

**UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**TESIS**

**PRESUPUESTOS PARA LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE  
VIOLACIÓN SEXUAL EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUAURA. AÑO 2013**

**PRESENTADO POR BACHILLER:**

**JOSÉ SANTOS LITANO LEÓN**

**PARA OPTAR EL TITULO DE:**

**ABOGADO**

**ASESOR:**

**MG. FELIX ANTONIO DOMINGUEZ RUIZ**

**HUACHO - PERU**

**2015**

**ASESOR DE TESIS**

---

**MG. DOMINGUEZ RUIZ, FELIX ANTONIO**

**ASESOR DE TESIS**

## **MIEMBROS DEL JURADO**

---

ABOG. JOVIAN VALENTIN SANJINEZ SALAZAR

**PRESIDENTE**

---

ABOG. EDUARDO GENARO LOLOY ANAYA

**SECRETARIO**

---

ABOG. NICANOR DARIO ARANDA BAZALAR

**VOCAL**

## **DEDICATORIA:**

A Dios por iluminarme y estar siempre en mi vida guiándome por el buen camino, a mis padres José Santos Litano Chiroque y Clara Digna León Galán por el amor, orientación, y apoyo constante que siempre me han brindado, mereciendo todo mi reconocimiento por su sacrificio, a mis hermanos Carlos Lito Litano León, Jorge Enrique Litano León y Javier Alexis Litano León.

## **AGRADECIMIENTO:**

Agradecimiento a mis padres por su apoyo incondicional, y a mi asesor Félix Antonio Domínguez Ruiz, por la supervisión académica y el apoyo en la elaboración de esta Tesis.

## ÍNDICE

Portada	i
Asesor	ii
Miembros del jurado	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
INDICE	vi
RESUMEN	xv
ABSTRAC	xvii
INTRODUCCION	xix
<b>CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA</b>	<b>1</b>
1.1. Descripción de la realidad Problemática	1
1.2. Formulación del Problema	3
1.2.1. Problema General	3
1.2.2. Problemas Específicos	3
1.3. Objetivo de Investigación	3
1.3.1. Objetivo General	3
1.3.2. Objetivos Específicos	4
1.4. Justificación de la Investigación	4
<b>CAPITULO II: MARCO TEORICO</b>	<b>5</b>
2.1. Antecedentes de la Investigación	5
2.2. Bases Teóricas	9

2.2.1. La libertad como derecho constitucional	9
2.2.2. La Presunción de Inocencia	15
2.2.2.1. La presunción de inocencia como derecho fundamental	16
2.2.2.2. La presunción de inocencia como principio	22
2.2.2.3. Presunción de inocencia como garantía	23
2.2.2.4. ¿Es verdaderamente una presunción la inocencia?	26
2.3. El Ministerio Público	34
2.3.1. Reseña histórica del Ministerio Público	35
2.3.2. Marco constitucional y legal	36
2.3.3. En el Código Procesal Penal 2004	37
2.4. Medidas Coercitivas	40
2.4.1. Definición	40
2.4.2. Finalidad	41
2.4.3. Principios que sustentan las Medidas Coercitivas	42
2.4.4. Procedimiento para Imponer Medida Coercitiva	45
2.4.5. Requisitos de Resolución Judicial	46
2.4.6. Medidas Coercitivas Personales	47
2.5. La Prisión Preventiva	48
2.5.1. Antecedentes legislativos de la prisión preventiva	48
2.5.2. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal	49
2.5.3. Definición	49
2.5.4. La naturaleza y finalidad de la prisión preventiva	52
2.5.5. Perspectiva política y dogmática sobre la prisión preventiva	54

2.5.6. La constitucionalidad y convencionalidad de la orden judicial	59
2.5.7. El control judicial de los presupuestos formales y materiales	61
2.5.7.1. Control de los presupuestos formales	61
a. Legalidad	61
b. Competencia	62
c. Motivación	63
2.5.7.2. Control de los Presupuestos Materiales	65
2.5.7.2.1. Elementos de convicción	66
2.5.7.2.2. Sanción superior a cuatro años	69
2.5.7.2.3. Peligro de fuga	70
a. El arraigo	72
b. Gravedad de la pena	73
c. Daño resarcible y actitud	74
d. El comportamiento	74
2.5.7.2.4. Peligro de obstaculización	76
a. Respecto a los elementos de convicción	79
b. Respetos a las personas	79
c. Respecto a terceros	80
2.6. Los delitos de violación de la libertad sexual	80
2.6.1. Fundamentos del origen de la libertad sexual como bien jurídico	80
2.6.2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales	85
2.6.3. La libertad en el ámbito sexual: libertad sexual	89
2.6.4. La indemnidad sexual como bien jurídico	91

2.7. Definiciones conceptuales	94
2.8. Formulación de hipótesis	97
2.8.1. Hipótesis General	97
2.8.2. Hipótesis Específicas	97
<b>CAPITULO III: METODOLOGIA</b>	<b>98</b>
3.1. Diseño metodológico	98
3.1.1. Tipo	98
3.1.2. Enfoque	99
3.2. Población y muestra	99
3.2.1. Población	99
3.2.2. Muestra	99
3.3. Operacionalización de variables e indicadores	100
3.4. Técnica de recolección de datos	101
3.4.1. Técnicas a emplear	101
3.4.2. Descripción de los instrumentos	101
3.5. Técnicas para el procesamiento de la información	102
<b>CAPITULO IV: RESULTADOS</b>	<b>103</b>
4.1. Presentación de cuadro, gráficos e interpretación	104
<b>CAPITULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSION Y RECOMENDACIONES</b>	<b>115</b>
5.1. Discusión	115
5.2. Conclusiones	122

5.3. Recomendaciones	124
<b>CAPITULO VI: FUENTES DE INFORMACION</b>	<b>127</b>
6.1. Fuentes de Bibliográficas	127
6.2. Fuentes Hemerograficas	132
<b>ANEXOS</b>	<b>134</b>
01. Matriz de consistencia	135
02. Evidencias de trabajo	136

## **INDICE DE TABLAS Y FIGURAS**

### **TABLAS**

Tabla 01. ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva? 104

Tabla 02. ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?

- a) Robo Agravado.
- b) Violación Sexual.
- c) Tráfico ilícito de drogas. 105

Tabla 03. ¿Cuál de los delitos ofende más a la población?

- a) Robo Agravado
- b) Violación Sexual
- c) Micro comercialización de drogas 106

Tabla 04. ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva? 107

Tabla 05. ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? 108

Tabla 06. ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la

prisión preventiva del procesado?	109
Tabla 07. ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial?	110
Tabla 08. ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal?	111
Tabla 09. ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?	112
Tabla 10. ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública?	113
Tabla 11. ¿Considera usted que Una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales?	114

## FIGURAS

Tabla 01. ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva? 104

Tabla 02. ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?

- d) Robo Agravado.
- e) Violación Sexual.
- f) Tráfico ilícito de drogas. 105

Tabla 03. ¿Cuál de los delitos ofende más a la población?

- d) Robo Agravado
- e) Violación Sexual
- f) Micro comercialización de drogas 106

Tabla 04. ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva? 107

Tabla 05. ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? 108

Tabla 06. ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? 109

Tabla 07. ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial? 110

Tabla 08. ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal? 111

Tabla 09. ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado? 112

Tabla 10. ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública? 113

Tabla 11. ¿Considera usted que Una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales? 114

## RESUMEN

Abordamos el tema de la prisión preventiva que tiene gran controversia en la actualidad, como medida cautelar se aplica de forma excepcional o si por el contrario existe exceso en su aplicación. La libertad personal, luego del derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales inherentes a la personalidad humana, de cuyo goce depende el ejercicio de los otros derechos que contemplan la Constitución y las Leyes.

Considerado la importancia del principio constitucional de la presunción de inocencia, pues éste principio no está bien comprendido por los jueces de garantías penales, fiscales, policías, abogados en libre ejercicio y ciudadanía en general, porque no existe en nuestro país una cultura constitucional de respeto a la dignidad de las personas y a los derechos humanos, lo cual significa que no estamos todavía preparados para vivir en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; y, como consecuencia de ello se atropella el derecho a la libertad de personas inocentes, que a título de prisión preventiva han permanecido en Centros de Rehabilitación por varios meses y a veces por años, para luego obtener una sentencia que confirma la presunción de inocencia.

La prisión preventiva, es una medida cautelar personal extrema y de excepción de acuerdo a la Constitución, por lo que el fiscal al momento de solicitarla y el juez de garantías penales al dictarla está en la obligación de motivarla sobre la evidencia de los presupuestos.

En el estudio sobre el principio constitucional de presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para limitar el derecho a la libertad, al momento que el fiscal lo solicita y que el juez lo dicta, pues toda persona debe ser considerada y tratada como inocente, por esta razón este principio constitucional es la garantía más significativa y se halla en primer plano en nuestro ordenamiento jurídico, pues se deriva del principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo, de lo cual se deduce la figura de un derecho constitucional a permanecer en libertad mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada o firme.

## **ABSTRAC**

We addressed the issue of preventive detention that has much controversy today, as a precautionary measure applied exceptionally or if instead there is excess in its application. Personal freedom, then the right to life is one of the fundamental rights inherent in the human personality, whose enjoyment depends on the exercise of other rights that include the Constitution and laws.

Considering the importance of the constitutional principle of the presumption of innocence, as this principle is not well understood by judges in criminal guarantees, prosecutors, police, lawyers in free practice and the general public, because there is in our country a constitutional culture of respect the dignity and human rights, which means that we are not yet ready to live in a State Constitutional Rights and Justice; and as a result the right to freedom of innocent people, which by way of detention have remained in rehabilitation centers for months and sometimes for years, then get a judgment confirming the presumption of innocence was run over.

Preventive detention is a personal precautionary measure extreme and exceptional according to the Constitution, so that the tax at the time of request and the judge of criminal guarantees to issue it is obliged to motivate evidence on budgets.

The study on the constitutional presumption of innocence and the constitutional and legal requirements to limit the right to freedom, when requested by the prosecutor

and the judge dictates, since everyone should be considered and treated as innocent, for this reason this constitutional principle is the most important guarantee and is at the forefront of our legal system, as it derives from the principle that no one may be punished without trial, of which the figure of a constitutional right is deduced to stay released until there is a final or firm conviction.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, “Presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura año 2013”, parte de la preocupación referente a cómo en el Distrito Fiscal de Huaura se ha venido aplicando la prisión preventiva previa a la comprobación judicial de ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la culpabilidad. Medida que pone en evidencia un enfrentamiento entre dos intereses: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado responsable del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos. Los riesgos son claros en ambos sentidos: una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además de que sus relaciones familiares, sociales y laborales sufrirán inevitablemente un daño. Por otro lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad con intención de boicotearlo podría, con relativa facilidad, frustrar la obtención de justicia, sea mediante la fuga o la manipulación y/o obstaculización de la actividad probatoria.

En ese orden de ideas se ha estructurado y ordenado en seis (06) capítulos para efectos de entender y comprender la presente problemática; en ese sentido el **Capítulo I sobre Planteamiento del Problema**, la realidad problemática, formulación del problema, planteamiento de los objetivos y, formulación de la justificación de la presente investigación. En el **Capítulo II Marco Teórico**, se describe los antecedentes bibliográficos que guardan una relación con el tema planteado; también

se ha considerado el apartado de bases teóricas, que contienen un desarrollo dogmático y jurisprudencial que fundamentan la investigación; definición de términos básicos utilizados y, finalmente la formulación de nuestra hipótesis general y específica. En el **Capítulo III Metodológico**, se realizó la operacionalización de variables e indicadores y se presentó las técnicas e instrumentos de recolección de datos, con las técnicas empleadas para el procesamiento y análisis de la información. En el **Capítulo IV Resultados**, es la representación de cuadros, gráficos e interpretaciones, mientras que en el **Capítulo V Discusión, Conclusiones y Recomendaciones**, que contienen el análisis e interpretación de resultados de nuestra Hipótesis formulada, que nos permite llegar a conclusiones y recomendaciones, para detallar en último orden nuestras fuentes de información y anexos.

Finalmente se debe agradecer a las personas que han apoyado en la presente investigación, a través de sus sugerencias y observaciones. Se espera que este trabajo sea un aporte muy significativo para los estudiantes y profesionales del derecho en general.

## **CAPITULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1. Descripción de la realidad problemática**

La reforma procesal penal, común a muchos países de la región, tuvo su inicio en el Perú mediante la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 957, de julio de 2004, implementando el nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de Huaura en julio de 2006.

Teniendo el Ministerio Público la calidad de defensor de la legalidad, del debido proceso y de la sociedad; tiene la obligación de verificar en cada caso, como parte de sus funciones establecidas, si se hace necesaria o no, la medida de prisión preventiva. Los requerimientos de la prisión preventiva formulados por el Ministerio Público parecen sustentarse principalmente teniendo en cuenta el reproche social

que dichos delitos provocan, es decir teniendo en cuenta el tipo de delito denunciado y la prognosis de la pena probable a aplicar.

Los fiscales tienen que asumir diversas actividades y casos, lo que limitarían su capacidad de acción para recopilar, verificar y analizar toda la información que podría analizarse para solicitar la prisión preventiva, en una imputación tan grave como el delito de violación de la libertad sexual, con penas altísimas, hasta la cadena perpetua, lo cual conlleva no solamente a desnaturalizar la finalidad cautelar de la medida, sino a invertir el principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad.

Resulta de trascendental importancia verificar si las resoluciones judiciales que ordenan prisión preventiva en casos de delitos sexuales cumplen con los requisitos legales establecidos por el Código Procesal Penal, o son más bien, meras valoraciones subjetivas del juzgador basadas a su vez en las valoraciones en el mismo sentido por parte del Ministerio Público. De no ser así, se estaría, atentando el principio de inocencia y el derecho fundamental a la libertad de todo individuo. La defensa técnica, en un juicio penal, debe hacer valer la presunción de inocencia, insistir en el carácter subsidiario y excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, exigir la objetividad e imparcialidad de los jueces, pelear por un juicio justo, que se respeten las garantías del debido proceso. Así la defensa técnica debe actuar con capacidad, conocimiento y determinación para hacer valer los derechos y garantías reconocidos por la legislación. De tales exigencias no es ajena también la defensa pública.

En cuanto a los presupuestos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetiva de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal.

La regla general es la libertad, y la excepción la prisión preventiva del imputado sometido a proceso. El principio rector que orienta la reforma procesal penal es la primacía de las garantías constitucionales del ciudadano: Derecho a la presunción de inocencia, a la libertad, y derecho de defensa.

## **1.2. Formulación Del Problema.**

### **1.2.1. Problema General.**

¿Los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva en el requerimiento del Ministerio Público vulnera la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013?

### **1.2.2. Problemas Específicos.**

¿Cuáles de los presupuestos de la prisión preventiva son lo más vulnerados ante los requerimientos del Ministerio Público en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013?

## **1.3. Objetivos de la Investigación.**

### **1.3.1. Objetivo General.**

Identificar los factores que contribuyen a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva para evitar vulnerar la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.

### **1.3.2. Objetivos Específicos**

Destacar la importancia y trascendencia de motivar debidamente los presupuestos de la prisión preventiva en los requerimientos del Ministerio Público en los delitos violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.

### **1.4. Justificación de la Investigación.**

El principio rector que orienta la reforma procesal penal es la primacía de las garantías constitucionales del ciudadano como los derechos a la presunción de inocencia, a la libertad, y derecho de defensa de suma importancia en un Estado de Derecho como el nuestro. En el presente trabajo se tiene el firme propósito de demostrar que la regla general es la libertad, y la excepción la prisión preventiva del imputado sometido a proceso, conforme lo ratifica nuestra carta política, cuando afirma que, el fin supremo de la persona humana es su dignidad, por significar un estigma para las personas que pudieran resultar inocentes del delito que se les imputa. La prisión preventiva en los casos de delitos de violación sexual no pueden ser considerados como un requisito rígido e inflexible, sino que tiene que ser dictada con parámetros objetivos, porque la prisión preventiva sirve solo para fines cautelares.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **2.1 Antecedentes de la Investigación**

##### **NACIONALES:**

- Pérez Capcha, Ricardo A. (2009). El fiscal y el mecanismo de prisión preventiva para la inducción al proceso de terminación anticipada. Tesis para optar el título de abogado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

**Conclusiones:** Si el fiscal solicita la audiencia de prisión preventiva, debe motivar adecuadamente su resolución, con la plena convicción de que el imputado debe purgar cárcel efectiva ante una eventual sentencia condenatoria. La muestra

obtenida de nuestra población de estudio nos indica, que no se encuentra asegurado en el distrito judicial de Huaura el criterio procesalista de la prisión preventiva, por que las partes ven a la utilidad desde su óptica y no les interesa el proceso; respuesta que preocupa por que el valor justicia es el fin supremo del Derecho, y la equidad de la misma debe ser aplicada por los operadores de justicia, no se puede dejar de lado la función principal del Ministerio Público, quien nos representa (sociedad) sociedad en juicio...(sic)

- Méjico Leañó, Cesil M. y Muñoz Ayora, Yoncen R. (2014) La prisión preventiva y la seguridad de la sociedad en el distrito judicial de Huaura. Tesis para optar el título de abogado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

**Conclusiones:** Entre los elementos configurativos de las medidas cautelares, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, que permitan la reconducción de las medidas cautelares hacia la vigencia de los derechos fundamentales, se encuentran la Proporcionalidad, la Jurisdiccionalidad, la legalidad y el tratamiento adecuado a la persona con detención preventiva, con los cuales se garantiza la vigencia de las bases democráticas de un Estado Constitucional a partir de la consideración social, toda vez que la atribución de responsabilidad estará cifrada en atención a la “adecuada demostración de culpabilidad y sanción del responsable de un delito” y de la “comprobación de la irresponsabilidad y no sanción de un inocente lo que de antemano significará no efectuar un juicio de valor antes de la sentencia que corresponda, según la vigencia limitada del ejercicio del iuspuniendi estatal, y por la

cual la libertad es regla y excepción la privación. Con respecto a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas procesadas, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias que asumen correctivos respecto a instituciones del proceso penal. El tema no es del todo pacífico, pero nos ayuda a delimitar los márgenes por los que debe discurrir el iuspuniendi estatal. Por ejemplo, a través de los procesos constitucionales, se ha precisado con acierto que: La tutela constitucional no solamente comprende a la detención, sino también a otras medidas menos afflictivas como por ejemplo la comparecencia, el impedimento de salida del país, cuando éstas se dictan sin cumplir los presupuestos legales necesarios. Ante lo cual criticamos la validez doctrinaria del sector procesalista que otorga validez a la actuación preventiva del estado por intermedio de medidas cautelares personales, al no ser aquellas su naturaleza jurídica, pues esta busca asegurar tutelarmente los objetivos del proceso penal y la vigencia, al mismo tiempo, de los derechos humanos de los procesados, mas no prevenir acciones, con mandatos de prevención general, lo que la convierte en una pre sanción o sanción provisional.

#### **EXTRANJEROS:**

Briceño Rodríguez, Ana G. (2009) Prisión preventiva: ¿excepción o regla en delitos sexuales? estudio de las resoluciones que ordenan dicha medida cautelar en casos de delitos sexuales, en el juzgado penal de pavas, 2002-2005, tesis para optar por el grado licenciatura en derecho, Universidad De Costa Rica.

**Conclusiones:** El modelo procesal penal costarricense, al ser un modelo de corte marcadamente acusatorio, tiende a ponderar el mayor equilibrio posible entre las garantías del imputado y la eficacia de la persecución pena. Una privación de libertad excepcional tiene por objeto no sólo asegurar la comparecencia del acusado en el juicio, sino que además debería establecerse, por una parte, como un límite al poder punitivo del Estado y, por otra, como un sistema capaz de regular la aplicación de la sanción penal, ello a través de un sistema de valoración libre de la prueba con un reconocimiento irrestricto a la dignidad de la persona humana. La simple sospecha en cuanto a la probabilidad de comisión de un ilícito no puede ser el único requisito para el dictado de la prisión preventiva; si fuese de esa manera, la prisión preventiva no cumpliría ninguna función procesal y, por consiguiente, se quebrantaría la presunción de inocencia, puesto que con base en dicha regulación, la sospecha de culpabilidad se convierte en fundamento de la prisión preventiva y no en un límite a una prisión preventiva que cumple funciones de aseguramiento procesal. El Ministerio Público de Pavas en los años del 2002 al 2005, solicitó de manera indiscriminada la imposición prisión preventiva en los casos delitos sexuales, de manera que de las 60 solicitudes revisadas, se solicitó prisión preventiva en lugar de otras medidas. En la mayoría de los casos estudiados esa solicitud carecía de todo fundamento. En la mayor parte de las resoluciones que imponían tanto prisión preventiva como otras medidas alternas no se realizó un análisis profundo y apegado a la ley en cuanto a la existencia del indicio comprobado o de los peligros necesarios establecidos en la legislación procesal costarricense lo cual es violatorio al principio de inocencia, fundamental en un Estado de Derecho.

- Quezada Piedra, Daniel P. y Quezada Piedra, Oswaldo M. (2011) "La prisión preventiva y sus efectos jurídicos en la sociedad ecuatoriana en los años 2008-2009.", Tesis para la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República. Universidad técnica de Machala Ecuador, Facultad de Ciencias Sociales.

**Conclusiones:** Los principios, especialmente el principio o estado de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad e inmediatez, que son eminentemente constitucionales, y a la luz de los tratados internacionales, deben ser observados y aplicados, en todos los aspectos de la prisión preventiva.

El principio de inocencia, como el derecho a un juicio previo, son límites normativos preestablecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que garantizan el estado de libertad del imputado durante el proceso penal.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. La Libertad como Derecho Constitucional**

El significado de libertad obedece a una doble dimensión, en tal sentido, puede ser entendida como un valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado, pero, de otro lado, la libertad también es un derecho subjetivo cuya titularidad ostentan todas las personas sin distinción (STC 01317-2008-HC, FJ 12).

"(...). Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias (STC 0019-2005-PI, FJ 11).

Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

A su vez, la Constitución Política se refiere en forma expresa a la libertad y seguridades personales como derechos fundamentales, que por noción de la libertad está referida a la libertad de movimiento de una persona, en tanto que el de la seguridad se refiere a que la libertad tiene que estar protegida por la ley. Cuando se invoca el Estado de derecho surge la idea del principio de legalidad, por ser un medio racional para lograr la seguridad personal y evita que el sistema punitivo se desborde, creando normas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de la persona en la sociedad. El Estado debe

indicar por medio de la ley, las circunstancias objetivas que estima indispensables y legítimas para privar al individuo de su libertad, lo que significa que para decretar la prisión preventiva judicial en contra de un procesado (a quien se le imputa la comisión de un delito) debe primar el principio constitucional, penal y procesal de legalidad.

Un tema de suma importancia que se tratara en la presente investigación es respecto a la Prisión Preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. Las resoluciones que la impongan deben, por tanto, respetar los requisitos esenciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan.

Probablemente, el requisito más desarrollado por el TC ha sido el de proporcionalidad: Este principio exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria en la medida en que solo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso, pero igualmente eficaz; y, finalmente, proporcional en sentido estricto, lo que supone apreciar de manera ponderada, en el caso concreto, la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican (Borowski, 2003, pp.130-131).

La necesidad de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un

instrumento que «convive» con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal.

El TC señala respecto a la prisión preventiva como último recurso lo siguiente: Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (STC 1091-2002 de 2 de agosto).

En este razonamiento subyace, nuevamente, el mismo error que suscitó la crítica de Llobet Rodríguez. Si existe consenso en que la libertad personal puede restringirse con el propósito de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal y

que en este caso la medida no afecta la presunción de inocencia, entonces es necesario un segundo nivel de análisis para establecer cuál es la medida necesaria, en el caso concreto, para neutralizar el peligro procesal que se presenta. Aquí opera el principio de proporcionalidad y la necesaria aplicación excepcional y subsidiaria de la privación cautelar de libertad.

La aplicación de una medida cautelar personal afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando persigue fines espurios, ajenos a su carácter procesal, instrumental y cautelar (alarma social). Sin embargo, puede suceder que la prisión preventiva persiga un fin legítimo (evitar el peligro de fuga) pero su aplicación sea desproporcionada, porque, por ejemplo, la función que persigue puede lograrse mediante una medida menos grave (comparecencia restringida).

Esto supone a su vez que las medidas distintas a la prisión preventiva también deben perseguir fines compatibles con la presunción de inocencia (evitar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad), pues en un Estado de derecho, a pesar de que nos encontremos frente a medidas menos intensas, no se justifica ninguna restricción de derechos fundamentales de orden penal, sin una sentencia firme previa y debidamente motivada que acredite la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida.

Si se admite que la prisión preventiva solo respeta la presunción de inocencia cuando se utiliza de manera excepcional y subsidiaria, no podríamos sostener lo

mismo respecto de las demás medidas cautelares personales que constituyen también una limitación de derechos fundamentales y que sin embargo son prioritarias frente a la prisión preventiva. La presunción de inocencia no es más o menos afectada según la intensidad de la medida que se elija, cuando el ordenamiento jurídico regula distintas medidas cautelares que implican una limitación de la libertad personal, y todas ellas respetan la presunción de inocencia (en razón a los fines que persiguen). En consecuencia, la intensidad de la intervención del derecho fundamental debe revisarse, en realidad, en el ámbito del principio de proporcionalidad. Será desproporcionada la medida que persiga fines que también pueden ser satisfechos a través de una medida menos intensa pero igualmente eficaz. Así mismo, lo serán aquellas medidas aplicadas sin una motivación suficiente.

Por tal motivo, los derechos fundamentales que prevé la Constitución deben ponderarse necesariamente con el interés del Estado en la averiguación de la verdad en un proceso penal. Es decir, se debe considerar que el Estado, tiene por un lado, el deber primordial de garantizar la plena e irrestricta vigencia de los derechos fundamentales y de otro proteger a la población de las amenazas contra su libertad.

En esa misma idea el Tribunal Constitucional ha señalado: En el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cuidados por el Estado; esto es, a) la garantía aun proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se le imputa un delito, y b) la garantía a la protección de derechos

fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente a otro, siendo la regla general la libertad (STC 0731-2004 de 6 de junio).

Todo lo anterior significa que la injerencia en algunos derechos (por ejemplo la libertad personal) sólo estará permitida en tanto esté autorizada expresamente por la ley constitucional. En nuestro caso, el artículo 2° inciso 24° literal b) de la Constitución señala “que no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos permitidos por ley (...)” Como se podrá advertir, la Constitución delega al legislador establecer cuáles son los casos en que se debe restringir la libertad, así como establecer los requisitos que se deben cumplir y prefigurar en el procedimiento que se debe seguir, ahora, el legislador en este momento, respetando el contenido esencial del derecho a la libertad, tiene la discrecionalidad de configurar dentro de lo “constitucionalmente posible” el contenido legal del derecho a la libertad.

### **2.2.2. La Presunción de Inocencia**

Desde tiempos antiguos el principio de presunción de inocencia fue defendido por varios procesalistas como es el caso de Ulpiano que en su Corpus Juris Civiles precisa que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable y no condenar a un inocente.

Luego Voltaire y Francesco Carrara consideran que es necesario tomar el principio de presunción de inocencia como una garantía esencial del proceso penal.

A nivel internacional está reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Declaración de Derechos Humanos y otros.

#### **2.2.2.1. La Presunción de Inocencia como Derecho Fundamental**

La expresión “derechos fundamentales” tiene su origen en Francia, aproximadamente en el año de 1770 y, es consecuencia, del movimiento político cultural que conllevó a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Después aparecerá en Alemania, especialmente en la Constitución de Weimar de 1919, posteriormente mucho más desarrollado aparece en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en el año 1949; por lo que debemos manifestar que el uso y entendimiento de “derechos fundamentales” es un fenómeno jurídico reciente.

En ese sentido, para Obando Blanco (2001): “Los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinarios mediante un tratamiento normativo y procesal privilegiado. Son derechos privilegiados y vienen determinados positivamente, esto es, concretados y protegidos especialmente por normas de mayor rango (...)” (p.36).

Por su parte, Pérez Luño (1990) expresa que: “En el horizonte del constitucionalismo actual, se destaca la doble función de los derechos fundamentales: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una

dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados (...)”(p.36

Describiendo mejor esta idea agrega que en su dimensión subjetiva “los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social” (Pérez, 1990, p.22).

Asimismo, precisa que desde su significación axiológica objetiva “los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes (...) responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.

En esa línea argumentativa, el Tribunal Constitucional -con respecto a los derechos fundamentales-, ha señalado que “son bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica (...)”.

Precisando mejor la definición, el mismo Tribunal Constitucional ha agregado

que: “Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, pues que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1 del referido texto que concibe a la persona humana como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica” (STC Exp. N° 0050-2004-AI, f. j. 72).

En consecuencia, refiriéndose a los componentes de los derechos fundamentales, el mismo Tribunal ha precisado que el concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.

Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juricidad básica”.

Por otro lado, si bien existe consenso sobre la trascendencia y primacía de los

derechos fundamentales; sin embargo, existe discusión sobre su carácter absoluto o de favor libertatis, esto es, el principio de que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Refiriéndose precisamente a esta postura, Obando Blanco (2001), ha señalado que “actualmente se acepta que en su mayoría los derechos fundamentales no gozan de carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites ‘razonables’ que deben ser adecuadamente justificados” (p.40).

Atendiendo a su primacía y a su carácter especial, los derechos fundamentales en nuestro país se encuentran prescritos en el artículo 2 de la Constitución política del Estado (derecho a la vida, a la libertad de conciencia, de información, de expresión, al honor, al trabajo, a la presunción de inocencia, etc.). Como se podrá advertir, esta es una enumeración enunciativa; sin embargo, el artículo 3 de la Carta Magna, deja abierto el reconocimiento de otros derechos fundamentales de la persona; tal como ha pasado con el Tribunal Constitucional, quien ha reconocido otros derechos, desarrollando precisamente el apertus de la norma constitucional; sin embargo, al pronunciarse sobre este artículo el Tribunal Constitucional ha considerado que la aplicación del mismo debe quedar reservada “solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera una protección al más alto nivel” (STC EXP. N° 895-2001-AA/TC).

En ese sentido, el Tribunal ha optado por el reconocimiento de nuevos

derechos a través de la interpretación del contenido de derechos fundamentales que se encuentran reconocidos expresamente en la Constitución, sin utilizar la cláusula abierta de derechos. Al respecto, ha señalado que “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre”. En palabras del propio Tribunal: “es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente”.

Entendemos que con esto se busca evitar un uso frecuente del artículo 3 de la Constitución, pues ello puede viciar el propósito para el que fue creado. A modo de ejemplo, el Tribunal ha señalado que el plazo razonable de duración de un proceso es un contenido implícito del derecho al debido proceso.

Por otro lado, resta dilucidar un último problema consistente en saber si la mal llamada presunción de inocencia es o no un derecho y, en caso afirmativo, si es o no un derecho fundamental o constitucional. Alexander Gallaher (1996), apoyándose en Camelutti, afirma que “la presunción de inocencia no es un derecho subjetivo, como tampoco lo son el principio de culpabilidad y los principios del debido proceso, que constituyen principios generales del derecho, que una vez positivados pasan a formar parte del derecho objetivo”(p.51).

En ese sentido, Ferrajoli y otros tienen una opinión al respecto diversa. Un mismo derecho puede entenderse como norma objetiva del ordenamiento y como derecho subjetivo. Así, en la Roma antigua, ajena al voluntarismo jurídico moderno, “el derecho era un arte, consistente en el justo reparto de los bienes y cargas exteriores entre los miembros de una comunidad, concepción que desconocía totalmente la existencia de derechos subjetivos”, sin embargo, se respetaba igualmente la propiedad privada y a través de ella el derecho de propiedad y otros derechos, que hoy reciben protección jurídica en cuanto derechos públicos subjetivos.

En otras palabras, el carácter de derecho subjetivo u objetivo no depende necesariamente de la naturaleza de la materia disciplinada, sino más bien de la manera en que dicha materia es abordada por el derecho. En un sentido parecido, la Corte Constitucional alemana, en la sentencia del caso “Luth”, del 15 de enero de 1998, afirma que los derechos reconocidos en la Ley Fundamental expresan también un orden objetivo de valores que se imponen, como decisión fundamental, a todas las ramas del Derecho, así por ejemplo el derecho subjetivo de libertad de prensa implica la garantía objetiva del mantenimiento de una prensa libre.

De tal modo, la llamada presunción de inocencia puede entenderse como una norma o principio objetivo dirigido a encaminar la conducta de los poderes públicos o garantía que hace posible el imperio de otros derechos, y también en cuanto derecho subjetivo conferido al individuo, quien puede recurrir a la tutela jurisdiccional, incluso

internacional, en caso de que no se respete.

En todo caso, debe quedar expresamente señalado que la presunción de inocencia goza de prescripción constitucional, situación que le da legítimamente el carácter de derecho fundamental. En ese marco de los derechos fundamentales, se encuentra la presunción de inocencia.

#### **2.2.2.2. La Presunción de Inocencia como Principio**

Toda norma de derecho fundamental tiene dos formas de manifestarse: como regla o como principio. Ahora, es necesario precisar el significado y alcances del segundo.

Para Peña Freyre (1997), el principio "es una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir, como un mandato de optimización que puede ser cumplido en grado dependiendo de las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que se aplica (...) no marcan una conducta concreta a realizar -o no-, sino que proporcionan pautas o criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas" (p.17).

La presunción de inocencia es un principio, pero no se queda solo en dicho marco, sino por el contrario, en nuestra realidad ha adquirido más elementos y connotación; pues al mismo tiempo es derecho y garantía fundamental. Como

principio impone ciertas pautas ineludibles al juez penal, las mismas que deben ser observadas de manera escrupulosa.

En este sentido, el principio de la presunción de inocencia es derrotero a seguir en todo el curso del proceso penal. De allí que se le reconozca al sindicado como límite formal al ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado, es en este punto donde se puede evidenciar la relación estrecha entre la presunción de inocencia y un Estado de corte garantista.

Al respecto, expresa Mercedes Fernández (2005) que: “En este mismo sentido, apunta Pauiesu al señalar que no existe otro principio que exprese mejor que la presunción de inocencia, el nivel de garantismo presente en un sistema penal” (p.121). De esta manera se interpreta que la presunción de inocencia como principio, le otorga al procesado una protección especial -inmunidad- frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del ius puniendi, al tiempo que debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales, en aras de un proceso realmente garantista.

### **2.2.2.3. La Presunción de Inocencia como Garantía**

“Las garantías son mecanismos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal” (Binder, 1993, p. 54). Para Osvaldo Gozaíni (1999), las garantías son también “derechos fundamentales que quedan insertos en los llamados “principios de reserva”, por los cuales los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (p.59).

La presunción de inocencia, al ser considerada como garantía, impide al juez penal actuar arbitrariamente cuando cualquier ciudadano se encuentra procesado. Es precisamente, cuando se inicia el proceso penal, cuando aparece la presunción de inocencia como garantía. Por lo que al considerar a la presunción de inocencia como garantía, se asegura el respeto y cumplimiento de los derechos, evitando que aparezcan como una declaración abstracta que no tiene posibilidades reales de consagración efectiva.

Pero la consideración de la presunción de inocencia como garantía, no ha estado exenta de discrepancia doctrinal, sino, por el contrario, han existido y existen voces disímiles, que pretenden negar dicha condición a la inocencia. Así, por ejemplo, Manzini (1995), negando el estatus de garantía señalaba que: "Una garantía no puede ponerse en el mismo plano que la función que protege. Es condición, no causa, de la actividad de que se trata" (pp.252-253).

La garantía es "ser tratado como inocente", lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural aquel que indica que "nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley

procesal vigente. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que todo imputado debe ser considerado como inocente (para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario”.

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado como un sujeto de una relación jurídico procesal, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se le nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.

Si la sentencia es el único mecanismo por el cual el Estado puede declarar la culpabilidad de una persona, mientras esta no se pronuncie en sentido afirmativo, la persona tiene jurídicamente el estado de inocencia. El principio político de que antes de la sentencia una persona sea considerada inocente, no supone que la sentencia constituya la culpabilidad, pues es solo su declaración. En lo fáctico, la persona es culpable o inocente, según su participación en un acto considerado contrario al ordenamiento jurídico penal, pero la sentencia lo declara culpable o no por el hecho.

Finalmente, Luigi Lucchini (1995), señala que la presunción de inocencia es un “corolario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele

decirse, esto es, hasta prueba en contrario” (p.15).

#### **2.2.2.4. ¿Es Verdaderamente una Presunción la Inocencia?**

Al respecto, el penalista Filho Magalhaes (1995), nos advierte que lo más importante de la presunción de inocencia es, en realidad, su valor ideológico como presunción política tendiente a garantizar la posición de libertad del imputado frente al interés estatal en la represión penal. El autor señala que no solo es incorrecto referirse al principio como “presunción”, sino que, además, el tratamiento de presunción podría encubrir el valor político del principio. Lo importante es reconocer que la denominada presunción de inocencia constituye un principio informador de todo el procedimiento penal que, como tal, debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal y de modelo de tratamiento del sospechoso, inculpado o acusado, que antes de la condena no puede sufrir ninguna equiparación con el culpable (p.42).

Según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos. Ello significa que el imputado en un caso penal, a pesar de ser sometido a persecución, merece un tratamiento distinto al de las personas efectivamente condenadas.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente; es decir, que no haya participado, de hecho, en la comisión de una conducta punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige que sea considerada inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, en realidad, culpable o inocente respecto del hecho que se le atribuye (Llobet, 1997, p.151). Como sintetizara magistralmente Francisco D'Albora (2002): "Para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador"(p.25).

Explicando dicha dificultad conceptual, Vázquez Sotelo (1992), ha señalado que: "No ha dejado de suscitar dificultades de construcción dogmática la presunción de inocencia. Se ha generalizado y consagrado la expresión 'presunción de inocencia' y, pese a ello, hay que decir que no se trata de una 'presunción' porque ni por su estructura ni por su función se corresponde con las presunciones jurídicas (...)" (p.119).

Es tal la confusión que no existe claridad en la diferenciación conceptual de indicio, presunción y sospecha. Pretendiendo aclarar esta confusión, Díaz de León (2002), ha precisado: "podemos decir que toda prueba indirecta sea presunción o indicio, presenta la forma lógica del raciocinio; pero mientras el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo

desconocido, a la luz del principio de causalidad" (p.10).

Por otro lado, el mismo Vázquez Sotelo (1992), ha señalado que el término "presunción", utilizado no en sentido vulgar sino en su genuino sentido técnico jurídico, es la inducción de la existencia o realidad de un "hecho desconocido" partiendo de la existencia de un "hecho conocido". Sintetizando, las ideas para definir mejor a la presunción judicial en general, ha señalado que "la doctrina está de acuerdo en que la estructura de la presunción exige tres elementos que la componen:

a) En primer lugar, el hecho base, del cual se parte y al cual se van anudar las consecuencias correspondientes, hecho que a veces se denomina "indicio" o "hecho indiciante".

b) En segundo lugar, el hecho consecuencia, como derivado del anterior.

c) En tercer lugar, el enlace lógico o causal entre tales hechos, de modo que el segundo deba derivar del primero, en virtud de una ley lógica o física, o de una regla o máxima de experiencia".

Agrega además, el mismo autor que "en la 'presunción de inocencia' no se dan ni la estructura ni el mecanismo que definen a la auténtica presunción. Por ello, el derecho constitucional a la inocencia, aunque se le configura legal y jurisprudencialmente como una presunción, en realidad no responde a dicha naturaleza. Solo en un sentido espúreo o vulgar puede decirse que la presunción de inocencia sea una presunción. En realidad se trata de una simple verdad interina o

provisional" (pp.119-121).

Ampliando más sus razones, el ilustre procesalista español asevera que: "La denominada 'presunción constitucional de inocencia', construida políticamente como un 'derecho cívico fundamental', constitucionalmente amparado, dogmáticamente no puede ser encajada en la categoría de las 'presunciones', ni judiciales ni legales. No puede incluirse entre las primeras porque viene establecida por el legislador, y no puede incluirse entre las presunciones de la ley porque falta el mecanismo y procedimiento lógico propio de la presunción" (p.273).

Resulta interesante notar que la llamada presunción de inocencia no es verdaderamente una presunción y no protege la inocencia, toda vez que su estructura no corresponde a la de un silogismo ni tiene el carácter complementario de toda presunción.

En efecto, el tratamiento de una persona como inocente, simplemente sospechosa o, al menos, no culpable, mientras lo contrario no sea establecido por una sentencia de término, y el hecho de soportar la acusación la carga de probar la culpabilidad del sujeto, quien no debe ser jamás obligado a probar su inocencia, no requiere en modo alguno el empleo del razonamiento silogístico propio de una presunción. No existe un indicio que deba ser previamente acreditado, a partir del cual se obtenga como consecuencia la inocencia del imputado, por el contrario, generalmente los indicios indican la posibilidad de que la persona sometida a

investigación sea culpable, pues, de lo contrario, la persona no sería sospechosa y no se la investigaría.

Aquí precisamente surge la discusión, con respecto al carácter *iuris tantum* de la llamada presunción de inocencia, toda vez que si fuera realmente una presunción *iuris tantum* no se podría decretar medidas cautelares dirigidas a afectar los derechos de la persona imputada (principalmente el derecho a la libertad); a menos que se comprobara fehacientemente su culpabilidad, lo que resulta a todas luces absurdo.

Por otra parte, la presunción de inocencia carece del carácter complementario de toda presunción, cuya conclusión o hecho presumido constituye el supuesto de hecho de una norma sustantiva. La inocencia, supuestamente presumida, no es el supuesto de hecho de normas jurídicas sustantivas, por lo que no puede calificarse de presunción.

La mal llamada presunción de inocencia, más que una verdadera presunción, viene a ser el equivalente de la carga de la prueba en materia penal. El problema en materia penal, como observa Gallaher Hucke (1996), es que no existe una verdadera carga de la prueba a repartir entre las partes. En materia criminal, señala, solo existe una pretensión punitiva o *ius puniendi*, sin que pueda hablarse realmente de excepciones, lo que determina la inexistencia de partes en el proceso, debiendo hablarse propiamente de intervinientes. Al concurrir solo una pretensión, la de

sancionar los delitos, el Ministerio Público o el juez, según corresponda, serán los únicos obligados a probar, beneficiando la duda siempre y en todo caso al acusado (in dubio pro reo) (p.29).

En este sentido, la acusación no solo deberá probar la concurrencia de los elementos del delito y la participación de agente, sino también desvirtuar fehacientemente las circunstancias eximentes o modificatorias de responsabilidad penal que alegue el acusado. Aun si se acreditan los elementos del delito y la participación, pero subsiste la duda acerca de la posibilidad de una causal de justificación, excusa legal absolutoria u otra circunstancia semejante, debe absolverse pues, como ya se dijo, la duda beneficia siempre al acusado y grava a la acusación.

Inmiscuyéndose en la discusión doctrinal de si es o no “presunción” la inocencia, Gozáini (1999), ha señalado que: “De todas maneras suele utilizarse la expresión “presunción de inocencia” en los tratados internacionales y en algunos códigos, quizás más por tradición que por una exacta precisión lingüística. Preferimos hablar de “estado de inocencia” porque parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se la tiene anticipadamente por culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento, que es un juicio de probabilidad incriminante), aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción” (p. 227).

En resumen, el principio de inocencia o derecho de inocencia y no presunción de inocencia es un derecho fundamental y reaccional que tiene una doble consecuencia: no requiere un comportamiento activo por parte de su titular, lo que implica que la parte acusadora tiene la carga de probar, y es una verdad interina de inculpabilidad, entendida no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico penal, sino como sinónimo de no intervención o participación en el hecho.

Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico penal.

La presunción de inocencia es concebida como regla de juicio y constituye a la vez regla de tratamiento.

La presunción de inocencia opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad, pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla

de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que esta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.

Por ello, Alberto Binder (1993), prefiere denominar la expresión “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”; entonces, ello en concreto significa:

- a) Que solo la sentencia tiene esa virtualidad.
- b) Que al momento de la sentencia solo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad.
- c) Que la “culpabilidad” debe ser jurídicamente construida.
- d) Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
- e) Que el imputado no tiene que construir su inocencia.
- f) Que el imputado no puede ser tratado como un culpable.
- g) Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de culpabilidad que no necesitan ser probadas.

Como se puede apreciar, el insigne penalista argentino es mucho más sistemático al explicar su idea sobre la presunción de inocencia, es más, señala sus alcances y presupuestos configurativos.

Actualmente el principio de presunción de inocencia se encuentra regulado en los tratados internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14° inciso 2°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8° inc. 2°), Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11) y a nivel interno en nuestra norma fundamental (CPP de 1993, Art. 2, inc. 14 apartado e) y desarrollada más explícitamente en el título preliminar del código procesal penal (Código Procesal Penal, Art. 11 del T.P.). Esta garantía fundamental consagra que ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede considerarse culpable ni sometido a pena mientras no se haya demostrado lo contrario mediante prueba suficiente actuada en un juicio previo y regular; en palabras de Ferrajoli (1995), "la culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa y no de la inocencia, que se presume desde el principio la que forma el objeto del juicio" (p.539)

### **2.3. El Ministerio Público**

El Ministerio Público surge como instrumento para la persecución del delito ante los tribunales, en calidad de agente del interés social. De ahí que se le denomine "representante social". Las sociedades aspiran a una adecuada impartición de justicia a través de instituciones especiales dedicadas a la solución de conflictos. En el caso de conductas delictuosas, se busca que la persecución del responsable esté a cargo de personas ajenas a la infracción, es decir, de especialistas que actúen en representación de todos aquellos que en forma directa o indirecta resultan

lesionados. A tal efecto se instituye el Ministerio Público, conquista del Derecho moderno. Al asumir el Estado la acción penal, establece los órganos facultados para ejercerla.

### **2.3.1. Reseña histórica del Ministerio Público**

Como antecesor más remoto, pero sin tener el carácter institucional que sólo se adquiere en la época republicana, el funcionario defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias. Esta función se fortalece al instalarse, en mayo de 1542, la Real Audiencia y Cancillería de Indias y, luego, la del Cuzco.

Desde el Reglamento Provisional de San Martín de 1821 hasta la Constitución de 1933, el Ministerio Público ha formado parte del Poder Judicial, habiendo adoptado recién la denominación de Ministerio Fiscal con la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 1510, de 28 de julio de 1912, y fue el Decreto Ley N° 14605 de 25 de julio de 1963 que deroga la anterior y lo llama ya Ministerio Público.

Fue la Constitución de 1979 quien le da el carácter de autónomo y jerárquicamente organizado al Ministerio Público, desprendiéndolo del Poder Judicial.

Es interesante saber que la reinstauración del Ministerio Público, que había existido en todos los niveles de la Administración de Justicia hasta 1975, originó un agudo debate en la época de la Asamblea Constituyente, y en el que se expresaron

diversos organismos, inclusive la Corte Suprema de Justicia, la que pidió que no fuera restablecido (Rubio-Bernales, Constitución y sociedad política, (p. 431).

La Constitución de 1993 reafirma la autonomía del Ministerio Público, otorgándole, entre otros, la función de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia.

### **2.3.2. Marco Constitucional y Legal**

La Constitución Política de 1993, en su capítulo X, artículo 158 al 160, regula el carácter constitucional del Ministerio Público. Su Ley Orgánica, Decreto Legislativo 052 contiene las disposiciones relacionadas en su estructura y funcionamiento, así el art. 36 establece cuales son los órganos: El Fiscal de la Nación, los Fiscales Supremos, Los Fiscales Superiores, Los Fiscales Provinciales. También lo son: Los Fiscales Adjuntos, Las Juntas de Fiscales. Establece que el Ministerio Público, es un organismo autónomo, presidido por el Fiscal de la Nación, que es elegido por la Junta de Fiscales Supremos por tres años prorrogables vía reelección sólo por otros dos. Respecto a las jerarquías de sus órganos, contiene igual disposición que la anterior. Sus funciones están señaladas en el artículo 159 y encontramos dos modificaciones importantes: que está a cargo de un organismo autónomo, del mismo nombre y respecto a su función persecutoria, amplía sus facultades, al establecer que le corresponde “conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”.

### **2.3.3. En el Código Procesal Penal del 2004**

Sin perjuicio de que en cada etapa procesal del proceso común se mencione las diversas funciones que este nuevo instrumento procesal diseña y establece al representante del Ministerio Público, en lo que respecta al rubro de sujetos procesales establece que como titular del ejercicio de la acción penal, actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial, donde al tener una noticia criminal conduce desde su inicio la investigación del delito. Y con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. Pero además, el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio, y adecúa sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley.

Se le recuerda que tiene a su cargo la Investigación Preparatoria, donde practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación (de cargo), sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (de descargo), y si lo cree necesario solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo. En este encargo, intervendrá permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece y está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando este incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53°.

No obstante ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el superior jerárquico de un Fiscal, de oficio o a instancia del afectado, podrá reemplazarlo cuando: a) no cumple adecuadamente con sus funciones o, b) incurre en irregularidades. También podrán hacerlo, previa las indagaciones que considere conveniente, cuando esté incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces. Para ello el Juez está obligado a admitir la intervención del nuevo Fiscal designado por el superior, de modo que no podrá negarse frente a esa decisión superior.

También es necesario recalcar que el ámbito de la actividad del Ministerio Público, en lo no previsto por este Código, será el señalado por su Ley Orgánica. Sin embargo, corresponde al Fiscal de la Nación, de conformidad con la Ley, establecer la distribución de funciones de los miembros del Ministerio Público. Esto se viene cumpliendo paulatinamente a través de la emisión de una serie de resoluciones y directivas, ello con la finalidad de asumir los nuevos retos planteados con ocasión de la asunción de este nuevo modelo. Y en procura de ello el Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores. Procederá oralmente en la audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos.

Es función también del Ministerio Público, en la investigación del delito, obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos

delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. De manera que cuando el Fiscal, tenga noticia del delito, realizará si correspondiere las primeras Diligencias Preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional. Y cuando el Fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal.

De allí que corresponde al Fiscal diseñar la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. Garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

Una de las funciones controversiales y polémicas en la actualidad por lo menos donde se viene aplicando el Código es cuando el denunciante, denunciado, testigo o perito no ha concurrido a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público puede disponer su conducción compulsiva por la Policía Nacional. Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.

## **2.4. Medidas Coercitivas**

### **2.4.1. Definición**

Las medidas coercitivas son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo.

Rosas Yataco, menciona: Que el código procesal penal los llama medidas de coerción procesal, e indica que los derechos fundamentales reconocidos por la constitución y los tratados relativos al tema ratificados por el Perú solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella (2013).

El proceso cautelar es el instrumento que utiliza la jurisdicción, o el remedio previsto por el derecho sustancial, destinado a conjurar ese riesgo, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado, adecuada y suficiente para lograr tal efecto (Neyra, 2010). Estas medidas recaen directamente sobre derechos de relevancia constitucional, ya sean de carácter personal o patrimonial de las personas, por ello es fundamental la observancia de determinados presupuestos para su aplicación.

No es posible juzgamiento ni condena en ausencia del imputado según prevé el inciso 12 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

#### **2.4.2. Finalidad.**

Las medidas de coerción se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso, para evitar tales conductas, el ordenamiento jurídico ha previsto en forma taxativa la imposición de las medidas coercitivas al procesado considerado aún inocente, caso contrario, la justicia penal muy poco podría realizar en beneficio de su finalidad cual es redefinir los conflictos penales en procura de la paz social.

En tal sentido, en el artículo 202 del Código Procesal Penal de 2004, el legislador en forma contundente ha previsto que se podrá restringir un derecho fundamental siempre y cuando resulte indispensable para lograr los fines de esclarecimiento de los hechos.

Siempre la restricción tendrá lugar en el marco de un proceso penal cuando así ley penal lo permita y se realice con todas las garantías necesarias (1, 253 CPP). Sin embargo, como las medidas coercitivas constituyen una restricción a derechos fundamentales del imputado como la libertad por ejemplo, estas sólo serán solicitadas por el sujeto legitimado para tal efecto: el Fiscal. Ante tal requerimiento, el Juez de la investigación preparatoria sólo lo dispondrá cuando concurren los presupuestos previstos en el inciso 3 del artículo 253 del CPP:

1. Fuere indispensable.
2. En la medida y tiempo necesario para evitar:
  - a) Riesgo de fuga.
  - b) Ocultamiento de bienes.
  - c) Impedir la obstaculización de la investigación.
  - d) Evitar el peligro de reiteración delictiva.

#### **2.4.3. Principios que sustentan las Medidas Coercitivas.**

Teniendo como fundamento la restricción de derechos fundamentales del imputado, las medidas coercitivas se sustentan, basan o fundamentan en los siguientes principios:

a) **Legalidad:** Para solicitarse y en su caso dictarse, una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta necesario e indispensable que aquella éste prevista y regulada por la ley procesal penal.

b) **Proporcionalidad:** Para imponerse una medida coercitiva es necesario considerar que en el caso concreto, aquella constituye el último, necesario y último recurso o alternativa para alcanzar los fines del proceso (253 CPP).

c. **Adecuación:** La medida es la más apta para alcanzar el fin legítimo del proceso.

d. Subsidiariedad: Último recurso.

e. Necesidad: Aparte de útil para alcanzar los fines del proceso penal, estos no pueden alcanzarse por otro medio. Se trata de un principio estrechamente vinculado al concepto de justicia y articulado como un criterio ponderativo, que se identifica con lo razonable. La proporcionalidad debe verse como un punto de apoyo a partir del cual se puede establecer en qué casos dos o más principios o derechos fundamentales que entran en colisión o conflicto debe imponerse una sobre el otro temporalmente o cuál de estos principios debe de reducir el campo de aplicación del otro, a la luz de la importancia del principio o derecho determinante. (Cáceres Julca, 2005).

f. Motivación: Significa que la imposición de las medidas coercitivas por parte del Juez requiere de modo ineludible resolución judicial especialmente motivada (254 CPP). Este principio tiene origen constitucional toda vez que en el numeral 5 del Art. 139 de la vigente Constitución Política del Estado, se prevé que toda resolución judicial debe ser motivada con mención expresa de la ley aplicable al caso y de los fundamentos tácticos en que se sustenta. Asimismo, este principio exige que la petición por parte del Fiscal sea motivada de modo suficiente según prevé el inciso 2 del artículo 203 del Código Proceso Penal.

g. Instrumentalidad: Las medidas coercitivas no tienen una finalidad independiente en sí mismas; por el contrario constituyen formas, medios o

instrumentos que se utilizan para garantizar la presencia del imputado en el proceso y con ello finalmente se logre el éxito de proceso.

h. Urgencia: Las medidas coercitivas sólo podrán ser impuestas cuando de los hechos y las circunstancias en que ocurrieron se pueda evidenciar la concurrencia de un verdadero peligro de ineficacia del proceso penal por la demora (evidencia de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria).

i. Jurisdiccionalidad: Las medidas coercitivas sólo pueden ser impuestas, modificadas, ampliadas, suspendidas, acumuladas, por la autoridad jurisdiccional competente, en este caso, por el Juez de la investigación preparatoria. Sólo como excepciones a este principio aparecen la detención policial o el arresto ciudadano, cuando en ambos casos, medie la especial situación de flagrancia delictiva.

j. Provisionalidad: Las medidas coercitivas reguladas en el NCPP, tienen un tiempo límite o máximo de duración. Su duración no es ilimitada ni mucho menos dura lo que dure el proceso. Incluso, antes que finalice el tiempo límite previsto por ley, pueden variar debido que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales. Aquí se materializa la regla del rebus sic stantibus que no es otra cosa que las medidas coercitivas son reformables, aun de oficio si favorece al imputado, cuando varían los presupuestos en que fueron aceptadas o rechazadas. De ahí que algunos tratadistas las denominen medidas procesales provisionales.

k. Rogación: Las medidas coercitivas de carácter personal, sólo pueden imponerse por la autoridad jurisdiccional a solicitud de sujeto legitimado, esto es el Fiscal. Si se trata de medidas coercitivas de carácter real se imponen por requerimiento del Fiscal y excepcionalmente, también a solicitud del actor civil en caso que se solicite embargo o ministración de posesión (255 CPP).

#### **2.4.4. Procedimiento para Imponer Medida Coercitiva**

El artículo 203 en los incisos 2 y 4 del CPP (2004) establece el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una medida coercitiva. En primer término se exige que haya requerimiento motivado y sustentado, adjuntando de ser posible los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes, del sujeto legitimado, esto es, generalmente del Fiscal.

Ante el requerimiento sustentado, el juez decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. No obstante, si no existiera riesgo de perder la finalidad de la medida, el Juez ante el requerimiento del Fiscal deberá:

a. Poner en conocimiento de los sujetos procesales del requerimiento fiscal, en especial al afectado.

b. Disponer la realización de una audiencia, en la cual se presentan las partes alegando sus peticiones, antecedentes y argumentos, luego de la cual el Juez debe resolver el asunto discutido (Art. 8 CPP).

c. Y luego, el Juez emitirá la resolución motivada inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días después de efectuada la audiencia en la cual escuchó los fundamentos y razones del que solicita y luego las de aquel que se opone (4,8 CPP).

Por ejemplo, en el caso que el afectado se encuentra con orden judicial preliminar, para determinar si se impone o no la medida coercitiva de prisión preventiva siempre será necesaria la realización de una audiencia, pues el riesgo de perder la finalidad de tal medida no existe.

#### **2.4.5. Requisitos de Resolución Judicial**

El artículo 254 del CPP prevé que las medidas coercitivas que el Juez imponga exigen resolución motivada. Esta resolución debe contener:

a. Descripción breve del hecho con indicación de la norma trasgredida. El Juez sólo se limitará a reproducir los hechos en que se sustenta la petición del sujeto legitimado con indicación de la norma vulnerada.

b. Exposición de la finalidad que se persigue y los elementos de convicción que justifican la medida, ello con la finalidad de evitar la imposición de medidas coercitivas injustificadas y precipitadas.

c. Y fijación del término de duración de la medida coercitiva. Aquí es

importante señalar que en el caso de la prisión preventiva no necesariamente se exige que el Juez indique el término de duración, pues uno nunca puede saber cuándo pueden variar los presupuestos materiales que la originaran. En estos casos, el legislador en el artículo 272 del CPP ha previsto en forma taxativa el tiempo de duración máxima.

Se entiende que si el auto o resolución no reúne tales requisitos formales, el Fiscal interpondrá el correspondiente recurso impugnatorio fundamentado.

#### **2.4.6. Medidas Coercitivas Personales**

Son limitaciones de derechos fundamentales por lo general del procesado. Se manifiesta en restricciones necesarias de mayor o menor envergadura más o menos aflictivas. Las medidas coercitivas personales son las siguientes:

Detención preliminar.

Prisión preventiva.

Incomunicación.

Comparecencia simple o restrictiva.

Detención domiciliaria.

Internación preventiva.

Impedimento de salida.

La prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal

cuya finalidad es garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.

## **2.5. La Prisión Preventiva**

### **2.5.1. Antecedentes legislativos de la prisión preventiva**

Esta institución tiene su antecedente en el artículo 79° del Código de Procedimientos Penales de 1940, donde se hacía mención al mandato de detención y comparecencia, este fue modificada por la ley 24388, en la que indicaba expresamente los delitos en que se podía aplicar el mandato de detención; pero no alcanzó una definición respecto a la existencia de suficiencia probatoria. Posteriormente este artículo fue derogado tácitamente por el artículo 2 del Decreto Legislativo 638 del 27 de abril de 1991 que daba lugar a la entrada en vigencia del artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991.

En el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, su último párrafo fue modificado por la ley 27753 del 9 de junio de 2002, siguiendo la fuente germana, reconoce dos presupuestos materiales: a) la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión del delito que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo; b) motivos de prisión preventiva, traducidos en dos exigencias concurrentes:

b.1) que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de privación de

libertad; y, b.2) que existan indicios que el imputado intentará eludir la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria.

La necesidad de la concurrencia de estos presupuestos ha sido afirmada reiteradamente por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional (San Martín, 1991, p. 1128-1130).

El 09 de mayo de 2006 que modificó el inc. 2 del Art 135 del Código Procesal de 1991; en el que para ordenar una detención preventiva la pena probable debe superar a un año de pena privativa de libertad y ya no cuatro años; o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.(Peña, 2007, p. 680).

Con el Decreto Legislativo N° 957, entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal el 29 de julio de 2004, indicando en su segundo párrafo que la pena a imponerse sea superior a 4 años, como en el tercer párrafo que deba existir peligro de fuga o peligro de obstaculización.

## **2.5.2. La Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal**

### **2.5.3. Definición**

La Prisión Preventiva es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide un juez de investigación preparatoria, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que

el procesado esté sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.

“La medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza es la EI NCPP, establece en virtud de la cual de restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal; agrega, que este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé” (Cubas Villanueva, 2005, p.5).

Binder (1993), al respecto, nos dice que: No sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos (además de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él): los llamados “requisitos procesales”. Agrega, que estos requisitos se fundan en el hecho de ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena (p. 198).

La Comisión Interamericana entiende por «prisión o detención preventiva»: todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una auto-ridad judicial y previa a una sentencia firme. Además el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos precisó (i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar

la detención preventiva de una persona; (iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (viii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible [sic].

Ascencio Mellado, quien ha investigado sobre la regulación de la prisión preventiva en el Perú la define:

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de naturaleza personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el

proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad.

Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado [...] En definitiva la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción de la presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huyan de fórmulas automáticas o de reglas tasadas [sic] (p.2).

En un estudio elaborado en el Perú por el instituto de Defensa Legal (2013) señalan que «la prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena. (p.11).

#### **2.5.4. La Naturaleza y Finalidad de la Prisión Preventiva**

La prisión preventiva es provisional, al tener el ciudadano el derecho a considerarse inocente mientras no exista una resolución judicial que disponga lo

contrario. Sí diferencia de la prisión definitiva porque esta última, es el efecto procesal del pronunciamiento final de un proceso penal, es decir, es la consecuencia de una sentencia condenatoria. Entonces, al ser la medida judicial de carácter provisional, el régimen penitenciario en su vida interna en la cárcel es diferente a la de un ciudadano condenado ya que no se le puede conjuntar con los ciudadanos ya sentenciados, varios de ellos reincidentes y habituales; y si esto sucede en la vida real es un problema de política penitenciaria. Esta es una de las razones, a nuestra consideración, por la que sigue creciendo el índice criminal en el Perú pues ciudadanos primerizos en el crimen, que están provisionalmente en cárcel, al egresar registran un mayor aprendizaje delictivo, adquirido en la escuela del crimen, la cárcel, evidentemente.

Ascencio Mellado escribe «si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden de los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el Estado de derecho» (p.185).

Según el Código Procesal Penal de 2004 los fines son: (i) asegurar la presencia física del imputado en el proceso penal; (ii) que no eluda la acción de la justicia, que no se oculte frente a las órdenes judiciales que lo convocan para la actividad investigativa o probatoria dentro del proceso; (iii) que no obstruya la actividad probatoria, ya sea intimidando o violentando físicamente a los órganos y

fuentes de prueba adversos para variar su declaración o destruyendo las fuentes de conocimiento o alterándolas de su veracidad.

Respecto a los fines, el profesor Ore Guardia señala que estos no pueden ser otros que los previstos para las medidas de coerción procesal en general: para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (art. 253°.3 del NCPP). (p.5).

La Corte Interamericana ha precisado que «las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva».

### **2.5.5 Perspectiva Política y Dogmática sobre la Prisión Preventiva**

Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que en el futuro la prisión preventiva podría ser remplazada por «controles electrónicos de conducta,» lo que resulta ser «más barato y puede que en un momento circulemos todos con un chip en la calle». Agrega que es un problema para las garantías fundamentales de los procesados que se va plantear en las próximas dos décadas.

Alberto Binder (2002), escribe que: Toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva «buena» siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y

debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso [...] si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional', si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales es decir si hay una mínima sospecha racionalmente fundada, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena (p.203).

Luigi Ferrajoli (2005) sostiene lo siguiente: La perversión más grave del instituto [...] ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, [...] equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, a la signar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal', o 'cautelar, y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima pena sin juicio [...]» (p. 553) Así mismo, se proclama que «no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales(...) (p.555).

Por su parte Roxin (2003), afirmaba que la situación jurídica actual de la ejecución de la prisión preventiva es incierta y poco satisfactoria, y que por ello era necesaria, urgentemente, una Ley federal aclaratoria que ofrezca seguridad jurídica suficiente. Simultáneamente, se debería tomar las precauciones necesarias contra la praxis de ejecución, muy extendida hoy en día, que acaba en el encapsulamiento del detenido en el espacio más insuficiente del establecimiento respectivo y, con ello, se convierte a la prisión preventiva en un mal mayor que la pena privativa de libertad; no es preciso destacar, en especial, que una regulación con estas características no resulta compatible, en modo alguno, con la presunción de inocencia (p.271).

Hassemer (1995), sostuvo que la prisión preventiva es privación de la libertad frente a un inocente. Entre juristas penales no deberían existir dudas acerca de que ni siquiera la sospecha más vehemente podría estar en condiciones de restringir el principio de inocencia. Antes de la condena con autoridad de cosa juzgada, la presunción de inocencia rige siempre, o no rige. Esto lo exige no solo la garantía de existencia de este principio, del cual nada quedaría si al suficientemente sospechado se lo considerara como «quizá inocente», y al fuertemente sospechado como «más bien culpable». Esto es exigido por el respeto frente al procedimiento principal y frente a sus conclusiones con fuerza de cosa juzgada: quien no defiende la presunción de inocencia, aun en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria. El jurista penal, en lo que

se refiere a la culpabilidad del imputado, sólo confía en la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Se permite confiar en la fuerza de la existencia de esta sentencia aun cuando sean absolutamente posibles las dudas acerca de su corrección [sic]. (p.117).

El profesor peruano Ore Guardia (2011), cuando se refiere a la presunción de inocencia sostiene:

En la doctrina, la problemática que, particularmente ha suscitado la prisión preventiva radica en lo contradictorio que resulta predicar, por un lado, siguiendo las implicancias del principio de presunción de inocencia, que el justiciable no puede ser tratado ni considerado como culpable, mientras que, por otro lado, bajo la lógica de la prisión preventiva, se afirma que el justiciable pueda ser privado de su libertad cuando concurren ciertos presupuestos que validan la imposición de dicha medida cautelar (fumus delicti comisi, gravedad del delito y peligrosidad procesal).(p.128).

Esta situación contradictoria entre dos institutos procesales-prisión preventiva y presunción de inocencia- tienen que ver con la libertad del ciudadano. Se aprecia en el Perú, que al legislador no le interesa, o no se percata, de la grave colisión que se genera con las Leyes cuando incorporan variables como la gravedad del delito, peligrosidad procesal o el de la reiterancia delictiva. Coincidimos con la doctrina cuando afirma que el derecho procesal no tiene nada que ver con la política criminal; si el legislador peruano desea que se reduzcan los índices de la actividad

delincuencial en el país, debe ordenar que se elabore un programa político criminal a partir de información y mapas delincuenciales que tiene la Fiscalía y la Policía Nacional. Sin embargo, insertar variables como las indicadas anteriormente significa, conforme a la semiótica del discurso, que el intérprete le asigne el significado correspondiente pero si (el intérprete) no los distingue apropiadamente en su aplicación sistemática tendremos muchos casos de solicitudes de prisión preventiva resueltas en abstracto, más por la gravedad del delito y por la pena mínima del delito imputado ya que muchos de ellos tienen un rango alto como *mínimum legal*. Esto genera que el juez olvide que en el requerimiento de prisión preventiva debe existir, en suficiencia, un alto grado de probabilidad concreta, como lo sostiene el señor juez supremo César San Martín (2003), El peligro procesal no solo debe ser guiado por la gravedad del delito, la reiterancia delictiva o la falta de arraigo laboral, ya que estas son vallas muy altas que la defensa del imputado no podrá superar (p.1123).

Finalmente, el jurista alemán Roxin (2004), que la detención preventiva debería ser restringida, y narra que la República Federal Alemana pertenece a países europeos, en cuya mayoría existe la de-tención preventiva. Esta situación no es solamente crítica debido a que la limitación de la libertad contiene ya de por sí una peculiar injerencia decisiva en los derechos del ciudadano, sino también debido a que el detenido difícilmente tiene posibilidades de defenderse efectivamente contra la inculpación, pues él pierde la oportunidad de dejar sin efecto la incriminación a través de la búsqueda de testigos de descargos y las indagaciones propias (p.145).

### **2.5.6. La Constitucionalidad y Convencionalidad de la Orden Judicial de Prisión Preventiva**

La Constitución del Perú en su art. 2° numeral 24 letra f prescribe que «nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia [...]» la que es coherente con el art. 1° que señala «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; y con el art. 2° numeral 24, cuando establece que la libertad es un derecho fundamental del ciudadano peruano. Por lo que interpretándose a la luz del control de constitucionalidad se entiende que está proscrita toda clase de detención ya sea ilegal o arbitraria contra sus ciudadanos. Entonces si alguna autoridad judicial la restringe a solicitud del fiscal deberá justificarla apropiadamente observando los presupuestos legales y los límites materiales para su imposición.

La libertad y seguridad personal son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución peruana, además en el art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que, interpretándose conforme a la 4 disposición final y transitoria de la Constitución), estas normas y tratados internacionales integran el control de convencionalidad que todo ciudadano y funcionario peruano deberá siempre observar y respetar.

Cualquier restricción de libertad que no contenga una motivación suficiente

que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas, será arbitraria y violará el artículo 7°.3 de la Convención. La Corte Interamericana agregó: que la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados en palabras, y no en meras conjeturas o intuiciones abstractas, por lo que el Estado no puede detener para luego investigar. Al respecto, la Corte recordó que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en los indicados fines procesales (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento).

Nosotros estimamos que si la Corte Interamericana en sus diversas sentencias exige como control de convencionalidad que los hechos atribuidos al ciudadano sean concretos y específicos entonces todos los requerimientos de prisión preventiva que efectúe un fiscal deben de tener obligatoriamente ese enfoque y no sea sólo resultado de un mero juicio hipotético o una sospecha o un prejuicio o sea la actuación de la presión mediática de los medios de comunicación, etc. Lo concreto es que hoy en pleno siglo XXI se exige mayor cuidado en las funciones de los operadores del proceso (fiscales y jueces) y respeto pleno a los derechos fundamentales de las personas a quienes se les atribuye inicialmente la comisión de un delito.

El juez y fiscal no deben invertir la presunción de inocencia por la de culpabilidad. A un ciudadano nunca se le debe privar de la libertad para recién dar inicio a la investigación; es una arbitrariedad y actuar en contra de lo que enarbola el

Sistema Acusatorio. Lo correcto es que primero se debe realizar las investigaciones para recabar el suficiente material probatorio que sostenga la privación de la libertad para después requerir la detención judicial preliminar en caso no lo fuera en el supuesto de flagrancia delictiva.

## **2.5.7. El Control Judicial de los Presupuestos Formales y Materiales**

### **2.5.7.1 Control de los Presupuestos Formales**

Estos presupuestos son considerados al momento de la adopción de la prisión preventiva, es decir, que son formales en el sentido que obedecen a elementos que deben darse en el procedimiento de su adopción. Dichos presupuestos a diferencia de los elementos constitutivos en sí de la prisión preventiva que son los presupuestos materiales que determinan a la prisión preventiva, son el conjunto de formalidades a que debe someterse el procedimiento y la adopción de la decisión.

#### **a. Legalidad**

Lo establecido normativamente en el artículo 253 del NCPP es de observancia obligatoria, para el establecimiento de la prisión preventiva, ya que únicamente dentro del marco del proceso penal, y si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella, podrá restringirse los derechos fundamentales, por lo tanto solo podrá adoptarse tomando en cuenta normas y bajo el procedimiento establecido en el NCPP.

Siendo esto así, la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, “tanto para la determinación como para su imposición”; esta imposición, como evento procedimental, es a lo que hacemos referencia en esta parte, pues la legalidad es un concepto amplio. El contenido del artículo 253 del NCPP dispone, tal como lo sostiene Asencio Mellado (2005), la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las garantías previstas en la norma (p.495).

#### **b. Competencia**

El artículo 255 del NCPP, afirma Asencio Mellado (2005), establece que cualquier medida cautelar penal de carácter personal exige la previa petición del fiscal, así también establece, que tanto el fiscal como al propio imputado les corresponden la competencia para solicitar la reforma, revocación o sustitución de dichas resoluciones cautelares (pp.503-504).

Este presupuesto no puede entenderse cumplido ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier orden judicial, sino tan solo cuando la adopta el órgano jurisdiccional penal competente (Gimeno, 1997, p. 142).

Por tanto, este presupuesto indica que el mandato judicial por el cual se restringe la libertad personal, solo puede ser dictado por autoridad judicial

competente, es decir, aquel juez predeterminado por la ley; siendo este el juez de investigación preparatoria según lo establecen los artículos 254 y 271 del NCPP. Asimismo, el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 268 del NCPP, establecen que nunca el fiscal o la Policía podrán acordar una medida que afecta la libertad del imputado, esto quiere decir que no cabe delegación alguna de esta facultad.

### **c. Motivación**

Se encuentra el fundamento de este presupuesto, básicamente, y tal como lo manifiesta Asencio Mellado (1987), en: "la necesidad que el razonamiento del órgano jurisdiccional en el cual se ha asentado la adopción de la medida de privación de libertad, esté contenido en un instrumento útil para, en su virtud, ejercer en su momento, si procede, un efectivo derecho de defensa" (p.388).

La base normativa la encontramos en el artículo 254 del NCPP que a la razón establece que la resolución judicial debe estar especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado; el contenido de esta resolución motivada ha de contener los determinados elementos, establecidos en el artículo 254 inciso 2, que son sancionados ante su inobservancia con la nulidad, así estos elementos son:

- a) Descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales transgredidas.
- b) Exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican la medida dispuesta, con cita de la norma procesal

aplicable.

c) La fijación del término de duración de la medida.

Lo que se busca es tutelar al derecho fundamental restringido de las posibles arbitrariedades que se pueden cometer en el decurso de la adopción de dicha medida, asimismo, la motivación es un elemento que permite el control del ejercicio jurisdiccional y con ello lograr la legitimidad de las instituciones en la administración de justicia.

d. Audiencia.

El NCPP en el artículo 271 inciso 1 establece la adopción de la audiencia como método de toma de decisiones. La finalidad de esta audiencia es determinar los elementos que se han de valorar para la adopción de la prisión preventiva, ya que el sistema acusatorio presente en el NCPP establece como rasgos característicos a la inmediación, oralidad, publicidad y lo contradictorio; dichas características nos permitirán determinar y valorar adecuadamente los elementos a que hacemos referencia, entre otros aspectos dicha audiencia sirve para el control del ejercicio jurisdiccional tanto por las partes y público asistente. El artículo en mención señala: "El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio".

### **2.5.7.2 Control de los Presupuestos Materiales**

Constituyen las condiciones que por mandato de la ley deben presentarse y coincidir concurrentemente, para que el Ministerio Público, a través de sus representantes, pueda solicitar la prisión preventiva del imputado y el juez de la investigación preparatoria, pueda dictar el mandato de prisión preventiva.

Si bien la norma hace referencia a lo que denomina como: “los primeros recaudos”, como si se implicara que tal medida siempre se tendría que tomar tempranamente, apenas aparecieran o se lograran recolectar, inicialmente, algunos elementos de convicción; ello no es más que una expresión. En realidad, la posibilidad de que ello surja solo de los “primeros” recaudos, es algo que ocasionalmente sucedería; pero también podrá ocurrir que ello mismo aparezca de los segundos, terceros, cuartos o quintos recaudos; esto es en cualquier momento, en que se desarrolle y progrese la investigación.

Lo registrado en la norma quizá tiene que ver con los resabios de la cultura inquisitiva que se pretenden superar, puesto que, en realidad, el que se requiera (que así se tendría que considerar) una medida cautelar personal, dentro de un caso penal, será algo que podrá percibirse cuando objetivamente se presenten ciertas condiciones, las cuales solo en algunos casos, y no siempre, podrían presentarse desde un inicio.

En otras palabras, la investigación criminal en términos de temporalidad, en el

caso concreto, tendría que desarrollarse primero, verificando la ilicitud del hecho, y luego deberá progresar más, hasta producir un sospechoso, esto es, una persona respecto de la cual, aparezcan indicios razonables y objetivos de presunta responsabilidad, lo que también implicará que se haya descartado a otras personas, para recién considerar imponer la medida cautelar, en atención a la persona particularmente considerada como autora.

Además, tendrían que presentarse un cúmulo de elementos indiciarios poderosos y constituirse, también, de modo concurrente, los requisitos que nombra la ley, para que recién se posibilite la reunión de los presupuestos, que justificarían solicitar una prisión preventiva.

Así pues, cuando la norma se refiere a los primeros recaudos, indica algo bastante accidental, que, en todo caso, pudo expresarse de mejor modo, puesto que no tiene que ver con que la medida tenga que fatalmente solicitarse, desde un inicio, a pesar de la existencia de elementos de convicción, sino también, cuando buenamente sea necesaria, conforme al plan estratégico del caso concreto.

#### **2.5.7.2.1. Elementos de Convicción**

El nuevo código adjetivo se refiere a la presencia de elementos de convicción, indicativos de que la persona a la cual se le imputa la comisión de un delito, pueda tenersele, razonablemente, como autora o partícipe del ilícito penal.

En tal sentido, la noción de elementos de convicción viene a sustituir el concepto que antes se usó, de elementos de prueba o el más discutible de pruebas, que muchas veces de modo errado también se ha utilizado por fuera de su lugar natural: el juicio oral. Tal concepto supone que, en el desarrollo de la investigación, se superan las suposiciones, conjeturas y probabilidades (Arana, 2007, pp. 299-300).

Así pues, los elementos de convicción que deben aparecer de modo plural, concurrentes y fuertes, son los que definen el hecho como ilícito y serán los datos concretos que inculparían de modo claro al imputado, como producto resultante de las diligencias y de las pericias (información pertinente y útil), en los documentos forenses y/o testimonios de los testigos o peritos (datos concretos).

Los elementos de convicción conforman los resultados en forma de producto concreto de los actos de investigación, que podrían ofrecer una suma coherente, lógica y concurrente, que vincularía la participación del o de los imputados y que, se supone una vez actuados en juicio oral, quedarían convertidos en pruebas.

Como expresa Peña Cabrera (2006): “Deben encontrarse indicios reales de criminalidad, que supongan una relación directa con el imputado. Relación que puede consistir a título de autoría (inmediata, mediata o coautoría) u otro grado de participación delictiva (principio de accesoriedad en la participación: instigador o cómplice)” (p. 715).

Cada elemento de convicción es un dato o información nuclear que inculpa, salvo cuando necesariamente se manifiestan en conjunto, como elementos de convicción conformados por indicios (elementos indirectos, lo que entre los norteamericanos conforma la prueba circunstancial), en tanto piezas menores que sumadas coordinadamente, puedan dar lugar también a elementos de convicción verosímiles y determinar prisiones preventivas.

La norma, además, se refiere a dos conceptos, cuyo significado requiere explicarse y cuya presencia debería darse también de modo concurrente y son las palabras: “fundados” y graves, que vendrían a apellidar o caracterizar a los elementos de convicción: “Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo” (artículo 268.1 .a).

A la aparición, en conjunto, de las condiciones precisadas en la ley que, legalmente motivarán los siguientes pasos procedimentales, se les denomina como *fumus boni iuris*, que en lo penal, de modo genérico se denominará como *fumus comissi delicti*).

En otras palabras, la denominada: apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); debe conformar un estándar que satisfaría la procedibilidad de la prisión preventiva, denominado “principio de iniciación de la persecución” (Garduño, 1991 P.26).

Ello mismo importará la aparición de suficientes elementos de convicción, que cubrirían el *fumus commissi delicti*, esto es, la presencia de elementos de convicción que den cuenta de indicios razonables de la comisión de un delito y también el *fumus delicti tributi* o la concurrencia de elementos que posibilitan atribuir a una persona concreta, la comisión o autoría de tal hecho (Hoyos, 1998, p.82).

#### **2.5.7.2.2. Sanción superior a cuatro años**

Otro requisito que debe concurrir para la imputación concreta es que, como refiere la norma, la sanción a imponer al imputado “sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”.

Así es que el requisito concurrente obliga a efectuar una prognosis de pena, puesto que no es condición o requisito que solo se examine, la pena conminada para el ilícito de que se trata, sino que se obliga a considerar la pena concreta, lo que supone analizar todas las situaciones materiales que se presentan, respecto de cada imputado, y que determinarían una posible pena concreta superior a cuatro años.

En otro sentido, el mínimo de la pena conminada en realidad, podría estar por encima de los cinco o seis años o hasta más; pero, si considerando las diversas situaciones favorables para el imputado que pudieran presentarse y concurrir, se determinará como pena probable una sanción no mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad, pues entonces no existiría razón para que se deba solicitar y decidir la prisión preventiva (con relación a la sanción). Esto es que, en tales casos,

aunque la norma considera un mínimo de pena elevada, en el caso concreto, objetivamente no existirá respaldo normativo para solicitar una prisión preventiva.

Gonzalo del Río (2008), además, expresa que debe analizarse la reacción en la persona concreta: “No se parte de una “presunción”, sino de la constatación de una determinada situación. Si bien se acepta que la gravedad de la pena puede generar una mayor tentación de fuga en el imputado, es esta una mera probabilidad estadística de base sociológica y es perfectamente posible que las particulares circunstancias del procesado excluyan la huida pese a la gravedad del hecho que se imputa” (p.55).

#### **2.5.7.2.3. Peligro de fuga**

La norma exige también la concurrencia del denominado peligro de fuga, que viene a ser una situación concreta que pudiera ser razonablemente deducida (colegida) y que, por ende, deberá ser objetivada, mediante la argumentación de los fundamentos de aquella.

Sobre esto, Alberto Bovino (2008), fundamenta: “La existencia de peligro procesal es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno. No basta entonces con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno (...)” (p.144).

La norma, por tal razón, indica que apreciando el caso particular, aquello que en estricto fundamento que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia, podrá ser apreciado a partir de sus antecedentes y otras circunstancias.

Particularmente, la norma expresa un conjunto de supuestos que el juez deberá compulsar para calificar debidamente la existencia o no de un peligro de fuga objetivo (artículo 269). El profesor Pablo Talavera (2004), en tal sentido, expresa que tal enunciación constituye uno de los aportes del nuevo código; que se ha efectuado porque la práctica judicial para calificar dicha medida no ha sido homogénea, sino subjetiva y hasta arbitraria” (p.43).

Cáceres Juica (2009), entiende que tal peligro puede presentarse, por ejemplo, en la etapa intermedia, ante la proximidad del juicio oral, cuando se confirma la firmeza del procesamiento, la naturaleza del delito y la misma solicitud de pena (p.202).

Se expresa bien que, siendo que se examinan casos individuales, aparece justificado el trato diferente: “Tal examen como lo ha dicho la doctrina no se afirma en forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino que debe realizarse conforme al caso concreto. De ahí que no se viole el principio de igualdad constitucional, cuando el mismo operador jurídico decide de manera distinta la temática de la libertad en el caso de coimputados, pues el caso concreto le permitirá llegar a conclusiones distintas (...)” (Guerrero, 2007, p.476).

#### **a. El arraigo**

Uno de los elementos que deberían analizarse por el juez y, evidentemente, antes por el fiscal que solicitará la prisión preventiva, es el arraigo del imputado, que se refiere al peso o importancia y valor de las cosas, que razonablemente obligarán al imputado, a mantenerse en el lugar donde se le procesa.

En tal condición es que se valora el tema del domicilio que posee el imputado y ello implica analizar aquel, en cuanto al grado en que lo liga al lugar del procesamiento o el grado en que lo arraiga.

En tal sentido, la existencia de una residencia habitual o asiento de familia evidentemente poseerá más peso que su ausencia. Lo dicho es así, porque una residencia habitual liga a la persona con otras y genera lazos afectivos difíciles de romper tanto como de reemplazar, más aún si existen esposa e hijos, hermanos y madre, como personas dependientes del procesado.

También tiene que ser analizado si el lugar concreto vincula al imputado con su lugar donde mantiene negocios o un tipo de trabajo legal; en tanto toda persona obligadamente debe poseer un género de actividad económica a partir de la cual debe mantenerse y mantener a su familia.

Bien se sabe que la persona podría huir y ello será un riesgo; pero, debe considerarse que tiene un peso el hecho de que el ponerse a buen recaudo le alejaría al procesado de su trabajo habitual y le desarraigaría de su forma de vida, lo

que le podría afectar gravemente; salvo que su domicilio, negocios, bienes raíces y/o terrenos, los tuviera en el extranjero (Gálvez, 2008, p. 550).

En el mismo sentido, tendrían que analizarse las facilidades que poseería para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto dentro de él. Tal análisis obliga a considerar el número de familiares o amistades y la facilidad con que estos podrían ayudar, así como la economía del imputado y los de su entorno o el dinero escondido o el apoyo organizacional de la banda.

Resultaría obvio que una persona de escasos recursos o que se conozca que carece de ahorros y familiares o amigos, no poseerá las oportunidades que otros podrían exhibir para huir.

#### **b. Gravedad de la pena**

La gravedad de la pena que puede ser pronosticada para el caso, debe servir de elemento de juicio para analizar el peligro de fuga de modo concurrente a otros elementos.

Así pues, al margen de que el abogado puede pronosticar con sensible acierto la posibilidad de la pena que se cierne sobre el imputado, existen casos en que socialmente se conoce que existen penas sumamente elevadas, como en los casos de violación sexual, robo agravado, homicidios y secuestro.

En tal sentido, probablemente en la mayoría de casos, podría haber incógnitas; y solo en un contado número de delitos, se podría considerar el peligro de fuga por la gravedad de la pena presumible.

### **c. Daño resarcible y actitud**

Obvio es que el daño resarcible constituirá una medida para considerar la prisión preventiva; así, si el daño en realidad no es mucho o si inclusive fuera mucho; pero, el imputado contara con bienes como para pagarlo y, a su vez, conservara otros bienes, no sería de temer que huya.

El problema se suscita cuando el imputado posee pocos bienes o los que posee se conoce que los está vendiendo y no pretenderá devolverlos, conforme a sus modus operandi (caso típico de estafadores, defraudadores, etc.), o se sabe que pretenderá colocarlos a nombres de terceros o hasta será capaz de destruirlos.

La norma indica que se debe considerar la actitud, dado que no todas las personas proceden de la misma manera, por lo que, efectivamente, deben apreciarse los antecedentes, el tipo delictivo, habitualidad o reiterancia, para analizar el modo de proceder anticipándose a la actitud del imputado.

### **d. El comportamiento**

Lo cierto es que de las conductas desplegadas, a partir del desarrollo de la investigación y de la misma persecución concreta, se pueden sacar conclusiones

aprovechables, para identificar un posible peligro de fuga; sin embargo, la norma va más allá y pide verificar la conducta: “en otro procedimiento anterior” (artículo 269.4).

Lo referido es aplicable a delincuentes especializados en la comisión de ciertos tipos de delitos, en los que se advierten patrones de actuación y también se pueden averiguar antecedentes, tales como si en otros procesos permanecen como contumaces o han desplegado actitudes de fuga.

Lo lógico es que respecto al imputado que no se sometió al procedimiento y ha tenido que ser capturado o si se le tuvo que traer del aeropuerto o zonas de frontera, se entiende que deberán tomarse medidas cautelares apropiadas. Lo contrario sucede cuando no habiendo estado habidos, inclusive avisan de que se entregarán y esperan que se levante la detención. A nuestro entender, estos casos cabe estudiarlos, puesto que podría haber una genuina voluntad de ponerse a derecho; pero podría ser una estrategia ante un cerco, por haberse acabado el dinero, el apoyo o las ayudas, y de un intento de ganar tiempo para intentar la fuga.

Lo cierto, como expresa Bovino (2008), es que se ha expresado que el hecho de fundar la detención en antecedentes penales del imputado, supone atender a circunstancias que no tienen relación alguna con el caso, lo que se estima vulnera el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación (p. 141).

El diagnóstico del peligro de fuga, a partir del análisis de la conducta anterior o antecedente, no es algo que tenga que ceder ante la presunción de inocencia.

Resulta obvio que tal principio resulta siendo razonablemente vulnerado, a través del proceso, mientras se sucede la investigación y se van obteniendo elementos de convicción incriminantes y cuando de una medida de comparecencia sin restricciones, pasan a dictarse restricciones y luego puede justificarse la prisión preventiva. Y menos puede ignorarse que el sujeto, en ejercicio de su voluntad no se ha rehabilitado y repetirá lo que antes hizo.

El profesor Pablo Sánchez (2005), a este respecto, indica que: “resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal” (p.339).

Debemos mencionar que los comportamientos que darían elementos de convicción para la privación cautelar de la libertad, no podrán ser, en ningún caso, los que constituyen derechos del imputado, esto es el guardar silencio o el responder a medias, ante una pregunta. Y podríamos decir que ni siquiera el hecho de que se le descubra una mentira serviría de fundamento para tan grave medida, puesto que si bien no constituye un derecho el mentir, tampoco aparece ello sancionado, explícitamente en la ley y, por lo demás, es una reacción humana, hasta cierto punto entendible.

#### **2.5.7.2.4. Peligro de Obstaculización**

El peligro de obstaculización de la investigación también debe identificarse de un modo nítido y objetivo, según explica la norma, lo que podrá verificarse a través

de los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular (artículo 268.l.c).

Así es que el peligro de obstaculización de la investigación, debe tener en cuenta un estándar que se ha pasado a denominar como “riesgo razonable” y que a nuestro entender constituirá un riesgo mensurado y previsible, en condiciones y situaciones lógicas o aceptables, por cualquier persona.

Respecto a este tema, bien se ha dicho: “El peligro de obstaculización de la investigación ha sido, generalmente, considerado como una finalidad justificadora de la prisión preventiva, compatible con el respeto del principio de inocencia. Si se acepta que uno de los fines del procedimiento penal es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado, tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida” (Horvitz, 2002, p.408).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han dado diversos alcances sobre lo que se entendería por perturbaciones a la actividad de investigación, lo que tiene que ver con inasistencias, cuestionamientos permanentes a los investigadores, agresiones verbales a los mismos y desacatos de diverso tipo (STC Exp. N° 1567-2002-HC/TC), entre otros temas; sin embargo, también apreciamos que ha habido excesos que corresponde corregir en el desempeño del nuevo modelo procesal, para que, respecto de la prisión preventiva se ingrese con buen pie.

Por ejemplo, la noción de la “actitud reacia al esclarecimiento de la causa”, que aparece en el caso Alejandro Rodríguez Medrano (séptimo considerando, segundo párrafo), señalada como obstaculización, resulta algo difícilmente reprochable y que, de otro lado, puede comprender muchas conductas, tales como el silencio, respuestas muy medidas o actitudes de no colaboración con la investigación; pero que no constituyen, necesariamente, casos de obstaculización.

En otro caso (STC. Exp. N°1091-2002-HC/TC), se menciona como acto per-turbador de la actividad probatoria, el hecho de no haber informado determinados hechos, lo cual se interpretó, erradamente a nuestro entender, como un acto de ocultar hechos, de modo que se dijo, que así se había conformado la obstaculización. Evidentemente, si se ha reconocido y se ha de respetar, en forma debida, el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse, entonces, mal se puede pretender obligar a una persona a que informe lo que le perjudica o incrimina. Y, peor aún, de ningún modo podría someterse a prisión preventiva, a una persona, solo por el hecho de haber callado algo incriminante y que es, a la vez, deber de los órganos de persecución descubrir y demostrar.

En tal sentido, mal se podría pretender que el inculpado colabore con las labores persecutorias ofreciendo datos para la misma. Además, debe comprenderse que el ocultar que podría considerarse, en contra del imputado, para colocarlo en prisión preventivamente, sería cuando aquel realizara manifestaciones materiales, como por ejemplo, las acciones de desplazar de su lugar objetos, vestigios,

documentos o colocar obstáculos materiales para impedir el paso o perturbar las pesquisas, actos de investigación o pericias forenses.

**a. Respetto a los Elementos de Convicción**

Se hace referencia a elementos de prueba equivocadamente, puesto que el modelo se refiere a elementos de convicción y respecto de estos, lo que se tratará de prevenir concretamente es que no se les destruya, modifique, oculte, suprima o falsifique.

Se hace referencia a documentos o elementos materiales tales como vestigios, restos, escenas del delito, referencias materiales susceptibles de ser manipulables o alterables y, evidentemente, tenemos que tener en cuenta la capacidad lógica y razonable de hacerlo.

**b. Respetto a las Personas**

Con relación a personas naturales, que podrían ofrecer información valiosa, para dar a conocer antecedentes, respecto el hecho ilícito, testimonios sobre su realización o acciones posteriores, también se tratará de resguardar que tales testimonios puedan llegar a recogerse.

De igual modo, debe cautelarse que los coimputados, agraviados y peritos puedan expresar los juicios, opiniones o conclusiones así como hipótesis, respecto a la producción de los hechos y la identificación de sus autores y partícipes.

### **c. Respecto a Terceros**

Finalmente, se trata de prevenir que el imputado induzca a terceros a asumir las mismas conductas obstaculizadoras que personalmente podría asumir.

## **2.6. Los Delitos de Violación de la Libertad Sexual**

### **2.6.1 Fundamentos del Origen de la Libertad Sexual como Bien Jurídico**

Por mucho tiempo la religión, la moral, las costumbres y las convenciones sociales tuvieron un importante poder regulador de las conductas humanas en la sociedad y, en cierto modo, podían por sí solas mantenerlas unidas o vinculadas. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, perdieron fuerza social.

El pluralismo y fragmentación de las modernas concepciones sobre los valores que el individuo llegó a concebir, ayudaron que las costumbres, la religión y la moral perdieran poder regulador vinculante. No obstante, todas las funciones de aquellos factores las asumió el Derecho, factor cultural que actualmente es el único en prescribir de modo vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer en determinada sociedad (Roxin, 1981, p.122).

En efecto, aproximadamente hasta la década de 1960 era dominante la concepción que el derecho penal debía garantizar un *mínimum ético social*, constituyéndose en su finalidad prevalente generando con ello enormes situaciones

de discriminación. De ese modo, por ejemplo, el Código de Maúrtua de 1924 era tangible su afán moralizador desde la rúbrica utilizada, pues .reguló los llamados “delitos contra la libertad y el honor sexuales” en la sección tercera del Libro Segundo que sancionaba los “Delitos contra las buenas costumbres”. Consideraciones de elementos empírico-culturales en el tipo, como mujer de “conducta irreprochable”, constituían claras manifestaciones de una criminalización moralizadora y discriminatoria convalidada doctrinariamente y, como es natural, dio origen a una extensa jurisprudencia cuyas tendencias se aprecian hasta la actualidad (Caro, 2003, p. 285). Esta realidad legislativa y jurisprudencial implicó una situación evidente de discriminación social que vulneró en forma constante el principio de igualdad en razón de sexo (Castillo, 2002, p.32).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la mejor sistematización del conocimiento jurídico, los entendidos fueron adviniendo, que en la realidad las normas penales con rasgos moralizantes, como las del orden sexual, no eran acatadas por grandes e importantes sectores de la comunidad. Constituyéndose el Derecho Penal en el ámbito sexual, en un simple medio simbólico toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas.

Convencidos de esta situación, los penalistas volvieron a tomar como centro de sus preocupaciones académicas e investigaciones científicas, la teoría del contrato social de la Ilustración como alternativa para proponer soluciones al problema delictivo. Los delitos sexuales no fueron ajenos a tales preocupaciones.

Según la teoría del contrato social, los ciudadanos han establecido el poder político con la finalidad que los proteja de intromisiones ajenas a su esfera personal, así como para que les suministre los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad, los mismos que se constituyen en bienes jurídicos que le corresponde proteger al Estado por medio del Derecho Penal. Concluyendo finalmente, que los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos (Roxin, 1981, p. 128).

Basados en esta teoría de origen francés, los tratadistas alemanes precursores del conocimiento penal, luego de un apasionado debate doctrinario, en su proyecto alternativo de Código Penal de 1966, propusieron el cambio de denominación de "delitos graves y menos graves contra la moralidad" por "delitos contra la libre autodeterminación sexual", plasmándose en forma definitiva el cambio del pensamiento penal, respecto de los delitos sexuales, con la reforma de Códigos Penales alemán es de 1969 y 1974, cuando el legislador alemán aceptó y tomó la denominación en la forma como se proponía en el proyecto alternativo, manteniéndose hasta la actualidad.

Así, con los planteamientos de los penalistas germanos por un lado, con la consolidación de la teoría de los Derechos Humanos y el auge del constitucionalismo por otro, adquirió real consistencia el planteamiento teórico que sostiene: dentro de los parámetros de un Derecho Penal respetuoso de la conformación pluralista de la

sociedad, debe buscarse en forma primordial, la autorealización personal de sus integrantes, esto es, debe garantizarse el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En los tiempos actuales en que nos ha tocado vivir, en el cual las variadas corrientes del pensamiento, por peculiaridades específicas, han recibido de los intelectuales el rótulo de "posmodernidad" en contraposición a la "modernidad", la convivencia social tiene como elemento central a la libertad individual, aspecto que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y pilar de un Estado Democrático de Derecho. La protección de la libertad individual en el ámbito sexual resulta preponderante. En la actualidad, el Derecho Penal no puede perder de vista su misión protectora de bienes jurídicos concretos, dejando de lado su función simbólica que la mayor de las veces encubre formas de desigualdad y discriminación (Caro, 2003, p.498). Constituyendo, de ese modo, la sexualidad uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad o de autorealización personal de los individuos. Una sociedad pluralista como la que subyace a un Estado Social y Democrático de Derecho, demanda el reconocimiento de diversas opciones de autorealización personal. Situación que alcanza, incluso, a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante siempre que no ocasionen perjuicio a terceros (Monge, 2004, p. 270).

De esa forma, actualmente es común sostener que el Derecho Penal debe abstenerse de regular -de prohibir- conductas que solo tienen que ver con las opiniones morales de los ciudadanos; dicho de otro modo, el Derecho Penal debe

permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás (Atienza, 2004, p.52 ) o como escribió John Stuart Mill; “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. (...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”.

Teniendo en cuenta tales planteamientos teóricos, el legislador del Código Penal de 1991, pese que en los proyectos de setiembre y noviembre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991 mantuvo al “honor sexual” y las “buenas costumbres” como bienes jurídicos protegidos preponderantes en los delitos sexuales, recogió a la libertad sexual en forma genérica como el único y exclusivo bien jurídico protegido. Igual se mantuvo con la promulgación de la Ley N° 28251 de junio de 2004 y el mismo sentido se mantiene con la promulgación de la criticada Ley N° 28704 del 5 de abril de 2006. De esa forma, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad personal, es decir, la libertad sexual, toda vez que al ser puesta en peligro o lesionada, trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica de la víctima, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad, de ahí que en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se considere al abuso o acceso sexual violento, bajo circunstancias especialmente graves, un crimen de lesa humanidad .

En suma, hoy con la existencia y aceptación de un mayor pluralismo, el fomento de una mayor tolerancia social y el resquebrajamiento de los patrones morales que inspiraban al derecho penal de antaño, a raíz de la vigencia del principio de intervención mínima y, en especial, del subprincipio de fragmentariedad, se ha dejado de lado y se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con atisbos o resabios morales dentro de los delitos sexuales. Ya no se protege ni cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado Democrático de Derecho y el pluralismo político: la libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece (Castillo 2002, p. 361), ni su condición social, económica o ideológica.

### **2.6.2. La Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido en los Delitos Sexuales**

Teniendo en cuenta las ideas precedentes, el legislador del Código Penal vigente recogió a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad.

Para el penalista español Miguel Bajo Fernández (1991), este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y, como facultad de repeler

agresiones sexuales de terceros (p. 198). En sentido parecido, el destacado profesor Caro Coria (2000), prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

En consecuencia, la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente. En ese sentido, el profesor Roy Freyre (1975), la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo (p. 40).

En esa línea, no le falta razón a María del Carmen García Cantizano (1999) cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de

autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

Definido así el bien jurídico "libertad sexual" prosigue García Cantizano- es indudable que solo quienes gocen plenamente del conocimiento necesario del alcance y significado del aspecto sexual de las relaciones sociales y pueda decidirse con total libertad al respecto podrá ser considerado titular de dicho bien jurídico, por cuanto son sujetos que pueden autodeterminarse en el plano sexual. En suma, se lesiona la libertad sexual en sentido estricto con las conductas recogidas en los tipos penales de los artículos 170, 171, 174, 175 y 176 del Código Penal.

Comprendida de ese modo la libertad sexual, se llega a la conclusión que en los delitos sexuales pueden ser sujetos activos o pasivos tanto el varón como la mujer, sea esta menor, soltera, virgen, prostituta o casada. De ahí que coincidamos doctrinariamente que en nuestra legislación penal actual se ha previsto el hecho punible de violación sexual dentro del matrimonio, pudiendo ser sujeto activo uno de los cónyuges y pasivo el otro.

De esa forma, en el Título Cuarto del Código Penal, rotulado como "Delitos contra la Libertad" ubicamos el Capítulo Noveno, modificado por la Ley N° 28251 del 8 de junio de 2004 y luego por la Ley N° 28704 de abril de 2006, etiquetado como "Violación de la Libertad Sexual", donde se regulan todas las conductas delictivas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos "libertad sexual" e "indemnidad sexual". Rúbrica que con sobrada razón afirma Caro Coria (2000), resulta deficiente por dos razones: primero porque incorpora ilícitos que atentan contra "la indemnidad" o "intangibilidad" de menores de edad. En segundo término, la expresión violación comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto mediante el uso de violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual.

No obstante, la forma cómo se ha regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro código sustantivo, merece general aceptación, pues se ajusta a los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, aun cuando en ciertas coyunturas se le deja de lado. En nuestro sistema, la igualdad de todos ante la ley le es consustancial, por lo que de ningún modo puede hacerse distinciones de sexo aparte de las diferencias que impone la propia naturaleza, y también, porque se ha tomado en cuenta una realidad difícil de soslayar, en el sentido que la mujer no es solo un mero sujeto pasivo en el ámbito sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el varón y muchas veces, cumplen un rol protagónico superior a él, en el desarrollo de la conducta

sexual. Ello actualmente se constituye en una realidad generalmente aceptada.

### **2.6.3. La libertad en el Ámbito Sexual: Libertad Sexual**

Norberto Bobbio (1993), distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva) y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión (p.100).

En el campo de los delitos sexuales, según Diez Ripollés (1985), el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual (p.23).

Igual para Miguel Bajo Fernández (1991), este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones

sexuales de terceros (p. 198).

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

En suma, la libertad sexuales la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas (Boix, 2002, p. 146). De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad (Suay, 2002, p. 212).

En esa línea, no le falta razón a María del Carmen García Cantízano (1999) cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente

para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

#### **2.6.4. La Indemnidad Sexual como Bien Jurídico**

En el caso de los menores o incapaces, de modo alguno puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta (Monge, 2004, p.274).

En consecuencia, vía la doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual y en tal sentido, muy bien apuntan Bramont Arias Torres y García Cantizano (1997), al manifestar que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aún si la tuviera facticamente, ha sido considerada por el legislador como irrelevante (233). De esa forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como, por ejemplo, en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172, 173 y 176-A del C.P., el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como seguridad o

desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

Caro Coria (2000), por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto sentencia el autor citado- si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual.

De ahí se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual (García, 1999, p.43).

En términos del español Muñoz Conde (1990), podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales (p.201).

Finalmente, en otro aspecto, consideramos que la forma cómo se ha re-gulado las conductas sexuales delictivas en nuestro sistema punitivo aún con grandes defectos, merece general aceptación, pues pretende o se ajusta a los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, cuyo marco normativo lo constituye nuestra Constitución y la doctrina de los Derechos Humanos. Ello es así a pesar que el poder político sigue usando al derecho penal para contentar a la opinión pública, elevando las penas a aquellos comportamientos delictivos que generan inseguridad social. De modo que el

ordenamiento punitivo sigue cumpliendo una función simbólica, pues se recurre a él para crear una mera apariencia (un símbolo) de protección que no se corresponde con la realidad. Esta tendencia es lo que en doctrina se denomina “huida al Derecho Penal” por parte del legislador, quien de modo interesado responde a la demanda social de una mayor protección creando nuevas figuras delictivas o endureciendo las ya existentes, en suma, responde con un Derecho Penal más represivo, vulnerando con ello diversas garantías y principios constitucionales (proporcionalidad de la pena, intervención mínima, taxatividad de la ley penal, etc.) (Orts, 2004, p.333).

## **2.7. Definiciones Conceptuales**

### **2.7.1. Libertad**

La libertad es un valor, es un principio que motiva la acción del Estado y es un derecho porque el Estado diseñó un conjunto de medidas de protección a la libertad física de las personas, convirtiéndose de este modo en garantías indispensables para su protección en casos de restricción.

La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, por lo que el derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y

estructural del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto.

### **2.7.2. La presunción de inocencia**

Es un principio, pero no se queda solo en dicho marco, sino por el contrario, en nuestra realidad ha adquirido más elementos y connotación; pues al mismo tiempo es derecho y garantía fundamental. Como principio impone ciertas pautas ineludibles al juez penal, las mismas que deben ser observadas de manera escrupulosa.

### **2.7.3. Medidas Coercitivas.**

Son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo.

### **2.7.4. La Prisión Preventiva**

Es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide un juez de investigación preparatoria, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que el procesado esté sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.

### **2.7.5. Presupuestos formales**

Estos presupuestos son considerados al momento de la adopción de la prisión preventiva, es decir, que son formales en el sentido que obedecen a elementos que deben darse en el procedimiento de su adopción. El conjunto de formalidades a que debe someterse el procedimiento y la adopción de la decisión.

### **2.7.6. Presupuestos materiales**

Constituyen las condiciones que por mandato de la ley deben presentarse y coincidir concurrentemente, para que el Ministerio Público, a través de sus representantes, pueda solicitar la prisión preventiva del imputado y el juez de la investigación preparatoria, pueda dictar el mandato de prisión preventiva.

### **2.7.7. La libertad sexual**

Es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente.

## **2.8. Formulación de Hipótesis**

### **2.8.1 Hipótesis General.**

Si, se motiva correctamente los presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual; entonces no se vulneraría la presunción de inocencia garantizando la primacía de las garantías constitucionales.

### **2.8.2 Hipótesis Específicas.**

Los criterios procesales de fuga y de obstaculización no son valorados y motivados suficientemente para decidir la medida de coerción procesal penal idónea al caso.

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGIA**

#### **3.1 Diseño metodológico**

##### **3.1.1 Tipo**

La tesis es de tipo descriptivo y explicativo, primero toda vez que describió el fenómeno de estudio (cómo es y cómo se presenta el fenómeno), segundo por cuanto estudiado los factores que contribuyeron a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.

Hemos expresados la problemática tal cual se presenta en la realidad, logrando el propósito principal de estudio, formulado las hipótesis que fueron contrastadas con el trabajo de campo; asimismo, planteamos nuestra matriz de consistencia en base al marco teórico soporte científico de nuestra investigación.

### **3.1.2 Enfoque**

Nuestro tema de investigación es de enfoque cuantitativo, puesto que pretende identificar los factores que contribuyen a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva para evitar vulnerar la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013, al utilizar la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar nuestra hipótesis establecidas.

## **3.2 Población y muestra**

### **3.2.1 Población**

La población materia de estudio se circunscribe a las unidades de observación siguientes:

#### **Personas:**

➤ *Universo: 30 (magistrados y abogados que aplican el CPP)*

06 Magistrados, 06 fiscales, 06 abogados de la defensa pública penal, 06 abogados particulares, 06 estudiantes del último ciclo de derecho y ciencias políticas, quienes por su especialización y estudio tienen conocimiento sobre el tema.

### **3.2.2 Muestra**

La muestra se obtiene utilizando el método del tanteo, por lo que no consideramos la necesidad de utilizar fórmulas:

## Personas

N: 30 personas (total de la población)

Error máximo aceptable: 04%

Porcentaje estimado de la muestra: 50%

Nivel deseado de confianza: 90%

### 3.3 Operacionalización de variables e indicadores

VARIABLES		INDICADORES
<b>Variable Independiente</b>	Los presupuestos para la prisión preventiva  Los criterios procesales de fuga y obstaculización para la prisión preventiva.	- Fundados y graves elementos de convicción.  - Sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad.  - Peligro de fuga.  - Peligro de obstaculización.
<b>Variable Dependiente</b>	Defectos en la motivación vulneran la presunción de inocencia  Argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetiva.	- Presunción de inocencia  - Criterios aplicados en el procedimiento  - Influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos.

### **3.4 Técnicas de recolección de datos**

#### **3.4.1 Técnicas a emplear**

**Las técnicas empleadas en la investigación fueron:**

El análisis documental e investigación de campo, levantando información como el análisis, comprobaciones, aplicaciones prácticas, para obtener conclusiones los mismos que se desarrollan en el medio en que se desenvuelve el fenómeno de estudio.

#### **3.4.2 Descripción de los instrumentos**

- a) **Encuestas:** Este instrumento cuenta con un cuestionario de preguntas obtenida de la problemática, e indicadores identificados.
- b) **Análisis documental:** Esta técnica nos permite analizar diversos expedientes judiciales, análisis doctrinario de las diversas referencias bibliográficas, así como de la jurisprudencia existente.
- c) **Observación científica:** Que nos permitirá evaluar cómo evoluciona la problemática en la realidad fáctica.
- d) **Uso de Internet:** Al que recurriremos con la finalidad de obtener datos e información teórico-científica recientes con relación a la problemática descrita en esta investigación.

### **3.5 Técnicas para el procesamiento de la información**

El procesamiento de datos se realizara teniendo en cuenta:

- **Método del tanteo;** el que se utiliza principalmente para muestras sencillas y poco complejas; en esta investigación se toma en cuenta un reducido número de personas, procediendo al balance de datos sin contratiempos.
- **Observación- cuestionario;** el que se utiliza para extraer los datos de las encuestas.
- **Tabulación y distribución de frecuencias;** el que se utiliza a través del ingreso de los datos obtenidos en tablas de porcentajes y frecuencias.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

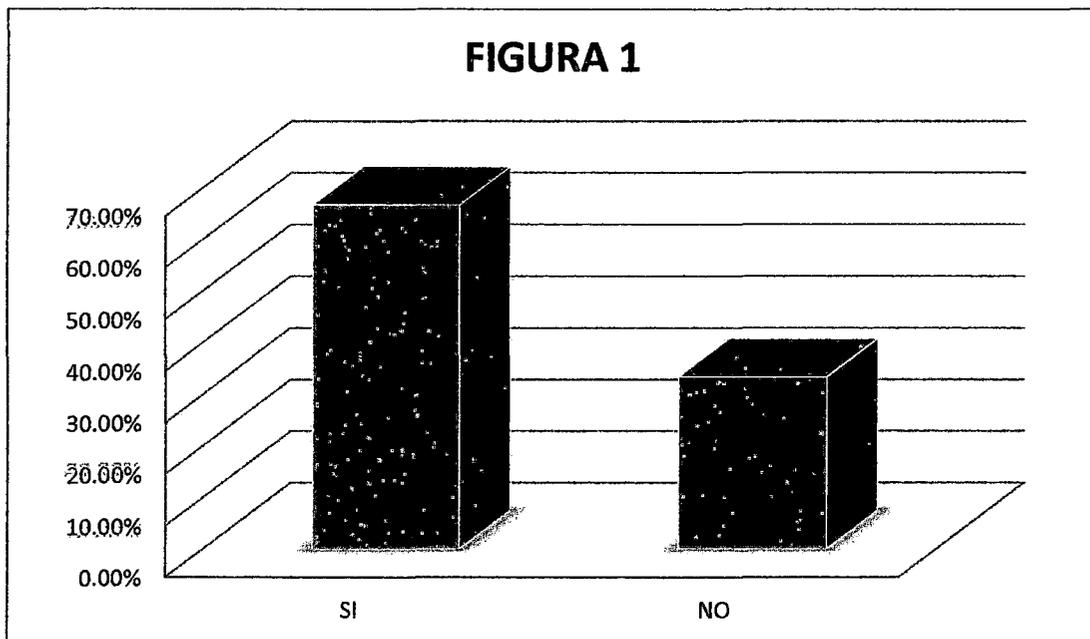
#### **4.1 Presentación de Cuadros, Gráficos e Interpretaciones**

Para la verificación de nuestra hipótesis planteadas, hemos aplicado un cuestionario de preguntas a nuestra muestra de estudio, basadas en 11 preguntas, ejecutada a Magistrados, fiscales, abogados de la defensa pública penal, abogados particulares, estudiantes del último ciclo de derecho y ciencias políticas, todos ellos a un total de 30 encuestados a fin de obtener una apreciación concreta sobre su posición en referencia al tema de investigación en los juzgados penales de Huaura, y la información obtenida ha sido debidamente analizada y discutida, cuyos resultados se ve reflejado en los siguientes gráfico.

## CUESTIONARIO

<b>1. ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
SI	19	66.7%
NO	11	33.3%
TOTAL	30	100%

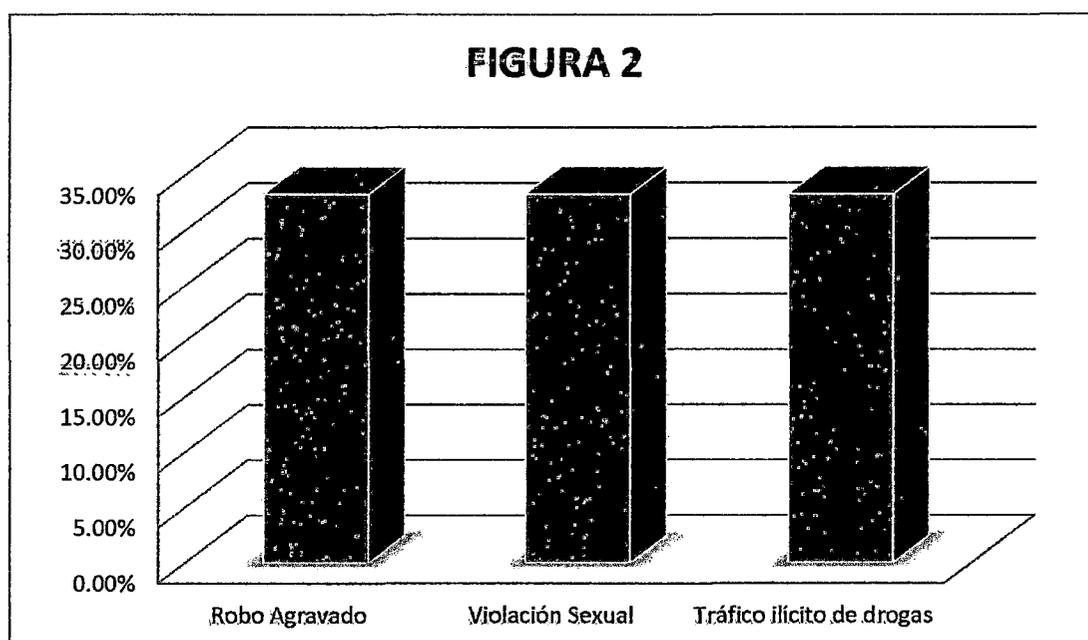
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 01, a la pregunta ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva? Indicaron: un 66.7 % que sí; un 33.3 % que, no.

TABLA II		
¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?	Delitos Graves	Porcentaje
Robo Agravado	10	33.3%
Violación Sexual	10	33.3%
Tráfico ilícito de drogas	10	33.3%
TOTAL	30	100 %

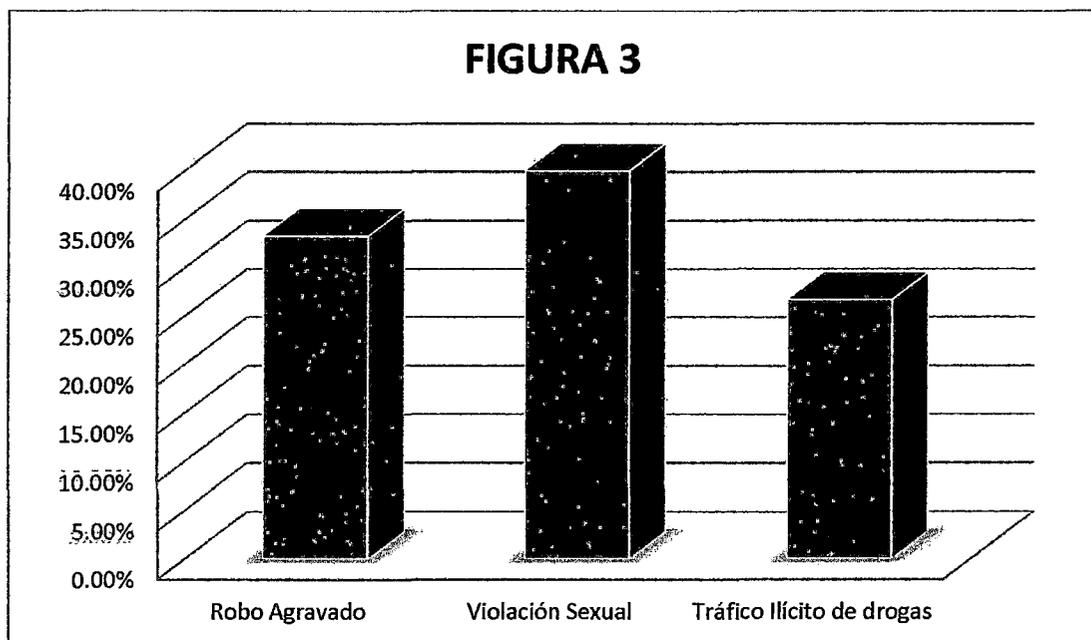
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 02, a la pregunta ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza? Indicaron: un 100% que si los tres delitos son graves según naturaleza.

TABLA III		
3. ¿cuál de los delitos ofende más a la población?	Frecuencia	Porcentaje
Robo Agravado	10	33.3%
Violación Sexual	12	40%
Tráfico Ilícito de drogas	08	26.7%
Total	30	100%

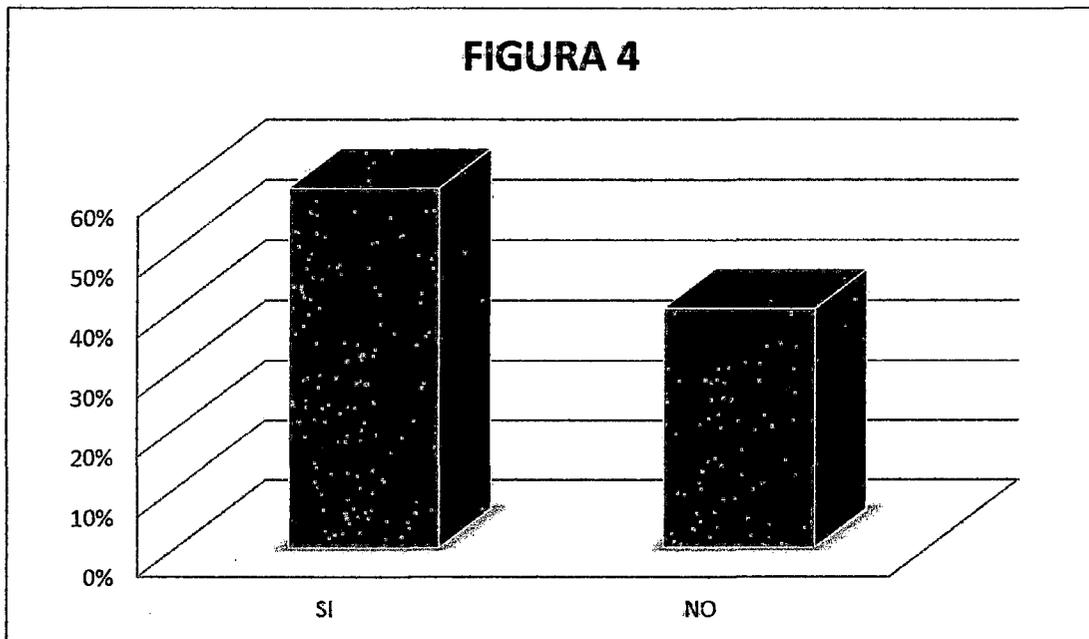
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 03, a la pregunta ¿En relación a la pregunta anterior, cuál de los delitos señalados en la pregunta anterior ofende más a la población? Indicaron: un 33.3% que es el robo agravado; un 40 % que, es el delito de violación sexual, un 26.7%, que es el tráfico ilícito de drogas.

TABLA IV		
4. ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva?	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

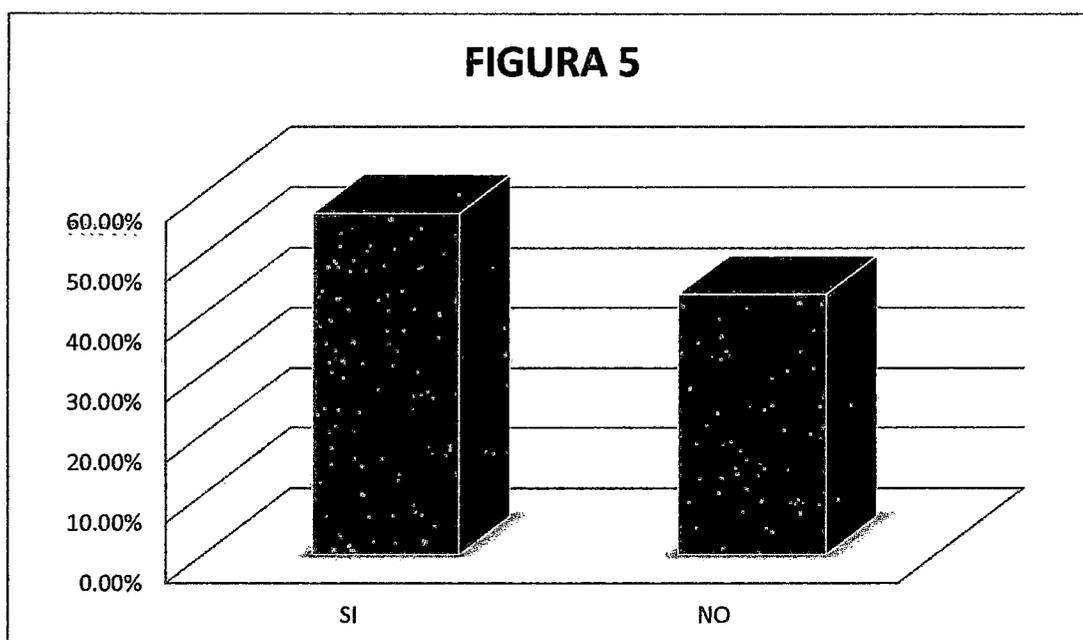
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 04, a la pregunta ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva? Indicaron: un 60 % que si es común, un 40 % que no es común.

TABLA V		
5. ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	56.7%
NO	13	43.3%
TOTAL	30	100%

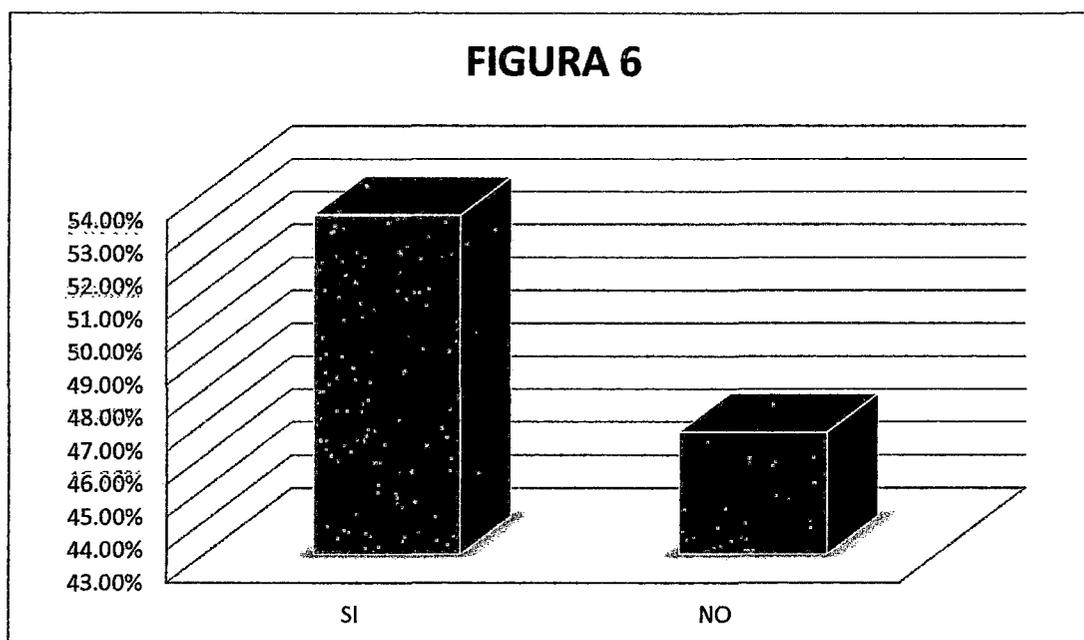
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 05, a la pregunta ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 56.7 % que sí, un 43.3% que no.

TABLA VI		
6. ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?	Frecuencia	Porcentaje
SI	16	53.3%
NO	14	46.7%
TOTAL	30	100%

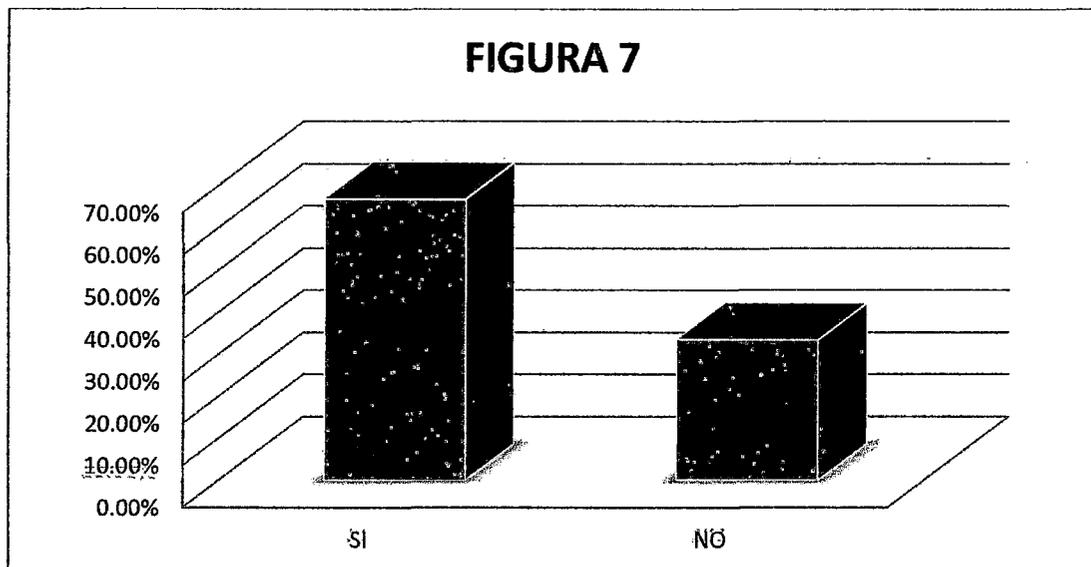
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 06, a la pregunta ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 53.3 % que si es un parámetro, un 46.7 % que no es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado.

TABLA VII		
7. ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial?	Frecuencia	Porcentaje
SI	20	66.7%
NO	10	33.3%
TOTAL	30	100%

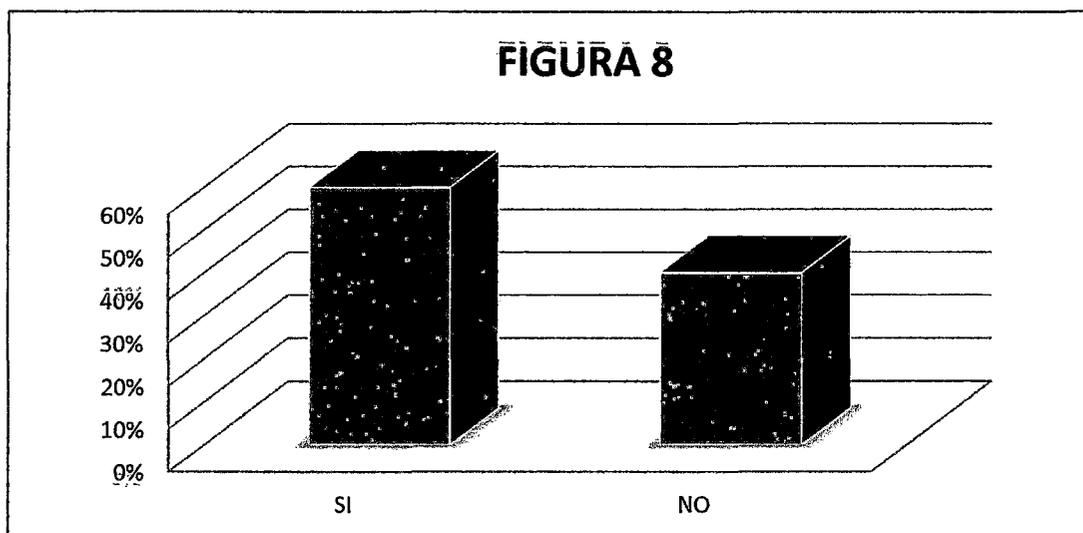
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 07, a la pregunta ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial? Indicaron: un 66.7% que sí, un 33.3% que no.

TABLA VIII		
8. ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal?	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

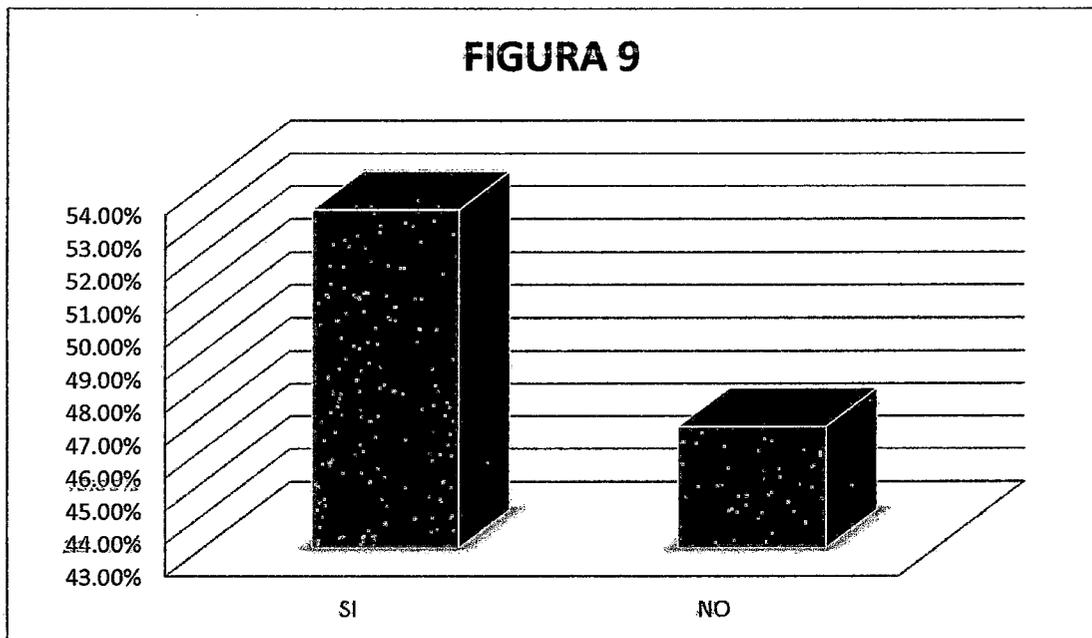
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 08, a la pregunta ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal? Indicaron: un 60% que sí, un 40% que no.

TABLA IX		
9. ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?	Frecuencia	Porcentaje
SI	16	53.3%
NO	14	46.7%
TOTAL	30	100%

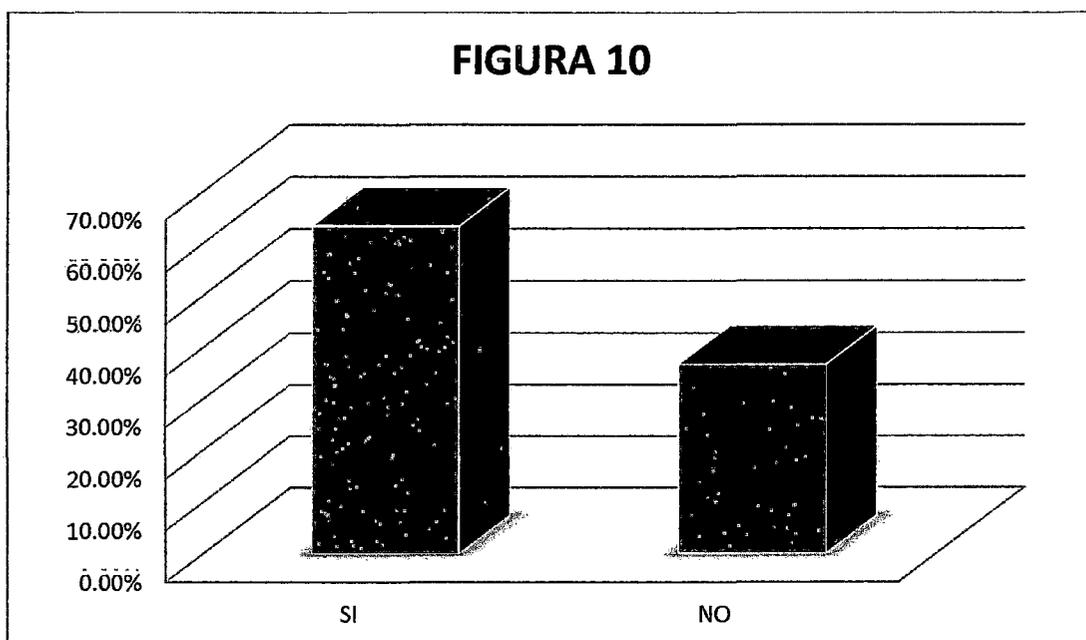
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 09, a la pregunta ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 53.3% que si es un criterio, un 46.7 % que no es un criterio para requerir la prisión preventiva del procesa

TABLA X		
10. ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública?	Frecuencia	Porcentaje
SI	19	63.3%
NO	11	36.7%
TOTAL	30	100%

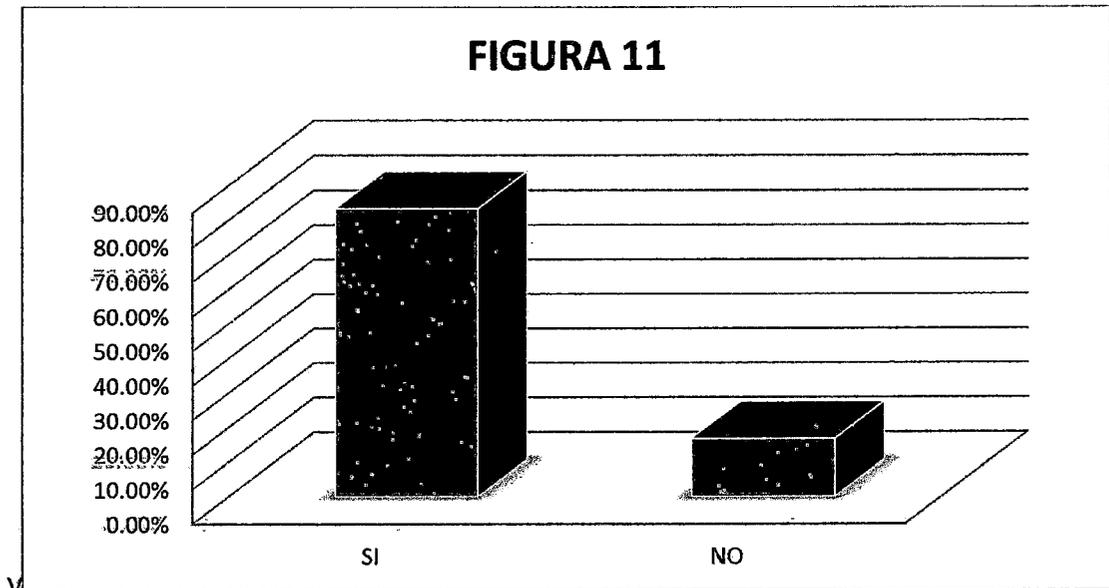
Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 10, a la pregunta ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública? Indicarón: un 63.3 % que si existe la influencia de factores ajenos, un 36.7% que no existe la influencia de factores ajenos.

TABLA XI		
11. ¿Considera usted que una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales?	Frecuencia	Porcentaje
SI	25	83.3%
NO	5	16.7%
TOTAL	30	100%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 11, a la pregunta ¿Considera usted que una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales? Indicaron: un 83.3 % que sí, un 16.7% que no.

## **CAPITULO V**

### **DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **5.1 Discusión**

Para la verificación de nuestras hipótesis planteadas, hemos aplicado un cuestionario de preguntas a nuestra muestra de estudio, que arrojó conclusiones e información valiosa sobre la percepción de los actores respecto a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva en los requerimientos del Ministerio Público vulneran la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013, Cuáles de los presupuestos de la prisión preventiva son lo más vulnerados ante los requerimientos del Ministerio Público en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013, a fin de obtener una apreciación concreta sobre su posición en referencia al tema de investigación.

Así tenemos que la hipótesis enunciada es la siguiente:

**H 1=** “Sí, se motiva correctamente los presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual; entonces no se vulneraría la presunción de inocencia garantizando la primacía de las garantías constitucionales”.

**H 2=** “Los criterios procesales de fuga y de obstaculización no son valorados y motivados suficientemente para decidir la medida de coerción procesal penal idónea al caso”.

Visto desde esta perspectiva, las variables que contiene la hipótesis son las siguientes:

#### **V. I**

Los presupuestos para la prisión preventiva

Los criterios procesales de fuga y obstaculización para la prisión preventiva.

#### **V. D**

Defectos en la motivación vulneran la presunción de inocencia

Argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetiva.

#### **O. G**

Identificar los factores que contribuyen a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva para evitar vulnerar la presunción de

inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.

#### O. E

Destacar la importancia y trascendencia de motivar debidamente los presupuestos de la prisión preventiva en los requerimientos del Ministerio Público en los delitos violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.

Luego, si tenemos que ante la pregunta ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva? Indicaron: un 66.7 % que si constituye un parámetro para requerir prisión preventiva; un 33.3 % que, no constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva. Los requerimientos de las medidas de coerción procesal formulados por los fiscales se sustentan principalmente en el tipo de delito denunciado y la prognosis de la pena probable a aplicar, sea en el caso de la prisión preventiva o las medidas alternativas a ésta.

¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza? Indicaron: un 100% que los delitos robo agravado, violación sexual y tráfico ilícito de drogas, son graves según naturaleza. Hay que tomar en cuenta es que, tal como se mostró antes, la mayoría de los casos por los que se requiere prisión preventiva corresponden a categorías de delitos para los cuales el Código Penal contempla una pena muy grave.

Ante la pregunta ¿Cuál de los delitos señalados en la pregunta anterior ofende más a la población? Indicaron: un 33.3 % que es el robo agravado; un 40 % que, es el delito de violación sexual, un 26.7 % dijo, que es el tráfico ilícito de drogas.

Ante la pregunta ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva? Indicaron: un 60 % que si es común, un 40 % que no es común.

Con respecto a este punto y la prisión preventiva, se concluye que los operadores jurídicos, con base al tipo de delito denunciado, asumirían de facto que el imputado representa un alto riesgo procesal y la carencia o duda del arraigo domiciliario. Cabe precisar que en Huaura, los operadores entrevistados señalaron que en algunas audiencias de prisión preventiva subsisten dudas respecto a la confiabilidad de los documentos presentados por ambas partes que sustentan el arraigo domicilio, no pudiendo ser verificados o corroborados.

Ante la pregunta ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 56.7 % que si es un parámetro para requerir la prisión preventiva, un 43.3 % que no es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado. Aunque exista la posibilidad de reincidencia no es argumento válido para justificar la prisión preventiva de aquellos que siendo inocentes aguardan en espera de probar tal situación, por lo que ni siquiera se puede pensar en la reincidencia de alguien que no ha delinquido. Por otra

parte, el hecho de que se aplique esta institución no ha frenado la reincidencia de quienes han delinquido y que vuelven a hacerlo.

Ante la pregunta ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 53.3 % que si es un parámetro, un 46.7 % que no es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado.

Ante la pregunta ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial? Indicaron: un 66.7 % que si se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial, un 33.3 % que no se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial.

Ante la pregunta ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal? Indicaron: un 60 % que si se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal, un 40 % que no se observa que habría una argumentación

poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal. El peligro procesal, el elemento crucial para la imposición de una medida cautelar, en el riesgo de fuga; esto es, en la posibilidad de que el imputado se esconda de la justicia y evada, así, la responsabilidad de afrontar el proceso penal. Este peligro de fuga será justificado por el fiscal principalmente en la falta de arraigo, a través de casi un 60% del total de argumentos utilizados. De la regulación legal analizada no basta con alegar, por ejemplo, que existen razones para creer que se intentará evadir la acción de la justicia, hay que enumerarlas, describirlas, explicar cuáles son esos motivos que lo conllevan a creer que el investigado asumirá esa conducta.

El juez no puede aceptar y conformarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectible a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la prisión preventiva debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad.

En estos casos, se entenderá concretamente como falta de arraigo un grado importante de precariedad laboral o domiciliaria, por lo cual el juez considerará que el imputado no tiene vínculos suficientemente fuertes con su comunidad como para creer de manera razonable que permanecerá disponible y acatará las citaciones. Esta precariedad, vale acotar, es, lamentablemente, característica común en las personas de los estratos sociales más desfavorecidos, lo que las pone en una situación de especial vulnerabilidad si es que se enfrentan a una audiencia de prisión preventiva o proceso penal en general. Se observa que el control judicial de los requerimientos de la prisión preventiva es escaso.

De cumplirse con un control básico, debería rechazarse toda petición de prisión preventiva que no ha demostrado el riesgo procesal, que no utiliza términos objetivables, o que no ha sido debidamente motivada.

Ante la pregunta ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado? Indicaron: un 53.3 % que si es un criterio, un 46.7 % que no es un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado.

Ante la pregunta ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública? Indicaron: un 63.3 % que si existe la influencia de factores ajenos, un 36.7 % que no existe la influencia de factores ajenos. Finalmente, ante la pregunta ¿Considera

usted que una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales? Indicación: un 83.3 % que sí, un 16.7 % que no.

## **5.2 Conclusiones**

1. El principio de presunción de inocencia es el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva.

2. De esta manera la suficiencia y la razonabilidad de la motivación derivarán de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya presunción se presume por un lado, la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) a partir de la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión preventiva como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines, por ello, deberían tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

3. El uso racional de las medidas cautelares no privativas de la libertad, de acuerdo con criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no riñe en modo

alguno con los derechos de las víctimas, ni constituye una forma de impunidad. Afirmar lo contrario, supone un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la detención preventiva en una sociedad democrática. Por ello, es importante que desde los distintos poderes del Estado se apoye institucionalmente el empleo de este tipo de medidas cautelares, en lugar de desincentivar su uso o socavar la confianza en las mismas. Si no se construye confianza en el empleo de las medidas alternativas no privativas de la libertad, se corre el riesgo que éstas entren en desuso con grave detrimento de la dignidad humana, la libertad personal y la presunción de inocencia, pilares básicos de una sociedad democrática. El hacer ver que una mayor utilización de la prisión preventiva es una vía de solución al delito y la violencia es una falacia comúnmente esgrimida desde el poder político, sin embargo no hay evidencia empírica alguna de que esto sea así. Además es una actitud políticamente irresponsable, entre otros motivos, porque evade la responsabilidad de adoptar medidas preventivas y sociales mucho más profundas.

4. La prisión preventiva suele ser interpretada durante el juicio oral como un indicio o evidencia adicional respecto de la culpabilidad del imputado. En efecto, la imposición de la medida de prisión preventiva puede surtir un efecto perjudicial en la objetividad y decisión del juez de condena. Cuando esto ocurre, el carácter instrumental de la medida cautelar se pierde y esta se convierte en un catalizador de condenas. Todo el proceso se lleva a cabo en un clima de fuerte presión social, exacerbada por los medios de comunicación, que claman por mano dura contra la

delincuencia. En casos extremos, pueden presentarse interferencias puntuales por parte de autoridades o de la OCMA.

5. La prisión preventiva ha desencadenado manifestaciones tanto a favor como en contra debido a la importante problemática que encierra. Hay, un extremo, quienes apoyan y defienden la existencia de la misma, a pesar incluso de las funestas consecuencias que acarrea en la vida de los seres humanos que han sido sometidos a esta institución; en otro extremo, hay una corriente que pretende abolirla. Para los penitenciaritas el problema es más grave aún al no cumplirse lo que establece la constitución de que procesados y sentenciados deberán permanecer separados. Esto origina que los problemas de la prisión sean también problemas que se suscitan dentro de la prisión preventiva, situación que no debería existir.

### **5.3 Recomendaciones:**

1. Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que las medidas cautelares no privativas de libertad no podrán funcionar como alternativas efectivas al uso y/o abuso de la prisión preventiva mientras no se implemente un mecanismo que garantice plenamente su cumplimiento y, por consiguiente, el correcto desenvolvimiento del proceso penal.

2. Que los jueces deban administrar justicia considerando la prisión preventiva como última medida para asegurar la comparecencia del imputado al juicio, tomando en cuenta que se causa un daño moral, psicológico, económico, irreversible al preso,

ya que los centros de rehabilitación social en la actualidad son escuelas del crimen y los detenidos deben tratar de sobrevivir con amenazas constantes a su integridad física dentro de las cárceles, por este motivo se debe estar plenamente seguro de la responsabilidad del acusado con el delito.

3. Es importante que el Estado pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura, y así evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa en juicio y el principio de inocencia.

4. El derecho internacional dispone en primer lugar la separación entre personas condenadas y procesadas, y que el régimen de detención al que éstas son sometidas sea cualitativamente distinto en algunos aspectos al aplicado a las personas condenadas. Con respecto a la diferencia en la naturaleza de la detención preventiva y la privación de libertad derivada de una sentencia condenatoria, en virtud del principio de proporcionalidad una persona considerada inocente no debe recibir un trato igual, ni peor, que una condenada. Por regla general las personas en espera de juicio son mantenidas en las mismas instalaciones que aquellas que ya han sido condenadas, y como tal están sometidas a las mismas condiciones de hacinamiento, insalubridad, violencia, falta de acceso a elementos básicos para su subsistencia, y otras restricciones a las que también está expuesta la población penal general.

5. Que haya capacitación permanente tanto a jueces, fiscales como defensores, respecto de la excepcionalidad de la prisión preventiva, en aplicación del garantismo penal y del derecho penal mínimo, como respuesta a la sociedad. La objetividad de su investigación, para recabar los elementos de cargo y de descargo y tener verdaderos elementos de convicción que puedan sustentar la aplicación justa de la prisión preventiva. Los Jueces, fiscales deben ponderar sus decisiones respecto de la aplicación de las garantías o principios constitucionales penales, a fin de evitar excesos en la aplicación de la prisión preventiva.

## **CAPITULO VI**

### **FUENTES DE INFORMACIÓN**

#### **6.1 Fuentes Bibliográficas.**

- Angulo Arana, Pedro. La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. Jurista Editores, Lima, 2007.
- Ascencio Mellado, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú, investigación efectuada en el Marco del proyecto de investigación La Reforma de la Justicia Penal, Instituto de Ciencia Procesal INCIPP.
- Asencio Mellado, José María. La prisión provisional. Tesis Doctoral Universidad Alicante. España, 1987.
- Asencio Mellado, José María. “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”. En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda.
- Quispe Farfán, Fanny Soledad (Coord.). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005.

- Atienza Rodríguez, Manuel, 2004 Bioética, Derecho y argumentación, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- Bajo Fernández, Miguel, 1991 Manual de Derecho penal, Ceura, Madrid, T. I.
- Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Binder Alberto M. Introducción al derecho procesal penal, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2a. ed., 2002.
- Bovino, Alberto y Bigliani, Paola. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Bobbio, Norberto, 1993 Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona.
- Boix Reig, Javier y Orts Berenguer, Enrique, 2002 «Consideraciones sobre los delitos de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano», en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 11, Lima.
- Cáceres Julca, Roberto E. Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal. Jurista Editores, Lima, 2009.
- Cáceres Julca, Roberto E. (2005). Código Procesal Penal comentado. Lima: Jurista Editores.
- Caro Coria, Dino Carlos, 2003 «Aspectos jurisprudenciales de la tutela penal de la libertad e indemnidad sexuales», en Libro Homenaje a Luis Bramont Arias, editorial San Marcos, Lima.
- Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, César, 2000 Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales, Grijley, Lima.

- Castillo Alva, José Luis, 2002 Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Gaceta Jurídica, Lima.
- Cubas Villanueva, V. (2005). "Las Medidas de Coerción". En: Nuevo Código Procesal Común. Diplomado Internacional en Derecho Penal y Análisis del NCPP. APECC.
- Del Río Labarthe, Gonzalo. "La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal". Ara, Lima, 2008.
- Díaz De León, Marco Antonio. "La prueba indiciaría". En: Indicios y presunciones (compilación y extractos). Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, 2002.
- Díez Ripollés, José Luis, 1985 La protección de la libertad sexual, Bosch, Barcelona.
- IDL. La Prisión Preventiva en el Perú ¿Medida cautelar o Pena anticipada?, editado por IDL en el mes de setiembre del 2013, Lima Perú.
- Fernández López, Merced es .Prueba y presunción de inocencia. Iustel, Madrid, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal», Ed. Trotta, España, Séptima Edición 2005.
- Gálvez Villegas, Tomás, Rabanal Palacios, William y Castro Trigos, Hamilton. El Código Procesal Penal. Jurista Editores, Lima, 2008.
- Garduño Garmendia, Jorge. El Ministerio Público en la investigación de delitos. Limusa, México D. F., 1991.
- García Cantizano, María del Carmen, 1999 « ¿Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública?», en Actualidad Jurídica, junio, Lima, T. 67-B.

- Gallaher Huckje, Alexander. La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad. Conosur, Santiago de Chile, 1996.
- Gimeno Sendra, Vicente. "La prisión provisional y derecho a la libertad". En: Barbero Santos, Marino. Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Editorial UCLM, Cuenca, 1997.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional. Tomo I, Belgrano, Buenos Aires, 1999.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
- Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Ediciones AD HOC, Buenos Aires, año 1995.
- Hoyos Sancho, Monserrat. La detención por delito. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Horvitz Lennon, María Y López Masle, Julián. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva. UCI, San José de Costa Rica, 1997.
- Lucchini, Luigi. Elementos del proceso penal. Barbera, Buenos Aires, 1995.
- Magalhães Gomes, Antonio. Presunción de inocencia y prisión preventiva. Conosur, Santiago de Chile, 1995.
- Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

- Monge Fernández, Antonia, 2004 «Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial», en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 14, julio, Lima.
- Muñoz Conde, Francisco, 1990 Derecho penal. Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia.
- Neyra Flores, J. A. (2010). Manual del Nuevo Proceso penal y de litigación oral, 1era edición. Lima: Idemsa.
- Obando Blanco, Víctor Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Palestra Editores, Lima, 2001.
- Ore Guardia, Arsenio. Manual Derecho Procesal Penal, Editorial Reforma, Lima, 2011.
- Orts Berenguer, Enrique y Roig Torres, Margarita, 2004 «Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales», en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, julio, Lima.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal, Editorial Rodhas, Lima, 2006.
- Pérez Luño, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 1990.
- Quispe Farfán, Fany. El derecho a la presunción de inocencia. Palestra Editores, Lima, 2001.
- Rosas Yataco, J. (2013). Tratado de Derecho Procesal Penal. V.I. 1era edición.
- Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

- Roxin, Claus. Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, Traducción[Guerrero, Oscar], Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, Colombia, 2004.
- Roxin, Claus, 1981 Iniciación al Derecho penal de hoy, traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- Roy Freyre, Luis Eduardo, 1975 Derecho penal peruano. Parte especial, Lima, T. II.
- San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. T. 1 ,2a ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2003.
- Sánchez Velarde, Pablo. Introducción al nuevo proceso penal. Idemsa, Lima, 2005.
- Suay Hernández, Cecilia, "Los medios típicos en los delitos de violación sexual y actos contra el pudor del Código Penal peruano", en Revista Peruana de Ciencias Penales, N°13, Lima.
- Talavera Elguera, Pablo. Comentarios al nuevo Código Procesal Penal. Grijley, Lima, 2004.
- Vázquez Sotelo, José Luis. Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Bosch, Barcelona, 1984.
- Vázquez Sotelo, José Luis. "La presunción de inocencia". En; Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

## **6.2 Fuentes Hemerográficas**

- Pérez Capcha, Ricardo A. (2009). El fiscal y el mecanismo de prisión preventiva para la inducción al proceso de terminación anticipada. Tesis para optar el título de

abogado no publicada, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

- Méjico Leañó, Cesil M. y Muñoz Ayora, Yoncen R. (2014) La prisión preventiva y la seguridad de la sociedad en el distrito judicial de Huaura. Tesis para optar el título de abogado no publicada, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.
- Briceño Rodríguez, Ana G. (2009) Prisión preventiva: ¿excepción o regla en delitos sexuales? estudio de las resoluciones que ordenan dicha medida cautelar en casos de delitos sexuales, en el juzgado penal de pavas, 2002-2005, tesis para optar por el grado licenciatura en derecho no publicada, Universidad De Costa Rica.
- Quezada Piedra, Daniel P. y Quezada Piedra, Oswaldo M. (2011) “La prisión preventiva y sus efectos jurídicos en la sociedad ecuatoriana en los años 2008-2009.”, Tesis para la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República no publicada. Universidad técnica de Machala Ecuador, Facultad de Ciencias Sociales.

# **ANEXOS**

## 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

### PRESUPUESTOS PARA LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUAURA. AÑO 2013

PROBLEMA	OBJETIVO	JUSTIFICACION	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p style="text-align: center;"><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva en los requerimientos del Ministerio Público vulneran la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013?</p> <p style="text-align: center;"><b>PROBLEMA ESPECIFICO</b></p> <p>¿Cuáles de los presupuestos de la prisión preventiva son lo más vulnerados ante los requerimientos del Ministerio Público en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013?</p>	<p style="text-align: center;"><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Identificar los factores que contribuyen a los defectos en la motivación de los presupuestos para la prisión preventiva para evitar vulnerar la presunción de inocencia en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013</p> <p style="text-align: center;"><b>OBJETIVO ESPECIFICO</b></p> <p>Destacar la importancia y trascendencia de motivar debidamente los presupuestos de la prisión preventiva en los requerimientos del Ministerio Público en los delitos violación sexual en los juzgados penales de Huaura 2013.</p>	<p>El principio rector que orienta la reforma procesal penal es la primacía de las garantías constitucionales del ciudadano como los derechos a la presunción de inocencia, a la libertad, y derecho de defensa de suma importancia en un Estado de Derecho como el nuestro. En el presente trabajo se tiene el firme propósito de demostrar que la regla general es la libertad, y la excepción la prisión preventiva del imputado sometido a proceso por significar un estigma para las personas que pudieran resultar inocentes del delito que se les imputa.</p>	<p style="text-align: center;"><b>HIPOTESIS GENERAL</b></p> <p>Si, se motiva correctamente los presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual; entonces no se vulneraría la presunción de inocencia garantizando la primacía de las garantías constitucionales.</p> <p style="text-align: center;"><b>HIPOTESIS ESPECIFICA</b></p> <p>Los criterios procesales de fuga y de obstaculización no son valorados y motivados suficientemente para decidir la medida de coerción procesal penal idónea al caso</p>	<p style="text-align: center;"><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p>Los presupuestos para la prisión preventiva</p> <p>Los criterios procesales de fuga y obstaculización para la prisión preventiva.</p> <p style="text-align: center;"><b>DEPENDIENTE</b></p> <p>Defectos en la motivación vulneran la presunción de inocencia</p> <p>Argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetiva.</p>	<p style="text-align: center;"><b>INDICADOR V.I</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Fundados y graves elementos de convicción.</li> <li>- Sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad.</li> <li>- Peligro de fuga.</li> <li>- Peligro de obstaculización.</li> </ul> <p style="text-align: center;"><b>INDICADOR V.D</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Presunción de inocencia.</li> <li>- Criterios aplicados en el procedimiento.</li> <li>- Influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos.</li> </ul>

## 2. EVIDENCIAS DEL TRABAJO



UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN

**INFORMACIÓN PARA INVESTIGAR EL TEMA: PRESUPUESTOS PARA LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL EN LOS JUZGADOS PENALES DE HUAURA. AÑO 2013**

### INSTRUCCIONES:

- A continuación se le presenta un conjunto de preguntas para que responda con veracidad.
- La información que usted nos brinda es personal y anónima.
- Marque con "x", solo una de las respuestas de cada pregunta, que usted considere la opción correcta. De ello depende la objetividad de la presente investigación.

1. ¿Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?

a) Si

b) No

2. ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?

a) Robo Agravado:                      Sí.... No....

b) Violación Sexual:                      Sí..... No....

c) Tráfico ilícito de drogas:              Sí.... No....

3. ¿Cuál de los delitos ofende más a la población?

- a) Robo Agravado
- b) Violación Sexual
- c) Micro comercialización de drogas

4. ¿Es común que en los delitos de violación sexual se imponga la prisión preventiva?

- a) Si
- b) No

5. ¿Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

- a) Si
- b) No

6. ¿Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

- a) Si
- b) No

7. ¿En los casos en los cuales se requiere la prisión preventiva, se observa la ausencia de mecanismos orientados a determinar los riesgos del imputado de una forma confiable, objetivo e imparcial?

- a) Si
- b) No

8. ¿En cuánto a los riesgos procesales, se observa que habría una argumentación poco desarrollada, y de cierta forma, subjetividad de cara a los riesgos de fuga o de obstaculización en las solicitudes y decisiones de las medidas de coerción procesal?

- a) Si
- b) No

9. ¿Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?

- a) Si
- b) No

10. ¿Existe la influencia de factores ajenos a los requisitos establecidos en el código procesal penal, como la prensa y la opinión pública?

- a) Si
- b) No

11. ¿Considera usted que Una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales?

- a) Si
- b) No



*Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión - Huacho*

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**UNIDAD DE GRADOS Y TITULOS**

**MG. FELIX ANTONIO DOMINGUEZ RUIZ**

Asesor de Tesis



Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión - Huacho

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

UNIDAD DE GRADOS Y TITULOS

JURADO EVALUADOR DE TESIS

ABOG. JOVIAN VALENTIN SANJINEZ SALAZAR  
Presidente

ABOG. EDAURDO GENARO LOLOY ANAYA  
Secretario

ABOG. NICANOR DARIO ARANDA BAZALAR  
Vocal