, quienes la realizan y de qué manera lucran con ese delito.

El problema de la sanción del delito de corrupción de funcionarios, es que en la legalización de los delitos, se ha implementado también ese proceso, es decir de la corrupción de la ley, que se ha creado para “cubrir los delitos de corrupción de funcionarios”, o mejor dicho para blindarlos, no solo a los ojos de los legos, es decir de la población, sino de hacerlos imposibles de sancionar por los encargados de administrar justicia, puesto que ellos también están inmersos en el problema, y terminan siendo jueces y partes del delito por la estructuración de los poderes del Estado.

Es debido a las evidencias tan palpables de estos, que se pone al descubierto a través del caso LAVAJATO, que se intenta cambiar el rumbo de esa protección blindada que tenían en la legalización, para acallar los gritos destemplados de la población que por fin tenía pruebas de ellas, y que exigían la sanción de ellos.

Entonces fue cuando aparecieron los “expertos en leyes y aplicación de sanciones”, quienes trataron de terminar con el blindaje que existía para esos delitos dentro de las mismas leyes y los procesos judiciales, con el solo afán de acallar las voces, e implementaron mecanismos, más para satisfacer la indignación del pueblo, que para en realidad sancionar como se debe a los delincuentes del Estado.

En ese contexto nace la figura de la Prisión preventiva, que ya era utilizada en todos los delitos en el sistema inquisitivo de justicia que se tenían en el país, pero que solo se aplicaba para los delitos comunes, es decir para los delitos que cometían los que no eran funcionarios públicos, porque estos, se repite, tenían un manto de impunidad a través de la aplicación diferenciada de las orientaciones jurídicas- legales, porque se consideraba que esos delitos tienen orientación diferente, y no se afecta la propiedad privas, sino la propiedad pública, que al final y al cabo es de todos, y en donde nadie, en forma separada puede presentar una denuncia de bien sustraído. Eso solo lo podía hacer el mismo Estado, por medio de los llamados fiscalizadores de la función pública, que al final de cuentas, también, en la mayoría de los casos, forman parte del aparato corrupto del Estado, y en consecuencia no hacían nada más que cobrar altas sumas por una función que jamás realizaban, y que en muchas ocasiones, como ha quedado demostrado, la ejercían más bien para proteger la corrupción de quienes los contrataban para la función de la prevención de esos delitos.

Esta orientación del funcionario público a corromperse durante su función, en realidad tenía mínimas sanciones en algunos actores, lo suficiente como para acallar algunas voces solitarias que reclamaban justicia, pero es a partir de 1980, con el primer gobierno de Alan García, que las voces se fueron alzando en mayor cantidad, y ya era imposible para el aparato protector de este delito que se había levantado en la legislación peruana, seguir fomentando la impunidad, y cuando surgen los primeros cambios supuestos drásticos, por los actores de ese momento, para satisfacer las demandas ciudadanas, que se acrecientan con los sucesos corruptivos que quedan al descubierto del gobierno de Alberto Fujimori.

El cambio de orientación jurídico legal se inicia con el D. Leg.638 del 27 de Abril de 1991 y se concreta en el Decreto Legislativo N° 1307 publicado el 2016, en donde la figura de la detención preventiva comienza a ser la figura más saltante de la acción penal en el

delito de funcionarios, y se comienza a usar masivamente, generando el debate de si se aplica en forma correcta o indiscriminada.

De acuerdo a lo analizado, la situación en la actualidad se halla en una complejidad tal, que no existe un consenso claro, preciso y objetivo sobre su idoneidad y buen uso, o si se está aplicando con orientaciones que no corresponden a lo estrictamente legal.

A pesar de los intentos por unificar criterios de su aplicación, de eliminar orientaciones que no se hallen estrictamente en el derecho, no se llega a un consenso, y se sigue aplicando bajo la potestad de derecho de autonomía de los jueces de investigación preparatoria que es la que la dictan, y por lo visto, no se encuentra en la actualidad un camino o una respuesta correcta que responda a la interrogante, si se aplica en forma irrestricta, solo dentro de los parámetros legales, porque nadie puede asegurar que sea así, ya que la mayoría de los analistas considera, que es precisamente la medida de la prisión preventiva que ha politizado la justicia, y a la vez a servido para judicializar la política nacional.

En consecuencia, de acuerdo a la investigación realizada, se puede afirmar que ese es el estado de la cuestión en la cual se halla el uso de la prisión preventiva en la aplicación en el caso de la corrupción de funcionarios, y es necesario un debate más alturado, entre los diferentes actores que participan directa o indirectamente en ella, para delimitar en forma adecuada y correcta, dentro de los parámetros estrictamente jurídicos y legales, esta figura penal.

➤

4.2 Resultados de la investigación

- Los presupuestos de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018 se aplican de acuerdo a lo que la ley determina.
- Los fundamentos legales para solicitar la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018 se realizan de acuerdo a las exigencias que la ley determina.
- Los fundamentos legales que sustentan el dictamen de la prisión preventiva por parte del juez de investigación preparatoria en los delitos de corrupción de funcionarios

públicos en el Perú -2018, están en discusión, por lo complejo que se ha convertido esta medida cautelar y por la manera en que es aplicada por diferentes actores judiciales.

- La literatura revisada sobre el tema de investigación demuestra que existen fundadas sospechas de la existencia de una orientación política-jurídica en la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018
- No se ha podido determinar con precisión la existencia de vacíos legales de la medida coercitiva de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018, porque la complejidad que en la actualidad tiene la misma, no permite que sea enmarcada dentro de lo estrictamente jurídico-legal.
- La única manera perfeccionar la orientación jurídica-legal de aplicación de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú -2018, es realizar un cónclave con todos los actores judiciales que tienen participación en ella, desde la investigación preparatoria hasta la Corte Suprema de Justicia, para unificar criterios perfectamente definidos, y que todos la apliquen de esa manera, solo de esa forma se puede evitar su complejidad, la percepción que se ha convertido en una media jurídico política o que a través de ella, se cometen abusos y excesos por los operadores judiciales.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

- La medida coercitiva de prisión preventiva en el delito de corrupción de funcionarios públicos fue ideada par asegurar la celeridad del proceso y de evitar evadir las responsabilidades que el delito genera en caso el acusado sea culpable del delito que se le imputa, sin embargo su aplicación se ha visto desvirtuada debido a que no existen criterios unificados de aplicación, en los diferentes acores judiciales que intervienen en ella.
- Al tratar de convertir la medida en una herramienta de suma utilidad, para la comprobación de los delitos cometidos por funcionarios públicos, se la ha hecho tan compleja, que los operadores judiciales de investigación preliminar, el fiscal y el juez, no la usan estrictamente dentro de los parámetros jurídicos legales, y se dejan influenciar por orientaciones externas, que terminan por desvirtuar su aplicación.
- Se considera que esta medida en la actualidad se ha politizado, y que es utilizada por actores políticos, en complicidad con los fiscales y jueces de investigación preparatoria para eliminar rivales en el campo político bajo la orientación de para mis amigos todo, para mis enemigos la ley.
- Existe una aplicación muy diferenciada en los distintos juzgados de investigación preparatoria, de esta medida, por lo que es necesario la unificación de criterios, entre

todos los actores judiciales, desde la primera instancia hasta la Corte suprema de Justicia, para que de esta manera se oriente en lo estrictamente judicial y se libere de la concepción que son otras orientaciones bajo las cuales se aplica.

6.2 Recomendaciones

- La investigación ha demostrado, que en el campo judicial, cuando no existen criterios uniformes y objetivos en la aplicación de alguna medida, su aplicación se desvirtúa, y en algunas veces es contradictoria, en consecuencia se considera que es necesario y fundamental en la brevedad posible unificar criterios de aplicación, sino en el tiempo, en lugar de ser una medida efectiva de acción de la justicia, se puede acentuar la percepción que es una medida hecha y aplicada de acuerdo a interés ajenos al Derecho.
- La complejidad que se ha incluido y rodeado a la medida de la prisión preventiva, hace que esta sea demasiado larga y extensa, pudiendo llegar incluso hasta los 7 años, con el peligro de que al final del proceso, el supuesto culpable sea inocente de la acusación de corrupción, como en muchos casos a sucedido, eso solo se puede evitar, reduciendo su tiempo, acelerando los procesos de investigación previa del delito y determinado la culpabilidad o inocencia de los imputados, solo de esa manera se puede evitar colisionar con los derechos fundamentales de los encausados y con el aviso que en la actualidad se comete con su aplicación.
- No existe en la actualidad, ni un centro de estudios superiores, que realice una preparación exclusiva para ser fiscales de investigación preparatoria, esta función es asumida por profesionales del derecho, que incluso no han sido capacitados específicamente en procesos investigativos, sino solo en procesos acusatorios y de defensa, es necesario por lo tanto que se implemente dentro de los currículos profesionales una carrera profesional exclusiva para la formación de fiscales, cuyo eje de acción, se la investigación a lo largo de toda la preparación, solo de esa manera podremos tener fiscales, que no necesiten utilizar la medida en largos tiempos, y de esa manera se eliminará su perversidad que en la actualidad se evidencia.

REFERENCIAS

7.1 Fuentes documentales



Alcocer E. (2014). “Introducción al Derecho Penal”. Parte General. Lima. Perú. Instituto en Ciencia Procesal Penal. Pág. 19

Atienza, M. (2003). Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, , p. 166,

Bregaglio R. (2012). “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”. En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Buscaglia E. (1999), "Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences", Essays in Public Policy, Hoover Institution.

Carocca A. (1997). "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en Normas Legales N° 257. Trujillo - Perú:, pág. 97

CIDH (2016). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.

Convención Americana de Derechos Humanos; art. 7.5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). “Arguelles y otros c/ Argentina”

Corte Suprema (2010), en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116

Costa, Erickson (2009). “La finalidad de la detención preventiva en el marco de la vigencia de la presunción de inocencia del imputado en el Proceso Penal Peruano”. Unidad de Investigación de Derecho de la UNMSM. Lima-Perú.

CSCCh (2009), Causa N° 192/2009. Resolución N° 1202, Sala Segunda (Penal), 13 de enero de 2009.

Del Castillo A. (2001a). "El Soborno: Un Marco Conceptual para su Análisis", *Gestión y Política Pública*, vol. X, núm. 2, pp. 275-308.

Del Castillo A. (2001b), "Fundamentos de la Investigación Empírica Reciente sobre Corrupción", *Gestión y Política Pública*, vol. X, núm. 2, pp. 375-402

Del rio, Gonzalo: (2007). "Prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal". Informe Práctico Procesal Penal. Actualidad Jurídica. Lima-Perú.

Donadio L. (2008). "La influencia de la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos en la práctica judicial interna: El caso de la prisión preventiva". *Criterio Jurídico*.

Durán M. (2011). "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neoretribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual". Chile. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. pág. 3

Fernández E. (1993). "La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla". UNAM. México. Pág. 47.

González D. (2007). "Hechos y conceptos", en *Dialnet: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*.

Hormazabal H. (1996). "Revisión de los límites al jus puniendi a la luz de las modernas teorías criminológicas". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Volumen XVIII-número 59-Mayo Agosto 1996. Pág. 55

La República. 11 Nov 2017 | 14:58 h

Leaño, Martín: (2010). “Los fines patológicos de la prisión preventiva: evitar el peligro de reiteración delictiva y la defensa de la sociedad”. Alerta informativa. México.

Llobet J. (1997). “La prisión preventiva y sus sustitutos”; en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (de Costa Rica); San José de Costa Rica; 2ª ed.;; pág. 435

López, J. (1992). “La motivación de las sentencias”, en Cuadernos de Derecho Judicial. La sentencia penal. Madrid - España: Consejo General del Poder Judicial, , pág. 98.

Ortiz S. (1993). “Los Fines de la Pena”. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República México Pág. 99

PERÚ 21_22/04/2018

Redondo, M. (1996). “La noción de razón para la acción en el análisis jurídico”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 80

Rodríguez J. (2001). “La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. N° 19, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1ª edición, México D. F. Pág.18.

San Martín C. (s/f) Derecho procesal penal. Volumen I. Lima - Perú

Sentencia de la CIDH, (2004) caso: Tibi vs. Ecuador (párr. 49)

Sentencia 1091-2002-HC

STC 264/88

STC 376-2003-HC/TC, de 7 de abril. Caso Bozzo Rotondo

Tribunal Constitucional (2010). Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, FJ. 9, caso: Alexander Mosquera Izquierdo

Tribunal constitucional (2008). Exp. N° 4726-2008-PHC/TC, FJ. 12, caso: Robert Michael Haber.

Tribunal constitucional (2011). Exp. N° 02488-2011-PHC/TC, FJ. 7, caso: Jorge Hugo Jaén Valdera.

Tribunal Constitucional. (2005). STS N° 0019-2005-PI/TC

Tribunal Constitucional. (2006). STC N° 0014-2006-PI/TC

Tribunal Constitucional. (2002). STC 1091-2002-HC de 2 de agosto. Caso Vicente Ignacio Silva Checa.

Tribunal constitucional (2008). Exp. N° 00017-2008-15 (cons. 7), del 20 de junio del 2008.

Vela S. (1981). “Criminalia Desaparición de la prisión preventiva y de la libertad provisional”. Revista Criminalia año XLV111 Nos. 7-9 Julio Septiembre 1981, Pág. 6

Volumen 2: Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo código procesal penal

7.2 Fuentes bibliográficas

Bacigalupo E. (1996). “Manual de Derecho Penal”. Parte general, Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS S.A., Pág. 11

Beccaria, C. (1990), “De los delitos y las penas”. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1 Pág. 82

Bernales E. y Otarola A. (1998). “La Constitución de 1993. Análisis comparado”. Lima - Perú: Constitución y Sociedad, Cuarta edición, , págs. 641

Binder A. (1993). “Introducción al derecho procesal penal”. Buenos Aires - Argentina: Ad-hoc, , pág. 154.

- Binder, A. (2009). "Introducción al derecho procesal penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, , p. 133,
- Bovino, A. (2005). "Justicia penal y derechos humanos ", Editores del Puerto, Buenos Aires, , p. 98
- Cafferata J. (1988). "La excarcelación, I", De palma, Buenos Aires, p. 12
- Carranca y Trujillo, R. (1990). "Derecho Penal Parte general". Editorial Porrúa. México, Pág. 154
- Cincunegui, J. (1996), "La corrupción y los factores de poder", Buenos Aires: FUNDAPLAN
- Cortes V. (1997). "Derecho procesal penal". Madrid - España: COLEX, Segunda edición, , pág. 52
- Chamorro F. (1994). "La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución". Barcelona - España: Bosch, , págs. 5 y ss.
- Fernández M. (2005). "Prueba y presunción de inocencia", Iustel, Madrid, , p. 139,
- Fernández, R. (1993). "Los errores in cogitando en la jurisprudencia cordobesa", en AA.VV. La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil). Córdoba - Argentina: Alveroni, , pág. 117.
- Ferrajoli, L.(2005). Derecho y razón: teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, p. 557-559
- Ferrer J. (2007). "La valoración racional de la prueba", Edit. Marcial Pons, Madrid, p. 130
- Flores, P. (2002). "Diccionario jurídico fundamental", 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima-Perú

- García P. (2008). "Lecciones de Derecho Penal" – Parte General, Lima, Editora Grijley, Pág. 42.
- Ghirardi O. (1998). "La estructura lógica del razonamiento judicial", en Derecho y Sociedad N° 13. Lima - Perú:, pág. 231
- Gómez J. (1997). "El proceso penal español". Edit. Tirant lo blanch. Valencia.,Pág. 58 y ss.
- Hegel, G. (1820): Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (21), 1. Auflage, herausgegeben von Bernhard Lakebrink, Stuttgart, Reclam Verlag, 2009, § 1 y § 22 (adición), pp. 61-62, p. 98
- Heinrich H. (1981). "Tratado de derecho penal. Parte general". Traducción de Mir Puig, Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona 1981.Pág. 93
- Hurtado R. (2010), "Guía para la comprensión holística de la ciencia". Fundación Sypal. Tercera edición. Caracas-Venezuela. (p.325)
- Jiménez L. (1929). "Derecho Penal". Editorial Reus. Madrid. Pág. 473
- Jiménez M. (1997). "La corrupción en la democracia", en Laporta, F. J., y Álvarez, S. (eds.) La corrupción política, cit., pp. 39-71.
- Kant I. (1793). Metaphysik der Sitten Vigilantius en Kant's gesammelte Schriften (Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974), XXVII, 4
- Kees, J. (2006). "La peligrosidad en las medidas personales de coerción", en *Pensamiento Penal*
- Leaño, Martin: (2010). "Los fines patológicos de la prisión preventiva: evitar el peligro de reiteración delictiva y la defensa de la sociedad". Alerta informativa. México.
- Lesch, H. (1999). "La función de la pena". Editorial Dykinson Madrid. Págs. 8 y 9

- Londoño H. (1983). "De la Captura a la excarcelación". Editorial Temis Bogotá Colombia
Pág. 118
- Maier, J. (2004). "Derecho Procesal Penal: Fundamentos, 1", del Puerto, Buenos Aires, , p.
443-450
- Mixan F. (1996). "Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal". Trujillo -
Perú: BLG, , pág. 133
- Moreno V. , Cortes V. y Gimeno V. (1997). "Introducción al Derecho procesal". Madrid -
España: COLEX, Segunda edición, , pág. 261
- Novoa E. (1985). "El poder penal del Estado". Homenaje a Hilde Kaufmann Directores y
Compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos. Ediciones Depalma Buenos Aires 1985.
Pág. 192.
- Ore A. (1999). "Manual de Derecho Procesal Penal". Segunda Edición. Edit. Alternativas.
Lima,. Pág. 56,57
- Peña, A. (2007). "Exegesis del nuevo código procesal penal", Primera Edición, Editorial
RODHAS, Lima-Perú.
- Reynoso R. (1996). "Teoría general de las sanciones penales". Editorial Porrúa México. Pág.
109.
- Rodríguez L. (1998). "Crisis Penal y Sustitutivos penales". Editorial Porrúa. México 1998.
Pág. 24
- Roxin C. (2000). "Derecho procesal penal", Traducción de la 25ª edición alemana de
Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires-Argentina.

- San Martín C. (1999). "Derecho procesal penal". Volumen I. Lima - Perú: Grijley, págs. 64 y s
- Tamayo y Tamayo M. (2002), "El proceso de la investigación científica". Cuarta edición. Editorial Limunsa. México
- Vasquez M. (2006). "Detención y libertad en el proceso penal", Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 136, Lima – Perú.
- Vélez A. (1982). "Derecho procesal penal". Tomo I. Córdoba - Argentina: Marcos Lerner, Reimpresión de la Tercera edición, 1982, pág. 364
- Villarreal A. (1987). "La función de la pena". Revista Criminalia. Año. LUI Enero-Diciembre 1987. No. 1-12 Editorial Porrúa. Pág. 186
- Villavicencio F. (2014). "Derecho Penal-Parte General". Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 47.
- Villavicencio F. (2014). Derecho Penal-Parte General. Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L p. 55.
- Vitale, G. (2007). "Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie", Hammurabi, Buenos Aires, , p. 59
- Vives T. (1992). "La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal". Valencia - España: Tirant lo blanch, pág. 44.
- Von F. (s/f) "Tratado de Derecho Penal". Traducido por Luis Jiménez de Asúa. Instituto Editorial Reus S.A. Madrid Pág. 10
- Zaffaroni, E. (s/f). "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática-jurídico-penal". Lima - Perú: A.F.A., pág. 146



7.3 Fuentes hemerográficas

Ottaviano, S. (2005). "¿'Libertad provisional' o 'derecho a la libertad'? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos", en Revista de Derecho Procesal Penal: excarcelación, , 393-426, p. 412

Pessoa, N. (2005). "En torno a la libertad durante el proceso penal" , en Revista de Derecho Procesal Penal: excarcelación, , 57-68, p. 60.

7.4 Fuentes electrónicas

Arias F. (2006). "El proyecto de investigación". Sexta edición. Editorial Episteme.
<https://evidencia.com/wp-content/uploads/2014/12/EL-PROYECTO-DE-INVESTIGACION-6ta-Ed.-FIDIAS-G.-ARIAS.pdf>

Ávalos, R. (2012). "Tutela judicial de derechos. Luces y sombras en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116". Documento. Disponible en:
<http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=categoria&id=587>

Esparza A. (1990). "La Prisión preventiva. Algunos criterios de Política Criminal". Revista Vínculo Jurídico No. 4 Diciembre de 1990.
<http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webvrvj/rev4-8.htm>

Del Rio G. (2008). La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Consultado el [02.XI.2016] obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_04.pdf

ANEXOS



JUN. Nac. José Faustino Sánchez Carmona
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Abog. Wilmer Magno Jiménez Fernández

Wilmer Magno Jiménez Fernández
ASESOR

Silvio Miguel Rivera Jiménez
PRESIDENTE

Félix Antonio Domínguez Ruiz
SECRETARIO

Bartolome Eduardo Milan Matta
VOCAL

Haga clic aquí para escribir texto.
VOCAL

VOCAL