

El abuso del derecho penal y la desproporcionalidad de la prisión preventiva en el personal judicial

Abdel Arauco Cabrera^{1*}, Gerardo Francisco Ludeña González¹, Nilton Isaias Cueva Quezada¹

¹ Escuela de Posgrado. Universidad César Vallejo. Lima. Perú.

* Autor para correspondencia: Abdel Arauco Cabrera, aaraucoc@ucvvirtual.edu.pe

(Recibido: 10-08-2023. Publicado: 16-09-2023.)

DOI: 10.59427/rcli/2023/v23cs.1834-1841

Resumen

El presente artículo de revisión bibliográfica tuvo el objetivo de analizar el abuso del derecho penal y la desproporcionalidad de la prisión preventiva en el personal judicial. El método de la investigación ha sido producto de una revisión documental, sobre una problemática de actualidad relacionada con el derecho penal y la prisión preventiva, esta controversia involucra la libertad del ciudadano como parte del derecho fundamental y la inadecuada proporcionalidad de la medida para que se dicte dicha privación de la libertad. La información fue a partir de lo recolectado en las bases de datos Scopus, Scielo y páginas de internet muy relevantes para la investigación. Los resultados muestran que existe incidencia del abuso del derecho penal en la desproporcionalidad de la prisión preventiva del personal judicial. Se concluye que se cometió el abuso por parte del personal judicial en contra de los investigados. Conclusiones el código penal de cada país debe ser elaborado de manera explícita, garantizando el principio de proporcionalidad en casos de prisión preventiva. Además, es importante que los códigos penales sean susceptibles de ser modificados para especificar de manera clara las medidas cautelares a fin de evitar el abuso de la prisión preventiva.

Palabras claves: Abuso, derecho penal, proporcionalidad, desproporcionalidad, prisión preventiva.

Abstract

This literature review article aimed to analyze the abuse of criminal law and the disproportionality of pretrial detention in judicial personnel. The method of the investigation has been the product of a documentary review, on a current problem related to criminal law and preventive detention, this controversy involves the freedom of the citizen as part of the fundamental right and the inadequate proportionality of the measure for such deprivation of liberty to be dictated. The information was based on what was collected in the databases Scopus, Scielo and Internet pages very relevant to the research. The results show that there is an incidence of abuse of criminal law in the disproportionality of the pretrial detention of judicial personnel. It is concluded that the abuse was committed by the judicial personnel against those investigated. Conclusions The penal code of each country must be elaborated explicitly, guaranteeing the principle of proportionality in cases of preventive detention. In addition, it is important that criminal codes be amended to clearly specify precautionary measures in order to prevent abuse of pretrial detention.

Keywords: Abuse, criminal law, proportionality, disproportionality, pretrial detention.

1. Introducción

A nivel mundial, una gran preocupación de los últimos 30 años, a través de diversos despachos que tiene la Organización de Naciones Unidas (ONU), y comunidad internacional manifiestan que uno de los problemas es que existe un número grande de presos sin haber sido condenados con el consiguiente hacinamiento de las cárceles en varios países de América Latina, siendo entonces una de las motivaciones para realizar reformas procesales de corte penal (Goite y Medina, 2020). En América Latina, específicamente en República Dominicana, el asunto de la prisión preventiva es materia en discusión visto que cuestiona la figura de exculpado en el acusado de provocar una condena anticipada (Alarcón, 2018). En Ecuador, desde antaño, el manejo del poder del Estado, no ha sido justificada, lo que se observa por parte del poder ejecutivo que determinan la privación de la libertad en base a los hábitos, iniquidad e intervencionismo (Krauth, 2018). Por otro lado, en el mismo país de Ecuador, se manifestó como problema sustancial que hay una exagerada exigencia de medidas cautelares de prisión preventiva que conllevan al hacinamiento de las prisiones con acusados con sentencias y otros sin sentencias condenatorias a pesar de las resoluciones emitidas al respecto por parte del Congreso Americano relacionado a los Derechos Fundamentales de la Persona (Vaca, 2020). En Chile, la existencia de un cúmulo de vicios y errores del acto jurídico que culminan en la orden de medida cautelar costoso por parte del sistema judicial en desmedro de muchas personas que más tarde terminan liberadas, como resultado de una sentencia de absolución durante el proceso de juzgamiento (Villagra, 2018). En el Perú, un asunto polémico de orden jurídico lo constituye la prisión preventiva, considerada como medida cautelar por parte del personal judicial responsable de aplicar los preceptos jurídicos que es tomada en cuenta en la práctica como la regla y no como extraordinario en los procesos preventivos de orden penal (Moscoso, 2021).

Núñez (2019) mencionó que el derecho penal se define como una serie de preceptos jurídicos que ordenan la facultad sancionadora del Estado, relacionando a actos, ceñidos a la ley, como premisa, una condena, medidas de convicción o modificación como resultado, con la finalidad de garantizar los valores elementales donde radica la interacción pacífica del ser humano. De la misma manera; Moscoso (2021), en su trabajo de investigación en la realidad peruana concluyó que las normas que direccionan la determinación y la disposición de prisión preventiva giran en torno al principio de la proporcionalidad de dicha medida y a la requerida motivación por parte de la fiscalía, teniendo en cuenta la libertad personal, formando parte del derecho humano fundamental que únicamente es limitado por una resolución judicial altamente sustentada de las acusaciones que se imputan al acusado. Es decir, la coacción y magnitud de la prisión precautoria se calificará de legítima siempre y cuando se realice en base a lo establecido en la Constitución peruana, la Asamblea Americana de los Derechos Fundamentales y los juicios imperativos decretados por el personal judicial idóneo. Según Guzman (2022), en la investigación a su cargo mencionó que en los Estados constitucionalistas es de sumo interés el precepto de proporcionalidad de prisión precautoria, tal es la situación de Ecuador y forma parte de su Código Orgánico Integral Penal desde el año 2014, en la cual el objetivo final es la salvaguarda del derecho y jurisprudencia del inculpado y de la persona damnificada. Es por ello que el magistrado debe considerarlo previo a la decisión a adoptar, asimismo plasmar dicha decisión en el dictamen final. Según Vargas (2022) en su investigación analizó el principio de proporcionalidad de la pena supuesto de transgresión de asociación criminal. Para ello, en base a lo estipulado en el código penal, considerando cuatro teorías que intentan esclarecer sobre la base de la penalización. De este modo, la teoría del abuso del derecho muestra un resultado desproporcionado ya que solo puede dar legitimidad a una penalidad de multa establecida en el artículo 210. De igual forma sucede con la teoría de la anticipación por lo que no evidencia la noción de que crímenes de peligrosidad no ameritan a los producidos por la lesión.

Según la investigación realizada por Rios et al. (2018) mencionan que la realidad del aspecto jurídico penal en Colombia, sobre la detención preventiva perjudica a las personas desfavorecidas y marginadas, puesto que no tienen los ingresos de dinero para afrontar y realizar su defensa para que una probable prisión preventiva o en su domicilio. Por otro lado, el hacinamiento en prisión ha disminuido de un 52.29% para el año 2016 a 45.6% en 2018, debido a la liberación de los procesados según la aplicación de la ley 1760-2015 tiende a simplificar el manejo de la prisión preventiva, pero aun así existe una cifra elevada de imputados con prisión preventiva. En el estudio realizado en Guatemala y Paraguay por Ramírez et al. (2018) sobre la prisión preventiva manifestaron que las tasas son elevadas de prisión en una proyección para los años 2017 a 2027, se ha determinado que el incremento de las personas encarceladas se produce en inculpados que no tienen condenas, con la consecuente aglomeración carcelaria, exposición a la violencia y altas cargas sociales. Del mismo modo Carrillo (2018) en su trabajo de investigación concluye que al debatir y determinar la prisión provisional, a través de la preparación de normas anexas, al aplicar el principio de proporcionalidad, da acceso a la adecuada solución de antagonismo que se produce entre el interés legítimo constitucional del enjuiciamiento de carácter penal y el derecho a la libertad individual del acusado, para ambas situaciones se determinarán los niveles de satisfacción del interés legítimo y de intensidad de participación en el derecho fundamental de tal manera que se determina cuál de ellos debe predominar. Así mismo (Gonzales, 2019) en su trabajo de investigación mencionó que al dictarse la prisión preventiva se perjudicaron los derechos constitucionales de los imputados, por no aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, debiéndose haber analizado estrictamente cada una de las situaciones del ámbito constituyente y estricta utilización del principio de proporcionalidad.

Con respecto a Palli (2020) en su investigación dijo que se ha comprobado que el estudio de proporcionalidad se lleva a cabo en las causales de los presupuestos materiales en relación a la prisión preventiva tiene correspondencia con los llamados subprincipios de ponderación, necesidad e idoneidad. En la investigación de Cabrera y Gonzales (2020) concluyen en que debe respetarse el principio de la imputación necesaria, como fundamento jurídico para la adaptación de dominio de control de los elementos constitutivos durante la primera etapa en el juzgado de prisión preventiva, al mismo tiempo la consideración a la defensa y las garantías procesales en cuanto a los derechos de orden fundamental. También se limita de forma cabal el ejercicio de defender al procesado, dando origen con ello a imponer medidas precautorias, cuando hay ausencia de una adecuada calificación jurídica, puesto que no sería conveniente durante el proceso judicial. Por ende, se argumenta la importancia de modificar en el Código Procesal Penal los artículos 268 así como el 271, incorporando el artículo 268-A, de tal manera se reglamente la conveniencia durante la etapa inicial del juzgado de la prisión preventiva con un control oportuno de la tipificación. De acuerdo a Calderón y Jaramillo (2022) las conclusiones del trabajo de investigación en el Perú, de acuerdo a los entrevistados son las siguientes, en cuanto a la prisión preventiva no produciría ser proporcional ante la pandemia por el COVID 19, debido a las condiciones de inseguridad de salud en las cárceles, a cambio para que se considere la proporcionalidad, existen acciones como el comparecer de modo restrictivo, impedir la salida del territorio nacional, detención en el domicilio, fianzas, el inhabilitar al procesado, e incluso el uso de esposas electrónicas. Para Escalante (2021) de las conclusiones relevantes se pueden mencionar en relación a los jueces penales, que no aplican en la misma condición de sospecha severa tanto en la apariencia del delito como en las exigencias para las trasgresiones de la ley en la investigación en curso en detrimento de la Administración Pública, para ello se propone la Teoría del Riesgo que está conformada por el presupuesto *fumus delicti* comisi que junto con el mayor compromiso del crimen no constituye el modo conveniente para determinar la prisión preventiva, y por otro lado el *periculum libertatis* que significa peligrosismo procesal que será notable en la determinación para la aplicación de excepción de la medida preventiva.

Según Missiego (2021) en su investigación ha llegado a las conclusiones de que la prisión preventiva se debe llevar a cabo cuando existan y cumplan los presuntos jurídicos ajustados a ley, además para la formulación de la prisión preventiva se harán en la medida de que haya suficientes elementos de convicción y las pruebas pertinentes para la confirmación de presunción en la ley. De acuerdo a lo expuesto, se sigue observando y persistiendo la problemática para personas que les privan su libertad en forma injusta, en quienes no existen los llamados elementos necesarios para una acusación de haber cometido un acto delictuoso. A consecuencia de ello la Corte IDH ha expresado en sus fallos una preocupación por el uso excesivo o desproporcionado de la prisión preventiva y su posible impacto en el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia (Peñaherrera, 2022). En relación a la teoría del derecho penal, según Zaffaroni (2006) mencionó que es una ciencia o sabiduría normativa, es decir se encarga de leyes que son de interés a lo punible y de acuerdo a ellas elabora una teoría. Las normas son deducidas de las leyes, que son componentes lógicos (elementos ideales) para la elaboración de la teoría. Además, el mismo autor hace referencia a la teoría del derecho penal (p. 12), es el sistema explicativo de las leyes que ejercen en un área definido, siendo en principio la denominada territorialidad del Estado. En cuanto a la teoría del delito (p. 13), está designada a actuar como un sistema experto de tamizaje para comprender coherentemente los impulsos de poder punitivo. Debido a ello, la investigación del delito debe ser por niveles, es decir gradualmente; y la teoría de la responsabilidad penal (p. 68), el deber como contestación del Estado con respecto al delito, tanto lo punible y penable, a un proceder típico, antijurídico y causante, el poder punitivo (*ius puniendi*) debe responder mediante una pena, por lo que todo delito será punible. Sin embargo, no en todos los casos el delito es penable. De acuerdo a Morillas (2016) citando a Jiménez mencionó que la prisión preventiva es una disposición duradera y concluyente en la cual en forma explícita y judicialmente se le priva de libertad al acusado en el transcurso del tiempo que se considere necesario por parte de la justicia. Así también Kostenwein (2017) refiere que existe una perspectiva que considera que el aumento de la prisión preventiva y la tasa de encarcelamiento en general son el resultado de procesos sociales más amplios, y no se estudian como fenómenos aislados, sino como elementos que surgen de otras causas reales que los convierten en herramientas de control.

En cuanto a la teoría sobre la prisión preventiva según la enciclopedia jurídica es una disposición de caución tomada por el juez erudito en el tema, con la finalidad de impedir que el inculpado eluda la actuación de la justicia (Ossorio). Así mismo, para ser determinada se precisa de que exista pruebas incompletas de haber cometido la transgresión de la ley. Según Sandoval (2020) citando a Landrove Díaz La prisión provisional, en teoría es una medida cautelar y transitoria, que viola el principio de presunción de inocencia y prejuzga a los acusados, convirtiéndose en una condena anticipada. Los presos preventivos deben tener acceso a las mismas actividades que los penados, siempre y cuando sea compatible con su situación procesal. De acuerdo a Magallanes (2021) los principios de la prisión preventiva para que se adopte y cumpla la licitud, idoneidad y sea ceñidamente necesaria presenta los siguientes principios, el de legalidad, que debe constar de un marco legal dispuesto en la Constitución del Estado así como el Nuevo Código Procesal Penal; la jurisdiccionalidad, implica el otorgamiento del privilegio a la autoridad judicial imponer las medidas de exigencia personal de prisión preventiva, ya que por medio del trámite de una resolución adecuadamente determinado, el juez es quien tiene la facultad de conferir las; en cuanto a la excepcionalidad, se debe considerar en casos poco comunes o en extremo necesarios en un proceso penal ante la carencia de alcanzar los fines y objetivos; en relación a la razonabilidad corresponde a que es fundamental

para ordenar la prisión preventiva, debido a que se ampara en la indagación previa sobre la necesidad, incluso la proporcionalidad, así también la razonabilidad en la disposición y presencia de causas convenientes para la prerrogativa, de lo anteriormente descrito corresponderá otorgar la medida cautelar de limitación de la libertad individual; y el principio de provisionalidad, como se indica es temporal, esta medida cautelar es de naturaleza transitoria relacionada con su instrumentalidad y variabilidad, por lo que su valor está regido por un lapso de tiempo vinculado con la misma resolución por orden de prisión preventiva; es decir no es de tiempo ilimitado, razón por la cual se somete a lo establecido por el juez a cargo de la indagación preparatoria. Sobre el principio de la jurisdiccionalidad, a pedido del fiscal, es el juez quien determinará la prisión preventiva, para la situación de sospecha grave, se requiere para ordenar acusación e inicio del juicio; la evaluación de la prisión preventiva debe ser concreta y en conjunto que justifiquen la apariencia delictiva y el riesgo procesal ya que legalizarán en base a la Constitución el uso de la medida de imposición a la persona sea el obstaculizar o evadir (Beade, 2022). De acuerdo a Stevenson y Mayson (2017), sugieren que una reforma al sistema preliminar al juicio será óptima en cuanto a la comparecencia y reducirá la intromisión a la libertad del inculpado, así como los delitos anteriores al juicio. Por otro lado, Viljoen et al. (2019) determinan en su estudio que la consistencia de los instrumentos de evaluación de riesgos no es alta aun cuando pudiera ser de ayuda para disminuir las situaciones de restricción de la libertad. También, Dei Vecchi (2013) la prisión preventiva también llamada concepción cautelar, las determinaciones del juez se sustentan en las premisas doctrinarias verificándose en una variedad de normativas jurídico procesales, por ello en relación a la justificación práctica de la investigación, presenta una gran importancia donde la aplicación de prisión preventiva como medida cautelar pone de manifiesto una situación problemática con respecto a la presunción de inocencia durante el proceso de investigación, dado que se ha observado que los pedidos de prisión preventiva y la decisión del mismo varían desde los 9 meses hasta los 36 meses para los acusados de cometer delitos, considero que en algunos casos es excesiva y en otras no se dicta prisión preventiva o son muy pocos meses para la misma. La importancia de la investigación radica en nos permitirá conocer sobre el abuso del derecho penal a fin de que no haya desproporcionalidad en la prisión preventiva de los investigados. En suma, el objetivo de la investigación fue analizar la incidencia del abuso del derecho penal en la desproporcionalidad de la prisión preventiva del personal de justicia.

2. Metodología

El método empleado en el presente artículo fue de revisión bibliográfica y análisis documental la data se obtuvo de las bases de datos de Scopus, Scielo y fuentes de internet, la fuente documental estuvo por libros, artículos científicos tesis de diversas universidades donde se utilizaron 28 referencias en su mayoría información relevante al tema, la búsqueda fue realizada en los idiomas inglés y español, de acceso abierto no se consideró los años debido a que se trabajó con la teorías fundamentada las palabras claves fueron los siguientes: abuso, derecho penal, proporcionalidad, desproporcionalidad, prisión preventiva. Como se puede observar en la tabla 1.

Tabla 1: El abuso del derecho penal y la desproporcionalidad de la prisión preventiva en el personal judicial, 2022.

Nº	Autor y año	Tipo de Fuente	Comentario de las citas revisadas	Ubicación en el marco teórico	Contexto de estudio
1	Goite & Medina (2020). La prisión preventiva en América Latina en tiempos de reformas y contrarreformas del proceso penal. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad ISSN: 2531-1565	Artículo científico	Una gran preocupación de los últimos 30 años, a través de diversos despachos que tiene la Organización de Naciones Unidas (ONU), y comunidad internacional manifiestan que uno de los problemas es que existe un número grande de presos sin haber sido condenados con el consistente hacinamiento de las cárceles en varios países de América Latina, siendo entonces una de las motivaciones para realizar reformas procesales de corte penal	Introducción Marco teórico	Cuba-América Latina
2	Alarcón (2018) Análisis del plazo máximo de duración de la prisión preventiva a las personas imputadas del Distrito Judicial de la Provincia de Hato Mayor UCE Ciencia. Revista de postgrado. Vol. 6(3), 2018	Artículo de revisión	En América Latina, específicamente en República Dominicana, el asunto de la prisión preventiva es materia en discusión visto que cuestiona la figura de exculpado en el acusado de provocar una condena anticipada.	Introducción	República Dominicana
3	Krauth (2018) La prisión preventiva en el Ecuador.	Libro digital	En el Ecuador, desde antaño, el manejo del poder del Estado no ha sido justificada, lo que se observa por parte del poder ejecutivo que determinan la privación de la libertad en base a los hábitos, iniquidad e intervencionismo.	Introducción Marco teórico	Ecuador
4	Vaca (2020) Prisión preventiva extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual.	Informe de tesis	En el Ecuador, se manifiesta como problema sustancial que hay una exagerada exigencia de medidas cautelares de prisión preventiva que conllevan al hacinamiento de las prisiones con acusados con sentencias y otros sin sentencias condenatorias a pesar de las resoluciones emitidas al respecto por parte del Congreso Americano relacionado a los Derechos Fundamentales de la Persona.	Introducción	Ecuador
5	Villagra (2018) Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia.	Informe de tesis	En Chile, la existencia de un cúmulo de vicios y errores del acto jurídico que culminan en la orden de medida cautelar costoso por parte del sistema judicial en desmedro de muchas personas que más tarde terminan liberadas, como resultado de una sentencia de absolución durante el proceso de juzgamiento	Introducción	Chile
6	Moscoso (2021) Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano.	Artículo científico	En el Perú, un asunto polémico de orden jurídico lo constituye la prisión preventiva, considerada como medida cautelar por parte del personal judicial responsable de aplicar los preceptos jurídicos que es tomada en cuenta en la práctica como la regla y no como extraordinario en los procesos preventivos de orden penal	Introducción	Perú
7	Núñez (2019) El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia	Artículo de revisión	El derecho penal se define como una serie de preceptos jurídicos que ordenan la facultad sancionadora del Estado, relacionado a actos, omitidos a la ley, como premisa, una condena, medidas de convicción o modificación como resultado, con la finalidad de garantizar los valores elementales donde radica la interacción pacífica del ser humano.	Introducción	España
8	Guzmán (2022). Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva en los delitos de lesiones causados por accidentes de tránsito análisis jurídico del caso NO. 1228-2016-01248.	Informe de tesis	En la investigación a su cargo mencionó que en los Estados constitucionalistas es de sumo interés el precepto de proporcionalidad de prisión precautoria, tal es la situación de Ecuador y forma parte de su Código Orgánico Integral Penal desde el año 2014, en la cual el objetivo final es la salvaguarda del derecho y jurisdicción del inculpado y de la persona damnificada. Es por ello que el magistrado debe considerarlo previo a la decisión a adoptar, asimismo plasmar dicha decisión en el dictamen final.	Introducción Marco teórico	Ecuador
9	Vargas (2022). La proporcionalidad de la pena del delito de asociación ilícita.	Artículo científico	En su investigación analizó el principio de proporcionalidad de la pena supuesto de transgresión de asociación criminal. Para ello, en base a lo estipulado en el código penal, considerando cuatro teorías que intentan esclarecer sobre la base de la penalización. De este modo, la teoría del abuso del derecho muestra un resultado desproporcionado ya que solo puede dar legitimidad a una penalidad de multa establecida en el artículo 210. De igual forma sucede con la teoría de la anticipación por lo que no evidencia la noción de que crímenes de peligrosidad no ameritan a los producidos por la lesión. En cuanto a la teoría de la arrogación del monopolio estatal, los seguidores de esta teoría afirman que la penalidad de los ilegales asociativos resultaría ser inferior a los ilícitos que se planean realizar, no obstante, si se valora y dicha afectación es significativa, por lo tanto, la penalidad sería igual o mejor aquellos delitos futuros.	Marco teórico	Argentina
10	Rise et al. (2018). La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo.	Artículo científico	Mencionaron que la realidad del aspecto jurídico penal en Colombia, sobre la detención preventiva perjudica a las personas desfavorecidas y marginadas, puesto que no tienen los ingresos de dinero para afrontar y realizar su defensa para que una probable prisión preventiva o en su domicilio. Por otro lado, el hacinamiento en prisión ha disminuido de un 52.29% para el año 2016 a 45.6% en 2018, debido a la liberación de los procesados según la aplicación de la ley 1700-2015 tiende a simplificar el manejo de la prisión preventiva, pero aun así existe una cifra elevada de imputados con prisión preventiva.	Marco teórico	Perú - Colombia

11	Ramírez et al. (2018), La prisión preventiva, estudio exploratorio	Artículo científico	En el estudio realizado en Guatemala y Paraguay por Ramírez et al. (2018) sobre la prisión preventiva manifestaron que las tasas son elevadas de prisión en una proyección para los años 2017 a 2027, se ha determinado que el incremento de las personas encarceladas se produce en inculpados que no tienen condenas, con la consecuente aglomeración carcelaria, exposición a la violencia y altas cargas sociales.	Marco teórico	Guatemala-Paraguay
12	Carrillo (2018) El principio de proporcionalidad y la prisión preventiva	Informe de tesis	En su trabajo de investigación concluye que al debatir y determinar la prisión provisional, a través de la preparación de normas anexas, al aplicar el principio de proporcionalidad, da acceso a la adecuada solución de antagonismo que se produce entre el interés legítimo constitucional del sometimiento de carácter penal y el derecho a la libertad individual del acusado, para ambas situaciones se determinarán los niveles de satisfacción del interés legítimo y de intensidad de participación en el derecho fundamental de tal manera que se determina cuál de ellos debe predominar.	Introducción Marco teórico	Perú
13	Gonzales (2019) El principio de proporcionalidad en la resolución de prisión preventiva, en delitos de corrupción. Corte Superior de Justicia del Santa - 2018.	Informe de tesis	En su trabajo de investigación mencionó que al dictarse la prisión preventiva se perjudicaron los derechos constitucionales de los imputados, por no aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, debiéndose haber analizado estrictamente cada uno de las situaciones del ámbito constituyente y estricta utilización del principio de proporcionalidad.	Introducción Marco teórico	Perú
14	Palli (2020). El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva.	Artículo científico	En su investigación dijo que se ha comprobado que el estudio de proporcionalidad se lleva a cabo en las causales de los presupuestos materiales en relación a la prisión preventiva tiene correspondencia con los llamados subprincipios de ponderación, necesidad e idoneidad.	Introducción Marco teórico	Perú
15	(Cabrera y Gonzales, 2020) Fundamentos jurídicos para adecuar el control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en el Perú, Cajamarca.	Informe de tesis	Concluyen en que debe respetarse el principio de la imputación necesaria, como fundamento jurídico para la adaptación de dominio de control de los elementos constitutivos durante la primera etapa en el juzgado de prisión preventiva, al mismo tiempo la consideración a la defensa y las garantías procesales en cuanto a los derechos de orden fundamental. También se limita de forma cabal el ejercicio de defender al procesado, dando origen con ello a imponer medidas precautorias, cuando hay ausencia de una adecuada calificación jurídica, puesto que no sería conveniente durante el proceso judicial. Por ende, se argumenta la importancia de modificar.	Marco teórico	Perú
16	Calderón y Jaramillo (2022) Aplicación de la prisión preventiva y su problemática frente a la emergencia sanitaria por COVID-19 en el Perú.	Informe de tesis	Las conclusiones del trabajo de investigación en el Perú, de acuerdo a los entrevistados son las siguientes, en cuanto a la prisión preventiva no produciría ser proporcional ante la pandemia por el COVID 19, debido a las condiciones de inseguridad de salud en las cárceles, a cambio para que se considere la proporcionalidad, existen acciones como el comparecer de modo restrictivo, impedir la salida del territorio nacional, detención en el domicilio, fianzas, el inhabilitar al procesado, e incluso el uso de esposas electrónicas.	Marco teórico	Perú
17	Escalante (2021) La prisión preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción - NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima	Informe de tesis	De las conclusiones relevantes se pueden mencionar en relación a los jueces penales, que no aplican en la misma condición de sospecha severa tanto en la apariencia del delicto como en las exigencias para las transgresiones de la ley en la investigación en curso en detrimento de la Administración Pública, para ello se propone la Teoría del Riesgo que está conformada por el presupuesto <i>fumus delicti</i> comisi que junto con el mayor compromiso del crimen no constituye conveniente para determinar la prisión preventiva, y por otro lado el <i>periculum libertatis</i> que significa peligrosismo procesal que será notable en la determinación para la aplicación de excepción de la medida preventiva.	Marco teórico	Perú
18	Missiego (2021), Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano Universidad de Lima, Lima, Perú.	Artículo científico	En su investigación ha llegado a las conclusiones de que la prisión preventiva se debe llevar a cabo cuando existan y cumplan los presupuestos jurídicos ajustados a ley, además para la formulación de la prisión preventiva se harán en la medida de que haya suficientes elementos de convicción y las pruebas pertinentes para la confirmación de presunción en la ley. Se sigue observando y persistiendo la problemática para personas que les privan su libertad en forma injusta, en quienes no existen los llamados elementos necesarios para una acusación de haber cometido un acto delictuoso.	Marco teórico	Perú
19	Peñaherrera (2022) La prisión preventiva, aplicabilidad y ejecución en el marco jurídico a partir de la sentencia N° 8-20-CN/21 de la corte constitucional	Artículo de revisión	Se examina la prisión preventiva como medida cautelar en el proceso penal y su impacto en los principios de presunción de inocencia y libertad individual. Se defiende la necesidad de implementar medidas alternativas a la privación de libertad para garantizar los derechos y la dignidad humana en un estado constitucional de derecho.	Desarrollo	Ecuador
20	Zaffaroni (2006) Estructura básica del derecho penal.	Libro digital	El derecho penal es una ciencia o subdisciplina normativa, es decir se encarga de leyes que son de interés a lo punible y de acuerdo a ellas elabora una teoría. Las normas son deducidas de las leyes, que son componentes lógicos (elementos ideales) para la elaboración de la teoría. Además, Zaffaroni hace referencia a la teoría del derecho penal (p. 12), es el sistema explicativo de las leyes que ejercen en un área definida, siendo en principio la denominada territorialidad del Estado. En cuanto a la teoría del delito (p. 13), está designada a actuar como un sistema expedito de tamizaje para comprender coherentemente los impulsos de poder punitivo. Debido a ello, la investigación del delito debe ser por niveles, es decir gradualmente; y la teoría de la responsabilidad penal (p. 68), el deber como contestación del Estado con respecto al delito, tanto lo punible y penable, a un proceder típico, antijurídico y casuante, el poder punitivo (<i>ius puniendi</i>) debe responder mediante una pena, por lo que todo delito será punible. Sin embargo, no en todos los casos el delito es penable.	Marco teórico	Argentina
21	Morillas (2016) Anales de Derecho, Reflexiones sobre la prisión preventiva	Artículo científico	Menciona que la prisión preventiva es una disposición duradera y concluyente en la cual en forma explícita y judicialmente se le priva de libertad al acusado en el transcurso del tiempo que se considere necesario por parte de la justicia.	Introducción Marco teórico	España
22	Albañil (2020) La Prisión Preventiva Corte Superior de Justicia de Lambayeque	Artículo de revisión	Los principios de la prisión preventiva presenta los siguientes principios, el de legalidad, que debe constar de un marco legal dispuesto en la Constitución del Estado; la jurisdiccionalidad, implica el otorgamiento del privilegio a la autoridad judicial imponer las medidas de exigencia personal de prisión preventiva; en cuanto a la excepcionalidad, se debe considerar en casos poco comunes o en extremo necesarios en un proceso penal ante la carencia de alcanzar los fines y objetivos; la razonabilidad debido a que se ampara en la indagación previa sobre la necesidad, incluso la proporcionalidad, así también la razonabilidad en la disposición y presencia de causas convenientes para la prerrogativa; y el principio de provisionalidad, como se indica es temporal, esta medida cautelar es de naturaleza transitoria relacionada con su instrumentalidad y variabilidad, por lo que su valor está regido por un lapso de tiempo vinculado con la misma resolución por orden de prisión preventiva.	Introducción	Perú
23	Kostenwein (2017) La prisión preventiva en plural	Artículo de revisión	Menciona que existe una perspectiva que considera que el aumento de la prisión preventiva y la tasa de encarcelamiento en general son el resultado de procesos sociales más amplios, y no se estudian como fenómenos aislados, sino como elementos que surgen de otras causas reales que los convierten en herramientas de control.	Resultados	Brasil
24	Sandoval (2020) La prisión preventiva y sus límites. Enfoques Jurídicos	Artículo de revisión	El artículo es un análisis que examina la relación entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el sistema de justicia penal de México. Se analizan dos aspectos principales: si la imposición de la prisión preventiva viola el derecho a la presunción de inocencia y cómo se tratan y cuáles son los fines de los presos provisionales según la Ley Nacional de Ejecución Penal.	Resumen	México
25	Magallanes (2021)	Artículo de revisión	La prisión preventiva, como medida de privación de libertad, debe ser aplicada de manera excepcional y fundamentada por parte de un juez. Sin embargo, aún persisten prácticas inquisitivas que abusan de esta medida, vulnerando los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y plazo razonable, lo que pone en entredicho su legitimidad y efectividad. En muchos casos, la prisión preventiva se convierte en una especie de pena anticipada, generando una acumulación de personas privadas de libertad sin haber sido condenadas. Es necesario erradicar esta situación.	Introducción	Perú
26	Beadé (2022) Los delitos de peligro y la proporcionalidad constitucional: una reestructuración de la responsabilidad penal bajo los lineamientos básicos del principio de proporcionalidad	Artículo de revisión	El artículo examina la importancia de los delitos de peligro y defiende que un enfoque basado en el riesgo no debería comprometer los derechos fundamentales de las personas. Se plantea la discusión sobre si el principio de daño requiere la lesión concreta de un bien jurídico protegido en los delitos de peligro.	Resumen	Argentina
27	Stevenson y Mayson (2017) Baal Reform: New Directions for Pretrial Detention and Release. Reforma de la fianza: nuevas direcciones para la prisión preventiva y la liberación	Artículo científico	Sugieren que una reforma al sistema preliminar al juicio será óptima en cuanto a la comparecencia y reducirá la intromisión a la libertad del inculpad, así como los delitos anteriores al juicio.	Marco teórico	Estados Unidos
28	Viljoen et al. (2019) Impact of risk assessment instruments on rates of pretrial detention, postconviction placements, and release: A systematic review and meta-analysis	Artículo científico	Determinan en su estudio que la consistencia de los instrumentos de evaluación de riesgos no es alta aun cuando pudiera ser de ayuda para disminuir las situaciones de restricción de la libertad.	Marco teórico	Estados Unidos - Canadá
29	Dei Vecchi (2013) Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes	Artículo científico	La prisión preventiva también llamada concepción cautelar, las determinaciones del juez se sustentan en las premisas doctrinarias verificándose en una variedad de normativas jurídico procesales, por ello en relación a la justificación práctica de la investigación, presenta una gran importancia donde la aplicación de prisión preventiva como medida cautelar pone de manifiesto una situación problemática con respecto a la presunción de inocencia durante el proceso de investigación, dado que se ha observado que los pedidos de prisión preventiva y la decisión del mismo varían desde los 9 meses hasta los 36 meses para los acusados de cometer delitos, considero que en algunos casos es excesiva y en otros no se dicta prisión preventiva o son muy pocos meses para la misma.	Marco teórico	Chile

Se observa que el uso de fuentes para la redacción de la investigación en su mayoría fueron artículos de revisión con un 34 %, seguido de los artículos científicos con 31 %, informes de tesis con 28 % y libros con un 7 %. Como se puede observar en la figura 1.

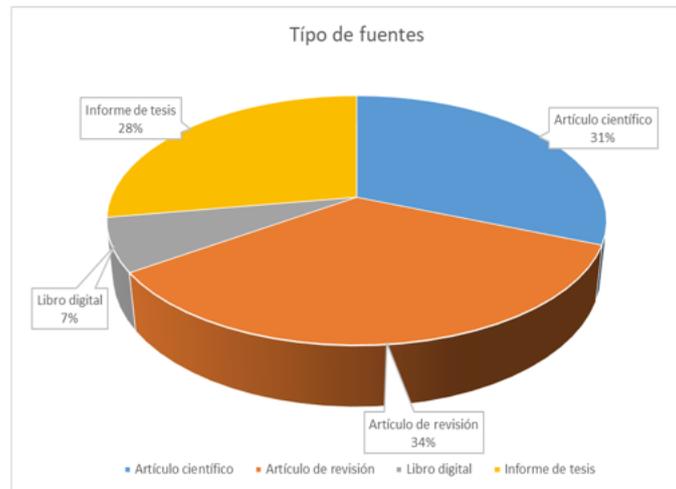


Figura 1: Tipo de fuentes.

3. Resultados y discusión

Alarcón (2018) sus resultados muestran que hay exceso de prisión preventiva de los investigados, sin embargo, Moscoso (2021) refieren que todo lo actuado está dentro la ley, por otro lado, Kostenwein (2017) refiere que existe una perspectiva que considera que el aumento de la prisión preventiva y la tasa de encarcelamiento en general son el resultado de procesos sociales más amplios, y no se estudian como fenómenos aislados, sino como elementos que surgen de otras causas “reales” que los convierte en herramientas de control. Cabrera y Gonzales (2020) concluyeron en que se debe respetar el principio de imputación en el transcurso de la etapa inicial de la prisión preventiva con el concurso del debido proceso puesto que sin ello, no sería adecuado en el marco del procedimiento judicial, por otro lado, Calderón y Jaramillo (2022) han concluido que la prisión preventiva ante la pandemia del COVID 19 no resultaría ser proporcional en virtud del riesgo de la salud en los presidios, sostiene además que la comparecencia puede darse de forma restrictiva, el impedimento de la salida del país, arresto domiciliario, el pago de fianzas y la inhabilitación del inculpado. Carrillo (2018), menciona en cuanto a la prisión preventiva, la aplicación adecuada de las normas y del principio de la proporcionalidad, provee una solución al conflicto que surge entre la acción del bien jurídico constitucional de orden penal así como a la libertad personal del inculpado, del mismo modo Dei Vecchi (2013) pone de manifiesto que las decisiones del juez se basan en los presupuestos normativos por lo que la medida cautelar se determinará en función de los elementos de convicción para la estimación razonable de la comisión del delito.

Goite y Medina (2020) concluye que promover las reformas procesales en el ámbito penal surge a partir de la existencia de inculpados en prisión sin que hayan recibido sentencia, por ende, la aglomeración en las prisiones en diversos países de América Latina, en tanto, Gonzales (2019) dio como resultado en su estudio que hubo perjuicio en los derechos constitucionales de los acusados, al no aplicarse el modo adecuado el principio de la proporcionalidad. Rios et al. (2018), en la detención preventiva en Colombia, se manifiesta y perjudica con mayor énfasis a las personas marginadas y desfavorecidas, en el ámbito de la jurisprudencia jurídica penal, debido a que carecen de los ingresos económicos para hacer frente y ejercer su defensa para una supuesta prisión preventiva o domiciliaria; pese a la disminución del hacinamiento todavía persiste alto el porcentaje de imputados en la prisión preventiva, por lo que se refiere a Guzman (2022), en Ecuador a través de su Código Orgánico Integral Penal a partir del 2014, pone énfasis en el principio de la proporcionalidad como Estado constitucional, en la protección del derecho y la legislación tanto para el damnificado y el inculpado.

Krauth (2018) mencionó que desde años pasados en el Ecuador, la administración del poder no ha sido justificada por lo que la privación de la libertad se basa en la desigualdad, las costumbres e injerencia, así mismo, Missiego (2021) afirmó que se prosigue con el problema que hay acusados privados de su libertad de modo injustificado, siendo insuficientes los elementos de convicción, las pruebas convenientes y corroborado de acuerdo a ley, la prisión preventiva se optará sin perjuicio del acusado siguiendo el debido proceso. Moscoso (2021) concluyó que la prisión preventiva como medida cautelar es tomada como regla y no como situación extraordinaria en los procesos preventivos, mientras que Palli (2020) en su estudio en relación a las medidas cautelares ha comprobado que el estudio de proporcionalidad se lleva a cabo en las causales de los presupuestos materiales, por lo que la prisión preventiva corresponde con los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Ramírez et al. (2018), determinaron un incremento de personas en prisión preventiva en hacinamiento, expuestos a la violencia y que no tienen sentencia, en una proyección para los años 2017 a 2027, estudio realizado en Guatemala y Paraguay, en tanto, Stevenson y Mayson (2017) sugieren que sería óptimo la realización de reformas al sistema preliminar al juicio por lo tanto se reduciría la injerencia a la libertad del acusado tanto como delitos previos al juicio. Vaca (2020) manifestó que el problema permanente en el ámbito jurídico en Ecuador se trata de una exigencia extrema en las medidas cautelares sobre la prisión preventiva, las cuales acarrearán hacinamiento en las cárceles con acusados sentenciados y no sentenciados, por otra parte, Vargas (2022) en su investigación analizó el principio de proporcionalidad de la pena supuesto de transgresión de asociación criminal, todo ello basado en el código penal. Viljoen et al. (2019), mostraron en su investigación que los instrumentos de evaluación de riesgos tienen consistencia y por lo tanto puede servir de apoyo para la disminución de condiciones de restricción de la libertad, por otro lado, Villagra (2018) señaló en su estudio realizado en Chile que existe una cantidad de vicios y errores de las acciones jurídicas que terminan en medidas cautelares onerosas en perjuicio de los imputados que luego son liberados y con sentencia absolutoria en el transcurso del proceso de juzgamiento.

4. Conclusiones

El código penal de cada país debe ser elaborado de manera explícita, garantizando el principio de proporcionalidad en casos de prisión preventiva. Además, es importante que los códigos penales sean susceptibles de ser modificados para especificar de manera clara las medidas cautelares a fin de evitar el abuso de la prisión preventiva. La decisión de los operadores de justicia, tanto fiscales como jueces, debe estar en consonancia con las normas del código penal de cada país, evitando el hacinamiento carcelario y asegurando un debido proceso para los acusados. Las sentencias de prisión preventiva deben estar respaldadas por elementos de convicción sólidos, y es fundamental que se realicen de manera ágil para evitar generar incertidumbre en los procesados.

5. Referencias bibliográficas

- Alarcón, A. (2018). Análisis del plazo máximo de duración de la prisión preventiva a las personas imputadas del Distrito Judicial de la Provincia de Hato Mayor. UCE Ciencia. Revista de Postgrado., 6(3), 3–6.
- Beade, G. (2022). Los delitos de peligro y la proporcionalidad constitucional: una reestructuración de la responsabilidad penal bajo los lineamientos básicos del principio de proporcionalidad. Revista Ius et Praxis, 1, 191–201.
- Cabrera, A., & Gonzales, J. (2020). Fundamentos jurídicos para adecuar el control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en el Perú (Vol. 7, Issue 2).
- Calderón, R., & Jaramillo, F. (2022). Aplicación de la prisión preventiva y su problemática frente a la emergencia sanitaria por COVID-19 en el Perú Application of preventive prison and its problems in the health emergency due to COVID-19 in Peru. Revista Derecho, 10, 1–2.
- Carrillo, R. (2018). El Principio de proporcionalidad y la prisión preventiva [Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. In Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo.”
- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. Revista de Derecho (Valdivia), 26(2), 189–217.
- Escalante, C. (2021). La prisión preventiva y la teoría del riesgo en el subsistema anticorrupción – NCPP y crimen organizado del distrito judicial de Lima.
- Goite, M., & Medina, A. (2020). La prisión preventiva en América Latina en tiempos de reformas y contrarreformas del proceso penal. Dialnet, No. 7, 1–34.
- Gonzales, F. (2019). El principio de proporcionalidad en la resolución de prisión preventiva, en delitos de corrupción. Corte Superior de Justicia del Santa – 2018.
- Guzman, A. (2022). Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva en los delitos de lesiones causados por accidentes de tránsito análisis jurídico del caso no. 1228-2016-01248.
- Kostenwein, E. (2017). La prisión preventiva en plural. Revista Direito e Práxis, 8(2).
- Krauth, S. (2018). La prisión preventiva en Ecuador. In M. Brito, M. Galarza, L. Pérez, & G. Villagómez (Eds.), Defensoría Pública del Ecuador (Primera, Vol. 59).

- Magallanes, C. (2021). La prisión preventiva y su afectación a la presunción de inocencia. *Angewandte Chemie International Edition*, 6(11), 951–952., 3(1), 1–11.
- Missiego, J. (2021). Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano. *Ius et Praxis. Revista de La Facultad de Derecho*, 053, 125–135.
- Morillas, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 34(1), 1.
- Moscoso, G. (2021). Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano. *Díkaion*, 29(2), 469–500.
- Núñez, J. (2019). El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 1, 147–163.
- Palli, C. (2020). El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva. *Revista de Investigación de La Academia de La Magistratura*, 2, 1–16.
- Peñaherrera, R. (2022). La prisión preventiva, aplicabilidad y ejecución en el marco jurídico a partir de la sentencia N° 8-20-CN/21 de la corte constitucional. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(2), 2063–2084.
- Ramírez, L., Rolon, J., Hernández, J., & Cano, C. (2018). La prisión preventiva, estudio exploratorio Guatemala y Paraguay (Primera). COMJIB.
- Rios, G., Bernal, O., Espinoza, R., & Duque, J. (2018). La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo: la negación de la justicia penal garantista. Un enfoque desde la criminología y la política criminológica: Vol.(Issue 3).
- Sandoval, E. (2020). La prisión preventiva y sus límites. *Enfoques Jurídicos*, 2, 134–150.
- Stevenson, M., & Mayson, S. (2017). Penn carey law: Legal scholarship repository pretrial detention and Bail. *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*. 1745, 1, 1–22.
- Vaca, V. (2020). Prisión preventiva extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual [Universidad Católica de Guayaquil]. In *Angewandte Chemie International Edition*, 6(11), 951–952. (Vol. 3, Issue 1).
- Vargas, M. (2022). La proporcionalidad de la pena del delito de asociación ilícita. *Revista de Procesamiento Penal*, 214, 1–19.
- Viljoen, J. L., Jonnson, M. R., Cochrane, D. M., Vargen, L. M., & Vincent, G. M. (2019). Impact of risk assessment instruments on rates of pretrial detention, postconviction placements, and release: A systematic review and meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 43(5), 397–420.
- Villagra, E. A. (2018). Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia
- Zaffaroni, E. (2006). Estructura básica del derecho penal (pp. 1–92). <http://www.matiashailone.com/dip/Zaffaroni-Estructura-Basica-de-Derecho-Penal.pdf>