



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad
durante la pandemia, COVID-19**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONA DE:
ABOGADO**

AUTOR:

Lopez Marcos, Miguel Angel (ORCID: 0000-0001-9886-8067)

ASESOR:

Dr. Prieto Chavez, Rosas Job (ORCID: 0000-0003-4722-838X)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN :

Derecho Penal, Procesal Penal, Sistema de penas, Causas y formas del
fenómeno criminal.

LÍNEA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA:

Fortalecimiento de la democracia, liderazgo y ciudadanía

LIMA – PERÚ

2022

Dedicatoria

A mis padres Doris y Edgar por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida, por estar siempre en los buenos y malos momentos sosteniendo a la familia.

Agradecimiento

Agradecer a todos mis familiares que me apoyaron a lo largo de la carrera.

También agradecer a todos mis amigos y amigas que me acompañaron en este camino.

Asimismo, agradecer al profesor Job por la asesoría brindada para el desarrollo de esta tesis.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Índice de tablas.....	v
Resumen	vi
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	4
III. METODOLOGÍA	61
3.1. Tipo y diseño de investigación	61
3.2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización	62
3.3. Escenario de estudio	62
3.4. Participantes.....	63
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	64
3.6. Procedimientos	64
3.7. Rigor Científico	65
3.8. Método de análisis de la información.....	65
3.9. Aspectos éticos.....	66
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	66
V. CONCLUSIONES.....	92
VI. RECOMENDACIONES	94
REFERENCIAS	95
ANEXOS	

Índice de tablas

Tabla 1 Expertos entrevistados.....	65
Tabla 2 Expertos en la Validación del Instrumento.....	66
Tabla 3 Matriz de Categorización.....	108

Resumen

La presente tesis tuvo como objetivo determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19. La investigación fue de tipo básica, bajo el enfoque cualitativo, presenta un nivel de investigación descriptivo, un diseño interpretativo bibliográfico, empleándose las técnicas de análisis documental y entrevista. Los resultados de la presente investigación demuestran que no se respeta el principio de proporcionalidad por: i) la exposición al COVID-19 y la situación carcelaria actual en que se están ejecutando las prisiones preventivas en el país, que menoscaba los derechos fundamentales de los procesados reclusos; y ii) por una insuficiente y/o aparente motivación respecto al extremo referido a la proporcionalidad en las resoluciones de imposición, cese o variación de prisiones preventivas. Se obtuvo como conclusión que no se cumple el principio de proporcionalidad, debido no solo al riesgo frente a la pandemia y el COVID-19, sino principalmente a problemas serios como el hacinamiento penitenciario y las críticas condiciones carcelarias que constituyen actualmente un estado de cosas inconstitucional, los cuales generan un estado de afectación o serio riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los reclusos.

Palabras clave: Prisión Preventiva, Proporcionalidad, Hacinamiento, Salud.

Abstract

The objective of this thesis was to determine if the preventive detention measure complies with the proportionality assumption during the COVID-19 pandemic. The research was of a basic type, under the qualitative approach, it presents a descriptive level of research, a bibliographical interpretive design, using the techniques of documentary analysis and interview. The results of this investigation showed that the principle of proportionality is not respected due to: i) exposure to COVID-19 and the current prison situation in which preventive prisons are accumulating in the country, which undermines the fundamental rights of the accused secluded; and ii) due to insufficient and/or apparent reasoning regarding the extreme referred to proportionality in the resolutions of imposition, cessation or variation of preventive detentions. It was concluded that the principle of proportionality is not fulfilled, due not only to the risk of the pandemic and COVID-19, but mainly to serious problems such as prison overcrowding and critical prison conditions that currently constitute an unconstitutional state of affairs. , which generate a state of affectation or serious risk of affectation of the fundamental rights of the inmates.

Keywords: Preventive Prison, Proportionality, Overcrowding, Health.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2020, ante la propagación del COVID-19 “coronavirus” por varios países del mundo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) decretaría la pandemia a causa de este virus. Ello revelaría de manera directa e inmediata la fragilidad y crisis en que se encontraban todos los establecimientos penitenciarios en el Perú. En este estado de emergencia, las personas privadas de libertad se encontrarían en una situación de vulnerabilidad, en un peligro latente de contagiarse de COVID-19, lo que produciría un daño severo a su salud o inclusive la muerte. El riesgo de contagio es alto debido a que en los penales existe -desde hace mucho tiempo- un grave problema, el cual es el hacinamiento penitenciario. Según la Defensoría del Pueblo (2020a) de las supervisiones efectuadas se puede concluir que las personas reclusas en centros de detención cumplen con el mandato de detención bajo condiciones carcelarias que terminan afectando sus derechos a la salud, a la integridad, a la vida, entre otros. Esta situación tiene como causa principal el hacinamiento existente en las cárceles. Existe una población penitenciaria que asciende a 97111 personas reclusas, pero con una capacidad de albergue de 40137 cupos, teniendo un nivel de hacinamiento de 140% (párr. 8-9).

Sobre el problema que representa el hacinamiento, también se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) la cual, dirigiéndose a los estados de la región, recomienda que se deben adecuar o corregir las condiciones de detención que soportan las personas privadas de su libertad; respecto a saneamiento, salud, alimentación, medidas de cuarentena o prevención para prevenir contagios y la propagación del COVID-19 al interior de las prisiones, así como garantizar que se cuente con atención médica (p. 16).

Actualmente, en los establecimientos penitenciarios no se respeta el distanciamiento social, faltan elementos básicos de aseo personal y de limpieza, así como contar con un personal médico, etc. Este tipo de medidas -entre ellas las más básicas- son necesarias, ya que, estamos hablando de personas inocentes -pues el proceso penal aún no termina- a quienes solo debe restringirse su libertad ambulatoria, y no pueden ser objeto de abandono, abusos y condiciones indignas,

A partir de lo expuesto, se planteó el siguiente problema general: ¿La medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la

pandemia por COVID-19? Y como problemas específicos: i) ¿De qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva?; ii) ¿De qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19?

El presente trabajo de investigación se justifica jurídicamente ya que es necesario proteger los derechos fundamentales de las personas que cumplen el mandato de prisión preventiva en tiempos de pandemia por el COVID-19. Esto debido a que la pandemia agudizó los problemas que ya existían en los establecimientos penitenciarios en el Perú, principalmente el hacinamiento penitenciario, por lo que se incrementado el riesgo de contagiarse de coronavirus y afectar seriamente la salud de los detenidos. Por ello, varios órganos nacionales e internacionales se han pronunciado al respecto, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Resolución N.º 01/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. En ese sentido, los Estados deben tomar medidas idóneas y efectivas para reducir el riesgo de contagio en las cárceles, así como prevenir las afectaciones a vida, a la salud e integridad, las cuales deben estar enfocadas en la prevención de contagios, brindar tratamientos médicos y tomar medidas de deshacinamiento rápidas y eficientes. Además, en base al análisis jurídico realizado, se buscará determinar si corresponde imponer la medida cautelar de prisión preventiva en estos tiempos de pandemia, o en todo caso, resulta necesario su variación a otra medida menos lesiva que garantice los derechos a la salud y vida de los procesados.

Posee justificación teórica porque la incidencia de la pandemia por COVID-19 en los presupuestos de la prisión preventiva es un tema inédito, de ahí que, algunos autores como Urquiza Olaechea, señalen que no existe norma específica y expresa que prevea este tipo de situaciones excepcionales y de emergencia, como la pandemia por el COVID-19. Por ello se pretende ampliar las teorías y fundamentos respecto a este tema. Además, de que se analizara las principales teorías y posturas doctrinarias -nacionales e internacionales- al respecto, para así entender la correcta aplicación de la prisión preventiva en esta situación de emergencia.

Posee también justificación práctica ya que, se logró sistematizar fundamentos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, para una correcta aplicación de la prisión preventiva en los procesales penales en estos tiempos de pandemia, con la finalidad de que se respeten los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los presos preventivos en los establecimientos penitenciarios.

Además, se justifica metodológicamente, ya que, mediante la técnica de análisis documental y de fichaje, además del instrumento de guía de análisis, se propuso determinados criterios -necesarios- que deben tomarse en cuenta por los operadores del derecho, cuando revisen la legalidad de un mandato de prisión preventiva en un contexto de pandemia -o situación similar- como la que vivimos actualmente y las que pudiesen ocurrir en el futuro. Ello por la obligación del Estado de ejecutar correctamente la prisión preventiva, sin afectar ni poner en riesgo la salud y vida de las personas afectadas con esta medida.

Por lo dicho, se planteó como objetivo general de esta investigación: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19. Y como objetivos específicos: i) Explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva; ii) Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19. Por otro lado, este trabajo formula como supuesto general: La prisión preventiva, en muchos casos, no cumple con el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19. Y como supuestos específicos: i) La pandemia por COVID-19 si modifica el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, al existir afectación o amenaza de afectar la salud de los detenidos; ii) Es posible el cese de prisión preventiva al incumplirse el presupuesto de proporcionalidad por afectación del derecho a la salud del detenido.

II. MARCO TEÓRICO

Aponte (2020) realizó una investigación titulada “Criterios de aplicación, prolongación y cese de la prisión preventiva en un contexto de Estado de Emergencia”. La investigación fue de tipo descriptivo propositivo, con un diseño cuantitativo experimental, y un nivel de investigación cuasi exploratorio. Tuvo como conclusión que, los motivos de establecer como doctrina legal vinculante criterios de aplicación, prolongación y cese de la prisión preventiva en un contexto de Estado de Emergencia son: situación de riesgo en la salud de los presos preventivos por un contagio o posible contagio por el de una pandemia específica u por otras circunstancias objetivamente acreditadas sobre el Estado de Emergencia, nuevas circunstancias sobre variación del peligro procesal en la prisión preventiva, las circunstancias de la situación del Estado de Emergencia, inexistencia de regulación en la legislación nacional y en la doctrina vinculante respecto a un tratamiento de la prisión preventiva contextualizada en un Estado de Emergencia que permitan servir como guía a los Jueces penales.

Ambicho (2021) realizó una investigación titulada “El uso de la prisión preventiva durante el estado de emergencia sanitaria y su incidencia en la población penitenciaria”. La investigación fue de tipo aplicada, con un enfoque cualitativo-cuantitativo, con un nivel de investigación de tipo descriptiva – explicativa y un diseño de investigación no experimental - transaccional simple. Tuvo como conclusión que, se ha logrado determinar que la medida coercitiva de prisión preventiva en un estado de emergencia sanitaria incide en la población penitenciaria, aumentando aún más el número de una ya hacinada población penitenciaria, todo esto en medio del caos, insalubridad, problemas estructurales, seguridad y condiciones precarias de los centros reclusorios peruanos los mismos que no se encuentran en condiciones aceptables, como para albergar a una creciente y aglomerada población de seres humanos.

Caycho (2021) realizó una investigación titulada “La Prisión Preventiva y el Principio de Proporcionalidad durante la Emergencia Sanitaria”. La investigación fue de tipo básica, con un enfoque cualitativo, y su diseño de investigación fue de teoría fundamentada. Tuvo como conclusión que, se puede determinar que la medida coercitiva de prisión preventiva, no se encuentra garantizando el principio

de proporcionalidad dentro de la emergencia sanitaria en la que nos encontramos, debido a que no se está dando prioridad a derechos fundamentales como el de la vida y salud, lo que nos lleva a que la población de los hacinamientos penitenciarios tenga un alto índice de contagios, debido a la insalubridad, problemas de seguridad y las condiciones de precariedad dentro de estas, debido a que no encuentran en condiciones aceptables para la magnitud de internos.

Echevarría (2020) realizó una investigación titulada “Primacía del derecho a la salud en cesación de prisión preventiva en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Chanchamayo-2020”. La investigación fue cuantitativa, de tipo básica, con un nivel descriptivo simple y un diseño no experimental transversal. Tuvo como conclusión que, se reconoció que la primacía del derecho a la salud para el cese de prisión preventiva en el Juzgado de Investigación Preparatoria Chanchamayo, 2020. Ya que fue significativo, ya que la Chi cuadrado calculada ($X^2_c=15$) es menor que la Chi cuadrado de tabla ($X^2_t =21,0261$) por el cual se acepta la hipótesis nula y se niega la hipótesis alterna; concluyendo que el derecho a la salud no tiene primacía en la calificación de las solicitudes de cese de la prisión preventiva en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Chanchamayo, 2020.

Holguín (2020) realizó una investigación titulada “Relevancia jurídica de la emergencia sanitaria por COVID-19 en la aplicación de la prisión preventiva en la ciudad de Guayaquil”. La investigación tuvo un diseño cualitativo, usando el método hermenéutico, y contando con una muestra de 10 jueces de garantías penales que conforman la Unidad Penal Norte 1 -Guayaquil Norte – Bloque 4, quienes respondieron las entrevistas. Tuvo como conclusión que, la emergencia sanitaria por COVID-19, sí tiene relevancia jurídica al momento de la aplicación de la prisión preventiva en Guayaquil debido al riesgo de contagio que corre el procesado y los que se encuentran dentro del centro de privación de libertad. Los instrumentos internacionales que le dan un significado jurídico, a la emergencia sanitaria por COVID-19 en el ámbito de la prisión preventiva son de índole nacional e internacional. Entre los instrumentos nacionales, tal como hemos analizado a lo largo de esta investigación, tenemos el plan humanitario COVID-19 Ecuador, a su vez la Corte Nacional de Justicia emitió un comunicado en la página web oficial de la Corte Nacional donde se recomienda a la Jueces la aplicación de medidas

alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva, por otro lado, entre los instrumentos internacionales que le otorgan relevancia jurídica a la emergencia sanitaria por COVID-19 tenemos a la declaración conjunta mediante prensa de la ONUDD, OMS, ONUSIDA Y ACNUDH sobre COVID- 19 en prisiones y otros entornos cerrados, la resolución 01/2020 emitida por la CIDH recomendando a los Estados la aplicación de medidas alternativas y sustitutivas de la prisión preventiva, especialmente para las personas vulnerables al COVID-19, todos estos instrumentos coinciden en que la emergencia sanitaria por COVID-19 y el peligro de contagio, son peligros jurídicos suficientes para que los Jueces busquen la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva como un medio para prevenir el contagio de COVID-19.

El coronavirus (COVID-19) surgió en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019. Posteriormente el 11 de marzo de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), el doctor Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunció que esta enfermedad (COVID-19) puede caracterizarse como una pandemia, debido a que se extendió en varios países y continentes en todo el mundo, afectando a muchas personas. Efectivamente, al momento de este anuncio existían más de 118.000 contagios en 114 países, y 4291 personas que fallecieron, cifra que aumento enormemente hasta la actualidad, de ahí que Smorto (2021) manifieste que la pandemia de COVID-19 representa una de las crisis de salud más graves en la historia de la humanidad, con un impacto en la sociedad sin precedentes (p. 59).

En el Perú, el 6 de marzo de 2020, el Gobierno en estos tiempos confirmaba en primer caso de contagio de COVID-19 en nuestro territorio: un varón de 25 años de edad, que trabajaba como piloto de avión en Latam Airlines, el cual presentaba antecedentes de haber estado en Francia, España y República Checa. El 16 de marzo de 2020 (10 días después) se informaba que esta persona se recuperó y fue dada de alta. Sin embargo, durante los siguientes días se confirmaban más y más casos de personas infectadas con la enfermedad, logrando que la curva se contagios se eleve exponencialmente.

Ante esta situación, mediante el Decreto Supremo 008-2020-SA del 11 de marzo del 2020, se declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio del país, por un plazo de 90 días, el cual ha ido prorrogándose hasta la actualidad.

Posteriormente se emitió el Decreto Supremo 044-2020-PCM del 15 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró un Estado de Emergencia Nacional, así como disponerse el aislamiento social obligatorio (cuarentena).

La libertad, a casi toda la población peruana, se le fue limitada, debido a las políticas de confinamiento adoptadas por el Gobierno de entonces. Se estableció la cuarentena y la prohibición de que nadie saliera de sus casas (salvo actividades de primera necesidad), así como el “aislamiento social obligatorio” y demás medidas necesarias para contener el brote de COVID-19 en el país.

La libertad es, junto con la vida, uno de los derechos fundamentales más valiosos e importantes, es un derecho sustancial, pues permite el desarrollo o ejercicio efectivo de otros derechos. Se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 24, literal b de la Constitución Política del Perú, que señala que “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...)”. De ahí que la restricción a la libertad debe tener un sustento legal, además de ser razonable y proporcional para respetar los mandatos constitucionales.

Este derecho, al igual que todos los demás, no son absolutos, por lo que pueden ser limitados. Los derechos humanos son relativos, pudiendo ser restringidos. Esta restricción es constitucional si tiene una justificación jurídica. La justificación se halla en las reglas de la proporcionalidad (Barak, 2017, citado por Goicochea et al., 2020, p. 61). Una de las formas de restringir el derecho a la libertad es cuando una persona es condenada, imponiéndosele una pena privativa de libertad, la cual deberá cumplir en un establecimiento penitenciario, para lograr sus finalidades de rehabilitación y resocialización.

Sin embargo, es posible que no se requiera que se emita una sentencia que condene al imputado o procesado por la comisión de un delito. Nuestro Nuevo Código Procesal (en adelante NCPP) bajo la denominación de “Medidas de coerción procesal” regula determinadas medidas personales o reales que limitan

derechos fundamentales antes de la emisión de una sentencia. Estas tendrán lugar cuando sean indispensables en el proceso para conseguir determinadas finalidades, como controlar los peligros de fuga y obstaculización, en el caso de la prisión preventiva, que es la medida más gravosa en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento es prácticamente igual al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

La llegada de la pandemia al Perú afectó el desarrollo y trámite ordinario de los procesos judiciales, generando dudas e inconvenientes sobre cómo continuarán los procesos. Así, una situación problemática surgió luego de que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitiera la Resolución Administrativa N.º 115-2020, ya que esta dispuso la suspensión de los plazos procesales (prorrogado por la R.A. N.º 117 y N.º 118) ocasionando con esto que, se rechacen diversos pedidos que buscaban el cese de las prisiones preventivas por haberse vencido el plazo de detención establecido.

Esto tenía lugar gracias a la valoración rigurosa y desconsiderada de varios jueces quienes comprendieron que tal resolución también suspendía el plazo de las prisiones preventivas, desentendiéndose así de la situación de emergencia por la pandemia que se estaba atravesando. Según Aponte (2020) los jueces aplicaron un principio de literalidad, y con ello se desprendieron o desentendieron del contexto actual de pandemia, afectando los derechos a la libertad y a ser juzgados dentro de un plazo estrictamente razonable (párr. 49).

Lo cierto es que la suspensión de los plazos que decreto el Poder Judicial, no puede atribuírsele al imputado que está “padeciendo” la prisión preventiva, porque -en principio- este no ha generado ni provocado esta, así que sería injusto que se mantenga la detención por un suceso extraordinario e imprevisible.

Asimismo, tal suspensión tampoco se encuadra en el artículo 275.1 del NCPP, que regula el supuesto en que el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para el cómputo del plazo de la prisión preventiva. Esto es, que la causa haya sufrido obstrucciones o dilaciones maliciosas provenientes del imputado o su defensa técnica.

Se postulaba también que la suspensión de los plazos que establecía esta resolución administrativa, no aplicaba al plazo de la prisión preventiva, al regular expresamente el NCPP los plazos de esta medida. Por lo que, en base a la jerarquía de las normas, la ley (NCPP) debería prevalecer sobre una resolución administrativa.

Además, este decreto de urgencia no establece -de manera expresa y clara ninguna modificación o nuevo régimen en relación a los plazos de prisión preventiva en esta situación de pandemia. Por ello, realizar una interpretación extensiva contravendría el artículo VII del Título Preliminar del NCPP, al ser una interpretación extensiva que restrinja derechos, lo que esta proscrito en nuestro sistema procesal penal.

Esta problemática se aclaró después de que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dictó -casi que obligado- la Resolución Administrativa N.º 121-2020, donde se establece que la suspensión de los plazos procesales previamente señalada, no se aplica a los plazos de las prisiones preventivas ni detenciones preliminares.

El tema de la prisión preventiva se encuentra muy vinculada a uno de los puntos a tratar en este trabajo: El hacinamiento penitenciario en el Perú en medio de este contexto pandémico. Se encuentra vinculada porque, en el Perú, existe un abuso en el uso de la prisión preventiva, constituyéndose como una de las causas principales del hacinamiento penitenciario en nuestro país, hacinamiento que a la postre puede significar afectaciones a los imputados, según Didwania (2020) “es plausible que las detenciones previas al juicio afectan los resultados del caso de otras maneras y para los acusados también infracciones graves” (p. 25).

Un principio rector en el uso de esta medida es el principio de excepcionalidad, por el cual, no se puede promover un uso automatizado y general de la medida más gravosa que regula nuestra norma procesal. La prisión preventiva solo debe proceder cuando sea, en el caso en concreto, el único medio para conseguir asegurar las finalidades del proceso penal, y que las otras medidas, si bien pueden ser menos lesivas, son infructuosas a esos fines.

Sin embargo, existe un problema grave entre los Estados miembros de la OEA, pues la prisión preventiva ha tenido siempre un uso no excepcional y

desmedido, constituyendo una clara señal que el sistema de administración de justicia ha fracasado, situación inconcebible en una sociedad democrática que debiera respetar la presunción de inocencia de toda persona. Las políticas dirigidas al uso racional de esta medida, su revisión periódica, así como la adopción de otras medidas alternativas, resultan de suma prioridad para reducir su uso y garantizar su excepcionalidad (Sanchez y Gauna, 2021, p. 27).

El maestro argentino Zaffaroni, considera que el poder punitivo en Latinoamérica tiene tendencia al encarcelamiento, aproximadamente tres cuartas partes de los presos son procesados a la espera de una sentencia (...) así tenemos cárceles superpobladas de presos preventivos, y no condenados (Zaffaroni, 2006, citado por Kostenwein, 2017, p. 957). Por otro lado, otros consideran que esta medida puede incrementar la criminalidad, así tenemos a Heaton et al., (2017) quien considera que “la noción de que la prisión preventiva podría aumentar la delincuencia en el futuro es consistente con investigaciones recientes que sugieren que el encarcelamiento en sí mismo podría ser criminógeno” (p. 766).

Efectivamente, consultando los reportes estadísticos (población penal) publicados en la página del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE) del Perú, tenemos que, el reporte de agosto de 2021 señala que la población penal intramuros está constituida por un total de 87332 internos (82895 hombres y 4437 mujeres). De este total, la cantidad de personas procesadas (no condenadas, bajo una medida coercitiva como la prisión preventiva) asciende a 31700 internos (29806 hombres y 1894 mujeres).

Lamas (2020) señala al respecto:

(...) la situación de emergencia sanitaria por la que atraviesa el país, que en el caso del sistema penitenciario aparece ampliamente agudizada, entre otras consideraciones, por la situación de abandono en la que se encuentra el régimen carcelario. En este contexto, la prisión preventiva ocupa un papel relevante, debido al abuso de su aplicación como una manera de satisfacer la presión pública y política y como un aparente remedio a la impunidad y al abuso de la ley. (p. 185)

De esta forma, la sobrepoblación penitenciaria, así como las condiciones indignas (o de baja calidad) e insalubres (que ya existían desde muchos años antes de la pandemia) son las razones por las que la población penitenciaria se encuentre vulnerable y en grave peligro en estos tiempos de pandemia.

Esta vulnerabilidad se debe a las condiciones internas de los centros de detención, que favorecen la propagación de enfermedades. El hacinamiento es una razón principal al respecto, constituyendo el incumplimiento de los estándares óptimos respecto a las condiciones de detención, así como la vulneración de los derechos de las personas privadas de libertad, esto implica un gran riesgo para su bienestar e integridad (física y mental) (Soares et al., 2020, p. 41).

Al respecto, Lamas (2020) manifiesta:

A diferencia de lo acontecido en el pasado (...) en la actualidad el sistema carcelario se ha convertido en un tema de interés general, pues bajo la actual pandemia del COVID-19 las cárceles son ideales para su propagación. Esto se debe, entre otras razones, a la situación material en el que se encuentra el sistema penitenciario. Dicha precariedad encuentra su razón de ser en la cantidad de personas privadas de su libertad que están en condiciones de promiscuidad y amasijo colectivo, en el receso de la administración de justicia y en la ausencia de un personal administrativo idóneo para manejar dicho problema.

Pensemos en que si para la población común hay grandes limitaciones respecto a medios económicos, tecnológicos y materiales al momento de afrontar la situación del COVID-19, lo que debe estar sucediendo en el sistema carcelario a nivel nacional debe ser preocupante y, por tanto, no puede ser desatendido. (pp. 180-181)

Efectivamente, las instalaciones carcelarias favorecen a la propagación del COVID-19. Los detenidos se enfrentan a un alto riesgo de infección (o de consecuencias graves producto de una infección) ante un más que posible brote dentro de la cárcel. Este riesgo surge por las estrechas instalaciones carcelarias, que no son adecuadas para el “distanciamiento social”, el lavado frecuente de

manos y otras medidas de prevención, que han sido instadas por las autoridades, para reducir el riesgo de contraer o propagar el COVID-19 (Fuentes, 2020, p. 454).

Según Ariza y Torres (2019) el hacinamiento ha ocupado un lugar relevante en la agenda política y social, donde saber el nivel de gravedad de la crisis penitenciaria es una labor esencial para mantener controles y seguimientos respecto de las condiciones de detención de las personas reclusas en las cárceles (p. 229).

La infraestructura de los establecimientos penitenciarios es insuficiente para la gran sobrepoblación que existe. De manera que “los espacios cerrados y compartidos hacen imposible el distanciamiento social, lo que permite que las infecciones se propaguen más fácilmente” (Gonnerman, 2020, citada por Carrol, 2020, p. 74). Según Hernández (2020) esto debe influenciar las decisiones judiciales dentro del ámbito penal, ya que la situación de las personas privadas de libertad es muy diferente con la llegada de la pandemia COVID-19 (p. 223).

Pero este problema no es exclusivo del Perú, tampoco de Latinoamérica, esta situación tiene un alcance global. Enfocándonos en los países de América Latina, todos comparten una situación de “emergencia” o “crisis” muy similar; causada no ahora por la pandemia, sino -entre otras razones- principalmente por la corrupción, el hacinamiento y la insalubridad que viene de hace años, que nos ha dirigido a una verdadera crisis penitenciaria.

En primer lugar, sobre la realidad carcelaria en América Latina, tenemos el informe llevado a cabo por el Banco Interamericano de Desarrollo (2019) el cual señaló que en América Latina y el Caribe existe un millón y medio de personas en la cárcel, en las cuales se hacinan mucha gente en poco espacio. Las cárceles de la región están repletas de personas procesadas que esperan su sentencia. Además, no existen divisiones adecuadas entre los internos, faltan alimentos, agua, espacios aptos para las visitas y las actividades educativas. (...) Este problema ha ido en un crecimiento constante, es más, desde el año 2000, la población penitenciaria en esta región aumento un 120%, y en el resto del mundo solo un 24%. Este aumento alarmante termino por colapsar los sistemas penitenciarios, evitando la finalidad o propósito de la cárcel: la reinserción social de los internos. Además, en América

Latina y el Caribe, la tasa de encarcelamiento en esta última década, creció aproximadamente un 28%, sobre todo en la población constituida por jóvenes y mujeres (Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, p. 6).

Según Sanchez y Gauna (2021) la sobrepoblación ocasiona un hacinamiento que deteriora las condiciones de la prisión, afectando los derechos a la salud de las personas privadas de su libertad. Cuando aumenta la cantidad de personas detenidas, pero se mantienen los recursos no se puede responder a la demanda de estas personas, siendo inevitable el deterioro a la salud física, mental y emocional. Esta situación ya constituía una emergencia, que con la pandemia ha transformado los centros de detención en focos infecciosos de alto riesgo (p. 5). Asimismo, “además de los costos económicos directos, la detención impone importantes costos, pero difíciles de cuantificar para las personas, incluida la pérdida de libertad, dignidad, reputación dañada, posición en la comunidad” (Pogrebin, Dodge y Katsampes, 2001, citado por Baughman, 2017, p. 5). Inclusive, estas condiciones de detención producen asaltos dentro de las cárceles, donde cualquier suministro que ingrese se vuelve moneda de cambio, mercancía valiosa que, a poco de ingresar, es objeto de diversas disputas (Sanchez y Gauna, 2021, p. 11).

El informe del Banco Interamericano de Desarrollo, también revela que, del total de internos, en una celda terminan viviendo un 45% más de los que deberían vivir; solo un 42% puede dormir en una cama; solo el 80% tiene acceso al agua potable; solo el 71% ha expresado que recibieron o reciben atención médica; solo el 28% nunca habló por teléfono desde la prisión; solo el 17% nunca recibe visitas; solo el 46% ha sufrido algún intento de robo; solo el 16% recibió palizas; y solo el 1% fue víctima de un delito sexual (Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, p.16).

Según Sanchez y Gauna (2021) la consecuencia directa de la sobrepoblación es el hacinamiento, así como el deterioro de las condiciones de detención. Esto provoca que los internos no tengan camas donde dormir, alimentación insuficiente y de baja calidad, poco acceso a elementos de higiene y cuidado, y atención médica deficiente o inexistente. Por ello, la propagación de un

virus sería crítico, debido a las deficiencias en atención médica y en la gestión de políticas de salud en el encierro (pp. 34-35).

En la mayoría de las prisiones, existen condiciones precarias respecto a la higiene y salud, un acceso limitado al agua potable y a productos básicos de aseo y limpieza. Ello favorece la aparición de enfermedades a las que están expuestas - y que pueden contagiarse- las personas privadas de libertad, por un sistema inmune débil debido a los déficits nutricionales resultantes de la insuficiente provisión de alimentos y de bajo valor nutritivo (Waisbord, 2010, citado por Soares, et al., 2020, pp. 41-42).

Según Montel et al. (2020) la respuesta de salud pública debe ser dirigida a los grupos de especial vulnerabilidad, constituida por las personas mayores con afecciones crónicas, minorías étnicas, pacientes no COVID-19 pero con otras afecciones graves (como cáncer) y con enfermedades mentales o discapacidades físicas, etc., para garantizarles el acceso universal a los servicios de instalaciones de salud (p. 236).

El abandono, despreocupación, y falta de inversión en los establecimientos penitenciarios ha llevado a que no se pueda proveer de los recursos y elementos (de aseo, alimentación, etc.) más básicos a los internos. A pesar de que “cuando el estado despoja a las personas de su libertad y les niega su capacidad para “satisfacer sus propias necesidades”, el gobierno tiene el deber de proveerlas para el recluso” (Brown, 2011, citado por Messinger, 2019, p. 673).

El estado es responsable y obligado principal de garantizar la salud de las personas privadas de libertad, asimismo, este grupo tiene el derecho de exigirle al Estado que provea y disponga el cumplimiento de estas necesidades. Esta obligación surge por el hecho de que es “el mismo Estado el que tiene al recluso bajo su custodia y control. En este orden de ideas, se genera una relación entre la Nación y el preso denominada *relación especial de sujeción*” (Londoño, 2019, p. 69).

En el Perú la situación penitenciaria es similar al de los demás países de la región. Todo aquel que diga que la pandemia fue lo que generó una crisis y emergencia en los establecimientos penitenciarios en el Perú está totalmente

equivocado, ya que la situación delicada de las cárceles ya existía hace mucho tiempo atrás. La pandemia lo que sí hizo fue agudizar y repotenciar estos problemas existentes, logrando una situación aún más alarmante.

Remontándonos unos años atrás, tenemos que mediante el Decreto Legislativo 1325 de enero de 2017, se declaró que el Sistema Nacional Penitenciario y el INPE se encuentran en estado de emergencia por factores asociados a la salud, al hacinamiento, así como la seguridad. Asimismo, para revertir esta situación se establecieron medidas dirigidas para su reestructuración.

Luego, mediante el Decreto Supremo 13-2018 se prorrogó el estado de emergencia del sistema penitenciario hasta diciembre de 2020, por lo que, cuando la pandemia llegó al Perú, ya había sido declarado previamente la emergencia penitenciaria.

Mediante Oficio 208-2020-INPE/01 del 7 de abril de 2020, ya con la pandemia encima de nosotros; el INPE, como medida para evitar la propagación del COVID-19 en las cárceles del país en razón al gran nivel de hacinamiento que existe, decidió -de manera excepcional- ya no recibir más internos al sistema penitenciario nacional durante el tiempo que dure el estado de emergencia nacional. Al respecto, mediante Resolución Corrida N.º 000003-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial manifestó que no resulta procedente esta decisión adoptada por el presidente del Consejo Nacional Penitenciario.

Mediante el Decreto Supremo 004-2020-JUS, del 23 de abril de 2020, se sostuvo que, el estado del hacinamiento y las condiciones de salud dentro de las cárceles del país, convierten a todos los internos, así como el personal del INPE, en focos de contagio masivo de diversas enfermedades como el COVID-19. De modo que, para evitar los contagios de COVID-19 y su propagación en las cárceles, se deben adecuar y corregir la situación de sobrepoblación urgentemente.

También se han elaborado informes detallados respecto a este problema que representa el hacinamiento carcelario. Así tenemos la *Serie Informes Especiales* N.º 03-2020 de 6 de abril de 2020, donde la Defensoría del Pueblo ha informado, como ya se adelantó, que las condiciones actuales en las prisiones generan indefectiblemente que se lesionen los derechos a la salud, integridad y vida de las

personas reclusas en los centros penitenciarios, debido a la existencia en el Perú de un hacinamiento del 140% (Defensoría del Pueblo, 2020a, párr. 8-9).

Este informe concluye que existe un nivel de hacinamiento de 140%, ello representa una cantidad de 56974 internos que constituyen la sobrepoblación existente en las cárceles, siendo uno de los factores principales el elevado riesgo de contagio en las cárceles, ya que, tal como ha informado la OMS, una de las medidas para evitar los contagios es precisamente mantener el distanciamiento social, medida que no se respeta en lo absoluto en las cárceles donde existe hacinamiento.

Según Pacheco y Guerrero (2021) son las propias autoridades del estado las que reconocen la existencia de un elevado nivel de hacinamiento, lo que genera una peligrosa cercanía física entre los reclusos y un riesgo de infección grande. Esto provoca que la tasa de infección en estos centros de detención sea mucho más alta en comparación al resto de la población (p. 33).

Efectivamente, según Soares et al. (2020) en relación al Covi-19, expertos en epidemiología han consensado respecto a las formas para reducir el riesgo de contagio, reducir o aliviar sus efectos y con ello fallecimientos. Entre las medidas de prevención tenemos la limpieza constante de manos, conservar un distanciamiento social de 1 a 2 metros, no tocarse los ojos, nariz o boca, y estornudar o toser cubriéndose con el codo (p. 43).

En esa línea Rodríguez (2020) menciona que, tal como señala la OMS, en las cárceles donde la convivencia se da con una estrecha proximidad entre unos a otros, genera un mayor riesgo de infección de las gotitas de patógenos como sucede con el COVID-19. Además, hay que sumar que existen otras enfermedades como tuberculosis y los trastornos derivados del consumo de drogas, un mayor riesgo a fumar, mala higiene, y débil defensa inmunológica por el estrés y/o malnutrición (p. 5). Cada uno de estos factores mencionados agrava o aumenta el riesgo de infección, los síntomas, así como la muerte. Además, las cárceles no son ambientes totalmente cerrados, pues todos los días, el personal penitenciario ingresan a las instalaciones y regresan a su comunidad con sus familias (Johnson, 2020, citado por Carrol, 2020, p. 62).

Otro problema también lo constituye aquellas personas infectadas pero que son asintomáticos, que puede generar la propagación del virus, pero de manera “silenciosa”. Al respecto se considera que:

(...) un problema particular con COVID-19 es que algunos pacientes son asintomáticos, pero igual de infecciosos durante el período de incubación, lo que significa que los cuidadores y el personal penitenciario pueden sentirse bien y seguir asistiendo al trabajo mientras transmiten el virus. (MacIntyre, 2020, citado por Cooper, 2020, p. 65)

Posteriormente, en la *Serie Informes Especiales N.º 08-2020* de 21 de abril de 2020, la Defensoría del Pueblo (2020b) se concluyó que, el hacinamiento lesiona el derecho a la integridad de los internos (inclusive de forma grave en algunas ocasiones) comprometiendo otros derechos como a la salud, educación, trabajo, y mantenimiento de sus vínculos familiares. Asimismo, que no es factible luchar contra el hacinamiento mediante medidas aisladas, como construir más prisiones u otorgar indultos. Se necesita una mayor coordinación entre las entidades conformantes del sistema de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público) y los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Además, la articulación entre estas entidades es indispensable debido a que al Congreso le compete la responsabilidad por el constante aumento de las penas y eliminación de beneficios penitenciarios. Por su parte, el PJ y el MP contribuyeron a esta situación mediante el uso incorrecto de la prisión preventiva y el abandono en la utilización de otras medidas alternativas, como la comparecencia, vigilancia electrónica personal, entre otras (párr. 10, 14 y 15).

Opinando al respecto, y específicamente al contexto peruano, Goicochea et al. (2020) nos menciona que, la actualidad en los penales en el Perú es catastrófica, y si a ello le sumamos el desinterés del Estado y la pandemia actual el resultado es aún peor. Los reclusos no tienen una calidad de vida mínima al soportar precarias condiciones, un ambiente propicio para los contagios de diversas enfermedades, los cuales pueden generar pérdidas humanas o efectos muy severos (p. 56).

Lamentablemente, esta vulnerabilidad de los privados de libertad frente a las medidas de prevención en las cárceles, hace que cualquier política que pudiese

adoptar el Estado, sea de complicado cumplimiento. Inclusive las más fundamentales recomendaciones, como el distanciamiento social y lavado de manos, son complicadas de implementar en aquellos lugares donde el Estado ni siquiera ha podido proveer insumos básicos como alcohol, pasta dental, jabón y mascarillas; los cuales eran provistos por los familiares de los presos, lo que ahora no es posible por prohibirse las visitas a las cárceles (Pacheco y Guerrero, 2021, p. 33).

El problema del hacinamiento mereció una vez más -ahora en el contexto de la pandemia- el pronunciamiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual mediante la Resolución N.º 1/2020 expresó algunas indicaciones hacia los países miembros. La Comisión IDH (2020) recomendó que se deben adoptar medidas para combatir el hacinamiento en los centros de privación de libertad, considerando la reevaluación de los mandatos de prisiones preventivas para determinar aquellos casos donde pueda disponerse otra medida alternativa, priorizando a las personas con mayor riesgo de salud si se contagiasen de COVID-19, como las mujeres en gestación o con hijos lactantes y personas mayores (p. 16).

Esta no es la primera vez que este órgano internacional se pronuncia sobre el problema que representa el hacinamiento penitenciario y la obligación inexcusable de los Estados miembros de adoptar medidas necesarias e idóneas en el asunto. Ya lo había realizado en diversas oportunidades, así como la Corte IDH mediante sendas sentencias.

Una de las medidas para lograr reducir la sobrepoblación existente en las cárceles constituye la revisión de las prisiones preventivas, entendiendo que -generalmente- una gran cantidad de la población penitenciaria está constituida por personas que se encuentran bajo mandato de esta medida cautelar. Sin perjuicio de ello, se necesitan de varias medidas más a fin de evitar que los internos (condenados y procesados) se vean afectadas en su salud.

La situación actual ha ocasionado el re-deterioro de las condiciones de detención, pues ya existía una situación de emergencia antes de la pandemia. La disminución de espacio, infraestructura insuficiente, depreciación en los cuidados

básicos de salud e higiene, escasez de personal médico, así como inexistencia de espacios de atención médica, escasez de recursos humanos para controlar las demandas de la población, entre otras razones, constituyen una flagrante violación a los derechos humanos a la salud e integridad y a la dignidad humana, de las personas reclusas en los centros penitenciarios. En ese sentido, Londoño (2019) considera que, el hacinamiento carcelario lesiona garantías legales y constitucionales debido a que los internos son objeto de tratos que menoscaban su dignidad humana y otros derechos fundamentales (p. 76).

Es por eso que el Estado debe orientar sus acciones de respuesta frente a la pandemia no solo por indicación normativa que consta en la propia Constitución (art, 139, inciso 21) sino también -entre otras- en base a las recomendaciones de la OMS; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Nelson Mandela); el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); los artículos 7 y 10, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y los artículos 2 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, entre otros.

Vemos que existen instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas privadas de libertad, de que los establecimientos penitenciarios no presenten todos los problemas y características que ya hemos descrito -en abundancia- previamente. Varios organismos internacionales, como la OMS, reiteran constantemente a los Estados el rol garantizador que ostentan es esta situación.

En relación a esto, Pacheco y Guerrero (2021) indican que, el Estado posee un estatus de garante respecto a las condiciones de vida de los privados de libertad en centros penitenciarios. Constituye una gran responsabilidad que no puede evitarse bajo pretextos asociados a la soberanía, por la preeminencia de sus obligaciones asumidas por la firma de convenios y tratados (pp. 31-32).

De esta manera, los estados tienen la obligación de cumplir con los compromisos regulados en los convenios internacionales (como los mencionados). Una de estas es el facilitar o viabilizar los mecanismos legales y políticos para que

los internos puedan salir de los centros de detención, porque ahí encontrarán mayores y mejores garantías para enfrentar la pandemia, y con eso mayores posibilidades de no resultar letalmente afectados.

En ese sentido, esta emergencia sanitaria por la pandemia ha conseguido lo que ninguna otra recomendación institucional (sea nacional o internacional) anterior pudo, ya sea que haya provenido de la Defensoría del Pueblo del Perú o de la misma Comisión IDH. Se consiguió que, las personas privadas de libertad puedan salir de las cárceles peruanas, esto debido a las condiciones precarias que existen en estos lugares y que fueron confrontadas con los informes expuestos, lo que genera un alto riesgo de contagiarse de COVID-19.

La situación crítica de las cárceles dificulta la implementación de medidas sanitarias concretas y eficaces para hacer frente a la pandemia. En el Perú, se llegó a limitar las visitas a los internos, lo cual también ayudó a complicar la situación. Si bien era una medida para evitar que personas infectadas con COVID-19 tengan contacto con algún interno y así esparcir el virus dentro de la cárcel, también se despojaba a los internos de aquellos recursos y elementos básicos (que deberían ser dotados por el Estado) que obtenían mediante las visitas. Son del mismo parecer Jaramillo y Cruz (2020) quienes indican que, debido al hacinamiento los reclusos no mantienen la distancia mínima entre ellos dentro de las cárceles, el Estado no proporcionan los suficientes elementos de aseo y desinfección personal, siendo los familiares quienes otorgan estos elementos lo mejor posible, todo ello contribuye a la crisis existente (p. 156).

La situación obligó a que el Estado tome en serio esta problemática existente (cuando lo correcto era que se ocupe de esto mucho antes) llevando a cabo diversas políticas públicas y emitiendo normas, entre estas tenemos:

- ✓ El Decreto Legislativo N.º 1459 de fecha 14 de abril de 2020, fue una de las medidas por las que se buscó optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena en aquellas personas que fueron condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar. Tuvo como finalidad conseguir que se disminuyeran los niveles de hacinamiento carcelario y así reducir o evitar los contagios por COVID-19. Esta norma eliminó los requisitos que exigía el

Decreto Legislativo N.º 1300 para la procedencia la conversión de penas respecto al delito mencionado. Así entonces, ahora el único requisito a cumplirse es la acreditación del pago íntegro de la deuda alimentaria y de la reparación civil.

Si bien la finalidad de este decreto es comprensible, se puede cuestionar la “optimización” que contiene sobre la conversión de penas. Si la lógica es “pagas y eres libre”, ello se dificulta mucho con la situación de emergencia actual que ha generado un retroceso o complicación económica en la gran mayoría de las personas, privándolos de los recursos suficientes para “financiar” dicha conversión de penas.

Es del mismo parecer la Defensoría del Pueblo (2020b) la cual consideró que el requisito del pago total de la deuda alimenticia, así como de la reparación civil, resulta de difícil cumplimiento, porque al estar privados de libertad cuentan con escasos recursos económicos. Por lo que esta norma permitirá reducir la población penitenciaria, pero en cantidades discretas (párr. 30-31).

- ✓ El Decreto Supremo N.º 004-2020-JUS de fecha 23 de abril de 2020, mediante el cual se establecieron -de forma excepcional y temporal- determinados supuestos especiales bajo los cuales la Comisión de Gracias Presidenciales pueda evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes por una razón de tipo humanitaria, además de la conmutación de penas.

Es menester indicar que solo se puede otorgar las gracias presidenciales a las personas sentenciadas, mas no a las que se encuentran procesadas. Así también, las personas sentenciadas por delitos graves, muy graves o de gran daño social, no podrían tener acceso a las gracias presidenciales. Se tiene entonces un universo limitado, donde el rango de actuación y aplicación es recortado.

El Estado debe responder de manera adecuada en este contexto de pandemia, esta situación excepcional requiere de soluciones excepcionales. Es una situación difícil de controlar, “pero siendo un extraordinario problema sanitario y de seguridad, la gestión de la crisis del COVID-19 en las prisiones no deja de ser un desafío humanitario” (Rodríguez, 2020, p. 4). Esto comporta que se adopten

medidas de excarcelación, cuando el privar de la libertad a una persona pueda significar un riesgo para su vida o dignidad. Este es el escenario donde debe plasmarse el Derecho Penitenciario Humanitario, basado en garantizar el derecho a una asistencia médica o sanitaria adecuada en las cárceles, así como la adopción y articulación de mecanismos de excarcelación por motivos humanitarios. De ahí tienen que llegar las respuestas por parte de las autoridades nacionales y la administración penitenciaria ante una situación de emergencia excepcional sin precedentes.

En relación de esto, Rodríguez (2020) considera que, el traslado de este principio de humanidad, con necesario respeto a la dignidad humana, a una situación excepcional como la actual exige la conformación de unas condiciones de encarcelamiento apropiadas, con los mecanismos adecuados para proteger la salud y vida de los privados de libertad, y en caso esto no sea posible, la utilización de medidas humanitarias, de excarcelación, cuando el continuar con la detención pueda suponer un riesgo para los internos (p. 39).

Tal como recomienda la Comisión IDH, si el Estado se ve incapaz de poder asegurar que las personas en prisión cumplan la detención en óptimas condiciones, que no signifiquen un menoscabo a su salud y dignidad, se debe optar por medidas de descarceración, o de variación de la detención. La descarceración “es una necesidad para posibilitar las medidas de distanciamiento social, pero ya era necesaria antes de la emergencia coronavírica” (Anitua, 2020, p. 160).

La situación permitió que diversos estados opten por la liberación de las personas que mantenían reclusas, de ahí que Flanders y Galoob (2020) expresen que “desde el comienzo de la pandemia, muchas más personas han sido puestas en libertad, en lugar de detenidas, antes del juicio” (p. 686). Sin embargo, tal situación no ocurrió en nuestro país; si bien la expedición de este tipo de normas tuvo como finalidad deshacinar (se entiende lo más antes posible) las cárceles peruanas, éstas no obtuvieron la eficacia esperada o la que se necesita para controlar eficazmente el problema.

La sobrepoblación sigue existiendo, es más, consultando los reportes estadísticos en la página web del INPE, tenemos que la población penitenciaria

intramuros en marzo de 2020 era de 97493 internos (35931 procesados y 61562 sentenciados); y en el reporte más reciente, de agosto de 2021 tenemos que la población intramuros es de 87332 internos (31700 procesados y 55632 sentenciados). Los resultados muestran una reducción aproximada de 10000 internos entre todos los establecimientos penitenciarios, lo cual no representa una cifra por lo menos suficiente, pues el nivel de hacinamiento en las cárceles sigue siendo muy alto.

Los derechos de los reclusos (salud, integridad, dignidad, etc.) no deberían encontrarse desprotegidos en comparación a los derechos del resto de la población, aunque la opinión pública piense lo contrario. La igualdad en los derechos (quitando la libertad) entre ambos sectores de la población ha tenido un reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, el protector de la Constitución ha empleado mecanismos para garantizar una tutela igualitaria a la población penitenciaria, estos son:

- a) La creación y desarrollo del “habeas corpus correctivo”
- b) La declaración del “estado de cosas inconstitucional”

En primer lugar, respecto al habeas corpus correctivo, esta garantía procede para cesar o evitar la lesión de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Procura, prevenir o impedir que las personas detenidas sean objeto de tratos indebidos, de lesiones a su integridad y salud. Este tipo de habeas corpus es el medio procesal por el cual se efectuará el control constitucional sobre la forma en que se lleva a cabo la detención de una persona, de modo que esta no puede llevarse a cabo de manera irrazonable o desproporcionadamente.

El Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre este tipo de habeas corpus desde incluso antes del anterior Código Procesal Constitucional. Actualmente, encuentra sustento legal en el artículo 33, inciso 20, del Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual regula su procedencia ante una acción u omisión que amenaza o vulnera los derechos que integran la libertad individual. Entre estos derechos que enuncia el NCP, tenemos el derecho de los detenidos o reclusos a so recibir un trato carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma y condiciones en las cuales en mandato de detención o la pena se esté cumpliendo.

Este tipo de habeas corpus apareció por primera vez en el 2001, cuando aún se encontraba en vigencia la derogada ley 23506 “Ley de habeas corpus y amparo” del año 1982; y antes de que entrase en vigencia el Código Procesal Constitucional de 2004. Hablamos de la Resolución del TC N.º 0590-2001-HC, de 22 de junio de 2001, en donde los reclamantes cuestionaban las condiciones de reclusión en que se encontraban propiamente.

El TC estableció en aquella oportunidad que esta garantía procedía ante la amenaza o lesión de los derechos fundamentales (vida, salud, integridad física y psicológica) de las personas que se encontraban reclusas en establecimientos penitenciarios o centros de detención.

Resultó un pronunciamiento importante, “desde luego, no es un detalle menor que el supremo intérprete de la Constitución haya realizado este desarrollo jurisprudencial sin que existiera para ello base normativa expresa” (Huerta, 2008, citado por Siles, 2021, p. 332). Se trató de la construcción judicial de un mecanismo para buscar una mayor y mejor protección de los derechos de los reclusos, mediante el control o vigilancia de las condiciones en que se lleva a cabo la privación de la libertad. El TC siguió desarrollando esta figura en sentencias como la Resolución del Tribunal Constitucional N.º 0726-2002-HC, N.º 1429-2002-HC, N.º 02333-2004-HC, entre otros.

Por otro lado, la situación preocupante que vienen padeciendo -desde hace años- los internos en los centros penitenciarios del país constituye -claramente- un cuadro de afectaciones constantes, masivas, sistemáticas, irrazonables y desproporcionales de sus derechos (distintos a la libertad individual o ambulatoria). Representan un sector de la población, un colectivo que se encuentra en serias condiciones de vulnerabilidad (desde antes de la pandemia).

Esto llevó a nuestro protector de la Constitución a emplear la figura del “estado de cosas inconstitucional”, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, para así avanzar en la protección del colectivo de las personas detenidas. Esta figura no se circunscribe al analizar y resolver respecto de un daño individual, en este caso de una persona reclusa; sino de manera

general, respecto a un grupo de afectados, que comparten una situación de vulnerabilidad o de afectación constante.

El Estado hizo uso de esta técnica en tres sentencias. Las dos primeras (STC N.º 03426-2008-HC, de 26 de agosto de 2010, STC N.º 04007-2015-HC, de 27 de junio de 2019) no versan directamente sobre nuestro tema de investigación, pero si la tercera, es más, hasta fue emitida durante la pandemia. También se trató de un proceso de habeas corpus correctivo en donde el máximo intérprete de la Constitución se pronuncia sobre la problemática del hacinamiento penitenciario o carcelario.

De esta forma, el 26 de mayo de 2020 el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ferrero Costa, Ramos Núñez Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera y Sardón de Taboada, emite la sentencia recaída en el Expediente N.º. 05436-2014-PHC/TC TACNA, pronunciándose sobre la crisis penitenciaria en el Perú.

El Tribunal Constitucional (2020) indicó que, el hacinamiento no es una problemática nueva o reciente, tampoco exclusivo ni del Perú ni de la región. No es causada solamente por la infraestructura deficiente o insuficiente, sino también por diversas políticas como el constante aumento de las penas y persecución penal. También que, en base al principio-derecho de dignidad humana, el Tribunal señaló que es insuficiente determinar cómo hacinamiento a aquella sobrepoblación resultante de la relación entre la cantidad de personas reclusas y la capacidad de albergue del centro penitenciario. En base a ello, también debe evaluarse el cumplimiento de estándares básicos en torno a la infraestructura de los establecimientos penitenciarios, esto es, el espacio con el que cuenta cada interno, el cual debe permitir el ejercicio de sus otros derechos fundamentales que no están restringidos (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamentos 26, 29, 30).

El TC nos menciona el principio-derecho de dignidad humana, el cual, en el caso de los internos, se encuentra estrechamente vinculado con las condiciones de detención dentro de los centros penitenciarios. De manera que, si se adoptan o implementan óptimas condiciones, este principio-derecho también se estaría garantizado.

Es cierto que la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad, en razón al respeto a la dignidad humana, necesita de una efectiva y constante actuación por parte de las autoridades administrativas penitenciarias, quienes deben sistematizar y establecer condiciones carcelarias apropiadas que permitan preservar y proteger estos derechos de las personas restringidas de su libertad (Van Zyl Samit y Snacken, 2013, citados por Rodríguez, 2020, pp. 4-5).

En esa línea, el Tribunal Constitucional (2020) también señaló que, el principio-derecho de dignidad humana, exige que el Estado debe garantizar que, los demás derechos (distintos de la libertad personal) de los reclusos no deben ser restringidos, sino garantizados en la mayor medida posible. Además, que el estado debe garantizar que este sector de la población sea tratado humanamente (principio del trato humano), esto es, con el respeto a su dignidad, expresado en la posibilidad de que puedan ejercer sus demás derechos diferentes a la libertad. Esto, a su vez, constituye una condición fundamental para su reeducación, rehabilitación y resocialización. Sin embargo, en la realidad, bajo justificaciones como la escasez presupuestaria o alguna similar, el Estado no adopta las medidas que permitan reducir la sobrepoblación existente en los establecimientos penitenciarios, lo que a la postre imposibilita el ejercicio de los derechos no restringidos de los reclusos. Esta situación es evidencia de que el Estado peruano no ha estado cumpliendo los mandatos constitucionales, ni tampoco sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, respecto a esta situación (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamentos 53, 56-57).

En suma, el TC señala que una persona condenada o procesada en un establecimiento penitenciario debe recibir un trato adecuado, correcto y bajo un principio de humanidad que permita el respeto a su dignidad como persona humana.

Ello no se cumple cuando existe sobrepoblación en las cárceles, y no se ejecutan acciones efectivas para reducir dicho hacinamiento carcelario, lo que a la postre causa un menoscabo en el ejercicio de los derechos de los internos. Además, esta situación impide que se cumplan los fines del encarcelamiento: la reeducación, rehabilitación y resocialización.

Según Copello (2020) la superpoblación carcelaria genera el detrimento constante de las condiciones de detención. Constituyendo una clara afectación al derecho y garantía de recibir un trato digno bajo condiciones carcelarias adecuadas, previstas a nivel constitucional y en pactos internacionales (p. 282).

El Tribunal Constitucional (2020) también mencionó que, si bien no toda limitación a los derechos de los internos es producida por el hacinamiento; empero, este constituye un factor innegable de potenciales afectaciones a tales derechos fundamentales. Si este problema alcanza un nivel crítico, sumado a los serios problemas de infraestructura, de seguridad, y la deficiente calidad de los servicios e instalaciones sanitarias, entre otros, se forma un estado de cosas que vulnera violentamente los mandatos constitucionales (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamentos 68, 75).

Entonces, al existir tales condiciones en los establecimientos penitenciarios, tienen lugar una gran cantidad de lesiones a los derechos fundamentales de los internos, debido a la masiva población penitenciaria existente, la cual -lastimosamente- son los que padecen este problema en carne propia; producto de la inacción por parte del Estado Peruano para resolverlo, inacción que se ha mantenido durante años.

Tal situación llevo al TC a declarar -correctamente, aunque tarde- un estado de cosas inconstitucional respecto a este problema. Específicamente, el Tribunal Constitucional (2020) consideró que, por todo lo expuesto, resulta necesario y más que justificado declarar un estado de cosas inconstitucional para evitar que se sigan afectando los derechos de los internos, y con más razón en el contexto actual de pandemia y emergencia sanitaria (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamento 83).

Con la utilización de esta técnica se espera, en este caso, que la situación crítica en los establecimientos penitenciarios cambie, que mejore para bienestar de los internos. Esta es una labor fundamental, ya que, tal como señala Anitua (2020) una política penitenciaria que respete los derechos humanos debe de ir a la par con una política criminal justa y razonable, sin perjudicar la política sanitaria y económica (p. 160).

Queda claro que las cárceles en el Perú se caracterizan por su sobrepoblación carcelaria, la subalimentación, la falta de limpieza, escasez de los servicios básicos (agua y desagüe), la constante proliferación de enfermedades contagiosas y graves (VIH, TBC, etc.), y -principalmente- desatención a la salud de los internos (lo cual tenía lugar incluso antes de la pandemia). La suma de todas estas condiciones genera un ambiente carcelario que favorece los contagios de COVID-19, situación que -lamentablemente- llegó a ocurrir. Con el paso de los días se reportaron varios casos de presos y personal penitenciario que contrajeron coronavirus, llegando a fallecer varios de ellos.

Las cárceles representan un serio foco infeccioso de COVID-19, lo cual tendría sentido si consideramos que las mismas personas que estando en sus casas han resultado infectadas por este virus, que les puede esperar a los internos, quienes muchos de ellos no cuentan con los elementos de aseo básicos o las condiciones sanitarias óptimas para evitar un contagio de COVID-19.

Se suele “calcular” o “medir” el nivel de gravedad respecto al hacinamiento carcelario, analizando y evaluando la capacidad oficial de albergue o alojamiento que tienen los centros penitenciarios. De tal manera que, si existe una cantidad muy por encima de esta capacidad oficial, existe un problema grave de sobrepoblación.

Entender el nivel de gravedad del hacinamiento, no se limita a calcular la diferencia existente entre el número de cupos o plazas en la cárcel, y el número de reclusos existente. Según Ariza y Torres (2019) esta especie de matemática del cupo, si bien funciona como un indicador simple, es lo que ha dominado la percepción y orientación de la política criminal que ha conseguido los resultados indeseados observados. Desde una perspectiva garantista y amplia de los derechos humanos, es insuficiente asumir como único elemento descriptor de la situación la relación entre cantidad de personas, espacio y prisiones (p. 230).

Por otro lado, no sería del todo justo que, enfoquemos toda la responsabilidad de esta situación en la administración penitenciaria (INPE), pues -si bien el ejercicio de sus funciones no está exenta de errores y críticas- se debe considerar también que su campo de actuación se ve limitado -principalmente- por aspectos presupuestales.

Sobre este punto, otros no opinan lo mismo, según Copello (2020) muchas veces se utiliza el argumento económico para justificar el incumplimiento de las diversas exigencias, como al trato digno, constituyendo una violación de la dignidad humana (p. 283). Otro sector de la doctrina considera que, las exigencias o carencias económicas no pueden legitimar o validar una comprensión del núcleo irreductible del derecho a la salud, en cual se encuentra protegido por la Constitución como un aspecto inviolable de la dignidad humana (Routolo, 2004, citado por Copello, 2020, p. 283).

En todo caso, no ha existido un equilibrio entre el ejercicio concreto y razonado del ius puniendi del Estado y la adopción de políticas de desarrollo e inversión en el sistema penitenciario. Esto es necesario ya que, cuando a un interno se le somete a condiciones o situaciones indignas o inadecuadas, que vulneran las leyes y la Constitución, ello configura una privación de la libertad arbitraria (Londoño, 2020, p. 68), lo cual no puede concebirse en un estado democrático de derecho.

La realidad de las cárceles peruanas abordada en las líneas previas, tiene una directa relación con un punto próximo a tratar, el cual es el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva. Primeramente, conviene abordar algunos conceptos básicos y elementales sobre los presupuestos de la prisión preventiva.

Para la imposición de la medida de prisión preventiva, esta debe cumplir con los presupuestos materiales expresados en el artículo 268 del NCPP, estos son:

- a) Graves y fundados elementos de convicción que corroboren la imputación
- b) Prognosis de pena (pena privativa de libertad superior a 4 años)
- c) Peligro procesal (peligro de fuga u obstaculización)

Además, mediante la Casación 626-2013 Moquegua, la Corte Suprema “añadió” dos presupuestos más, estos son:

- a) Proporcionalidad de la medida
- b) Duración de la medida

Tenemos entonces un total de 5 presupuestos de la prisión preventiva. Conviene abordar en primer lugar un presupuesto que, -en determinado momento-

pudo considerársele alterado o modificado por la llegada de la pandemia, este es el peligro procesal, específicamente el peligro de fuga.

Tenemos claro que, en cuanto a medidas cautelares personales significa, existen en la doctrina dos presupuestos generales que se exigen para su imposición:

- a) el *fumus boni iuris*
- b) el *periculum in mora*

El *Fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho” constituye un presupuesto material de toda medida cautelar personal. En base a este principio, una medida cautelar podrá ser adoptada o impuesta solo si se efectuó un juicio de verosimilitud respecto del derecho que se busca declarar o ratificar con la futura sentencia. En materia procesal penal, según Del Río (2016) este derecho en cuestión, es el *ius puniendi* del Estado, por lo que, se deberá evaluar y valorar cual es la probabilidad o posibilidad de que el fallo final, que termina el proceso, sea uno condenatorio (p. 79).

Ahora bien, sobre este presupuesto no se produce alteración o variación alguna por la existencia de la pandemia por COVID-19. Este contexto pandémico no influye en el análisis de verosimilitud del derecho. La pandemia no otorga un mayor o menor convencimiento respecto de la vinculación del imputado con el delito investigado; así tampoco no significaría una mayor o menor responsabilidad penal del imputado respecto al hecho delictivo, mucho menos si el delito hubiese ocurrido con anterioridad a la pandemia.

El segundo presupuesto para la aplicación de una medida cautelar es el *periculum in mora* o peligro en la demora procesal. Este peligro tiene lugar toda vez que existen riesgos que surgen en el proceso, los cuales podrían afectar el correcto desarrollo y eficacia del proceso penal. Por ello, deben ser mitigados o evitados mediante las medidas cautelares. Este peligro representa el núcleo esencial, el presupuesto más importante, la razón de ser de toda medida cautelar.

Este presupuesto no se refiere a cualquier demora, sino aquellas que constituyen un real peligro para el proceso. No se trata de verificar el transcurso de un periodo de tiempo, sino de verificar la existencia de un peligro que lograría

materializarse en este periodo de tiempo, a la posibilidad razonable de que se produzca un daño jurídico, producto de la demora en la emisión de la resolución jurisdiccional definitiva (Calamandrei, 2005, citado por Del Río, 2016, p. 83).

Según nuestra normativa procesal (art. 268 NCPP) el peligro procesal se puede manifestar de dos formas: i) peligro de fuga y peligro de obstaculización.

Cabe señalar que, con la pandemia por el COVID-19, resulta poco probable que la pandemia haya aumentado o reducido el riesgo de que el imputado -por ejemplo- destruya u oculte elementos de prueba, influya o atente contra coimputados, testigos o peritos, o algún otro acto similar que signifique un entorpecimiento considerable en la averiguación de los hechos (peligro de obstaculización). En esa misma línea se encuentra la jurisprudencia nacional, que no se ha enfocado en analizar la modificación de este presupuesto en estos tiempos de emergencia sanitaria. Sin embargo, no se podría asegurar tajantemente que en ningún proceso de ninguna manera la pandemia alteraría el peligro de obstaculización, ya que “podemos señalar objeciones sobre la capacidad de obstaculizar la averiguación de la verdad del imputado en esta situación, en el sentido que es, indirectamente, cuestionar la capacidad del proceso de encontrar la verdad” (Lamas, 2020, p. 186). En todo caso, dependerá del análisis y valoración de las circunstancias específicas del caso en concreto, encontrar una alteración del peligro de fuga debido -ya sea directa o indirectamente- a la pandemia por COVID-19.

Por otro lado, respecto al peligro de fuga, este hace referencia a aquel riesgo de que el imputado intentara fugarse, esconderse, alejarse, con la finalidad de no ser condenado por el delito cometido, evitando así la ejecución de la pena y el ejercicio efectivo del *ius puniendi* por parte del Estado.

Existirá peligro de fuga cuando exista una alta y fundada posibilidad de que el imputado evadirá la justicia; el cual, según Moscoso (2020) no puede fundamentarse por el solo hecho de tener pasaportes o varias nacionalidades, sino en un actuar real, el cual debe ser demostrado periféricamente, mediante el empleo de elementos de convicción que demuestren que el procesado pretende escapar del país (p. 486).

Resulta valido decir que, lo que prácticamente se hace -en parte- es suponer o creer razonadamente que el imputado actuará de una determinada manera, es decir, predecir un concreto comportamiento futuro de una determinada persona. Por ello, el “predecir el comportamiento humano futuro requiere mirar a eventos y circunstancias pasados y adivinar la probabilidad que esos eventos y circunstancias se repetirán en el futuro” (Mayson, 2019, citada por Hildebrand, 2020, p. 717). De ahí que, observar o recordar el comportamiento que tuvo el imputado en un proceso penal (u otro ambiente o contexto) resulta valido para suponer un comportamiento o voluntad de evadir la persecución penal.

En esa línea, “un riesgo de fuga genuino en el que es probable que el acusado se escape de la jurisdicción debería, con pruebas suficientes, justificar la detención preventiva para proteger la capacidad del tribunal para hacer cumplir su sentencia” (Gouldin, 2018, citado por Gold, 2019, p. 538). Agrega Gold (2019) que “el derecho penal debería exigir que el gobierno demuestre la probabilidad de lesiones irreparables como requisito previo a la detención; lesión irreparable significa peligrosidad genuina, riesgo de fuga genuina o ambos” (pp. 538-539).

La fuga del imputado pone en riesgo el desarrollo y conclusión del procesal penal y de la sentencia definitiva, por lo que debe evitarse tal riesgo; de ahí que, algunos consideren que “históricamente, la prisión preventiva estaba destinada a garantizar la comparecencia en el juicio” (Baradaran, 2011, citado por Barret, 2021, p. 487). Esta finalidad es lo que les otorga una función instrumental a las medidas cautelares como la prisión preventiva, la cual asegure la eficacia práctica de la resolución definitiva futura. Por otro lado, otros consideran que “también es posible que con la prisión preventiva se beneficie la sociedad aumentando las comparecencias ante los tribunales o reduciendo la delincuencia en el futuro” (Dobbie et al., 2018, p. 226).

Ahora bien, la pandemia por el COVID-19 sin duda alguna ha significado una restricción -entre otros- del derecho a la libertad ambulatoria, el derecho de poder trasladarse libremente por el territorio nacional; sustancialmente durante los primeros meses, por la cuarentena nacional obligatoria y demás medidas rigurosas. Posteriormente, ya terminada la cuarentena total, así como con el levantamiento y

flexibilización de diversas medidas, la restricción a la libertad es mínima, aunque el riesgo de contagio sigue estando presente.

En el actual contexto de pandemia, existe una importante alteración, respecto al presupuesto de peligro de fuga, toda vez que la realidad mundial ha cambiado por la emergencia sanitaria. Al respecto, Lamas (2020) afirmó lo siguiente:

Por último, las posibilidades de fugarse, ahora, aparecen restringidas debido al estado de emergencia en la que se encuentra la sociedad. En ese sentido, las medidas adoptadas por el Estado, como, por ejemplo, la limitación del libre tránsito, la cuarentena, la militarización de la seguridad ciudadana, entre otras medidas, han fortalecido la capacidad de control de este y, por ende, han reducido, significativamente, las posibilidades de fugarse que, en alguna medida, eran plausibles en una situación normal, aunque ello denotaba la ausencia de una política de control y de resguardo adecuado. La limitación absoluta, incluso con la tenencia de un salvoconducto, es una medida que restringe, desde todo punto de vista, la posibilidad de la fuga. (p. 186)

Por su parte, Rodríguez (2020) en su momento, opino que, el imputado se encuentra imposibilitado de eliminar pruebas, actuar sobre bienes jurídicos pertenecientes a la víctima, o de escaparse de la persecución penal, en la medida que nos encontramos en una situación muy excepcional, que ha significado el cierre de fronteras y la imposibilidad de viajar al exterior (p. 41).

En un momento la casi imposibilidad de fuga del procesado era evidente, por ejemplo, si no realizabas un trabajo determinado (salud, seguridad, entre otros) no podías ni salir de tu casa. Las fronteras del Perú (así como muchos otros países en los primeros meses) fueron cerradas, ello como medida para evitar el ingreso de personas del exterior que pudiesen ser portador del virus. También se limitó el transporte por vía terrestre, aérea, marítima y fluvial, además del transporte interprovincial (Decreto Supremo 044-2020-PCM).

Pero, es menester señalar que, la realidad actual dista mucho de los primeros meses de pandemia (marzo 2020 – diciembre 2020), ya que muchas de las medidas inicialmente tomadas han sido levantadas, reducidas o flexibilizadas.

Actualmente, en el Perú, es más libre el tránsito peatonal, la presencia de militares en las calles ha desaparecido (enfocada en otros sectores como en los centros de vacunación), las fronteras se han abierto nuevamente, el transporte interprovincial ha vuelto a funcionar, e inclusive varios negocios (como cines, bares, restaurantes, tiendas, etc.) han vuelto a funcionar, entre otras medidas.

Es por ello que, hoy en día, no se puede debatir o afirmar que no existe peligro de fuga por la pandemia, ya no existe la incidencia que había antes -o que hubiese existido- sobre este presupuesto.

Por otro lado, la proporcionalidad, el cual es un presupuesto que si resulta alterado o modificado con la llegada y mantención de la pandemia. Sobre este presupuesto, tenemos que, es un principio de protección y de control del actuar del Estado, que busca el equilibrio justo entre las finalidades que se pretenden conseguir, y los derechos de las personas, que pueden resultar lesionados o restringidos para la obtención de dichos fines.

Según Fedato y Kazmierczak (2020) se trata de uno de los principios fundamentales dentro de las detenciones provisionales. Apunta a la búsqueda de la adecuación y necesidad de las medidas adoptadas, considerando las características personales de las personas y el delito cometido. Busca satisfacer los intereses previstos de la forma menos gravosa, es decir, la menos dañina para el acusado, pero cumpliendo la finalidad cautelar (p. 488).

La proporcionalidad constituye un mecanismo o instrumento jurídico compuesto de 4 elementos o componentes: i) fin adecuado; ii) conexión racional; iii) medios necesarios; iv) relación correcta entre los beneficios obtenidos con el fin adecuado y la limitación de un derecho (ponderación o proporcionalidad en sentido estricto) (Barak, 2017, citado por Pérez y Montesino, 2021, p. 212).

La proporcionalidad representa un mecanismo de justificación material para limitar, restringir o vulnerar un derecho. Un derecho no puede ser restringido sobrepasando su contenido esencial. Conseguir la finalidad pretendida con una medida cautelar no puede significar o merecer excesos. La proporcionalidad nos alerta cuando un derecho ha sido constitucionalmente lesionado, o en todo caso,

ha existido una vulneración excesiva o irrazonable por parte del Estado, que torna inconstitucional la aplicación de la medida.

Así, los derechos fundamentales podrán ser restringidos de manera excepcional, siempre bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, en la medida de que los fines a conseguirse justifiquen suficientemente tal restricción de derechos.

El principio de proporcionalidad, a su vez, se desarrolla a través de 3 subprincipios: i) idoneidad, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto.

- a) **Idoneidad:** Una medida resulta ser idónea cuando -por si misma- nos conduce a la obtención de los fines perseguido por el Estado, estableciéndose así una relación causal de medio-fin. Cabe señalar que, este fin perseguido, debe ser legítimo y válido, no debe contravenir la Constitución, esto es, deber ser un fin constitucionalmente legítimo.

En relación a ello, Del Río (2016) manifiesta que, si alguna medida se ampara o fundamenta en una noción de prevención especial o general, o con fines de anticipación punitiva sin existir sentencia condenatoria, resulta inidónea por lesionar el derecho a la presunción de inocencia (p. 16).

- b) **Necesidad:** Una medida resulta necesaria cuando, siendo idónea para la consecución de los fines perseguidos, no existe otra que sea menos gravosa. Contrario sensu, una medida que limite derechos será innecesaria cuando, a pesar de ser idónea para cumplir los fines perseguidos, existe otra medida en el ordenamiento jurídico capaz de conseguir los mismos fines, pero esta es menos lesiva para los derechos fundamentales.

Del Río (2016) considera que, un ordenamiento jurídico que posee varias medidas cautelares, la menos lesiva debe ser prioritaria, y la que resulta más gravosa, debe ser subsidiaria (p. 18).

Generalmente, los ordenamientos jurídicos contienen varias medidas para lograr determinados fines o propósitos, ante ello, se debe optar por aquella medida que importe una afectación mínima a los derechos de los individuos.

- c) **Proporcionalidad en sentido estricto:** Este subprincipio nos conduce a realizar un examen denominado ponderación, entre la intensidad de la

afectación al derecho fundamental y el valor de las razones (fines perseguidos) que lo justifican. Supone que las finalidades que se buscan alcanzar tengan un peso o valor superior que las restricciones a los derechos del individuo, para que la medida sea proporcional. En este sentido, mientras mayor sea el nivel de insatisfacción o limitación de un principio, tanto mayor debe ser el nivel de la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2007, citado por Del Río, 2016, p. 19). En otras palabras, la medida resulta proporcional por permitir la obtención de mayores beneficios o ventajas, que perjuicios sobre otros derechos o principios. Según Fedato y Kazmierczak, sobre esta etapa o subprincipio:

En este punto, se supone que todos los medios elegidos son adecuados y que funcionan el fin por la menor interferencia posible, dejando ahora para analizar si la medida adoptada es más severa que el propósito previsto de la norma. (2020, p. 496)

Este principio requiere que se efectuó una ponderación entre los derechos afectados por la definición de la conducta prohibida y la pena aplicable y el bien o bienes que constituyen el fundamento de la intervención legislativa (Lopera, 2006, citada por Boada, 2020, pp. 247-248).

En resumidas cuentas, la proporcionalidad implica el debate de:

- a) La medida es idónea: Sirve a un fin constitucionalmente legítimo.
- b) La medida es necesaria: No existe otra medida que resulte menos lesiva para alcanzar el mismo fin.
- c) La medida es ponderada: Los efectos positivos de la medida (prisión preventiva) son mayores o superiores a los efectos negativos de esta.

Si se cumplen estos 3 subprincipios se pueden afirmar que la medida cumple con el presupuesto de proporcionalidad, es decir, la prisión preventiva resulta proporcional para cumplir con las finalidades que se persiguen, estas son, garantizar la efectividad de una futura sentencia y desaparecer o controlar el peligro procesal que amenace el desarrollo del proceso.

Como ya se mencionó, la pandemia por el COVID-19 ha ocasionado que los internos se encuentren ante un alto riesgo de contagio de este virus, debido

principalmente al hacinamiento e insalubridad, que se han mantenido durante años en las cárceles peruanas.

Así lo afirma Soares et al. (2020) quienes sostienen que, el hacinamiento representa uno de las principales razones que propician un ambiente de contagio de diversas enfermedades. La cercanía física entre los internos en áreas pequeñas o repletas, provoca inevitablemente un riesgo alto de infección y propagación de virus como el COVID-19, volviéndolos población vulnerable en este contexto. Ello a su vez genera la imposibilidad de aplicar el distanciamiento social que fue recomendado para prevenir los contagios de esta enfermedad (p. 47).

En una opinión similar, Rodríguez (2020) señala que:

(...) la OMS ya advierte de la dificultad que supone responder al COVID-19 en las prisiones y otros centros de privación de libertad y su estrecha relación con la amenaza que supone el virus para la sociedad en su conjunto. En efecto, recuerda en primer lugar que el coronavirus es una amenaza de salud pública que implica un importante riesgo de transmisión de introducirse en la prisión, puesto que es un entorno con población especialmente vulnerable y que, por las condiciones de confinamiento, de convivencia estrecha obligada en un entorno cerrado, presenta un elevado peligro de propagación. (p. 5)

En caso que un interno (sobre todo la población vulnerable) contraiga COVID-19, este se verá afectado en su salud (aun si logra recuperarse) por los síntomas y secuelas que trae consigo este virus; empero, también existe el riesgo de que la persona pierda la vida.

Entonces el derecho en cuestión es el derecho del interno a la salud y la vida, este es el derecho que se encuentra amenazado, y que posiblemente resulte afectado si no se adoptan medidas efectivas.

El derecho a la salud, el cual también ostenta el imputado bajo prisión preventiva, comprende un conjunto de facultades, entre estas, el derecho a ser examinado por un médico en el establecimiento penitenciario, a efectos de brindarle un tratamiento oportuno para el resguardo de su salud.

Sobre este derecho Chávez (2021) manifiesta que la salud constituye un derecho fundamental, elemento importante para respetar la dignidad de la persona. Su protección permite el desarrollo de demás derechos conexos a ella como la vida y educación. Es por ello que el estado debe asumir y cumplir correctamente su rol de protector de este derecho, independientemente de las situaciones favorables o adversas que pudiesen existir (p. 7923).

Por su parte, Sturza considera que:

La salud, en la sociedad contemporánea, se presenta como una prerrogativa esencial en la vida del hombre, al mismo tiempo que, en las múltiples situaciones de la vida diaria, termina siendo amenazado. Por lo tanto, en el contexto de la pandemia COVID-19, debe garantizarse este derecho fundamental, ya que, en las sociedades llamadas "democráticas" y en un mundo donde los riesgos también están globalizados, las dificultades están precisamente en permitir el mantenimiento de la salud. (Sturza, 2008, citado por Machado et al., 2020, p. 431)

El derecho a la salud de las personas privadas de libertad se encuentra regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se señala que:

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal

1. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Además, se debe tener en cuenta lo manifestado por la Comisión IDH, la cual expresó que, en las actuales circunstancias de emergencia, los Estados deben, de forma diligente e inmediata, adoptar medidas que permitan evitar afectaciones a la salud, integridad personal y la vida. Las medidas deberán estar encaminadas a evitar infecciones y otorgar tratamientos médicos adecuados a las personas que lo necesiten.

Por otro lado, si se adoptan medidas que consisten en restringir derechos o garantías, estas deberán ajustarse a los principios «pro persona»,

proporcionalidad, temporalidad, y tener la finalidad de buscar el cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral (Comisión IDH, 2020, p. 9).

Sobre las condiciones en las cuales deben ejecutarse los mandatos de detención, como ya se adelantó, la Comisión IDH (2020) ha indicado que se debe garantizar que los centros penitenciarios cuenten con atención médica (p. 16).

En la realidad, un problema -no solo del Perú- es que, las cárceles, no cuentan con personal médico, o el que se tiene resulta insuficiente, producto justamente de la sobrepoblación que existe. Asimismo, no se cuenta con recursos y equipos de calidad, así como espacios o ambientes adecuados para brindar atención médica adecuada cuando se requiera.

Este problema es más que conocido por la Comisión IDH, de ahí que inste a los estados a hacer lo que fuese necesario para -al fin- cumplir con estas necesidades, las cuales, si ya resultaban necesarias antes de la pandemia, ahora esta necesidad se ha multiplicado.

Sobre este problema, Rodríguez (2020) manifiesta que:

Precisamente estas deficiencias en la actual asistencia sanitaria hacen tan importante que gran parte de los esfuerzos se sitúen en evitar la entrada del virus en prisión. Una vez dentro, no es de fácil detección, ya no sólo por la invisibilidad del COVID-19, que puede ser contagioso durante todo el tiempo de su incubación e incluso si el paciente positivo permanece asintomático, sino por la falta de suficiente personal médico que pueda ya no atender, sino simplemente evaluar, la situación en la que se encuentran los internos y/o funcionarios. (p. 25)

La condición de preso o procesado de ninguna forma constituye el despojamiento o pérdida del derecho a la salud y la vida. El TUO del Código de Ejecución Penal (en adelante TUO del CEP) justamente reconoce expresamente este derecho a los internos (procesadas y sentenciadas). Al respecto la norma señala:

Artículo 85. Bienestar físico mental

85.1 El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud, teniendo en cuenta las políticas nacionales de salud y especialmente los lineamientos y medidas establecidas por el Ministerio de Salud.

(...)

Vemos entonces como el TUO del CEP regula el derecho del interno a la salud, a su bienestar e integridad física y mental; así como la obligación (más que deber) del Estado de proveer lo necesario para resguardar estos derechos.

Según Rodríguez (2020) la OMS recuerda que es responsabilidad del Estado atender y preservar la salud de las personas privadas de libertad, garantizándoles una asistencia como si se tratase de cualquier ciudadano, sin discriminación alguna. Además, la pandemia no es excusa para el incumplimiento de estándares como las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela) (p. 6).

El TUO del CEP también establece que:

Artículo 86. Servicio médico

Todo establecimiento penitenciario tiene un servicio médico básico a cargo de un profesional de la salud, encargado de atender el bienestar del interno y de vigilar las condiciones del medio ambiente del establecimiento, con la colaboración del personal profesional necesario.

Es necesario, con más razón en este contexto pandémico, que los establecimientos penitenciarios cuenten con los espacios y materiales adecuados para brindar atención médica a los internos cuando se requiera.

Este punto es una situación aún más crítica, puesto que en las cárceles peruanas hay carencia de personal y material médico que proporcione una adecuada y oportuna atención médica cuando así lo requieran los internos. Esto ya era un problema de mucho tiempo atrás, el cual se ha visto potenciada y agudizada por la pandemia.

Esta carencia de personal médico en los establecimientos penitenciarios puede corroborarse con los informes publicados por la Defensoría del Pueblo, la cual determino que, a la fecha (2018), en el INPE laboraban 64 médicos para un total de 82492 internos.

Estos no están distribuidos uniformemente, ya que, solo en Lima laboran un aproximado de 41 médicos del total que prestan sus servicios. La región con la situación más complicada es la región Nor Oriente, San Martín, en donde solo labora un médico para un total de 9 penales en esta región (subrayado nuestro) (Defensoría del Pueblo, 2020, párr. 37-38-39).

La situación es muy alarmante, pues en varios penales podríamos encontrar un solo médico para cientos o quizás miles de internos. Observamos entonces que no se está disponiendo, a favor de los internos, un personal médico suficiente, eficiente oportuno, y de calidad.

En relación a esto, Carrol (2020) opina que:

La falta de atención médica y los entornos propicios para el contagio en las cárceles son preocupante en el mejor de los tiempos; ante la actual crisis sanitaria, estas circunstancias se combinan para crear una ruleta de alto riesgo en la que los presos, incapaz de practicar mejor las pautas preventivas, esperar la infección y, por algunos, muerte. (p. 75)

Podemos afirmar que, si bien no es correcto generalizar, existen “realidades peruanas” que (quizás porque se han mantenido durante años sin encontrar solución) son ampliamente conocidas por la sociedad (como el ineficiente sistema de salud peruano), siendo la realidad crítica de los establecimientos penitenciarios una de estas. Entonces, si las mismas cárceles de la capital de Lima (en donde se concentra la gran mayoría del personal médico que trabaja para el INPE) se encuentran en crisis, igual o peor será la situación en las demás cárceles del país.

Es por esta situación que Chávez (2021) considera que, la lección más importante dejada por la pandemia es que la salud representa el elemento fundamental para preservar la calidad de vida de las personas, especialmente las privadas de su libertad, por lo cual los Estados deben entender como su objetivo el mejoramiento y fortalecimiento de las condiciones de encarcelamiento,

independientemente de la existencia de una pandemia o no, ello permitirá proteger la salud y garantizar el respeto a la dignidad de las personas reclusas (pp. 7931-7932).

Todo lo mencionado hasta aquí nos permite afirmar que los procesados bajo mandato de prisión preventiva (así como los condenados) se les está lesionando sus derechos a la salud y la vida, o en todo caso, existe una seria amenaza de ello.

Ahora bien, el presupuesto de proporcionalidad resulta “afectado”, “cambiado”, “alterado”, “modificado”, úsese cualquier otro término similar, lo correcto es que existe una incidencia de la pandemia por COVID-19 sobre este presupuesto, específicamente en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, en la ponderación.

Antes de la pandemia, en las audiencias de prisión preventiva, cuando se debatía la concurrencia o no del presupuesto de proporcionalidad, el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, significaba sopesar o ponderar: i) la función jurisdiccional (ejercicio del *ius puniendi*) y eficacia de una futura sentencia condenatoria; y ii) la libertad personal y presunción de inocencia del imputado (algunos consideran también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la presunta víctima del delito).

En las audiencias, al realizar la ponderación, generalmente -por no decir casi siempre- la función jurisdiccional y asegurar la eficacia de la sentencia primaban sobre los derechos a la libertad y presunción de inocencia del imputado. Los jueces ubicaban por delante el ejercicio efectivo del *ius puniendi*, le daban “más peso”, “más valor”, con lo que se daba por cumplido el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

En la actualidad, la pandemia por el COVID-19 y la situación de emergencia en las cárceles peruanas, han conseguido que la prisión preventiva no lesione únicamente la libertad individual del procesado, sino que se ponga en serio peligro su derecho a la salud y la vida.

Uno de los primeros casos en nuestra jurisprudencia en donde pudimos observar este “cambio” en la ponderación fue en el caso del abogado Richard Martín Tirado, en el Expediente: 00029-2017-33-5002-JR-PE-03. El juzgado señaló

que, al procesado Martín Tirado se le restringe la libertad por el mandato de prisión preventiva, la cual actualmente también enfrenta su derecho a la salud, integridad física y vida, en base a la enfermedad preexistente que padece, sumado al foco infeccioso que constituye un establecimiento penitenciario, eso último representa un hecho notorio en razón de la pandemia por COVID-19. En base a ello, se determina que el grado o nivel de afectación a la salud-vida es de una intensidad superior en relación al daño Estatal, el cual aún está siendo investigado, ya que no existe una sentencia firme (Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, 2020a, p. 8).

Para el juez el hacinamiento en las cárceles peruanas es un hecho notorio el cual las convierte en focos infecciosos, ello sumado a las enfermedades del imputado, bastaron para convencerlo de que estos derechos “pesan” más que los “beneficios” que se obtendrían si la medida cautelar se siguiera manteniendo.

Por otro lado, algo interesante respecto al análisis de la proporcionalidad, ocurrió en el Expediente N.º 205-2018-7. En esta resolución, sobre la necesidad, la Sala consideró que, mediante el exhorto al director del establecimiento penitenciario Ancón I, así como al jefe de Registro Penitenciario del INPE, para que se adopte e implemente medidas idóneas y necesarias (atención médica, medicación y exámenes para evitar contagio de COVID-19), se va a lograr garantizar la seguridad, salud y la vida del imputado Chirinos Cumpa; así como proteger y asegurar los fines del proceso (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020b, p. 35).

Sobre la proporcionalidad estricta o ponderación la Sala, consideró que, debía evaluarse las consecuencias graves que puede traer consigo la permanencia en un penal, pero, estas están controladas por el hecho de que el JSIP exhortó al director del E.P. Ancón I, a prestar mayor atención al imputado (Sala Penal Especial, Resolución N.º 2, 2020b, p. 35).

Esto que hizo la Sala, esto de exhortar o “decirles” a las autoridades penitenciarias “haz esto” o “haz aquello” es algo que se ha venido haciendo en varios casos de pedidos de cese de prisión o casos en donde se busca que se implementen las condiciones necesarias para asegurar su salud, indistintamente la

jerarquía de los jueces o tribunales (Juzgado de Investigación Preparatoria, Cortes Superiores, Corte Suprema, y hasta el mismo Tribunal Constitucional en varios habeas corpus correctivos que se interpusieron durante la pandemia), como en el Expediente N.º 205-2018-2, caso Julio Cesar Mollo y otros.

Esto también ocurrió en el Expediente N.º 4-2018-1, caso Walter Ríos, en donde la Sala indicó que, la defensa alegó que al imputado no se le suministra el materia y tratamiento sanitario necesario para cuidar su salud; por lo tanto, es necesario que el sistema penitenciario provea a todos los investigados detenidos los recursos necesarios mediante los cuales pueda preservarse su salud y reducir el riesgo de contagio, para lo cual se cursarán los oficios correspondientes, como se han dispuesto en situaciones similares (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, 2020a, Resolución N.º 2, p. 71).

Al respecto, no se puede entender de qué forma un -simple- exhorto a estas autoridades mencionadas cambiará la situación -de un día para el otro o en un breve tiempo- en los establecimientos penitenciarios. Sería -sinceramente- muy bueno que, este “llamado de atención” de los jueces o tribunales a las autoridades penitenciarias, actúe como una especie de “varita mágica” logrando que el procesado -ahora si- no corra riesgo alguno en estos tiempos de pandemia. Además de que reciba -ahora si- lo que (generalmente) en un inicio (por no decir hace años) no se brinda a muchos internos: atención médica, alimentación adecuada, condiciones de salubridad, etc. Pero la duda está en porque con estos exhortos las autoridades penitenciarias -ahora sí- le brindarían al interno todo lo mencionado, surgiendo la pregunta de ¿Por qué no lo hicieron antes? Mas aún, si del mismo Código de Ejecución Penal, así como sendas jurisprudencias de la Corte IDH ya se encontraba más que establecida la obligación del Estado a cumplir ello.

En relación a esto, Soares et al. (2020) consideran que, el hacinamiento, la ineficiencia en la prestación de atención médica y sanitaria, y las condiciones de alimentación e higiene, permiten que las enfermedades se propaguen más fácilmente dentro de las cárceles. Además, la existencia previa de otras enfermedades aumenta el riesgo de mortalidad a causa de COVID-19. La situación descrita significa una afectación a los derechos de los reclusos, a su salud y también a la salud pública (p. 51).

Según Rodríguez (2020) son dos las razones que hacen de la población reclusa un grupo vulnerable ante el contagio y expansión de una enfermedad infecciosa como el coronavirus. Por un lado, existe sobrepoblación, un verdadero hacinamiento. Las prisiones son espacios reducidos donde es complicado cortar el flujo de transmisión de una enfermedad que, en su fase de incubación y de sus síntomas, sea invisible. Además, es una población con una salud quebrada, ya sea por las condiciones del aislamiento, la edad, o la existencia de enfermedades físicas (toxicomanía, VIH, hepatitis, ...) y mentales. Esta vulnerabilidad se agudiza en países con sistemas penitenciarios con condiciones insalubres, sin acceso a agua corriente, luz, alimentación e higiene adecuadas, con serios problemas de hacinamiento; y un acceso, deficiente o inexistente, a la asistencia sanitaria (pp. 2-3).

Ante esto, el Estado tiene la obligación constitucional (artículo 139, inciso 21) e internacional (artículo 5 de la CADH; artículos 7 y 10, apartado 1, del PIDCP; así como los artículos 2 y 16 de la CTTPCID) de respetar y garantizar estos derechos, pues “debemos recordar que los internos tienen restringido su derecho a la libertad, pero no sus derechos a la salud, a la vida y la integridad física” (Takehara, 2020, citado por Cornejo y Rafael, 2020, p. 73).

Dentro de este contexto, es necesario e importante dotar un enfoque constitucional -y hasta humanitario- a la prisión preventiva. En ese sentido, es de gran importancia acudir al art. 253.2 del NCPP, que regula expresamente el principio de proporcionalidad.

Lo que corresponde es analizar el tercer subprincipio de la proporcionalidad: proporcionalidad en estricto sentido, el cual sufre una variación o alteración por la pandemia.

En una opinión similar, Anitua (2020) señala que, la situación actual nos conduce a analizar la ponderación de los intereses en conflicto. Frente a los que justifican la afectación a la libertad de una persona procesada, se hallan aquellas que surgen como efecto de la política sanitaria dentro de las prisiones, y en razón al principio de dignidad humana: los derechos a la salud e integridad (p. 164).

Son del mismo parecer Cornejo y Rafael (2020) quienes manifiestan que, en estos meses de pandemia, quienes han padecido los estragos de esta enfermedad han sido la población penitenciaria. De esta forma, los derechos previamente mencionados quedan en el auténtico olvido, siendo los afectados los reclusos que están con mandato de prisión preventiva y sin sentencia firme (p. 73).

Entonces, en este contexto de pandemia, por lo que viene ocurriendo en las cárceles peruanas, lo que se debe hacer es sopesar: i) el derecho a la salud, a la vida, a la libertad y a la presunción de inocencia del imputado, por un lado; y ii) la función jurisdiccional (ejercicio del ius puniendi) y la eficacia de una futura sentencia condenatoria, por el otro.

Con esta nueva realidad ocasionada por la pandemia, el ejercicio del ius puniendi y la eficacia de una futura sentencia condenatoria ya no justifican, como si lo hacían antes de la pandemia (al menos para los jueces), la restricción a los derechos del imputado. Ahora resulta desproporcional imponer una medida que implicaría afectar la salud, e inclusive la vida de una persona, se estaría imponiendo un trato totalmente carente de razonabilidad. En ese sentido, la medida cautelar no supera el examen de ponderación, por lo que es desproporcional.

Respecto a esto, la Comisión IDH (2020) señalo que, los Estados miembros deben garantizar que las limitaciones a los derechos que se impongan, para proteger la salud en razón a la pandemia, deben respetar los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, estas restricciones deberán respetar el principio de legalidad, ser necesarias y estrictamente proporcionales, para lograr proteger la salud (p.12).

Debemos tener claro que las medidas de coerción le deben un irrestricto respeto al principio de legalidad. En esa línea, cuando se habla de la prisión preventiva estamos hablando de una “medida restrictiva de la libertad” no de una “medida restrictiva de la salud o de la vida”. Esta medida cautelar, en la situación actual, terminaría afectando derechos, los cuales, bajo el principio de legalidad, está imposibilitado de restringir, volviéndola ilegal.

Si el Estado, a través del INPE y las autoridades correspondientes, no puede garantizar la correcta ejecución de esta medida coercitiva, evitando que se afecten

los demás derechos distintos a la libertad ambulatoria, esta no puede seguir manteniéndose, en caso contrario, sería desproporcionada, ilegal e inconstitucional.

Las personas en las cárceles no tienen por qué soportar las consecuencias de un Estado ineficiente e incapaz, que durante años no pudo cumplir con su obligación de resolver el hacinamiento en las prisiones; además de proveerlas de las condiciones necesarias, en lo que salubridad, limpieza, servicios básicos (agua, desagüe, etc.) e infraestructura se refiere.

El imputado sujeto a prisión preventiva en ningún momento (ni siquiera en ejecución de la pena) se le tiene por que lesionar su derecho a la salud. Ahora, bien es cierto que, no tendría que llegar el COVID-19 a nuestras vidas para darnos cuenta que en la ejecución de esta medida cautelar, muchas veces se cometen atropellos contra el bienestar de los procesados, ya que tal situación no es exclusiva de una pandemia. Es en este escenario donde nace la exigencia de que el preso preventivo no sea objeto de un trato igual, ni mucho menos peor, que una persona condenada (Bovino, 1998, citado por Kostenwein, 2017, p. 949).

El Estado es responsable de asegurar que las personas restringidas de su libertad, cumplan la detención mediando condiciones adecuadas para ello, que salvaguarden sus derechos. Tal consideración ya fue expresada en sendas jurisprudencias de la Corte IDH, entre estas, el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Tibi vs. Ecuador, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, entre otras.

Habiendo ya explicado -inicialmente- el problema del hacinamiento penitenciario en el Perú y como la pandemia por el COVID-19 modifica o altera los presupuestos de proporcionalidad y peligro de fuga, corresponde describir y analizar la figura de la cesación de la prisión preventiva y su aplicación en este contexto de pandemia.

Esta figura está regulada en el art. 283 del NCPP, el cual nos menciona que podrá ser solicitada por el imputado las veces que lo considere pertinente, y procederá cuando “nuevos elementos de convicción” acrediten que ya no concurren

las razones que motivaron la imposición de la prisión preventiva, siendo necesario sustituirla por una medida de comparecencia.

Es menester señalar que, tal como señala Urquiza (2020) la reevaluación de las medidas cautelares, en razón al COVID-19, tiene como base normativa el precepto general según el cual toda medida de coerción personal es variable aún de oficio (art. 255, inciso 2 del NCPP) el cual materializa el principio *rebus sic stantibus* (p. 16). Si bien la norma procesal seña expresamente ello, en la actualidad existe una casi total inaplicación de este precepto. Es más, se necesitó de la emisión de normas y directivas para que los jueces empezaran, por ellos mismo, a revisar las prisiones preventivas que se habían impuesto.

Por otro lado, conviene destacar que, mediante la cesación no es factible plantear una reevaluación o revaloración de aquellos elementos de convicción que fueron propuestos y debatidos inicialmente para determinar si corresponde o no la medida. No implica “atacar” nuevamente el acervo probatorio y los fundamentos que sirvieron para imponer la prisión preventiva. Estos aspectos debieron ventilarse, no solo en la audiencia de prisión preventiva, sino también en la audiencia de apelación de esta medida, mas no en la audiencia de cese de la medida.

Así se entendió en el Expediente N.º 4-2018-1 en donde, respecto a la institución de cese de prisión preventiva, la Sala considero que, esta se sustenta en que la situación jurídica actual dista de la que existió al momento en que se impuso el mandato de prisión, lo cual no puede significar una reevaluación o reexamen de los elementos y aspectos que se ventilaron y debatieron cuando el fiscal solicitó la prisión preventiva (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, p. 41).

La figura de la cesación necesita de “nuevos elementos de convicción” (así lo señala expresamente el NCPP) los cuales deberán estar dirigidos a demostrar que -ahora- ya no concurren aquellas razones o motivos que en su momento fundamentaron la prisión preventiva, correspondiendo -ahora- su sustitución por una medida (menos lesiva) de comparecencia. Se entiende que esta figura se

fundamenta en el principio de variabilidad de toda medida cautelar, así como en la regla *rebus sic stantibus*.

Los elementos de convicción que refiere la norma, estarán dirigidos a demostrar que las razones o motivos que -en su momento- fundamentaron la medida, ya no existen, desaparecieron, o no tienen el mismo “peso”, “valor” o “intensidad”. Las condiciones o razones a las que se hace referencia son los presupuestos materiales expresados en el art. 268 del Código, así como los “añadidos” por la Casación N.º 626-2013 Moquegua, estos son: proporcionalidad y duración de la medida.

Ahora bien, con la llegada en la pandemia surgieron algunos debates en torno a la aplicación de la cesación de prisión preventiva. Algunos consideraban que los elementos de convicción -que se requieren para la procedencia del cese de prisión- solo podrían “atacar” o “tumbarse” el primer presupuesto del artículo 268 del NCPP (graves y fundados elementos de convicción).

Se postulaba que los nuevos elementos de convicción podían únicamente demostrar que ya no se cumple con el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción que demuestren la existencia de un delito y la vinculación del imputado con este. Es decir, solo se podía demostrar que no se cumple -ahora- con el grado de sospecha fuerte respecto de la responsabilidad penal del imputado.

Sin embargo, ello no tenía razón ni fundamento alguno, no puede limitarse el campo de actuación de la figura del cese de prisión. No puede concebirse que únicamente se puede “tirar abajo” el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción. La correcta aplicación de esta figura permite que se pueda “atacar” cualquiera de los 5 presupuestos ya mencionados.

Esto se dejó sentado -entre otros- en el Expediente N.º 4-2018-1, en donde, respecto a la institución de cesación de prisión preventiva, la Sala señaló que, es necesario la existencia de los “nuevos elementos de convicción” los cuales servirán para fundamentar que ya no concurre alguno o algunos de los presupuestos del mandato de prisión (art. 268 NCPP) (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, p. 41).

Entonces, la parte que solicita el cese es quien debe aportar “algo nuevo”, que en virtud del código son “nuevos elementos de convicción”. Nuestra Corte Suprema ya ha establecido jurisprudencialmente que es un requisito necesario que la parte solicitante presente nuevos elementos de convicción, de lo contrario no procederá esta medida.

Nuestra jurisprudencia ha venido tratando como regla inamovible que si o si tienen que presentarse nuevos elementos de convicción. Durante la pandemia, en diversos casos se ha entendido que estos vendrían a ser los informes o exámenes médicos que acreditan enfermedades graves del imputado sujeto a medida de prisión, con lo cual formaría parte del grupo de riesgo ante el COVID-19.

Uno de estos -que ya hemos citado previamente- fue en el denominado “caso arbitrajes” referido a la investigación a varios árbitros que habrían recibido coimas por parte de la empresa brasileña Odebrecht para favorecerla en los laudos arbitrales.

Específicamente, es el caso del abogado Richard James Martín Tirado, cuya defensa técnica fundamentaba su pedido en razón de:

- a) Intensificación del riesgo a su salud: Debido a que el procesado cuenta con una edad avanzada de 55 años, enfermedades preexistentes graves, y está preso en un centro penitenciario hacinado, existiendo un peligro de contagio por COVID-19.
- b) Modificación del peligro de fuga: En razón de la emergencia sanitaria se cerraron las fronteras aéreas, terrestres, marítima y fluvial.

Dentro de sus fundamentos, el Juzgado considero que, se deben valorar los nuevos elementos de convicción relacionados al peligrosismo procesal (en este caso, peligro de fuga). Además, reevaluar el nivel de afectación del derecho a la salud, debido a la enfermedad preexistente del del procesado (hipertensión arterial, diabetes y depresión), como el riesgo de contagio de COVID-19, con el principio de ponderación, que, según el juez, debe ser tratado caso por caso (Juzgado de Investigación Preparatoria, Resolución N.º 122, 2020a, p. 3)

El elemento de convicción en cuestión es el Informe Médico presentado por la defensa técnica, el cual no se valoró en las decisiones de las instancias anteriores, y no puede ser dejado de lado considerando el riesgo a la salud que supone la enfermedad del COVID-19. Ello constituiría desconocer derechos importantes vinculados a la vida (Juzgado de Investigación Preparatoria, Resolución N.º 122, 2020a, p. 4).

En el caso de Richard Martín, el JIP -correctamente- valoró los informes médicos que había aportado su defensa, para acreditar su enfermedad grave, y de ese modo en grave peligro al cual estaría sometido si sigue preso en la cárcel, por lo que finalmente el juez varió la prisión preventiva a una detención domiciliaria. Sin embargo, así como la presentación de estos informes puede servir para amparar la pretensión a favor del imputado; el no cumplimiento de este “requisito” puede terminar en la no aceptación del cese de prisión.

Esto último ocurrió en el Expediente N.º 4-2018-1, en donde la Sala consideró que, no se advirtió la existencia de información que corrobore o concluya que el imputado padezca de enfermedades que lo hagan parte del grupo de riesgo por el COVID-19 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, pp. 62-63).

Otro caso es el Expediente N.º 205-2018-7, en donde la Sala consideró que, no se ha puesto en peligro la salud y vida del imputado, ya que la prueba científica valorada determinó que se encontraba “estable”, por lo que existen razones para que la medida se mantenga con la debida exhortación al INPE (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020b, pp. 35-36).

Este es un punto en el cual la jurisprudencia nacional no admite que se genere debate y postura contraria alguna. En la medida que sendas jurisprudencias han establecido que necesariamente se requieren de nuevos elementos de convicción para que proceda la institución de la cesación. Por ello, el abogado defensor al no presentar documentos que acrediten el padecimiento de enfermedad grave constituye el punto o uno de los puntos en donde los jueces motivan su resolución para declarar infundado el pedido de cese de prisión.

Tal como ya se mencionó, la pandemia por el COVID 19 incide concretamente en los presupuestos de proporcionalidad y peligro de fuga. Entonces el imputado ahora tendría que obtener y presentar “nuevos elementos de convicción” mediante los cuales intentará demostrar que ya no existen -o se ha debilitado- alguno o ambos presupuestos por la llegada de la pandemia.

En el Expediente 4-2018-1 se consideró que la emergencia sanitaria por el COVID-19, es un factor a tener en cuenta para resolver el cese de prisión impuesta. Debido a que esta situación afecta a toda la humanidad poniendo en riesgo sus vidas. Es ese el motivo, por el cual debe darse una especial atención a los privados de libertad, quienes están en una situación de vulnerabilidad, independientemente del tipo y naturaleza del delito que hayan cometido, siempre que -en estricto- los presupuestos regulados por la norma procesal sean cumplidos. En ese sentido, la presencia del COVID-19 -por si sola- no legitima una desprisionización, sino que es necesario evidenciar factores, como preexistencias médicas y condiciones carcelarias, que coloquen a los internos (y personal penitenciario) en focos de contagio masivo de diversas enfermedades infecciosas como lo es en este caso el COVID-19. Estos aspectos deberán ser apreciados en su contexto (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, pp. 45-46).

Según Piedra y Trelles (2020) se deben adoptar medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, en razón a la actual crisis sanitaria por COVID-19, hasta que esta termine. Así se protegerá la salud y la vida de los privados de libertad, en razón a que los centros penitenciarios no pueden asegurar condiciones de bioseguridad que eviten el contagio masivo intramuros (pp. 202-203).

La inexistencia del peligro de fuga era clara y casi indubitable durante los primeros meses (fronteras cerradas, todos dentro de casa obligatoriamente, policías y militares en las calles, transporte interno e internacional suspendido, etc.) de la pandemia. Sin embargo, en la actualidad, ya se han levantado muchas (casi todas) las medidas que inicialmente se adoptaron. Ahora, el peligro de fuga puede que haya resurgido nuevamente, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Sin embargo, el imputado (sin desmerecer el análisis del peligro de fuga caso por caso) debe enfocarse en el otro presupuesto, la proporcionalidad.

Como se planteó, aún es posible que se mantenga el incumplimiento del presupuesto de proporcionalidad. Esto es así porque, el hacinamiento e insalubridad (principalmente) aún existe en las cárceles peruanas y la pandemia aun no acabado, es más, siguen apareciendo más y más variantes. Si el estado durante varios años, en contextos “normales” (sin pandemia) no ha podido solucionar este problema, menos lo conseguirá de manera eficiente en estos meses de pandemia, en los cuales tiene muchos incendios por apagar. Entonces, ante el alto riesgo de afectación de los derechos a la salud e integridad de los internos (procesados con mandato de prisión) la medida resulta desproporcional.

Bien es cierto que la realidad actual dista mucho de los primeros meses de la pandemia, en donde la tasa de mortalidad era muy elevada y aparecían más casos de contagios, no solo en la sociedad, sino también en las cárceles. Hoy en día, una persona podría sostener que los privados de libertad se encuentran seguros debido a que se está repartiendo la vacuna en todos los establecimientos penitenciarios y con ellos se evitara los efectos severos de la enfermedad, sin embargo, ello no está 100% garantizado. Si bien la vacuna es un nuevo elemento que podría apoyar a controlar los efectos y consecuencias de la enfermedad, su “éxito” no está 100% asegurado, ya que incluso ha habido casos en donde personas vacunadas han fallecido.

Considero que la vacuna si puede ser valorada al momento de examinar la proporcionalidad de la prisión preventiva en el caso específico, pero ello no debe significar un “argumento absoluto” que podría llevarnos a -por ejemplo- rechazar todos los pedidos de cese de prisión preventiva en donde se certifique que el detenido ha sido vacunado. Ello representaría un “examen de fachada” de la proporcionalidad de la medida coercitiva, un análisis superficial y automático que no forma parte de un Estado Democrático de Derecho, ni de un proceso que debería estar revestido de las garantías procesales.

La vacuna es un elemento más que debe ser valorado junto a los otros que existan en el caso en concreto. Es más, ha habido casos en donde se precisó que la vacuna por sí sola no elimina totalmente los riesgos de afectación de los derechos de los detenidos, así tenemos el Expediente 00029-2017-115-5002-JR-PE-03 en donde se consideró que la presencia de la segunda dosis contra el COVID-19 es

un argumento que no presenta un alcance objetivo de comprobación, frente a las graves enfermedades que padecen los imputados ; del mismo modo con los protocolos de salud en las cárceles cuando es sabido que existe hacinamiento penitenciario de cara a las recomendaciones de la CIDH, la jurisprudencia vinculante para todos los Estados suscritos a la CADH y la declaratoria de cosas inconstitucional de los establecimientos penitenciarios por parte del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 05436-2014-PHC/TC (Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, 2020b, pp. 12-13).

Esto se debe a los problemas de infraestructura y espacio en las cárceles, la carencia y la deficiente calidad de instalaciones sanitarias, de seguridad, así como la sobrepoblación existente en los establecimientos penitenciarios, estos son otros elementos (así como la vacuna) que también deben ser valorados. Es decir, la prisión preventiva puede resultar proporcional o no al analizar y valorar elementos como la vacuna y el COVID-19; pero, el cumplimiento del presupuesto/principio de proporcionalidad no se debe limitar a estos dos elementos únicamente, sino de otros más, como las condiciones carcelarias, el hacinamiento, y la calidad y condiciones básicas de salud y atención médica que exista en el centro penitenciario.

Ello se resalta aún más con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional durante la pandemia, que declara un Estado de Cosas Inconstitucional en los establecimientos penitenciarios, por lo que, al existir esta crisis carcelaria que desenfoca en una afectación masiva de derechos de los reclusos (en palabras del Tribunal Constitucional) ¿porque estos elementos no podrían hacerse valer mediante un cese de prisión preventiva? Se realiza esta pregunta porque nuestra jurisprudencia se ha mostrado reacia a aceptar estos argumentos como válidos para el cese de prisión.

La proporcionalidad es el presupuesto el cual los imputados deben demostrar su inconcurrencia o incumplimiento. Cabe preguntarse ahora ¿Qué elementos de convicción se debe presentar para ello? ya que, tal como se dijo, la figura de la cesación de la prisión preventiva requiere necesariamente de nuevos elementos de convicción, que, en este caso, deberán enfocarse en el presupuesto de proporcionalidad.

Un elemento de convicción sería estos informes médicos realizados al imputado que demuestren su enfermedad grave y el riesgo ante el COVID-19, lo que justificaría el cese de la medida cautelar, tal como paso en el caso del imputado Richard Martín. Sin perjuicio de ello, hay un problema de fondo que puede considerarse incluso más importante y tiene que ver con que se viene realizando una interpretación cerrada, estricta o excesiva a lo que debe entenderse como “nuevos elementos de convicción”.

Conviene hacer la siguiente pregunta: ¿La pandemia es un “nuevo” elemento de convicción para que proceda el cese de prisión preventiva? Sobre esto, muchos jueces consideraron (y siguen considerando) que la pandemia no constituye un nuevo elemento de convicción, bajo el entendido de que “no se trata un medio probatorio en sí”, “no es ni un testimonio, una prueba documental o una pericia”, entre otros argumentos.

Uno de los casos en donde se dijo esto -que ya se ha venido citando- es el caso Walter Ríos, hablamos del Expediente N.º 4-2018-1. En este caso, el abogado argumentó que el *a quo* no llevo a cabo un análisis respecto al nivel de salubridad del establecimiento penal [donde se encontraba detenido el imputado] ni tampoco de las medidas adoptadas para evitar el contagio de coronavirus y la atención en caso de infectados, ni tampoco del grado de hacinamiento que existe, tal como lo señala la R. A. N.º 138-2020-CE-PJ (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, p. 69).

Ante ello, la Sala consideró que, para la evaluación del cese de prisión preventiva no puede utilizarse argumentos aislados referidos al hacinamiento penitenciario, el nivel de salubridad, así como las medidas que se hayan adoptado para evitar y atender a los afectados por el COVID-19, debido a que estas circunstancias *per se* no son una razón suficiente para otorgarla (Sala Penal Especial, Resolución N.º 2, 2020a, p. 69).

Al final se decidió que no procede el cese de la prisión preventiva del imputado Walter Ríos. La Sala consideró que, no procede porque no existen nuevos elementos de convicción los cuales permitan determinar que aquellos supuestos por los cuales se impuso el mandato de prisión hayan variado; afirmando que, la

pandemia, y la emergencia sanitaria y las medidas a las cuales nos ha llevado, no puede ser considerado como un elemento de convicción (Sala Penal Especial, Resolución N.º 2, 2020a, pp. 57-59).

La Sala finalmente no aceptó que argumentos referidos a la pandemia, hacinamiento y condiciones carcelarias no constituyan como “nuevos elementos de convicción” (tal como argumentó el abogado defensor) que modificaría las razones por las cuales se impuso la medida de prisión (en razón que el abogado “atacó” o se refirió específicamente a la disminución del peligro de fuga y al riesgo a la afectación de la salud y vida de su patrocinado).

Así como en el caso citado existen muchos otros (de diversas jerarquías: Cortes Superiores, Corte Suprema, etc.) en los que se señala que no puede considerarse la pandemia como un nuevo elemento de convicción el cual se requiere para el cese de prisión preventiva, en base al art. 283 del NCPP. Inclusive, en muchas ocasiones los pedidos de cese terminan siendo declarados, no solo infundados, sino también improcedentes.

Al respecto, el considerado por muchos como el estudioso más importante en el país sobre las medidas cautelares, Gonzalo del Río Labarthe, manifiesta que, la cesación de la prisión preventiva tiene desde el código del 90 una frase que ha cambiado a lo largo del tiempo, pero no ha variado su interpretación “los nuevos elementos de convicción son condición sine qua non de la cesación de prisión preventiva”. Ahí está la frase, pero, nadie necesita interpretar esta frase como actos de investigación, prueba, evidencia, documento o certificado. Un nuevo elemento de convicción es la pandemia, el transcurso del tiempo y de los años, el cumplimiento de edad. Y no podemos crear una visión tan absurda de esos nuevos elementos de convicción y proponer su modificación (Redes y Poder, 2020, 19m13s).

El autor opina ello en razón de que los jueces a día de hoy siguen entendiendo que los “nuevos elementos de convicción” es algo físico, material, o algo que se enmarca o se presenta como un medio de prueba que regula el código, como en el caso citado y en muchos otros donde se ha seguido esa interpretación errónea de lo que debe entenderse como evidencia, de algo que te genera

convicción, y el cual no debe ser enmarcarse en el sentido que se ha venido siguiendo hasta ahora, porque eso nos llevara a considerar algo tan nefasto como que, la pandemia no puede ser considerado como un nuevo elemento de convicción.

Este entendimiento erróneo de los “nuevos elementos de convicción” por parte de la administración de justicia, nos ha conducido a la necesidad de encontrar soluciones urgentes, que -vale decir- en el fondo lo que realmente buscan es evitar dichas barreras interpretativas aplicadas por los jueces.

Es así como se plantea que existen dos instituciones diferenciadas; por un lado, la cesación de la prisión preventiva (art. 283 NCPP); y por el otro, la variación de la prisión preventiva (art. 255.2 NCPP).

Se postula que la diferencia entre una y otra radica en que en la primera (cesación) si se requieren (porque expresamente así lo señala el artículo en cuestión) los “nuevos elementos de convicción” los cuales hemos venido comentando. Y por el otro lado, en la segunda (variación) no se requieren de estos “nuevos elementos de convicción” (expresamente no lo dice tampoco) sino que se fundan más en la regla o principio de variabilidad de toda medida cautelar.

Una resolución en donde se analiza la figura de la “variación” de la prisión preventiva la encontramos en el EXP: 00045-2019-1-5002-JR-PE-03 en donde se señaló que, la solicitud de la defensa no es de cese de prisión preventiva, ya que no se han presentado nuevos elementos de convicción que demuestren la no presencia de las razones que motivaron o justificaron la imposición de la medida. Sino que, se ha solicitado la variación de la prisión preventiva por detención domiciliaria en razón que el procesado tiene 65 años y padece de una enfermedad grave, teniendo como fundamento el inciso 3, art. 255 del NCPP (Sala de Apelaciones, Resolución N.º 3, 2020, p. 18).

Lo dicho no es más que una postura seguida o comentada por varios autores, la cual -como se dijo- lo que pretende en el fondo es “burlar” la exigencia que exigen los jueces de nuevos elementos de convicción.

Al respecto, Gonzalo del Río considera que, desde hace tiempo esa discusión, es una discusión meramente terminológica y procedimental que no tiene

ningún efecto jurídico. Lo que yo sostengo es que no debieron haberse creado tantos mecanismos procedimentales ya que esto causa embotellamientos en el ámbito de una regla fundamental, y universal; además, que es que las medidas cautelares, en cualquier sistema en el ámbito de justicia cautelar, son variables, punto. Y se varían “hacia allá y hacia acá”, ósea, a favor y en contra; porque quien se porta mal tiene que ir a prisión (Redes y Poder, 2020, 53m04s).

De lo dicho por el autor puede concluirse que, llámese cesación o variación, lo claro -y correcto- es que tomas las medidas siguen un principio de variabilidad, de provisionalidad. Son cambiantes en el tiempo, y dicha modificación va más allá y no se enmarca por la denominación que podría optarse, lo cual -tal como señala Del Río- solo genera atascos o congestiones procedimentales.

La atención -para un cambio que es más que necesario- debe enfocarse en otro punto más importante, como lo es el que se entienda que la pandemia no es un nuevo elemento de convicción.

En ese sentido, Gonzalo del Río menciona que, una forma de desformalizar la justicia es no creando interpretaciones absurdas de la ley. El problema respecto a la cesación es que, si no existiera un procedimiento de cesación y existiera un procedimiento alternativo de variación, no tendríamos que entrar al ámbito de los elementos de convicción, y si no entramos al ámbito de los elementos de convicción podríamos decir algo así como: “señor por favor libérela o póngala con detención domiciliaria, comparecencia restringida, porque mi cliente ha cumplido 65 años” ¿Cuál es el elemento de convicción? ¿No se señor, el DNI? ¿La vida? ¿Su reloj? (Redes y Poder, 2020, 54m44s).

No necesitamos hacer eso, si bien provoca hacerlo para lograr encontrar una salida a la jurisprudencia que sigue creyendo que elemento de convicción es algo que puedo tocar, ver e introducir por una mesa de partes. Nunca en la historia del derecho procesal, la evidencia fue tratada de esa manera. Nunca el legislador pretendió al introducir la frase: “elementos de convicción”, que se tendría que presentar algo, porque solo el transcurso de tiempo, desde una perspectiva ontológica, es algo. Y el grave problema de jueces, fiscales, y nosotros los abogados (todos estamos metidos en este problema de interpretación) es que

tenemos un muy mal entendimiento de lo que es evidencia. Nos hemos olvidado las reglas básicas de lo que es la evidencia, de lo que es prueba. El elemento de convicción es un simple enunciado que supone, congrega y reúne todo aquello que es información en un proceso cautelar (Redes y Poder, 2020, 55m37s).

El autor continúa agregando que, desde que el mundo es mundo, una cuestión como el COVID-19 se constituye en lo que los tratadistas más clásicos del derecho a la prueba llaman un hecho notorio. Los hechos notorios no se prueban ¿Son elementos de convicción? ¡Por supuesto! Por eso se llaman hechos notorios. Los hechos notorios son aquella información conocida por todos que no es necesario probar. Si alguien dice: “Eso no es prueba”, no es prueba porque no hay que probarlo, los hechos notorios existen, están regulados en el sistema procesal, desde que el derecho procesal existe. Que alguien diga: “Señor no es un nuevo elemento de convicción el COVID” ¡es una barbaridad! ¿Cómo no va ser un nuevo elemento de convicción? “No, lo que pasa es que no es un nuevo elemento de convicción porque usted no trae nada para probarlo” Pues no, porque es notorio y lo notorio no es que no sea un elemento de convicción; todo lo contrario, el hecho notorio se crea en el derecho procesal, para decir que ese elemento, no hay que probarlo, porque es notorio. Pero, el hecho notorio es equivalente a cualquier otra evidencia que tienes que incorporar al proceso cautelar para que un detenido salga (Redes y Poder, 2020, 57m17s).

El autor termina manifestando que, el hecho de que el COVID no sea considerado como un criterio de evaluación porque un señor no ha traído un celular que trae COVID adentro y lo ha metido por una mesa de partes o lo ha metido a la audiencia para que reciba el fiscal, y contradiga el COVID “¡Es un acto de supina ignorancia! me van a disculpar, en materia de prueba”. Señala que, eso es desconocer aquello que es lo más elemental en el derecho a la prueba, algo que tendría que saber un alumno de tercer ciclo de derecho o de segundo (Redes y Poder, 2020, 58m51s).

Un caso en donde se le da un trato de esa manera a la pandemia la encontramos en el Expediente 00025-2017-33-5201-JR-PE-01 en donde se dejó sentado que:

(...) El COVID-19 se ha esparcido por las cárceles generando muchas infecciones y también muertes. La pandemia representa un hecho que no requiere ser objeto de prueba, no necesita demostrarse al ser un hecho notorio en aplicación del inc. 2, art. 156 del NCPP. El control de la enfermedad no es posible en el establecimiento penitenciario donde se encuentra detenido el procesado, ello tampoco requiere ser probado por notorio, e inclusive el mismo Tribunal Constitucional ha declarado un estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país, situación agudizada por el advenimiento de la pandemia (Sala Penal de Apelaciones, Resolución N.º 2, 2020, pp. 18-19, 20).

Podemos concluir al respecto que, el COVID si debe ser considerado como un elemento de convicción; inclusive, como un hecho notorio que -a priori- no debería necesitar prueba al respecto. Que sea notorio no le quita valor, ni tampoco novedad. Antes, cuando se impusieron las prisiones preventivas, no había pandemia, ahora la hay, y eso debe valorarse ante una solicitud de cese de prisión preventiva.

La institución del cese de prisión, si bien si deben requerir de nuevos elementos de convicción, estos no deben interpretarse (como lo vienen haciendo los jueces) como que se tenga que introducir una herramienta u objeto físico, documental o visual. El derecho exige a la parte solicitante a tener que probar este contexto de emergencia sanitaria, al ser un hecho notorio, el cual no existía cuando se impuso la medida cautelar.

Que la pandemia no sea considerada como un nuevo elemento de convicción solo responde a una interpretación cerrada, restrictiva, con una excesiva carga dogmática, y bajo un entendimiento sobre formalista.

Todo lo expresado hasta aquí debe entenderse y reflexionarse no solo en el contexto de una pandemia como la que vivimos actualmente, sino en cualquier otro contexto similar en la cual se encuentren en grave peligro los derechos fundamentales de cierto grupo o sector de la población, sean internos o no.

Dentro de unos años o décadas (ya sea si aparece un nuevo virus, enfermedad, desastre o calamidad, que genere una alarma o emergencia nacional

o mundial) no pueden seguir existiendo este tipo de problemas, como el no saber si la pandemia es un nuevo elemento de convicción o no, y demás problemas en la aplicación de instituciones como la cesación de prisión preventiva, o inclusive también la detención domiciliaria.

Los fines que se pretendían alcanzar con la reforma del 2004, vienen siendo entorpecidas justamente por la errónea interpretación y aplicación de las normas, en casos como ya lo hemos mencionado. Deben seguir esos intentos y esa ambición de querer siempre mejorar para lograr una Administración de Justicia eficaz.

III. METODOLOGIA

3.1. Tipo y diseño de investigación

La presente investigación se llevó a cabo mediante el enfoque cualitativo de tipo básica, porque pretendió, principalmente, entender y analizar la realidad y situaciones existentes, y ampliar el conocimiento teórico, así como obtener, recopilar e interpretar información para estructurar una base de conocimiento respecto al tema indagado.

En ese sentido, se buscó analizar, explicar y entender el cambio, variación o alteración del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva en tiempos de pandemia, para comprender la correcta aplicación de esta medida cautelar personal.

El nivel de investigación fue descriptivo porque buscó explicar y componer una descripción lo más integra posible sobre una situación o fenómeno, este es, la incidencia de la pandemia en este presupuesto de la prisión preventiva.

El diseño fue interpretativo bibliográfico porque la investigación se llevó a cabo mediante la interpretación de diversos documentos principalmente artículos de revistas indexadas, además de libros, jurisprudencias, y demás publicaciones académicas.

3.2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización

CATEGORÍA	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUBCATEGORÍAS
Prisión Preventiva	La prisión preventiva es una medida cautelar personal dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y la obstaculización de la actividad probatoria. (Del Río, 2016, p. 115)	Subcategorías de la Categoría 1 Hacinamiento penitenciario La cesación de la prisión preventiva
Proporcionalidad	La proporcionalidad establece límites a la intervención del Estado para procurar un equilibrio entre los intereses generales que se pretenden y los derechos fundamentales de las personas los cuales pueden ser restringidos únicamente en forma extraordinaria y justificada. Esto significa que no se podrá lesionar el contenido esencial del derecho, ni tampoco sobrepasar lo estrictamente necesario para conseguir o cumplir el fin buscado (Pedraz Penalva, 2000, citado por Del Río, 2016, pp. 13-14).	Subcategorías de la Categoría 2 Presupuesto de proporcionalidad Derecho a la salud y la vida

3.3. Escenario de estudio

El Escenario de estudio estuvo constituido por diversos especialistas en la materia, personas expertas en el Derecho Penal y Procesal Penal.

3.4. Participantes

El conjunto de participantes, concretamente, se constituyó por abogados litigantes, quienes nos proporcionaron sus opiniones y posturas mediante la entrevista.

Los participantes son los siguientes:

Entrevistado	Grado académico	Especialidad	Años de experiencia	Cargo o institución donde labora
Jorge Solís Osorio	Magíster	Derecho Penal	11 años	Abogado penalista litigante – Estudio jurídico Solís y Asociados
Zulema Dior Paucar Espinoza	Magíster	Derecho Penal	3 años de experiencia	Abogada penalista litigante – Estudio Jurídico Paucar Abogados Asociados
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	Magíster	Derecho penal y ciencias penales	13 años de experiencia	Abogado penalista – Estudio Jurídico Balcázar
Elizabeth Huamán Soria	Abogada titulada	Derecho Penal y Saneamiento	10 años de experiencia	Abogada litigante
Henry Peter Grajeda Montalvo	Magíster	Derecho Penal	11 años de experiencia	Abogado litigante
Aniseto Ernesto Caballero Malca	Abogado titulado	Derecho Penal y Corporativo	13 años de experiencia	Abogado litigante
Juan José Maguiña Valverde	Abogado titulado	Derecho penal	15 años de experiencia	Abogado litigante

Miguel Ángel Saravia Pachas	Abogado titulado	Derecho Penal	15 años de experiencia	Abogado litigante – Tovar Herrera & Asociados S.A.C.
Susana Vílchez Tello	Abogada titulada	Derecho penal	14 años de experiencia	Abogada litigante
Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy	Abogada titulada	Derecho Penal	16 años de experiencia	Abogada litigante

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la presente investigación se empleó la técnica del análisis documental, sobre los documentos previamente mencionados.

Como instrumento para la recolección de información se utilizó la guía de análisis documental.

También se utilizó la técnica de la entrevista, realizada a los participantes, teniendo como instrumento la guía de entrevista.

3.6. Procedimientos

Para la recolección de información, se visitó diversas páginas de revistas indexadas de diversos países, de las cuales se seleccionó aquellas más relevantes y con mayor impacto, que hayan abordado los temas con mayor profundidad. Asimismo, se visitó los repositorios de diversas universidades para recolectar trabajos de investigación previos (tesis) que estén relacionados con el tema, no encontrando gran variedad de resultados debido a lo novedoso de la temática.

También se analizó diversas jurisprudencias de la Corte Suprema, Cortes Superiores y Juzgados de Investigación Preparatoria que han resuelto pedidos de imposición, cese y variación de prisiones preventivas en estos tiempos de pandemia, a fin de entender la aplicación correcta de estas figuras en estos tiempos.

En ese sentido, se establecieron las categorías, en base a los presupuestos que resultan afectados o alterados por el contexto pandémico, y las subcategorías para ampliar y explicar cada uno de estos presupuestos.

3.7. Rigor Científico

En este aspecto la investigación a realizarse cumplió con el rigor científico requerido, ya que con el objeto de lograr los objetivos trazados se ha procedido a realizar la validación de la guía de análisis documental y la guía de entrevista, mediante criterios de credibilidad, objetividad, consistencia lógica y conformabilidad, asegurándose la calidad y veracidad del contenido de la información.

Validador	Cargo o institución donde labora	Porcentaje
Percy Wilson Cervera Rodríguez	Abogado litigante – Estudio Jurídico Cervera & Castro	97.2%
Alfonso Ysla Ugás	Abogado litigante – Estudio Jurídico Ysla Ugás	97.2%
Rosas Job Prieto Chávez	Docente Universidad Cesar Vallejo	98%

3.8. Método de análisis de la información

Se tomó en cuenta el método analítico. Además, el método inductivo, generalmente asociado a las investigaciones cualitativas, mediante el cual se obtiene conclusiones a partir de premisas particulares, parte de los hechos para llegar a una generalización.

Se tomó en cuenta diversas posturas de varios autores, hechos y teorías, así como jurisprudencias, para construir una conclusión general sobre los presupuestos de la prisión preventiva y la aplicación de esta medida en tiempos de pandemia.

En ese sentido, una vez realizado el instrumento (guía de análisis-entrevista) la información recolectada será analizadas profunda y sistemáticamente. Asimismo, se agrupó y discriminó la información en base a

cada categoría y subcategoría, para un tratamiento más preciso sobre cada objetivo planteado.

3.9. Aspectos éticos

La presente investigación se realizó bajo los principios de veracidad y honestidad.

Las fuentes de información a recabarse cumplieron con el criterio de confiabilidad, tratándose en su mayoría de páginas de revistas indexadas de alto impacto, así como páginas oficiales del Poder Judicial, entre otros.

Asimismo, se respetó los derechos de propiedad intelectual, los derechos de los diversos autores, cuyos trabajos y aportes fueron correctamente citados conforme a las normas del estilo APA séptima edición.

También, con el objeto de no incurrir en plagio alguno, se utilizó la herramienta Turnitin, brindada por la universidad, para asegurar la autenticidad y conformidad de la investigación.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los resultados del presente trabajo se obtuvieron mediante el uso de: 1.- La Guía de Entrevista, la cual fue aplicada a diversos especialistas en la materia; y 2.- La Guía de análisis documental.

Para el objetivo general, se buscó analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia, COVID-19. Se plantearon preguntas a los participantes obteniendo las siguientes respuestas:

Respecto a la existencia de un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva en este contexto de pandemia, Paucar (2022), Grajeda (2022) y Santa Cruz (2022) coinciden en que si existe un grave riesgo. Esto debido a la rápida propagación de esta enfermedad y existir una gran sobrepoblación (hacinamiento penitenciario) lo que genera este riesgo de contagio, sobre todo a las personas más vulnerables. Por ello se deben adoptar medidas eficaces para preservar la integridad, vida y salud de los internos.

Balcázar (2022), Huamán (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022) y Caballero (2022) coinciden en que no existe un grave riesgo de afectación de la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva. Esto

porque la etapa de mayor propagación y contagio de la enfermedad ya pasó, a la fecha el Ministerio de Salud tiene la situación aparentemente controlada con las vacunas. Asimismo, que el gobierno y el INPE han implementado medidas de control y prevención frente al virus, así como dotar de recursos y materiales a los centros penitenciarios para evitar contagios, por lo que solo existe un riesgo leve porque la vacuna tampoco te vuelve inmune y te puedes contagiar. Se señala también que, no se puede asegurar de manera general que existe un grave riesgo de afectados para todos los detenidos bajo mandato de prisión preventiva, el análisis se hace de manera individual, existiendo un riesgo, no grave, de contagio de COVID-19 en las cárceles porque nadie es inmune a ella. Ello puede generar afectación a la salud del detenido, y la gravedad de ello dependerá de diversos factores como la edad, preexistencia de enfermedades crónicas, etc. Si bien en la mayoría de casos no existe ese grave riesgo, puede haber casos especiales en que -a pesar de estar vacunados, ya que ello no exista los síntomas y la posible muerte de la persona, como ha ocurrido- puede llegar a afectarse la salud. Sin embargo, también se postula que, la proporcionalidad de la prisión preventiva no solo se limita a analizar aspectos como la pandemia y el COVID-19, sino también las serias condiciones en que se encuentran las cárceles del país en donde se ejecuta la medida coercitiva, lo que significa lesionar los derechos fundamentales de las personas detenidas, sin respetar las obligaciones que emanan de la Constitución, la CADH y las sentencias de la CIDH.

Respecto a la proporcionalidad de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia, Paucar (2022), Huamán (2022) y Santa Cruz (2022) coinciden en que la medida no es proporcional. Esto porque al estar en un Estado de Emergencia Nacional, la aplicación de esta medida resulta un tanto desproporcional en razón de que existen otras medidas como la comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país y arresto domiciliario, las cuales pueden cumplir el mismo objetivo que la prisión preventiva y resultar menos lesivas. También porque existe un exceso de presos, cárceles que no se abastecen, y que la mayoría de jueces dictan prisión en casos mediáticos o “publicitados”, en delitos menores no se requiere prisión preventiva, pero en delitos mayores sí. Por su parte, Henry Peter Grajeda Montalvo respondió que sí es proporcional porque se entiende que toda imposición de prisión preventiva tiene detrás un análisis exhaustivo de los

presupuestos para su adopción, entre ellos la proporcionalidad. Sin embargo, no resulta proporcional en caso de población vulnerable en esta pandemia. Por otro lado, Balcázar (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022) y Caballero (2022) coincidieron en que la medida de prisión preventiva resulta proporcional o no dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Consideraron que solo debería ser proporcional en los casos graves y de peligro inminente de eludir la acción de la justicia, existiendo otros casos donde no existe este peligro y debiera cambiarse de medida. Es proporcional cuando, además de cumplirse los presupuestos requeridos, se haya examinado la proporcionalidad de la medida y que al detenido no se le afectará sus derechos fundamentales -distintos de la libertad- de manera irrazonable o desmedida. Si en la ejecución de la medida se afecta otro derecho distinto de la libertad, la medida -además de desproporcional, será ilegal. La medida es desproporcional cuando existe afectación a la salud, lo cual si bien puede ocurrir por un contagio de COVID-19 en la cárcel, no es el único supuesto. Dicha afectación a la salud del imputado también puede ocurrir por las condiciones de los centros penitenciarios, donde existe precariedad, condiciones insalubres e indignas, más aún en casos de detenidos de avanzada edad o con enfermedades graves, crónicas o incurables. Inclusive, este estado de emergencia de las cárceles del país ha sido declarado como un estado de cosas inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional. También se considera que resulta desproporcional cuando esta medida se imponga de forma masiva en delitos comunes o simples (aumentando así el hacinamiento), en donde el detenido no represente un enorme peligro para la sociedad al ser un delito de poca relevancia.

Respecto a los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva cumple con el presupuesto de proporcionalidad, Balcázar (2022), Paucar (2022) y Huamán (2022) coincidieron en que son: un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, que exista un fundado peligro de fuga del investigado o un peligro de obstaculización, y sobre todo si es un delito grave, como por ejemplo violaciones a niños, asesinatos, tráfico ilícito de drogas. La existencia de motivos razonables y proporcionales, una debida motivación de la resolución fundamentada en una evidencia sólida. Por otro lado, Grajeda (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022), Caballero (2022) y Santa Cruz (2022) coincidieron en que los criterios son: la edad avanzada del imputado, padecer de

enfermedades graves o crónicas, ser madres gestantes o madres que tengas hijos menores a tres años, la gravedad del delito investigado, la posibilidad del establecimiento penitenciario de brindar la atención médica que requiera el imputado, el hacinamiento existente en el establecimiento penitenciario, y la existencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito y la existencia de peligro procesal.

De acuerdo al EXPEDIENTE: 00029-2017-33-5002-JR-PE-03, en síntesis, se consideró que, en base a los informes médicos presentados se confirmó que el procesado si padece de enfermedades graves que lo ponen en riesgo de contagio de COVID-19 y posible afectación a su salud. Además, que, en cuanto a la ponderación, prima los derechos a la salud y vida del procesado por encima de la función jurisdiccional y el daño estatal. Y por último que, mediante una interpretación constitucional y convencional el juez considero que corresponde imponer arresto domiciliario al ser la medida que -en estas condiciones- garantice de mejor manera la salud del procesado. Por tales razones, se declara fundado en parte, el cese de prisión preventiva de Richard Martín, imponiéndose arresto domiciliario por 18 meses, además de reglas de conducta y una caución económica de S/.50,000.00.

De acuerdo al EXPEDIENTE N.º 4-2018-1 – Resolución N.º 2 por parte de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en síntesis, se consideró que no hay afectación de salud grave al procesado y no se acreditó que tenga alguna enfermedad grave que lo vuelva población vulnerable frente al COVID-19, se cursó y se cursarán oficios al INPE para que se adopten y mejoren las condiciones de encarcelamiento del procesado. No se consideró la pandemia un nuevo elemento de convicción, y argumentos respecto al hacinamiento y salubridad en los establecimientos penitenciarios no constituyen razón suficiente para el cese de prisión. Además, se consideró que persiste el peligro procesal. Por tales razones se declaró infundado el recurso de apelación formulado por la defensa del imputado.

Para el primer objetivo específico, se buscó explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la

prisión preventiva. Se plantearon preguntas a los participantes obteniendo las siguientes respuestas:

Respecto a que, si la pandemia por COVID-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), Huamán (2022) respondió que no modifica, porque se seguían fundamentando con los 3 subprincipios (idoneidad, necesidad de la medida, la proporcionalidad en la medida adoptada) y no se podría hablar que se modificó este análisis. Por otro lado, Balcázar (2022), Paucar (2022), Grajeda (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022), Caballero (2022) y Santa Cruz (2022) respondieron que, si modifica, sobre todo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en razón de que puede ocurrir que el imputado en la cárcel vea afectado además de su libertad, su salud, volviendo desproporcional de medida. No resulta proporcional en casos donde el imputado sea una persona que tenga especial vulnerabilidad en esta pandemia, y se genere una afectación a su salud por un contagio de COVID-19 o también por las condiciones insalubres de las cárceles que menoscaban su integridad. Además, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha alertado a los estados que las personas en las cárceles pueden encontrarse en peligro y deben revisarse y volver a analizarse las medidas de prisión preventivas impuestas. En ese sentido, en la ponderación debe analizarse si prima las finalidades obtenidas con la imposición de la prisión preventiva (asegurar la presencia del imputado en juicio y la eficacia de una futura condena) o en todo caso, prima el respeto a los derechos del imputado afectado con la medida (libertad, presunción de inocencia, salud y vida).

Respecto a si correspondería alguna otra medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, en estos tiempos de pandemia, Huamán (2022) respondió que no correspondería otra medida porque las personas aun sabiendo de la posibilidad de ir presos por prisión preventiva siguen cometiendo delitos, entonces, retirando la medida esto sería peor, aumentaría la delincuencia y los delitos. Por otro lado, Balcázar (2022), Paucar (2022), Grajeda (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022), Caballero (2022) y Santa Cruz (2022) coincidieron en que si es posible y que puede ser cualquiera de las demás medidas de coerción que señala

el NCPP, todo dependerá de las circunstancias del caso en concreto. En ese sentido, puede corresponder una comparecencia simple o restringida, un impedimento de salida del país, un arresto domiciliario o una caución, las cuales pueden resultar proporcionales al no ser tan gravosas como la prisión preventiva, pero también pueden cumplir la misma finalidad. La adopción de una u otra medida dependerá del cumplimiento de los presupuestos que señale la norma. Se resalta la detención domiciliaria como la medida más óptima bajo un enfoque humanista, en caso se determine la desproporcionalidad de la prisión preventiva por afectación a la salud del imputado, ya que esta no reviste de una injerencia grave a los derechos del imputado.

De acuerdo al EXPEDIENTE N.º 205-2018-7 – Resolución N.º 2 por parte de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en síntesis, se consideró que se puede garantizar la protección de la salud del imputado recurrente Chirinos Cumpa mediante la exhortación al director del establecimiento penitenciario donde se encuentra recluso, así como al INPE, para que se adopten las medidas adecuadas al respecto, como brindar la atención médica que se requiera. También se consideró que las medidas adoptadas por el gobierno se iban levantando y “aliviando”. Asimismo, no existe material probatorio que acredite fehacientemente las enfermedades del procesado alegadas por la defensa, sino que, se cumple con la proporcionalidad estricta, ya que no existe afectación grave a la salud y las medidas que se adoptarán mediante el exhorto al INPE garantizarán ello. Por dichas razones se declara infundada el recurso de apelación.

Para el segundo objetivo específico, se buscó determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19. Se plantearon preguntas a los participantes obteniendo las siguientes respuestas:

Respecto a si sería posible el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia, Balcázar (2022) y Paucar (2022) coincidieron en que no sería posible, en razón de que todavía existen casos de delitos graves, de imputados reincidentes y que pretenden fugarse, por lo que todavía es necesaria la prisión preventiva; asimismo, la pandemia no habilita el cese de manera automática, depende del caso en concreto. Por otro lado, Huamán (2022), Grajeda (2022), Solís (2022), Vílchez

(2022), Maguiña (2022), Caballero (2022) y Santa Cruz (2022) coincidieron en que si es posible el cese de prisión preventiva durante la pandemia. Esto porque la prisión preventiva se rige por el principio de provisionalidad, pueden variar o terminarse, no son definitivas. Esta medida está supeditada a que los presupuestos para su adopción se mantengan, en caso contrario, la medida deberá cesar. Es posible el cese de prisión porque el artículo 283 del NCPP así lo determina, la norma señala que el imputado podrá solicitar el cese de prisión las veces que lo considere pertinente, lo cual sería cuando no se esté cumpliendo -por lo menos- algunos de los presupuestos de la prisión preventiva, entre ellos la proporcionalidad. Se precisa que la pandemia no puede evitar la utilización de este mecanismo por parte de la defensa, además la norma no señala ello. Se señaló que debe corresponder el cese porque los establecimientos penitenciarios se encuentran sobrepoblados, esta medida aumentaría este problema, se debe evitar la exposición de personas vulnerables al virus. Se considero además que, la pandemia debería constituir un “nuevo elemento de convicción” según lo previsto en el inciso 3 del art. 283 lo cual habilitaría el cese de prisión. Y por otro lado que, existe una figura distinta al cese de prisión, la cual sería la variación o sustitución de la prisión preventiva, diferenciándose en que esta no requiere “nuevos elementos de convicción” ni demostrar la no concurrencia de alguno de los presupuestos de la prisión preventiva, sino demostrar que se cumplen los presupuestos de otra medida menos lesiva como la detención domiciliaria.

Respecto a que medios probatorios deben presentarse para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia, Huamán (2022) respondió que la pandemia no debe ser considerado un motivo justificado para analizar la prisión preventiva, que tal vez si no tuviéramos las vacunas o hubiera una tasa de mortalidad superior al 1% del total de población peruana. Lo que debe primar para la prisión preventiva es el principio de proporcionalidad evaluado junto a los elementos de convicción del caso concreto. Por otro lado, Balcázar (2022), Paucar (2022), Grajeda (2022), Solís (2022), Vílchez (2022), Maguiña (2022), Caballero (2022) y Santa Cruz (2022) coincidieron en que se puede presentar cualquier tipo medio probatorio que señale la norma, tales como testimonios, pericias, prueba documental, etc. El cese de prisión corresponde porque alguno o algunos de los presupuestos de la prisión preventiva ya no se cumplen, así que los medios

probatorios dependerán que presupuesto en cuestión se debatirá; si se cuestionara la existencia de peligro procesal, deben presentar medios probatorios relacionados al arraigo (laboral, familiar o algún otro); o si es respecto a la inexistencia de los graves y fundados elementos de convicción, se deben presentar medios probatorios que demuestren la inocencia del investigado. Se precisó que, si lo que se pretende cuestionar es la desproporcionalidad de la medida, se deben presentar medios probatorios referentes a la situación de vulnerabilidad del imputado frente al COVID-19, certificado médico que acredite que el imputado padece de alguna enfermedad crónica o grave, así como la imposibilidad que el establecimiento penitenciario donde se encuentra recluso el imputado no presente las condiciones de poder brindarle atención médica adecuada.

Ahora en esta parte de la investigación se procedió a realizar la discusión de resultados. Respecto a la situación carcelaria actual y la posible lesión de los derechos fundamentales de los detenidos bajo mandato de prisión preventiva, el participante Maguiña (2022) ha señalado lo siguiente:

Considero que, por el avance que hemos tenido, actualmente existe un riesgo, no grave, de contagio de COVID-19 en las cárceles, porque a las finales nadie es inmune a ella actualmente. No puede asegurarse de manera general que existe un grave riesgo de afectación en razón al COVID-19 para todos los detenidos bajo mandato de prisión preventiva, el análisis debe hacerse de manera individual. Considero que en la mayoría de los casos no existe un grave riesgo de afectación a la salud o integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva en este contexto de pandemia. Empero, puede haber casos especiales en los cuales, a pesar de estar vacunados inclusive (ya que ello no evita el contagio, los síntomas y la posible muerte de la persona, como ha ocurrido) puede llegar a afectarse a la salud, y la gravedad de la afectación dependerá de factores como la edad, condiciones de salud, y preexistencia de enfermedades graves del detenido. Sin embargo, el análisis de la proporcionalidad no debería hacerse únicamente en relación a la pandemia y al COVID-19, sino a la situación real de fondo que son las condiciones precarias e indignas de muchas cárceles en el Perú que menoscaban los derechos de las personas reclusas. No se puede ejecutar la

prisión preventiva sometiendo al imputado a soportar tal estado de cosas, es obligación del Estado asegurar condiciones dignas de encarcelamiento, obligación que encontramos en la Constitución, así como la CADH, y diversas sentencias de la CIDH.

En un sentido similar, el participante Solís (2022) manifestó lo siguiente:

Considero que en unos casos es proporcional y en otros no, no se puede afirmar de manera general y categórica que es proporcional, o, que es desproporcional, dependerá del caso en concreto. Considero proporcional la prisión preventiva cuando, además de que se cumplan los presupuestos materiales y procesales, se pueda garantizar que al detenido no se le afectara sus derechos fundamentales -distintos de la libertad- de manera irrazonable o desmedida. Esto quiere decir, que al detenido solo se le debe restringir su libertad durante el tiempo que dure la prisión preventiva, y no algún otro derecho fundamental, lo que volvería desproporcional la medida de coerción. Asimismo, debe existir una debida motivación de la resolución, que se haya realizado sobre todo un correcto análisis y fundamentación respecto de la proporcionalidad de la medida, y las razones que fundamentan la prisión preventiva.

Por otro lado, es claro que resulta desproporcional cuando esa afectación a la salud del imputado efectivamente ocurre. Considero que esta afectación no solo ocurre cuando el imputado se contagia de COVID-19 y presenta síntomas fuertes o contrae alguna otra enfermedad contagiosa que existe en las cárceles del país, sino cuando las condiciones de encarcelamiento sean insalubres, inadecuadas e indignas. En ese supuesto, la medida resulta desproporcional e ilegal, ya que ninguna medida de coerción que señala el NCPP puede lesionar la salud, no existen medidas que afecten la salud, y estas tampoco pueden ejecutarse sin observar condiciones básicas y dignas de encarcelamiento, más aun cuando se imponen prisiones preventivas impuestas a personas con enfermedades graves o adultos de avanzada edad, pues al ser población vulnerable en este contexto de pandemia, y si bien se han distribuido las vacunas a nivel nacional, no puede asegurarse tajantemente que no se contagiarán, y que no se verán afectados

en su salud. Asimismo, este grupo también puede resultar afectado por las condiciones precarias en las que se encuentran los centros penitenciarios, problema que incluso ha sido catalogado o determinado como un estado de cosas inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, al existir vulneraciones masivas de los derechos fundamentales de las personas detenidas, derechos distintos de la libertad incluyendo la dignidad, provocando que la detención del imputado -aun inocente- sea ilegal, desproporcionada e inconstitucional.

Por otro lado, también resulta desproporcional cuando -más aun considerando el hacinamiento existente en los centros penitenciarios- se imponga de manera automática o masiva una prisión preventiva en delitos comunes o simples, en donde el detenido no represente un enorme peligro para la sociedad, pues su conducta no conlleva un alto grado de reprochabilidad, al tratarse de un delito menor o de poca relevancia, al ser una medida excepcional y existir otras medidas de coerción que pueden cumplir la misma finalidad.

Vemos como los dos participantes comparten la postura de que existe efectivamente un riesgo de afectación a los derechos de los detenidos bajo prisión preventiva, esto por la enfermedad COVID-19 pero también por las precarias condiciones carcelarias existentes en los establecimientos penitenciarios, factores que pueden afectar al detenido, más aún si se tratan de personas mayores o con enfermedades, lo cual vuelve desproporcional la prisión preventiva.

Sobre este punto, existe en la doctrina un consenso por mayoría respecto al estado de vulnerabilidad en que se encuentran las personas reclusas en centros de detención en el contexto de emergencia sanitaria que nos rodea.

El autor Lamas (2020) indica que las cárceles son ideales para la propagación del COVID-19 por la situación precaria en que se encuentra el sistema penitenciario, esto debido, entre otras razones, a la sobrepoblación carcelaria que existe, las condiciones de promiscuidad, el receso de la administración de justicia y la ausencia de personal administrativo idóneo para controlar el problema. Además, si para la población común existen dificultades para hacer frente al

COVID-19, para el sistema carcelario nacional deber ser mucho peor y más preocupante (pp. 180-181).

Comparte dicha opinión Soares et al. (2020) quien considera que el hacinamiento es la razón principal para la propagación de enfermedades en los centros de detención, constituyendo el incumplimiento de estándares óptimos respecto a las condiciones de la detención, afectando derechos de los detenidos, lo cual implica un riesgo para su bienestar e integridad física y mental (p. 41).

Por otro lado, no comparten este parecer otros participantes, tenemos a Caballero (2022) quien respecto a si existe una afectación a la salud e integridad de los detenidos bajo prisión preventiva, considera que “Considero que no, porque se han establecido medidas de prevención de contagio de COVID-19 dentro de las cárceles, además de proveer a los internos de recursos de limpieza, además de las vacunas”; esta opinión la comparte Huamán (2022) quien considera que “No, porque dentro del penal y fuera del penal los síntomas son iguales, y la vacuna se repartió para todos los lugares del Perú, incluido los penales. Grave riesgo no hay solo un riesgo (...)”. Vemos como Solís y Huamán sostienen que no existe un grave riesgo de afectación a la salud de los participantes, sobre todo por la repartición de las vacunas.

Sin embargo, esta posición de los participantes no se sostiene, ya que -por ejemplo- existen investigaciones llevadas a cabo por entidades como la Defensoría del Pueblo, cuyas conclusiones contradicen lo mencionado por los participantes. Así tenemos la *Serie Informes Especiales N.º 03-2020* de 6 de abril de 2020, donde la Defensoría del Pueblo ha informado, que las condiciones actuales en las prisiones generan indefectiblemente que se lesionen los derechos a la salud, integridad y vida de las personas reclusas en los centros penitenciarios, debido a la existencia en el Perú de un hacinamiento del 140% (Defensoría del Pueblo, 2020a, párr. 8-9).

Posteriormente, en la *Serie Informes Especiales N.º 08-2020* de 21 de abril de 2020, la Defensoría del Pueblo (2020b) concluyó que, el hacinamiento lesiona el derecho a la integridad de los internos (inclusive de forma grave en algunas

ocasiones) comprometiendo otros derechos como a la salud, educación, trabajo, y mantenimiento de sus vínculos familiares (Defensoría del Pueblo, 2020b, párr. 10).

Si bien se debe considerar que, la repartición de las vacunas ha contribuido a controlar de mejor manera la propagación y las consecuencias del COVID-19 en las personas, no se puede concluir cabalmente que no existe un riesgo considerable de afectar la salud de los internos, lo que puede ocurrir no solo por el COVID-19 sino por la complicada situación de las cárceles del país. Al menos así se entendió en el Expediente 00029-2017-115-5002-JR-PE-03, en donde se consideró que la presencia de la segunda dosis contra el COVID-19 es un argumento que no presenta un alcance objetivo de comprobación, frente a las graves enfermedades que padecen los imputados ; del mismo modo con los protocolos de salud en las cárceles cuando es sabido que existe hacinamiento penitenciario de cara a las recomendaciones de la CIDH, la jurisprudencia vinculante para todos los Estados suscritos a la CADH y la declaratoria de cosas inconstitucional de los establecimientos penitenciarios por parte del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 05436-2014-PHC/TC (Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, 2020b, pp. 12-13).

Efectivamente, la situación crítica de las cárceles peruanas es un tema que desborda las eficiencias que se pueda tener contra la vacuna del COVID-19; además que, no es la única enfermedad grave y mortal que pudiese transmitirse dentro de la cárcel. La proporcionalidad de la prisión preventiva no se limita con el análisis de un riesgo o contagio del detenido frente al COVID-19, se deben comprender todas las posibilidades y riesgos que enfrenta la persona en un centro penitenciario.

Es tan masiva y sistemática la afectación de los derechos de los reclusos, que el mismo Tribunal Constitucional ha declarado un estado de cosas inconstitucional al respecto. El Tribunal Constitucional (2020) ha manifestado que, el hacinamiento penitenciario, las brechas de infraestructura y las condiciones carcelarias son factores que pueden vulnerar o amenazar con vulnerar los derechos fundamentales distintos de la libertad personal de las personas reclusas en establecimientos penitenciarios; esto representa un estado de cosas que vulneran efectivamente los mandatos constitucionales y convencionales en materia de

derechos de personas reclusas en prisiones (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamentos 65, 67-68).

Por último, el Tribunal Constitucional (2020) concluye que, la inacción del Estado pone en serio riesgo la vida, la integridad, la salud y otros derechos como el trabajo o la educación, así como el derecho a no recibir tratos carentes de razonabilidad durante la restricción de la libertad; además, se deja de lado el principio constitucional por el cual el régimen penitenciario busca la reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamento 69).

Efectivamente, analizar la proporcionalidad de la prisión preventiva no se circunscribe únicamente a analizar el riesgo frente al COVID-19 sino a valorar y considerar todas las afectaciones masivas de derechos fundamentales que ocurren en diversos establecimientos penitenciarios del país, lo cual ha llevado a declarar un estado de cosas inconstitucional al respecto. Esta opinión la comparten Gaitán y Rojas (2020) quienes en su trabajo de investigación concluyeron que los internos, en el momento en que sean un gran número y ocupasen espacios reducidos, se tiene la idea que verán afectada su integridad personal al incumplirse condiciones mínimas para el cumplimiento de su condena en los establecimientos penitenciarios (p.59).

También se debe mencionar que existen deficiencias en la motivación de las resoluciones que imponen, cesan o varían prisiones preventivas, toda vez que no se le da la relevancia y consideración que requiere la situación de emergencia sanitaria, así como la crisis en el sistema carcelario. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Expediente N.º 4-2018-1, en donde la defensa manifestó argumentos relacionados a la salubridad y el hacinamiento en el penal donde se encontraba el procesado, así como la falta de medidas preventivas ante el virus y de tratamiento médico para los afectados (tal como expresa la R. A. N.º 138-2020-CE-PJ). Sin embargo, la Sala consideró que no puede utilizarse de manera aislada argumentos referidos al nivel de salubridad y hacinamiento carcelario, ni tampoco de medidas de prevención y atención en frente al COVID-19 para la evaluación del cese de prisión preventiva, debido a que estas circunstancias per se no son una razón suficientemente válida para otorgar el cese. Además, el procesado no

comparte celda y le corresponde seguir las normal de distanciamiento social, por lo que su agravio en dicho extremo fue rechazado (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º2, 2020a, p. 69).

Considero errado el razonamiento por parte de la Sala, toda vez que factores como el hacinamiento carcelario, los niveles de salubridad y medidas de prevención frente al COVID-19 si constituyen fundamentos a considerarse ya que se vinculan con el principio de proporcionalidad, el cual también es un presupuesto y un principio que debe cumplirse, sino la prisión preventiva no puede mantenerse.

Considero que parte importante de este problema radica en que en los procesos se les da mucha importancia (por no decir la única) al debate de los fundados y graves elementos de convicción (art. 268.1 NCPP) y al peligro procesal, y prácticamente se deja muy de lado el análisis y debate de la proporcionalidad y el plazo razonable de la medida, los cuales también son importantes y deberían considerarse.

Así también lo considera el autor y juez Mendoza (2020) quien considera que, constituye una mala práctica limitar el debate solo al posible decaimiento de los fundados y graves elementos de convicción respecto de la comisión del delito y su atribución (párr. 17-18)

Debemos valorar que, si existe hacinamiento y condiciones de encarcelamiento precarias, evidentemente es posible que se afecten los derechos fundamentales, como la salud, del imputado detenido, y ello, en definitiva, significa que la medida de prisión preventiva se torne excesiva e irrazonable por imponer al imputado que soporte una afectación desmedida de sus derechos fundamentales distintos de la libertad ambulatoria.

Así también se usan argumentos “fantasiosos”, alejados de la realidad, argumentos que no tienen base ni fundamento para su materialización. Así tenemos el Expediente N.º 205-2018-7, en donde la Sala Penal Especial de la Corte Suprema ha considerado que, mediante el exhorto al director del establecimiento penitenciario Ancón I, así como al jefe de Registro Penitenciario del INPE, para que se adopte e implemente medidas idóneas y necesarias (atención médica, medicación y exámenes para evitar contagio de COVID-19), se va a lograr garantizar la seguridad, salud y la vida del imputado Chirinos Cumpa; así como

proteger y asegurar los fines del proceso (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020b, p. 35).

Esto también ocurrió en el Expediente N.º 4-2018-1, caso Walter Ríos, en donde la Sala indicó que, la defensa alegó que al imputado no se le suministra el materia y tratamiento sanitario necesario para cuidar su salud; por lo tanto, es necesario que el sistema penitenciario provea a todos los investigados detenidos los recursos necesarios mediante los cuales pueda preservarse su salud y reducir el riesgo de contagio, para lo cual se cursarán los oficios correspondientes, como se han dispuesto en situaciones similares (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020a, p. 71).

Por lo tanto, argumentos como los citados, en donde para los jueces un simple exhorto va a permitir automática e inmediatamente -o próximamente- que al imputado se le brinden todos los servicios médicos y atenciones que requiera (que no se le fueron suministrados antes a pesar que legalmente estaban obligados a ello) constituye una idea “fantasiosa” y -se entiende- de casi imposible materialización. Si cuestiones como esas de verdad fuese posible, las cárceles del país no estarían en crisis y el Tribunal Constitucional no hubiese declarado un estado de cosas inconstitucional respecto a esta situación de los establecimientos penitenciarios. Motivaciones como estas lo que terminan consiguiendo es que no exista un análisis y valoración correcto respecto al principio de proporcionalidad que debe respetar toda medida cautelar personal.

El objetivo general de la presente investigación consistió en analizar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia, COVID-19. Los resultados de la presente investigación demuestran que no existe un cabal cumplimiento del principio de proporcionalidad. Existen muchos casos en los cuales no se ha respetado este presupuesto-principio de corte constitucional, debido principalmente a: i) por la exposición al COVID-19 y la situación carcelaria actual en que se están ejecutando las prisiones preventivas en el país, un estado de cosas inconstitucional existente en los establecimientos penitenciarios del Perú, que menoscaba los derechos fundamentales de los procesados reclusos; y ii) por una insuficiente y/o aparente motivación respecto al

extremo referido a la proporcionalidad en las resoluciones de imposición, cese o variación de prisiones preventivas.

Respecto a la manera en que la pandemia por COVID-19 ha modificado o alterado el presupuesto de proporcionalidad, el participante Solís (2022) indicó lo siguiente:

La pandemia no modifica el análisis del subprincipio de idoneidad de la prisión preventiva, ya que esta medida igualmente puede cumplir la finalidad para la cual está destinada, que es asegurar la presencia del imputado en el juicio o durante el proceso, así como controlar el peligro procesal existente. La pandemia no modifica necesariamente el análisis del subprincipio de necesidad, ya que el análisis respecto a la correspondencia de una u otra medida de coerción para el caso en concreto, es una obligación que se debe hacer en todos los casos. La pandemia si modifica el análisis del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Este subprincipio consiste en un examen o comparación entre el grado de realización, consecución u optimización del fin constitucional (buscado mediante la prisión preventiva) y la intensidad de la intervención (afectación) en el derecho fundamental. Antes, generalmente -por no decir casi siempre- primaba o pesaba más el fin buscado (asegurar la presencia del imputado en el proceso y la eficacia de la futura sentencia) considerándose que ello justificaba la afectación de la libertad del imputado. Ahora, la situación presenta un enfoque distinto, ya que, al imponerse la prisión preventiva, por ejemplo, en un anciano de avanzada edad o una persona con enfermedades graves ello puede significar la afectación a la salud e integridad del imputado, no solo por un posible contagio de COVID-19, sino también por las condiciones precarias de lo establecimiento penitenciarios que menoscaban los derechos fundamentales que poseen los imputados. Entonces, en el examen de ponderación ya no se encuentra únicamente la libertad como único derecho restringido, sino también la salud y la vida del imputado, e inclusive la dignidad, para lo cual necesita un estricto análisis en el caso en concreto.

Comparte esta opinión el autor Anitua (2020) quien señala que, la situación actual nos conduce a analizar la ponderación de los intereses en conflicto. Frente a los que justifican la afectación a la libertad de una persona procesada, se hallan aquellas que surgen como efecto de la política sanitaria dentro de las prisiones, y en razón al principio de dignidad humana: los derechos a la salud e integridad (p. 164).

Por otro lado, Huamán (2022) no comparte esta opinión y considera que la pandemia no termina modificando el análisis de los subprincipios del principio de proporcionalidad, que estos se seguían fundamentando por lo que no puede hablar de una modificación alguna.

Considero que la pandemia, en definitiva, si termina modificando el análisis del tercer subprincipio. Esto porque, como ya se mencionó, la pandemia y la situación de crisis actual de los establecimientos penitenciarios generan que se afecte o amenace la salud del imputado, por lo que la valoración cambia. En esa línea, considero que deben de primar los derechos a la libertad, salud y vida del detenido, por sobre la eficacia del proceso y de la sentencia penal, esto como parte del examen de ponderación. Esta postura se ve reforzada por la opinión de Ambicho (2021) quien señala que, dentro de un estado de emergencia sanitaria, al realizar una ponderación de intereses debe primar el derecho a la salud, vida y dignidad de la persona humana frente al aseguramiento de su presencia en un proceso (p. 118).

También opina lo mismo, Caycho (2021) quien, en su trabajo de investigación, mediante su instrumento de recolección (guía de entrevista) pudo concluir que la mayoría de sus entrevistados manifestaron que debe prevalecer los derechos fundamentales como la vida y la salud, ya que estos son prioridad en un estado de emergencia sanitaria (p. 27).

Efectivamente, la prisión preventiva le debe un irrestricto respeto al principio de legalidad, por lo que debe ejecutarse de tal manera que solo se lesione el derecho a la libertad y no otros. El Estado es garante y protector de la salud e integridad de las personas privadas de libertad, por lo que no puede someterlas a

ambientes en donde pueden resultar afectados; además, no puede dictar desmedidamente prisiones preventivas sabiendo de la situación crítica existente.

Por otro lado, también existe jurisprudencia que se ha pronunciado amparando esta postura, de hacer primar los derechos fundamentales excesivamente afectados de los detenidos bajo mandato de prisión preventiva. Así tenemos el Expediente: 00029-2017-33-5002-JR-PE-03 en donde se consideró que, el derecho a la salud en unión al derecho a la vida en estos momentos desplaza a un segundo plano razones como la ejecución del delito y la afectación de la justicia arbitral al resultar menos intensas; del mismo modo con el daño producido y el derecho a la seguridad pública, los cuales se pueden sopesar al tener una afectación menor (Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, 2020a, p. 6).

El juzgado señaló que, al procesado Martín Tirado se le restringe la libertad por el mandato de prisión preventiva, la cual actualmente también enfrenta su derecho a la salud, integridad física y vida, en base a la enfermedad preexistente que padece, sumado al foco infeccioso que constituye un establecimiento penitenciario, eso último representa un hecho notorio en razón de la pandemia por COVID-19. En base a ello, se determinó que el grado o nivel de afectación a la salud-vida es de una intensidad superior en relación al daño Estatal, el cual aún está siendo investigado, ya que no existe una sentencia firme (Juzgado de Investigación Preparatoria, Resolución N.º 122, 2020a, p. 8).

Entonces, en la ponderación se terminan sobreponiendo los derechos de los imputados detenidos (libertad, salud, inocencia), valoración que se diferencia mucho de años atrás, en donde la eficacia del proceso y de la sentencia primaban sobre los derechos restringidos del imputado, por lo que es claro que el análisis respecto a este subprincipio si se ha modificado.

El primer objetivo específico de la presente investigación consistió en explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva. Los resultados de la presente investigación demuestran que la pandemia por COVID-19 no modifica el análisis de los subprincipios de idoneidad y necesidad del principio de proporcionalidad, pero

si modifica específicamente el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, toda vez que en la situación actual los derechos fundamentales del imputado -distintos de la libertad ambulatoria- pueden resultar lesionados o amenazados, por lo cual debe realizarse el examen de ponderación en donde deberían de primar los derechos del imputado, empero, esta confrontación debe hacerse respecto a las circunstancias del caso en concreto y bajo un criterio de razonabilidad, siguiendo un enfoque humanitario.

Respecto a la manera en que sería posible el cese de la prisión preventiva en tiempos de pandemia por la COVID-19, el participante Maguiña (2022) sostiene que:

La prisión preventiva, así como las demás medidas de coerción, se rigen por el principio de provisionalidad, es decir, no tienen un carácter definitivo o inalterable, éstas pueden variar o terminar. Las medidas de coerción están supeditadas a que los presupuestos para su adopción se mantengan, de lo contrario, la medida debe cesar. En ese sentido, el artículo 283 del NCPP señala que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva las veces que considere pertinente, esto es, cada vez que el imputado considere que ya no se están cumpliendo los presupuestos para la adopción de la prisión preventiva, y uno de esos presupuestos es la proporcionalidad de la medida, tal como se dejó sentado en la Casación 626-2013 Moquegua. Entonces, la pandemia no impide que el imputado pueda solicitar el cese de la prisión preventiva, esta si es posible. El imputado podrá argumentar que ya no se cumple el presupuesto de proporcionalidad, en tanto la ejecución de la medida afecta o amenaza su salud, esto ya sea por el riesgo ante el COVID o por las condiciones de la detención que menoscaban sus derechos fundamentales, lo cual también habilitaría un habeas corpus correctivos por la vía constitucional inclusive. Sin embargo, no solo puede cuestionar la proporcionalidad sino también que no existe peligro procesal o algún otro presupuesto de la medida.

Un aspecto que se debate sobre el tema es si la pandemia constituye o no un “nuevo elemento de convicción” a tenor de lo dispuesto en el inciso 3 del art. 283 del NCPP. Nuestra jurisprudencia en su mayoría considera que no,

bajo un punto de vista digámoslo “formal”, es decir, para nuestra jurisprudencia la pandemia como tal no es un medio de prueba que pueda generar convicción al juez respecto de algo. Por mi parte, considero que esto es una apreciación muy rigurosa, excesivamente formalista. La pandemia, en el fondo, es claro que si crea convicción o conocimiento respecto a una situación actual e innegable, como lo es la emergencia sanitaria actual. Esta puede haberse aliviado o no, pero de que te genera un dato objetivo, un conocimiento, respecto a una situación social que incide en la ejecución de la prisión preventiva, si lo hace, y debería ser valorado o considerado al momento de analizar los ceses y variaciones de las prisiones preventivas.

El cese de prisión preventiva si es posible en este contexto de pandemia, el NCPP habilita al imputado a solicitarlo las veces que crea conveniente según lo previsto en el art. 283 del NCPP, por lo cual la pandemia no constituye algún tipo de impedimento para ello. Ahora bien, para que proceda el cese de prisión el art. 283 del NCPP te exige “nuevos elementos de convicción”, y aquí viene otro punto de debate, es cual se refiere a si la pandemia: ¿constituye un “nuevo elemento de convicción” que justifique el cese de prisión?

Existe jurisprudencia en donde los jueces niegan esta posibilidad, de considerar fundamentos referidos a la pandemia, el hacinamiento y las condiciones existentes en los establecimientos penitenciarios como “nuevos elementos de convicción”, es decir, estos fundamentos no son lo suficientemente valederos para cesar una prisión preventiva.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el Expediente N.º 4-2018-1 en donde la Sala señaló que este hecho (hacinamiento) no constituye un nuevo elemento de convicción que establezca que las razones que justificaron la prisión preventiva hayan desaparecido (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º2, 2020a, p. 59).

Los jueces consideran a los “nuevos elementos de convicción” como algo material, como un medio probatorio “físico o material” en sí. Comparte esta consideración el autor Echevarria (2020) quien sostiene que este termino hace referencia a medios de prueba no considerados inicialmente cuando se debatía la

procedencia de la medida, las cuales ahora son presentadas por la defensa para el debate del cese de la misma (p. 40).

El autor Del Río es muy crítico al respecto, y no comparte en lo absoluto esta postura que ido tomando los jueces, manifestando que, la cesación de la prisión preventiva tiene desde el código del 90 una frase que ha cambiado a lo largo del tiempo, pero no ha variado su interpretación “los nuevos elementos de convicción son condición sine qua non de la cesación de prisión preventiva”. Ahí está la frase, pero, nadie necesita interpretar esta frase como actos de investigación, prueba, evidencia, documento o certificado. Un nuevo elemento de convicción es la pandemia, el transcurso del tiempo y de los años, el cumplimiento de edad. Y no podemos crear una visión tan absurda de esos nuevos elementos de convicción y proponer su modificación (Redes y Poder, 2020, 19m13s).

El autor Del Río continúa agregando que, desde que el mundo es mundo, una cuestión como el COVID-19 se constituye en lo que los tratadistas más clásicos del derecho a la prueba llaman un hecho notorio. Los hechos notorios no se prueban ¿Son elementos de convicción? ¡Por supuesto! Por eso se llaman hechos notorios. Los hechos notorios son aquella información conocida por todos que no es necesario probar. Si alguien dice: “Eso no es prueba”, no es prueba porque no hay que probarlo, los hechos notorios existen, están regulados en el sistema procesal, desde que el derecho procesal existe. Que alguien diga: “Señor no es un nuevo elemento de convicción el COVID” ¡es una barbaridad! ¿Cómo no va ser un nuevo elemento de convicción? “No, lo que pasa es que no es un nuevo elemento de convicción porque usted no trae nada para probarlo” Pues no, porque es notorio y lo notorio no es que no sea un elemento de convicción; todo lo contrario, el hecho notorio se crea en el derecho procesal, para decir que ese elemento, no hay que probarlo, porque es notorio. Pero, el hecho notorio es equivalente a cualquier otra evidencia que tienes que incorporar al proceso cautelar para que un detenido salga (Redes y Poder, 2020, 57m17s).

Otra opinión que va acorde con la crítica del autor Del Río nos la brinda el autor y juez Mendoza Ayma (2022) quien señala que la realidad está en constante cambio y ello debe ser asumido. Entonces, los datos que yacen en la realidad son elementos de juicio que pueden resultar relevantes para la tesis de imputación o de

peligro. Estos dos aspectos pueden resultar afectados o variar con el pasar del tiempo y el desarrollo del proceso. Es por ello que el constante movimiento del mundo de la realidad, así como del proceso mismo, condiciona la variabilidad de las medidas cautelares (párr. 11-12).

Considero que debería entenderse a los “nuevos elementos de convicción” como lo entienden los autores Solís y Del Río, comprender lo contrario, nos llevaría a considerar que la pandemia y la crisis de las cárceles peruanas, no son cuestiones a considerarse para analizar la legitimidad de una prisión preventiva, cuando en realidad, estos factores si pueden generar menoscabos en los derechos de los detenidos, consiguiendo que la medida se torne desproporcional.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia también ha “creado” una figura denominada la “variación o sustitución de la prisión preventiva”, figura que se considera que surge como alternativa al cese de prisión preventiva, en tanto que esta no requiere de los “nuevos elementos de convicción”.

Esta figura la encontramos, por ejemplo, en el EXP: 00045-2019-1-5002-JR-PE-03 en donde se señaló que, la solicitud de la defensa no es de cese de prisión preventiva, ya que no se han presentado nuevos elementos de convicción que demuestren la no presencia de las razones que motivaron o justificaron la imposición de la medida. Sino que, se ha solicitado la variación de la prisión preventiva por detención domiciliaria en razón que el procesado tiene 65 años y padece de una enfermedad grave, teniendo como fundamento el inciso 3, art. 255 del NCPP (Sala de Apelaciones, Resolución N.º 3, 2020, p. 18).

En la solicitud de variación sol se discute si procede sustituir la prisión preventiva por la detención domiciliaria en razón al art. 290 y del inc. 3, art. 255 del NCPP. Ello es así porque ambas medidas tienen como sustento los presupuestos señalados en el art. 268 del NCPP, los cuales no se debaten en esta situación (Sala de Apelaciones, Resolución N.º 3, 2020, p. 21).

Resulta ser una figura mediante la cual no se debate la existencia de “nuevos elementos de convicción” ni tampoco la concurrencia de los presupuestos de la prisión preventiva (los cuales se mantienen), sino por el contrario, la audiencia se centra en analizar si corresponde sustituir la prisión preventiva por la detención

domiciliaria al estar el imputado inmerso en uno o varios de los supuestos del art. 290 del NCPP.

En esa línea, el participante Solís (2022) sostiene que:

Depende del caso en concreto si procede o no el cese de la prisión preventiva, ya que esta puede ser solicitada las veces que se crea conveniente por parte de la defensa, según el art. 283 del NCPP. Si la defensa considera que no concurren los presupuestos del 268 del NCPP podría solicitarla perfectamente. Ahora, en relación a la pandemia, se puede solicitar el cese si la prisión es desproporcional, lo que sería cuando el detenido se encuentre en un especial riesgo de afectación, tenga COVID o necesite tratamiento urgente y que no le puede brindar el centro penitenciario, y situaciones de esa índole.

Un punto interesante es la creación, sobre todo desde nuestra jurisprudencia, aunque doctrinariamente también se postula, de dos instituciones o figuras procesales:

- a) La cesación de la prisión preventiva, que se enmarcaría en el art. 283 del NCPP.
- b) La variación o sustitución de la prisión preventiva, que se enmarcaría en el inciso 3 del art. 255 del NCPP.

La intención de fondo con la formulación y diferenciación de estas dos figuras es clara y sencilla, para el cese de prisión se requieren “nuevos elementos de convicción” que acrediten la inconcurrencia de los presupuestos de la prisión preventiva. Estos nuevos elementos según los jueces vienen a ser prácticamente medios de prueba, evidencias obtenidas en el transcurso de las investigaciones y aquellas obtenidas después que se impuso la prisión preventiva. Se utiliza un criterio muy restringido y formalista, de modo que la pandemia como tal no constituye un “nuevo elemento de convicción” que de por sí habilitaría el debate sobre el cese de la medida.

Lo mencionado da lugar a la formulación de la segunda figura, la variación o sustitución de la prisión preventiva, debido a que el inciso 3 del art. 255 del

NCPP, dispositivo en el cual se sostiene encuentra su origen esta figura, no te exige -al menos expresamente- de “nuevos elementos de convicción”. El precepto solo menciona la posibilidad de sustituir una medida de coerción por otra –se entiende- menos lesiva. El origen de esta figura se enmarca en la intención de evitar la carga de la prueba que supone el cese de prisión, la carga de presentar los “nuevos elementos de convicción” así como demostrar la no concurrencia de al menos uno de los presupuestos de la prisión preventiva (los cuales se mantienen incólumes). Para la sustitución de la medida, dichas cuestiones no entran en debate, lo que se discute es, a pesar de que corresponda la prisión preventiva, esta deba sustituirse por otra menos lesiva al encontrarse el imputado en uno de los supuestos del art. 290 del NCPP (mayor de 65 años, adolecer de enfermedad grave o incurable, etc.)

En ese sentido, se hace uso de estas interpretaciones, un tanto forzadas, para viabilizar -se entiende- el uso de figuras procesales a fin de preservar la salud de los investigados detenidos. Si bien pueden realizarse críticas respecto a este tipo de formulaciones, lo cierto es que jurisprudencialmente se terminan aceptando, y se “varían” o “sustituyen” prisiones preventivas por detenciones domiciliarias bajo un enfoque humanitario.

La opinión del participante se ve reforzada por la postura del autor Del Río, quien considera que, desde hace tiempo esa discusión, es una discusión meramente terminológica y procedimental que no tiene ningún efecto jurídico. Lo que yo sostengo es que no debieron haberse creado tantos mecanismos procedimentales ya que esto causa embotellamientos en el ámbito de una regla fundamental, y universal, además; que es que las medidas cautelares, en cualquier sistema en el ámbito de justicia cautelar, son variables, punto. Y se varían “hacia allá y hacia acá”, ósea, a favor y en contra; porque quien se porta mal tiene que ir a prisión (Redes y Poder, 2020, 53m04s).

Continúa el autor agregando que, no necesitamos hacer eso, si bien provoca hacerlo para lograr encontrar una salida a la jurisprudencia que sigue creyendo que elemento de convicción es algo que puedo tocar, ver e introducir por una mesa de partes. Nunca en la historia del derecho procesal, la evidencia fue tratada de esa

manera. Nunca el legislador pretendió al introducir la frase: “elementos de convicción”, que se tendría que presentar algo, porque solo el transcurso de tiempo, desde una perspectiva ontológica, es algo. Y el grave problema de jueces, fiscales, y nosotros los abogados, todos estamos metidos en este problema de interpretación, es que tenemos un muy mal entendimiento de lo que es evidencia. Nos hemos olvidado las reglas básicas de lo que es la evidencia, de lo que es prueba. El elemento de convicción es un simple enunciado que supone, congrega y reúne todo aquello que es información en un proceso cautelar (Redes y Poder, 2020, 55m37s).

Entonces, si bien no deberíamos recurrir a la formulación de más y más figuras procesales como ha sucedido en este caso, lo cierto es que esto tiene su origen justamente en los sobreformalismos e incorrectos entendimientos por parte de los tribunales peruanos al momento de decidir un pedido de cese de prisión preventiva.

Por otro lado, en el Expediente N.º 205-2018-7, sobre la proporcionalidad estricta o ponderación la Sala, consideró que, debía evaluarse las consecuencias graves que puede traer consigo la permanencia en un penal, pero, estas están controladas por el hecho de que el JSIP exhortó al directo del E.P. Ancón I, a prestar mayor atención al imputado (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 2, 2020b, p. 35).

El segundo objetivo específico de la presente investigación consistió en determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19. Los resultados de la presente investigación demuestran que si es posible el cese de la prisión preventiva durante la pandemia por COVID-19, y que corresponde cuando “nuevos elementos de convicción” demuestren que ya no se cumple al menos uno de los presupuestos de la prisión preventiva (inciso 3, art. 283 del NCPP). Sin embargo, se critica el entendimiento que los jueces tienen respecto a los “nuevos elementos de convicción” catalogándola de muy formalista y que dificulta el trámite y viabilidad de los ceses de prisión al no aceptarse argumentos o fundamentos validos referidos a la pandemia, hacinamiento y condiciones carcelarias. Por otro lado, también se formula otra figura procesal a la par -pero diferente- del cese de prisión, esta es la

“variación o sustitución” de la prisión preventiva (inciso 3, art. 255 del NCPP), la cual no requeriría de “nuevos elementos de convicción” y tiene como finalidad la sustitución de la prisión preventiva por una menos gravosa como la detención domiciliaria, en razón de una situación de vulnerabilidad del imputado, esto es, que se circunscribe en alguno o algunos de los supuestos del art. 290 del NCPP.

V. CONCLUSIONES

1. La prisión preventiva en muchos casos no cumple el principio de proporcionalidad, debido no solo al riesgo frente a la pandemia y el COVID-19, sino principalmente a problemas serios como el hacinamiento penitenciario y las críticas condiciones carcelarias que constituyen actualmente un estado de cosas inconstitucional, los cuales generan un estado de afectación o serio riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los reclusos; aunque, la acreditación de tal afectación dependerá de las circunstancias del caso en concreto y las condiciones del imputado, ya que estos dos factores tampoco puede generar la libertad automática de todas o muchas de las personas detenidas. Asimismo, no se cumple este principio cuando los operadores de justicia obstaculizan la viabilización de mecanismos de descarceración como el cese de prisión, al no aceptar fundamentos validos referidos a este estado de cosas inconstitucional (hacinamiento, condiciones carcelarias, niveles de salubridad, etc.) y centrarse en entendimientos rígidos y formalistas respecto de los “nuevos elementos de convicción” considerándolos como medios de prueba material o físicos en estricto sentido, y rechazar fundamentos como los mencionados. Además de ello, cuando los jueces se sirven de argumentos insuficientes y hasta fantasiosos en sus resoluciones, como considerar que el exhortar a las autoridades penitenciarias constituye una medida suficientemente garantista de la salud del detenido, sin analizar y considerar el contexto actual que presenta una realidad clara y objetiva en donde se pueden producir diversas afectaciones a los derechos humanos.
2. La pandemia ha significado una modificación o alteración del principio de proporcionalidad, específicamente el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, debido a que un preso preventivo actualmente podría resultar afectado en su salud e integridad, debido al riesgo existente frente al COVID-19 u otras enfermedades, el hacinamiento o por las condiciones precarias de encarcelamiento que constituye un estado de cosas inconstitucional. Esta afectación o riesgo de afectación supone la desproporcionalidad de la medida, la cual solo debe restringir la libertad ambulatoria, sin afectar ni poner en riesgo los demás derechos del imputado,

ello en estricto cumplimiento del principio de legalidad que rige las medidas coercitivas. Esta situación debe generar que se prefiera la preservación de la libertad y salud del imputado sobre la eficacia del proceso y de la sentencia.

3. Si es posible el cese de prisión preventiva durante la pandemia por COVID-19 en virtud del art. 283 del NCPP. El imputado podría argumentar la desproporcionalidad de la medida, en tanto se ven lesionados o amenazados sus derechos distintos de la libertad debido al riesgo frente al COVID-19, los niveles altos de hacinamiento, falta de atención médicas o existencia de precarias condiciones carcelarias. Empero, también puede argumentar el incumplimiento de algún otro presupuesto de la prisión preventiva. Sin embargo, existe una incorrecta concepción respecto de los “nuevos elementos de convicción” principalmente en nuestra jurisprudencia, lo que sobreformaliza esta figura procesal y dificulta también su viabilidad y procedencia. Fundamentos u argumentos referidos a la pandemia, hacinamiento penitenciario y condiciones carcelarias no son aceptadas por los magistrados a pesar que, en el fondo, valorar estos elementos representa constatar posibles afectaciones a los derechos de los imputados, lo que en sí supone examinar la proporcionalidad de la medida de prisión, el cual es un presupuesto en sí. Esta situación genera la formulación exigida de la figura de “variación” de la prisión preventiva, en tanto que mediante esta ya no se requiere de los “nuevos elementos de convicción” que cumplan este entendimiento formalista que sostienen los jueces, y que permita resguardar los derechos de los imputados.

VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que los jueces otorguen la importancia que se merece el principio de proporcionalidad, que se realice un correcto análisis de la proporcionalidad de la prisión preventiva en el caso en concreto, considerando el estado de cosas inconstitucional existente en las cárceles del país, así como no emplear argumentos insostenibles para lograr que se mantenga la medida.
2. En el examen de ponderación deben primar los derechos de la libertad, salud y vida del imputado detenido, según las circunstancias del caso en concreto. Lo contrario significaría imponer al imputado el soporte de una situación que menoscaba excesivamente sus derechos fundamentales. Los fines procesales de la medida cautelar no pueden resultar justificados cuando se lesionan irrazonablemente los derechos de los imputados distintos de la libertad, tal como ocurre por la realidad carcelaria y pandémica.
3. Se recomienda que los jueces no hagan uso de interpretaciones restringidas y de formalismos excesivos para la procedencia de los ceses de prisión preventiva, lo que finalmente nos conduciría a la obstaculización del empleo de esta institución. La pandemia debe considerarse un nuevo elemento de convicción, un elemento que aporta un dato o conocimiento que creara convencimiento en el juez respecto de las graves condiciones en las cárceles, agudizadas por la pandemia; condiciones que pueden desencadenar la desproporcionalidad de la prisión preventiva.

REFERENCIAS

- Ambicho, E. (2021). *El uso de la prisión preventiva durante el estado de emergencia sanitaria y su incidencia en la población penitenciaria*. [Tesis de título profesional, Universidad de Huánuco]. <http://repositorio.udh.edu.pe/123456789/2678>
- Amoretti Pachas, M., Espinoza Ramos, B., Bazalar Paz, V., Sánchez Córdova, J., Moreno Nieves, J., Bermeo Cevallos, L., Lamas Puccio, L., Francia Sánchez, L., Arbulú Ramírez, J., Delgado Castro, C., Miranda Aburto, E., Quiroz Salazar, W., Guevara Vásquez, I., García Calizaya, C., Cristóbal Támara, T. y Rita Villegas, M. (2020). *Prisión Preventiva y Detención Domiciliaria. Casos Polémicos*. Pacífico Editores
- Anitua, G. (2020) Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria. Propuestas para mitigar las violaciones a derechos humanos en las cárceles argentinas. *Revista Crítica Penal y Poder*, 1(19), 157-166. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/31391>
- Aponte, A. M. (2020). Criterios aplicables al tratamiento de la prisión preventiva en el contexto de la COVID-19. *UCV Hacer*, 9(4), 109–119. <https://doi.org/10.18050/revucvhacer.v9i4.582>
- Aponte, A. (2020). Criterios de aplicación, prolongación y cese de la prisión preventiva en un contexto de Estado de Emergencia. [Tesis de título profesional, Universidad Cesar Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/56702>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). *Dentro de las prisiones en América Latina y el Caribe. Una primera mirada al otro lado de las rejas*. Recuperado de https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Dentro_de_las_prisiones_de_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe_Una_primera_mirada_al_otro_lado_de_las_rejas.pdf
- Baughman, S. (2017). Costs of Pretrial Detention. *Boston University Law Review*, 97(1), 1–30. Recuperado de

<https://www.bu.edu/bulawreview/archives/volume-97-number-1-january-2017/>

Barrett, C. (2021). “Liberty and Justice for All”: Equalizing Pretrial Detention for Wealthy and Indigent Defendants. *Connecticut Law Review*, 53(2), 473–508.

https://opencommons.uconn.edu/law_review/497/

Echevarría, S. (2020). *Primacía del derecho a la salud en cesación de prisión preventiva en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Chanchamayo-2020*. [Tesis de título profesional, Universidad Peruana Los Andes]

<https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/2539>

Boada, J. (2020). Pandemia, prisiones y Derecho Penal: Cuando las Cortes no están a la Altura. Comentarios al Auto AP1073-2020 del 3 de junio de 2020 (51983) de la Corte Suprema de Justicia. *Nuevo Foro Penal*, 16(95), 237-253. Recuperado a partir de

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6811>

Carrol, J. (2020). Pretrial Detention in the Time of COVID-19. *Northwestern University Law Review*, 115, 59-87. Recuperado de

https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/292/

Caycho, J. J. (2021). *La Prisión Preventiva y el Principio de Proporcionalidad durante la Emergencia Sanitaria*. [Tesis de título profesional, Universidad Cesar Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/69700>

Chávez, M. (2021). Derecho a la salud de personas detenidas o en prisión: la lección de una pandemia. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(5), 7909-7935. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i5.882

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución N.º 01/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, aprobada el 10 de abril de 2020. Recuperado de: <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Cooper, S. (2020). COVID-19 in our prisons: Who protects the protectors? *British Journal of Community Justice*, 16(2), 64-71.

https://go.gale.com/ps/retrieve.do?tabID=T002&resultListType=RESULT_LIST&searchResultsType=SingleTab&hitCount=187&searchType=AdvancedSearchForm¤tPosition=18&docId=GALE%7CA678018536&docType=Report&sort=Relevance&contentSegment=ZCUC&prodId=PPCJ&pageNum=1&contentSet=GALE%7CA678018536&searchId=R9&userGroupName=univcv&inPS=true

Copello, N. (2020). Derecho a la Salud intramuros. *Revista Derecho Y Salud. Universidad Blas Pascal*, 4(5), 279-287. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)32](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)32)

Cornejo, D., y Rafael, M. (2020). La sobrepoblación penitenciaria a causa de la prisión preventiva en tiempos de COVID-19. *Cuaderno Jurídico Y Político*, 6(15), 69-80. <https://doi.org/10.5377/cuadernojurypol.v6i15.11154>

Jaramillo Marín, R. S., y Cruz Palomo, D. F. (2020). La insuficiencia de las medidas adoptadas para la población privada de la libertad en Colombia con ocasión de la pandemia de la enfermedad por coronavirus. *Opinión Jurídica*, 19(40), 151-161. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a7>

Defensoría del Pueblo. *Serie Informes Especiales N.º 03-2020-DP, Lima – Perú, 2020. Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes-publicaciones/946359-serie-informes-especiales-n-03-2020-dp-situacion-de-las-personas-privadas-de-libertad-a-proposito-de-la-declaratoria-de-emergencia-sanitaria>

Defensoría del Pueblo. *Serie Informes Especiales N.º 08-2020-DP, Lima – Perú, 2020. Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/informes/serie-informes-especiales-n-008-2020-dp/>

Del Río, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*. [Tesis Doctoral, Universidad de Alicante]. <http://hdl.handle.net/10045/54307>

- Didwania, S. (2020). The Immediate Consequences of Federal Pretrial Detention. *American Law & Economics Review*, 22(1), 24-74. <https://doi.org/10.1093/aler/ahz012>
- Dobbie, W., Goldin, J. (VerfasserIn), y Yang, C. (VerfasserIn). (2018). The effects of pretrial detention on conviction “future Crime” and employment: Evidence from randomly assigned judges. *American Economic Review*, 108(2), 201-240. <https://doi.org/10.1257/aer.20161503>
- Fedato, M., y Kazmierczak, L. (2020). Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(1), 483–514. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.268>
- Flanders, C., y Galoob, S. (2020). Progressive prosecution in a pandemic. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 110(4), 684-706. https://go.gale.com/ps/retrieve.do?tabID=T002&resultListType=RESULT_LIST&searchResultsType=SingleTab&hitCount=187&searchType=AdvancedSearchForm¤tPosition=37&docId=GALE%7CA646110081&docType=Article&sort=Relevance&contentSegment=ZCUC&prodId=PPCJ&pageNumber=2&contentSet=GALE%7CA646110081&searchId=R9&userGroupName=univcv&inPS=true
- Fuentes, G. (2020). Federal detention and “wild facts” during the COVID-19 pandemic. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 110(3), 441-475. <https://link.gale.com/apps/doc/A627689382/PPCJ?u=univcv&sid=bookmark-PPCJ&xid=1c37f30c>
- Gaitán, E. (2020). *El hacinamiento carcelario como vulnerador del derecho fundamental de la salud en los internos del establecimiento penitenciario de Cajamarca*. [Tesis de título profesional, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo]. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1657>
- Goicochea, J., Piñarreta, L., Romaní, A., y Valdivia, F. (2020). Los penales en tiempo de pandemia: una forma diferente de sobrevivir al coronavirus. *Lumen*, 16(1), 55-72. <https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n1.2285>

- Gold, R. (2019). Jail as Injunction. *Georgetown Law Journal*, 107(3), 501-560. Recuperado de: <https://link.gale.com/apps/doc/A582400105/PPCJ?u=univcv&sid=bookmark-PPCJ&xid=29df4fbb>
- Heaton, P., Mayson, S., y Stevenson, M. (2017). The downstream consequences of misdemeanor pretrial detention. *Stanford Law Review*, 69(3), 711-794. <https://link.gale.com/apps/doc/A491843133/PPCJ?u=univcv&sid=bookmark-PPCJ&xid=1e542487>
- Hernández, N. (2020). COVID-19 y decisión judicial: competencia para decidir las medidas del Decreto 546 de 2020. *Justicia*, 25(37), 215-226. <https://doi.org/10.17081/just.25.37.4353>
- Hildebrand, S. (2020). Reviving the Presumption of Youth Innocence through a Presumption of Release: A Legislative Framework for Abolition of Juvenile Pretrial Detention. *Penn State Law Review*, 125(3), 695-736. Recuperado de <https://www.pennstatelawreview.org/print-issues/reviving-the-presumption-of-youth-innocence-through-a-presumption-of-release-a-legislative-framework-for-abolition-of-juvenile-pretrial-detention/>
- Holguín, D. (2020). *Relevancia jurídica de la emergencia sanitaria por COVID-19 en la aplicación de la prisión preventiva en la ciudad de Guayaquil*. [Tesis de título profesional, Universidad de Guayaquil]. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/50792>
- Kostenwein, E. (2017). La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), 974-1007. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25019>
- Londoño, D. (2019). El Habeas Corpus como garantía constitucional para la protección de derechos fundamentales vulnerados por el hacinamiento carcelario. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 14(2), 65-88. <https://doi.org/10.15332/19090528/5044>
- Machado, J., Freire, C., y Alexander, H. (2020). O direito à saúde e os paradoxos na efetivação dos direitos sociais fundamentais: políticas públicas em

tempos da COVID-19. *Opinión Jurídica*, 19(40), 421-439.
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a20>

Mendoza, F. (7 de septiembre de 2020). *Cese de la prisión preventiva, por Francisco Celis Mendoza Ayma*. Legispe Pasión por el Derecho.
<https://lpderecho.pe/cese-de-la-prision-preventiva/#:~:text=El%20cese%20de%20oficio%20de,peri%C3%B3dico%20de%20la%20prisi%C3%B3n%20preventiva.>

Messinger, K. S. (2019). Death with dignity for the seemingly undignified: Denial of aid in dying in prison. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 109(3), 633-673.
<https://link.gale.com/apps/doc/A591848226/PPCJ?u=univcv&sid=bookmark-PPCJ&xid=87d94670>

Montel, L., Kapilashrami, A., Coleman, M. P., y Allemani, C. (2020). The Right to Health in Times of Pandemic: What Can We Learn from the UK's Response to the COVID-19 Outbreak? *Health and Human Rights Journal*, 22(2), 227–242. <https://www.jstor.org/stable/27040014>

Moscoso, G. (2020). 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.
<https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>

Pacheco, M., y Guerrero, B. (2021). La COVID 19 y el sistema carcelario del Ecuador: Diagnóstico en épocas de pandemia. *Revista Jurídica Crítica Y Derecho*, 2(3), 30-43. <https://doi.org/10.29166/cyd.v2i3.3187>

Pérez, A., y Montesino, F. (2021). Razonamiento judicial y restricción de derechos en situaciones excepcionales: del legalismo dogmático al judicialismo argumentativo. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 185-215. Recuperado de <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/30>

Piedra, M., y Trelles, D. (2020). Ponderación de derechos, al momento de disponer medidas cautelares como la prisión preventiva, frente a la emergencia

sanitaria por SARS-COV-2. *Polo del Conocimiento*, 5(8), 195-215.
<http://dx.doi.org/10.23857/pc.v5i8.1585>

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (2020, 1 de abril) Expediente N.º 00045-2019-1-5002-JR-PE-03.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/52a7e4004dc3f2299550d75cd3eb06f8/Exp.+45-2019-1+Pp+-+Detencio%CC%81n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=52a7e4004dc3f2299550d75cd3eb06f8>

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (2020, 16 de junio) Expediente N.º 00025-2017-33-5201-JR-PE-01.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/162137004eb1070f9173f1cbea455c49/Auto+de+vista+%28Exp.+25-2017-52%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=162137004eb1070f9173f1cbea455c49>

Redes y Poder. (22 de abril de 2020). *La pandemia del COVID-19 y los establecimientos penales* [Archivo de Vídeo]. Youtube.

<https://www.youtube.com/watch?v=ESUm7YBr9Mk&t=4686s>

Rodríguez, C. (2020). COVID 19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario. *Revista General de Derecho Penal*, (33), 1-49.

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422466&d=1

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú (2020a, 30 de junio) Expediente N.º 4-2018-1. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Exp.-4-2018-1.pdf>

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú (2020b, 26 de octubre). Expediente N.º 205-2018-7.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/24fb008040d91798b27bbf2cc2f7ec15/114.%2BExp.%2BN.%C2%B0%2B205-2018->

[7%2B%28Chirinos%2BCumpa%29%2B%2826-10-2020%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=24fb008040d91798b27bbf2cc2f7ec15](https://doi.org/10.1344/CLIVATGE2021.9.11)

Sanchez, L., y Gauna, A. (2021). Cartografía de la pandemia en las cárceles. *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi social*, (9), 1-54. <https://doi.org/10.1344/CLIVATGE2021.9.11>

Siles, A. (2021). Moradores de tinieblas: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ante el derecho a la igualdad de personas privadas de libertad en centros penitenciarios. *Estudios constitucionales*, 19(1), 309-355. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000100309>

Smorto, G. (2021). The Right to Health and Resource Allocation. Who Gets What and Why in the COVID-19 Pandemic. *Global Jurist*, 21(1), 59-72. <https://doi.org/10.1515/gj-2020-0040>

Soares, A., MacLean, E., y Eguivar, M. (2020). Cárcel, derechos humanos y salud pública en el contexto de la pandemia COVID-19. *Revista Latinoamericana De Desarrollo Económico*, (34), 35-66. <https://doi.org/10.35319/lajed.202034425>

Tercer Juzgado De Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado En Delitos De Corrupción De Funcionarios (2020a, 15 de abril). Expediente N.º 00029-2017-33-5002-JR-PE-03. Resolución N.º 122. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/JUEZ-CH%C3%81VEZ-TAMARIZ-JORGE-LUIS-LP.pdf?>

Tercer Juzgado De Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado En Delitos De Corrupción De Funcionarios (2020b, 15 de abril). Expediente N.º 00029-2017-33-5002-JR-PE-03. Resolución N.º 10. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/JUEZ-CH%C3%81VEZ-TAMARIZ-JORGE-LUIS-LP.pdf?>

Ariza Higuera, L. J., y Torres Gómez, M. A. (2019). Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio

penitenciario. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 227-258.
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>

Tribunal Constitucional del Perú (2020, 26 de mayo). Sentencia N.º 05436-2014-PHC/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>

Urquiza, J. (2020, mayo). Prisión preventiva en tiempos de pandemia y la doctrina “Razón de tipo humanitario”. Lima-Perú, Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 131, Gaceta Jurídica.

ANEXOS

CATEGORIA	DEFINICION CONCEPTUAL	SUB – CATEGORIAS
Prisión Preventiva	La prisión preventiva es una medida cautelar personal dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y la obstaculización de la actividad probatoria. (Del Río, 2016, p. 115)	<p>Subcategoría de la Categoría 1</p> <p>El hacinamiento penitenciario en el Perú en tiempos de pandemia por COVID-19.</p> <p>El presupuesto de proporcionalidad en tiempos de pandemia por COVID-19.</p>
Presupuesto de proporcionalidad	La proporcionalidad establece límites a la intervención del Estado para procurar un equilibrio entre los intereses generales que se pretenden y los derechos fundamentales de las personas los cuales pueden ser restringidos únicamente en forma extraordinaria y justificada. Esto significa que no se podrá lesionar el contenido esencial del derecho, ni tampoco sobrepasar lo estrictamente necesario para conseguir o cumplir el fin buscado (Pedraz Penalva, 2000, citado por Del Río, 2016, pp. 13-14).	<p>Subcategoría de la Categoría 2</p> <p>Presupuesto de proporcionalidad</p> <p>Test de proporcionalidad</p> <p>Derecho a la salud y la vida</p>

CATEGORÍAS DE ESTUDIO	SUBCATEGORÍAS	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	SUPUESTO	METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION
<p>Categoría 1 Prisión preventiva</p> <p>Categoría 2 Presupuesto de Proporcionalidad</p>	<p>Subcategorías de la Categoría 1 Hacinamiento penitenciario Peligro de fuga y obstaculización</p> <p>Subcategorías de la Categoría 2 La cesación de la prisión preventiva Presupuesto de proporcionalidad Test de proporcionalidad Derecho a la salud y la vida</p>	<p>1. Problema General ¿La medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19?</p> <p>2. Problemas específicos ¿De qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva? ¿De qué manera sería posible el cese de la prisión</p>	<p>1. Objetivo General Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19.</p> <p>2. Objetivos específicos Explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva. Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión</p>	<p>Supuesto general La prisión preventiva, en muchos casos, no cumple con el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19</p> <p>Primer supuesto específico La pandemia por COVID-19 si modifica el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, al existir afectación o</p>	<p>Tipo de investigación Tipo básica Enfoque cualitativo Nivel de investigación descriptivo Diseño interpretativo bibliográfico Técnica: Análisis documental y entrevista</p>

		preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19?	preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19.	amenaza de afectar la salud de los detenidos. Segundo supuesto específico Es posible el cese de prisión preventiva al incumplirse el presupuesto de proporcionalidad por afectación del derecho a la salud del detenido.	
--	--	---	---	---	--



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado:
- 1.2. Profesión, grado académico:
- 1.3. Especialidad:
- 1.4. Cargo o institución donde labora:

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19”.

Objetivo General: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por COVID-19? ¿Por qué?
2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?
3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por COVID-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por COVID-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Objetivo específico 2: Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19? ¿Por qué?
2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por COVID-19?

Firma del entrevistado



III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

97.2%

Lima, 23 de noviembre de 2021

EL EXPERTO INFORMANTE

dni: 42752929

tel: 914123306



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD


- El Instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

97.2%

Lima, 22 de noviembre de 2021



 Alfonso Ysla Ugás
 ABOGADO
 Reg. CAL. 36728

 Alfonso Ysla Ugás
 ABOGADO
 Reg. CAL. 36728

EL EXPERTO INFORMANTE

dni: 06132680

tel: 993 542 198

Guías de Análisis Documental

Datos descriptivos de la jurisprudencia	
Área	Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Materia	Derecho Procesal Penal – Prisión Preventiva – Auto de Apelación
Número de resolución/expediente	EXPEDIENTE N.º 205-2018-7 – Resolución N.º 2
Tópicos relevantes	
Temática	Cese de la prisión preventiva procede únicamente si existen nuevos elementos de convicción
Descripción del caso	Se trata de la resolución que resuelve la apelación del investigado Carlos Humberto Chirinos Cumpa, a quien se le había declarado infundado su pedido de cese de PP. La defensa argumenta, entre otras cuestiones, que son nulos los peligros de fuga y obstaculización, que el investigado forma parte del grupo de riesgo al padecer de asma y arritmia cardiaca. Asimismo, no se argumentó adecuadamente sobre el principio de proporcionalidad y porque otra medida cautelar personal no corresponde; además, no existe fundamentación sobre la proporcionalidad estricta.
Fundamentos pertinentes del tribunal en relación al tema	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Las medidas (aislamiento social, cuarentena, etc.) tomadas por la pandemia se han ido morigerando y reduciéndose, no garantizando que en todos los casos no sea posible que el investigado fugue. ✓ De los informes médicos N.º 641 y 221 se concluye que el paciente tiene como diagnóstico. “clínicamente estable” y no se puede afirmar que padece de arritmia y asma. Además, el JSIP solicitó información sobre estas enfermedades y la defensa no entregó documentos adicionales que las acrediten. ✓ Se cumple con el subprincipio de idoneidad (la PP buscar asegurar los fines del proceso, evitando los peligros de fuga y obstaculización, al privar de su libertad al imputado). ✓ Respecto al subprincipio de necesidad, se consideró que una acción menos lesiva para los derechos a la salud y vida del interno, pero que siga cumpliendo con el fin constitucional que se busca garantizar, sea el exhortar al director del establecimiento penitenciario Ancón I (donde se encuentra recluido el imputado) y al jefe de Registro Penitenciario del INPE para la implementación de medidas idóneas y necesarias que garanticen la salud y seguridad del procesado Chirinos Cumpa, debiéndosele brindar atención médica, medicamentos, evaluaciones, etc. Esta medida alternativa garantizará su derecho a la salud y vida del interno, protegiendo los fines del proceso. ✓ Sobre el subprincipio de proporcionalidad estricta, se consideró que no ha habido una afectación grave a la salud del procesado porque los informe médicos determinan que se encuentra estable de salud, ello se ve reforzado con la exhortación al INPE; además, en el

	centro penitenciario donde se encuentra el procesado se están ejecutando medidas preventivas respecto a higiene, alimentación y atención médica a internos.
Síntesis	Se declara infundado el recurso de apelación porque los jueces consideraron que (entre otros fundamentos) no existe una desaparición del peligro procesal en tanto que las medidas adoptadas por el gobierno se iban levantando y “alivianando”. Asimismo, no existe material probatorio que acredite fehacientemente las enfermedades del procesado alegadas por la defensa. También que la exhortación al INPE garantiza que -ahora si- se adopten medidas necesarias (evaluaciones médicas, medicamentos, etc.) para garantizar la salud del procesado. Por ello, según los jueces también se cumple con la proporcionalidad estricta, ya que no existe afectación grave a la salud y las medidas que se adoptarán mediante el exhorto al INPE garantizarán ello.

Datos descriptivos de la jurisprudencia	
Área	Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República
Materia	Derecho Procesal Penal – Prisión Preventiva – Auto de Apelación
Número de resolución/expediente	EXPEDIENTE N.º 4-2018-1 – Resolución N.º 2
Tópicos relevantes	
Temática	El COVID-19 y su incidencia en la cesación de la prisión preventiva
Descripción del caso	Se trata de la resolución que resuelve la apelación del investigado Walter Benigno Ríos Montalvo, a quien se le había declarado infundado su pedido de cese de PP. La defensa argumenta, entre otras cuestiones, que no hay peligro de obstaculización porque se encuentra sometido a un proceso de colaboración eficaz, no se consideró que el procesado tiene antecedentes de TBC y que constituye población vulnerable vulnerando su derecho a la salud y vida, no se reconoce a la pandemia como un elemento de convicción que varía el peligro de fuga, que no se analizó el nivel de salubridad y hacinamiento del penal en que se encontraba el procesado.
Fundamentos pertinentes del tribunal en relación al tema	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La sola presencia del COVID-19 da lugar a la desprisionización, sino la evidencia de la preexistencia médica y condiciones carcelarias convierten a internos y personal penitenciario en focos de contagio masivo de enfermedades altamente infecciosas como la COVID-19, que deben ser apreciadas en su contexto. ✓ Los oficios remitidos por el Ministerio Público al Consejo Nacional Penitenciario permitió que se adopten las medidas correspondientes para proteger la salud del procesado. ✓ El <i>a quo</i> fundamenta suficientemente que no procede el cese de la prisión preventiva, al señalar que no existen nuevos elementos de convicción que determinen que los

	<p>supuestos o razones por las que se impuso esta medida hayan variado.</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Las restricciones impuestas por la pandemia (cuarentena, cierre de fronteras, etc.) se flexibilizarán o levantarán, por ello no habrá una disminución del peligro de fuga. ✓ La pandemia, por si sola, no puede considerarse como un elemento de convicción que determine que los motivos por los cuales se impuso la prisión preventiva hayan desaparecido. ✓ No se tiene información actual que permita concluir que la enfermedad que padece el procesado (pólipos vesiculares) conlleve a considerarlo como integrante del grupo de riesgo por el COVID-19. ✓ No se puede utilizar aisladamente argumentos referidos al hacinamiento carcelario, nivel de salubridad y medidas adoptadas para evitar y atender a los afectados por el COVID-19 para evaluar el cese de la prisión preventiva, ya que estas circunstancias <i>per se</i> no son razón suficiente para otorgarlas. Además, el imputado no comparte celda, y si bien hay otros internos en el área, también debe de seguir las normas de autoprotección (distanciamiento social) para evitar contagiarse. ✓ Por último, respecto al dicho de la defensa del procesado de que no se le suministra el material sanitario necesario para preservar su salud, se cursarán los oficios correspondientes, como se ha dispuesto en situaciones similares, para que el sistema penitenciario provea de estos materiales necesarios a los investigados.
Síntesis	Se declara infundado el recurso de apelación porque los jueces consideraron que, sigue existiendo peligro procesal, la pandemia no es un nuevo elemento de convicción que permite el cese de la PP, no hay afectación de salud grave al procesado y no se acreditó que tenga alguna enfermedad grave que lo vuelva población vulnerable, se cursó y se cursarán oficios al INPE para que se adopten y mejoren las condiciones de encarcelamiento del procesado.

Datos descriptivos de la jurisprudencia	
Área	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
Materia	Derecho Procesal Penal – Prisión Preventiva – Solicitud de cese de prisión preventiva
Número de resolución/expediente	EXPEDIENTE: 00029-2017-33-5002-JR-PE-03 – Resolución N.º 122
Tópicos relevantes	
Temática	Cese de prisión preventiva e imposición de arresto domiciliario
Descripción del caso	Se trata de la solicitud del abogado defensor Cesar Nakasaki en representación del proceso Richard James Martin Tirado de cesar la PP, para lo cual argumentó, entre otras

	<p>cuestiones, que se ha intensificado el riesgo de su derecho a la salud al tener 55 años y padecer de hipertensión arterial, diabetes y depresión, ello sumado a la pandemia por COVID-19 lo que a su vez modifica el peligro de fuga reduciéndolo.</p>
<p>Fundamentos pertinentes del tribunal en relación al tema</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Los informes médicos presentados por el abogado defensor, no valorado por las instancias anteriores, deben ser considerados en razón al riesgo a la salud por el contagio de COVID-19, lo contrario significaría desconocer otros derechos importantes que se encuentran vinculados como la vida. ✓ EL informe médico corrobora que viene siendo tratado con medicamentos para la hipertensión, diabetes, depresión y claustrofobia. ✓ Los nuevos elementos de convicción (informes médicos) acreditan las enfermedades que padece el procesado y el posterior posible contagio de COVID-19, estrechamente vinculado al derecho a la vida. ✓ Se debe considerar además que, han transcurrido 6 meses de un total de 18 meses como plazo de la PP impuesta, sin haberse invocado por parte del Ministerio Público a la fecha nuevos supuestos de peligro de fuga o perturbación procesal. ✓ El fundamento del derecho a la salud vinculada a la vida en este momento, a consideración del Juzgado deja en un segundo plano las razones tenidas en cuenta en su oportunidad como que la ejecución del delito se dio como funcionario público y la afectación a la justicia arbitral, por resultar menos intensas y salvo el daño causado pero que es factible sopesar durante el estadio de investigación preparatoria que aún tiene un plazo es amplio, de modo que el derecho a la seguridad pública por derechos vulnerados es menor. ✓ Respecto a la ponderación, se concluye que el grado de afectación a la salud-vida es de mayor intensidad de cara al daño Estatal que aún está sujeto a investigación, pues no existe sentencia firme. ✓ Respecto a la variación de la PP por la detención domiciliaria, el juez consideró que, si bien la consecuencia conforme a la regla procesal del artículo 283 del Código Procesal Penal, es dictar la comparecencia, el juzgado cree conveniente y proporcional que la valoración con el razonamiento del hecho del COVID-19 y el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios que se ha expuesto en el Decreto Legislativo N.º1459, debe imponerse la detención domiciliaria previsto en el artículo 290 del Código Procesal Penal, pues siguen existiendo los mismos requisitos copulativos del artículo 268 del Código Procesal Penal que corresponde a la prisión preventiva, con la precisión de la existencia de un peligro de fuga es menos intensa. Debe aplicarse las medidas que en mayor grado optimicen y aseguren la presencia del investigado al proceso sin generar riesgos estando en libertad, es por eso que la comparecencia con restricciones sustentada

	<p>en el principio de legalidad, se ve flexibilizada para imponerse el arresto domiciliario como medida más ajustada al contexto que se viene suscitando en estos momentos de pandemia del COVID-19. Ello sin perjuicio de sumarle que la CIDH consideró en el caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, según a sus estándares que las personas privadas de su libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos penitenciarios, lo que razonablemente genera convicción al Juzgado que la debe ser aplicada el arresto domiciliario, evaluado en el caso en particular por sus propias circunstancias.</p>
Síntesis	<p>Se declara fundado en parte, el cese de prisión preventiva de Richard Martín, imponiéndose arresto domiciliario por 18 meses, además de reglas de conducta y una caución económica de S/.50,000.00. El juez consideró en base a los informes médicos que el procesado si padece de enfermedades graves que lo ponen en riesgo de contagio de COVID-19 y posible afectación a su salud. Además, que, en cuanto a la ponderación, prima los derechos a la salud y vida del procesado por encima de la función jurisdiccional y el daño estatal. Y por último que, mediante una interpretación constitucional y convencional el juez considero que corresponde imponer arresto domiciliario al ser la medida que -en estas condiciones- garantice de mejor manera la salud del procesado.</p>

OBJETIVO GENERAL: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19.

Participante ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por COVID-19? ¿Por qué?

Jaime Alejandro Balcázar Chilco Esta pregunta debió ser de análisis en el preciso momento cuando la pandemia COVID-19, estaba en su etapa de propagación; sin embargo, a la fecha el Ministerio de Salud ya lo tiene aparentemente controlado con las vacunas. Sin embargo, debemos contestar como si estuviéramos en etapa de crecimiento de la pandemia, existió efectivamente un alto riesgo de afectación a la salud de los procesados, porque las cárceles en el Perú viene sufriendo graves problemas como es el hacinamiento, y estando que el COVID es una enfermedad de transmisión respiratoria es de mucha importancia mantener la distancia y en las cárceles es muy difícil cumplir el distanciamiento es por ello que realizaron varios decretos legislativos como por ejemplo el D.L 1459, a través del cual las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar podía convertirse en penas alternativas, y también otros delitos de menor gravedad.

Zulema Dior Paucar Espinoza Sí. Ello en razón de la agresividad y la rápida propagación de la pandemia de COVID-19, considero que se debieron adoptar medidas urgentes que garanticen la salud e integridad de lo reos, pues al haber una gran sobrepoblación (hacinamiento) va generar una rápida propagación en los centros penitenciarios, por ello, estas deberían reducirse, más aún si hay un sector vulnerable.

Elizabeth Huamán Soria No, porque dentro del penal y fuera del penal los síntomas son iguales, y la vacuna se repartió para todos los lugares del Perú incluido los penales. Grave riesgo no hay solo un riesgo. Pero ese riesgo lo tienen que asumir, así como los niveles económicos: familia de clase alta, media o baja, así como la madre de familia sin el apoyo del padre (preso por omisión a la asistencia familiar)

	<p>todos deben asumir con responsabilidad. El recluso debe asumir, si se comete un delito, ese riesgo.</p>
<p>Henry Peter Grajeda Montalvo</p>	<p>Sí, porque existe hacinamiento en los centros penitenciarios lo que genera ese riesgo de contagio de COVID-19 y la posible afectación a la salud de las personas detenidas más vulnerables ante esta enfermedad. Los procesados, así como todo el personal que labora en estos centros penitenciarios, están en riesgo de contagio del COVID -19 debido al hacinamiento y demás graves condiciones de estas instituciones. Se debe preservar la integridad, la vida y la salud de los internos que se encuentran en estos establecimientos penitenciarios, a la vez velar por la vida e integridad de los trabajadores que son servidores que laboran en estos centros de reclusión y también de la ciudadanía.</p>
<p>Jorge Solís Osorio</p>	<p>Actualmente no existe un grave riesgo, porque el gobierno y el INPE han implementado medidas de control y prevención de la COVID-19, además de la vacunación en las cárceles. Se puede decir que la situación está controlada y solo existe un riesgo leve porque la vacuna tampoco te vuelve inmune y te puedes contagiar.</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>No existe un grave riesgo como existía antes, al inicio de la pandemia, solo un riesgo moderado o leve al cual estamos expuesto todas las personas. Además, se han mejorado e implementado recursos y materiales para evitar contagios dentro de las cárceles.</p>
<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>Considero que no, porque se han establecido medidas de prevención de contagio de COVID-19 dentro de las cárceles, además de proveer a los internos de recursos de limpieza, además de las vacunas.</p>
<p>Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy</p>	<p>Si, existe un grave riesgo de afectación a la salud porque es de conocimiento público que en los penales los contagios son masivos, más aún la falta de comprensión por la población de los alcances y consecuencias mortales del COVID-19.</p>

	<p>En consecuencia, frente a la pandemia originada por el COVID-19 y al hecho notorio de la existencia de hacinamiento a los centros penitenciarios se aumento ostensiblemente el riesgo de afectar irreversiblemente la salud o la vida de los internos privados de libertad al mantener su confinación carcelaria.</p> <p>El tema del COVID-19 afecta tanto a condenados como a quienes sufren prisión preventiva.</p>
<p>Aniseto Ernesto Caballero Malca</p>	<p>No, no puede asegurarse de manera general que existe un grave riesgo de afectación para todos los detenidos bajo mandato de prisión preventiva, el análisis se hace de manera individual. Considero que existe un riesgo, no grave, de contagio de COVID-19 en las cárceles, porque nadie es inmune a ella. Así, ello puede generar alguna afectación a la salud del detenido, cuya gravedad dependerá de diversos factores como la edad, la preexistencia de enfermedades crónicas, etc. En suma, considero que en la mayoría de los casos no existe un grave riesgo de afectación a la salud o integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva en este contexto de pandemia. Sin embargo, puede haber casos especiales en los cuales -a pesar inclusive de estar vacunados, ya que ello no evita los síntomas y la posible muerte de la persona, como ha ocurrido- puede llegar a afectarse a la salud, y la gravedad de la afectación dependerá de las características personales y condiciones de salud del detenido.</p>

<p>OBJETIVO GENERAL: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19.</p>	
<p>Entrevistado</p>	<p>¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?</p>
<p>Jaime Alejandro Balcázar Chilco</p>	<p>Que, en los tiempos de pandemia solo debería ser proporcional en los casos graves y de peligro inminente de eludir la acción de la justicia, existen casos que aparentemente no son de peligro se debería cambiar de medida. En cuanto a la prisión preventiva,</p>

	<p>solamente será proporcional en los casos graves y que cumplan severamente con los presupuestos del art. 268 del NCPP, como son a) que exista fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe... b) Que, la sanción a imponerse supere los cuatro años de pena privativa de libertad. c) que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permitan colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculización a la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).</p>
<p>Zulema Dior Paucar Espínoza</p>	<p>No, puesto que, al encontrarnos en Estado de Emergencia Nacional, considero que la aplicación de la prisión preventiva resulta un tanto desproporcional, a razón de que durante el confinamiento de todos los ciudadanos producto del aislamiento social obligatorio hacía que esta disposición no sea la más adecuada para asegurar la presencia del investigado en el proceso penal. No obstante, debemos recordar que el Nuevo Código Procesal Penal reglamenta otras medidas alternativas, como es: "la medida de comparecencia con restricciones", "impedimento de salida del país" y "el arresto domiciliario", y estas poseen el mismo objetivo que la prisión preventiva, en tanto que estas medidas también permiten asegurar la presencia del investigado en el proceso penal durante y después del Estado Emergencia Nacional.</p>
<p>Elizabeth Huamán Soria</p>	<p>No, existe un exceso de presos, cárceles que no se abastecen y la mayoría de jueces dictan prisión en casos mediáticos o "publicitados" y en tiempo de pandemia se siguió con la prisión, solo que en delitos menores no se requería prisión preventiva, pero en delitos mayores si continuaba.</p>
<p>Henry Peter Grajeda Montalvo</p>	<p>Sí, porque se analiza cada caso en concreto de la prisión preventiva, sobre todo aquella parte de la población que son vulnerables a esta enfermedad pandémica. De modo que, toda resolución que imponga la prisión preventiva debió analizar el caso</p>

	<p>en específico, las características del imputado y las condiciones a las que será sometido en el centro penitenciario. Entonces, si no se advierte posibles afectaciones irrazonables o desmedidas a los derechos del procesado mediante la ejecución de la medida, esta será proporcional. Contrario sensu, no resulta proporcional si es impuesta esta medida a las personas más vulnerables, como lo son quienes presentan alguna enfermedad preexistente de riesgo, patología crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19.</p>
Jorge Solís Osorio	<p>Considero que en unos casos es proporcional y en otros no, no se puede afirmar de manera general y categórica que es proporcional, o, que es desproporcional. Considero proporcional la prisión preventiva cuando -además de que se cumplan los presupuestos materiales y procesales, así como la debida motivación de la resolución- se haya realizado un correcto análisis de la proporcionalidad de la medida, y se pueda garantizar que al detenido no se le afectara sus derechos fundamentales -distintos de la libertad- de manera irrazonable y desmedida. Esto quiere decir, que, en base al principio de legalidad, al detenido solo se le debe restringir su libertad durante el tiempo que dure la prisión preventiva, y no debe lesionarse algún otro derecho fundamental, lo que volvería ilegal y desproporcional la medida de coerción. Por otro lado, es desproporcional cuando esa afectación mencionada efectivamente ocurre. Esta afectación ocurre cuando, además de la afectación a la libertad, las condiciones del centro penitenciario y un posible contagio de COVID-19 lo lleven a padecer afectaciones a su salud. En ese supuesto, la medida resulta desproporcional y por ende inconstitucional, ya que ninguna medida de coerción que señala el NCPP puede lesionar la salud, no existen medidas que afecten la salud. En esa línea, considero que también resulta desproporcional cuando -más aun considerando el hacinamiento existente en los centros penitenciarios- se imponga de manera automática o de forma masiva prisión preventiva en delitos comunes o simples, en donde</p>

	<p>el detenido no represente un enorme peligro para la sociedad, pues su conducta no conlleva un alto grado de reprochabilidad, al tratarse de un delito menor o de poca relevancia. Ello ocurre por un ejercicio desmedido des ius puniendi por parte del estado. Asimismo, pueden realizarse objeciones o criticas respecto de prisiones preventivas impuestas a personas con enfermedades graves o adultos de avanzada edad, pues al ser población vulnerable en este contexto de pandemia, y por más vacunas que existan, no puede asegurarse tajantemente que no se contagiarán, que no se verán afectados en su salud o que morirán (tal como ha pasado según reportes del Ministerio de Salud).</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>Considero que si es proporcional en aquellos casos en donde el detenido no sea una persona de avanzada edad, con enfermedades terminales o graves, o madre embarazada. Estas son situaciones en donde, además del contagio del coronavirus, las condiciones de las cárceles pueden provocarle una afectación a su salud. En los demás casos si es proporcional, siempre que se cumplan los presupuestos y la debida motivación de la resolución.</p>
<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>Considero que no es proporcional en casos de delitos comunes o simples (aumenta el hacinamiento carcelario) y en aquellas personas vulnerables en pandemia (enfermos, ancianos) porque es una medida excepcional, que en estas circunstancias lo debe ser aún más. Sin embargo, si será proporcional en los demás casos, donde el detenido no tenga en riesgo o afectado su salud y se cumplan los presupuestos materiales de la prisión preventiva.</p>
<p>Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy</p>	<p>Estando a que el país encuentra en estado de emergencia Nacional, la imposición de la medida de prisión preventiva resulta desproporcional porque el confinamiento en el que se encuentran los ciudadanos producto del aislamiento social obligatorio hace que esta medida no sea la más idónea para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal. Asimismo, el C.P.P. regula medidas alternativas menos gravosas como la medida de comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país,</p>

	arresto domiciliario, que permiten cumplir la misma finalidad de la prisión preventiva, debido a que estas medidas alternativas también permiten asegurar la presencia del imputado en el proceso penal durante y después del Estado de Emergencia Nacional.
Aniseto Ernesto Caballero Malca	Si es proporcional en casos de delitos graves o muy graves. Sin embargo, se impone esta medida en delitos simples o comunes, e inclusive en casos donde no se demuestra fehacientemente que concurren los presupuestos para su imposición. En estos casos, que son muchísimo, no es proporcional, considerando además que existe sobrepoblación en las cárceles y donde recursos, como el agua y demás, escasea.

OBJETIVO GENERAL: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por COVID-19.	
Entrevistado	¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por COVID-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	Los criterios para determinar si la medida de prisión preventiva cumple con los presupuestos de proporcionalidad durante el COVID, pues la norma exige un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, que exista un fundado peligro de fuga del investigado, peligro de obstaculización, y sobre todo si es un delito grave, como por ejemplo violaciones a niños, asesinatos, tráfico ilícito de drogas.
Zulema Dior Paucar Espinoza	Los criterios que se deberían considerar, es si esta configura motivos razonables y proporcionales para su aplicación; asimismo, en ella debe existir una debida motivación fundamentada en una evidencia sólida, y se debe tener en cuenta que el acusado no impida el correcto desarrollo del proceso penal, ni eluda la acción de la justicia (fuga u obstaculización) y, que por tal dicha medida

	será idónea para cumplir el fin deseado, excepcional y estrictamente proporcional.
Elizabeth Huamán Soria	Los 3 presupuestos, dentro de ellos el más importante: los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito, y que estos sean graves y fundados, que den tal razonabilidad (proporcionalidad) de que en un futuro se obtendrá una sentencia condenatoria, para que así se declare fundado el pedido de prisión preventiva.
Henry Peter Grajeda Montalvo	En los siguientes supuestos: - Cuando presenten vulnerabilidad como en los siguientes casos excepcionales: Mayores de 65 años de edad, padecer de enfermedades graves o crónicas, sean de riesgo frente al coronavirus, madres gestantes y madres que tengan hijos menores de tres años. - El juez examinará si el interno procesado padece de alguna patología crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19, conforme señala el Ministerio de Salud, teniendo en cuenta las condiciones de los centros penitenciarios, considerándose vulnerables al contagio y propagación por COVID-19.
Jorge Solís Osorio	Principalmente la gravedad del delito, edad del detenido, historial de enfermedades que padece o que padeció, y si el establecimiento penitenciario puede brindarle atención médica que requiera con urgencia o medicamentos.
Susana Vílchez Tello	Se deben tener en cuenta los medios probatorios y la motivación de las resoluciones. Además de ello, el estado de salud del detenido, las condiciones de la cárcel donde está detenido, y el tipo y gravedad del delito.
Juan José Maguiña Valverde	Como dije anteriormente, primero las características personales y de salud del detenido, gravedad del delito.
Nancy Jessica	Para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva se deberá realizar un test de proporcionalidad en el que

Santa Cruz Villantoy	<p>se evalué si la medida de prisión preventiva resulta ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.</p> <p>Idónea: Si es la medida más adecuada.</p> <p>Necesaria: Analizar si existen medidas alternativas, menos gravosas que puedan cumplir con la misma finalidad de la prisión preventiva.</p> <p>Proporcional: Se debe ponderar entre los efectos que traerá consigo la imposición de la medida, los cuales son de restricción de la libertad de una persona y el aseguramiento del proceso.</p>
Aniseto Ernesto Caballero Malca	<p>La debida motivación de la resolución, que se haya efectuado un análisis correcto del principio de proporcionalidad de la prisión preventiva en el caso en concreto, ya que no se suele dar la importancia que se merece en las audiencias de prisión preventiva. El estado de salud del detenido. La existencia de enfermedades graves. La gravedad del delito. La existencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito y la existencia del peligro procesal. La posibilidad del centro penitenciario de brindar atención médica y medicamentos al detenido en caso lo requiera. El hacinamiento en la cárcel donde se encuentra detenido el imputado.</p>

PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO: Explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.	
Entrevistado	¿La pandemia por COVID-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir,

	<p>controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.</p> <p>A consecuencia del COVID si se ha modificado el análisis de los sub principios de IDONEIDAD, NECESIDAD y PROPORCIONALIDAD EN Estricto o PONDERACIÓN, porque existió Decreto Legislativo para despoblar las cárceles en el Perú, por lo tanto, no se viene tomando en cuenta con toda rigurosidad, es más que el hacinamiento penitenciario es declarado inconstitucional. Asimismo, se ha iniciado a cambiar la prisión preventiva por otras medidas, entre ellas tenemos la detención domiciliaria.</p>
<p>Zulema Dior Paucar Espinoza</p>	<p>Considero que si se ha modificado. Si bien nuestro Nuevo Código Procesal Penal establece que, para aplicar una medida de coerción personal, se debe acatar el principio de proporcionalidad. Este principio menciona, que la Fiscalía debe probar por qué dicha medida resulta proporcional en el caso concreto. En ese sentido, con el avance significativo del COVID-19 no resulta proporcional, ya que las personas en situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con enfermedades graves, mujeres gestantes, entre otros) que vienen cumpliendo una prisión preventiva, permanezcan recluidas en un establecimiento penitenciario. Así también se debe tener en consideración, los niveles elevados de sobrepoblación (hacinamiento) y las condiciones precarias de salubridad, etc.</p>

Elizabeth Huamán Soria	No, porque se seguían fundamentando con los 3 subprincipios (idoneidad, necesidad de la medida, la proporcionalidad en la medida adoptada) por lo que no se puede hablar que se modificó este análisis.
Henry Peter Grajeda Montalvo	En la Resolución N.º 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere que la prisión preventiva tiene que ser revaluado, revisado periódicamente, buscando una visión humanista frente al contexto que ocurre en los centros penitenciarios como es el hacinamiento de los penales, siendo que esta situación incrementa el riesgo de contagios y propagación del COVID-19. En la Resolución N.º 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere que la prisión preventiva tiene que ser revaluado, revisado periódicamente, buscando una visión humanista frente al contexto que ocurre en los centros penitenciarios como es el hacinamiento de los penales, siendo que esta situación incrementa el riesgo de contagios y propagación del COVID-19.
Jorge Solís Osorio	La pandemia no modifica el análisis del subprincipio de idoneidad de la prisión preventiva, ya que esta medida igualmente puede cumplir la finalidad para la cual esta destinada, que es asegurar la presencia del imputado en el juicio o durante el proceso, así como controlar el peligro procesal existente. La pandemia no modifica necesariamente el análisis del subprincipio de necesidad, ya que el análisis respecto a la correspondencia de una u otra medida de coerción para el caso en concreto, es una obligación que se debe hacer en todos los casos. La pandemia si modifica el análisis del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Este subprincipio consiste en un examen o comparación entre el grado de realización, consecución u optimización del fin constitucional (buscado mediante la prisión preventiva) y la intensidad de la intervención (afectación) en el derecho fundamental. Antes, generalmente -por no decir casi

	<p>siempre- primaba o pesaba más el fin buscado (asegurar la presencia del imputado en el proceso y la eficacia de la futura sentencia) considerándose que ello justificaba la afectación de la libertad del imputado. Ahora, la situación presenta un enfoque distinto, ya que, al imponerse la prisión preventiva, por ejemplo, en un anciano de avanzada edad o una persona con enfermedades graves ello puede significar la afectación a la salud e integridad del imputado. Entonces, en el examen de ponderación ya no se encuentra únicamente la libertad como único derecho restringido, sino también la salud y la vida del imputado, lo cual -como se mencionó-necesita un estricto análisis en el caso en concreto.</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>Si ha modificado porque no resulta proporcional que a una persona enferma o anciana se le imponga prisión preventiva. Así como en casos de delitos simples. La pandemia ha vuelto aún más excepcional la prisión preventiva.</p>
<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>Considero que la pandemia si ha "resaltado" el análisis de la proporcionalidad, y ha "modificado relativamente" su análisis, porque si bien antes era "común" la presencia de ancianos y enfermos en las cárceles, ahora debe evaluarse con más atención esto, porque si bien se han vacunado a los presos, hay casos donde personas vacunadas han fallecido inclusive. La pandemia ha dado mayor importancia al análisis de la proporcionalidad, pero, deberá evaluarse caso por caso.</p>
<p>Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy</p>	<p>Si ha modificado por cuanto para imponer o decidir por la prisión preventiva se debe primar el derecho a la salud, asegurar la vida de la persona del posible interno.</p> <p>Antes el C.P.P. regulaba únicamente 3 presupuestos que se deben cumplir para imponer la medida de prisión preventiva pero la Corte Suprema en la Casación N.º626-2013 Moquegua dispuso como doctrina jurisprudencial dos requisitos adicionales, y se debe realizar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Un test de proporcionalidad b) Un plazo de prisión preventiva

	Y de no cumplirse con los 5 requisitos no podrán imponer una prisión preventiva.
Aniseto Ernesto Caballero Malca	Si ha modificado el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual analiza específicamente la proporcionalidad de la medida. Si bien no es en todos los casos, debe analizarse si, en el caso en concreto, existe una sobre afectación o lesión irrazonable o desmedida de la libertad y derechos conexos a esta (salud, integridad). El análisis ha cambiado o modificado respecto a los detenidos que son adultos mayores o con enfermedades, etc.; y debe examinarse si, actualmente con la pandemia, la medida es proporcional o no.

PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO: Explicar de qué manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.	
Entrevistado	¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	Si existen y son de dos clases personales y reales, algunas de ellas son: comparecencia simple, restrictiva de detención domiciliaria, embargo, desalojo preventivo, ministración provisional, impedimento de salida, entre otras. Por qué depende mucho del tipo de delito, pero se pueden aplicar mediante los tiempos de pandemia, porque previenen también el distanciamiento social, y evitan los hacinamientos, sobre todo contagio de COVID.
Zulema Dior Paucar Espinoza	Como lo señale en líneas precedentes, en nuestro Nuevo Código Procesal Penal, el Juez tiene una serie de medidas alternativas diferentes a la prisión preventiva, como es el caso de la detención domiciliaria, la comparecencia simple o restringida del país, la caución, el impedimento de salida. Pues de no ser viable una de estas medidas recién se aplicará la prisión preventiva de forma

	<p>excepcional. Pues estas tienen por objetivo el de garantizar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del sujeto al juicio, así como el de facilitar la actuación probatoria.</p>
<p>Elizabeth Huamán Soria</p>	<p>No, porque las personas aun sabiendo de la posibilidad de ir presos por prisión preventiva siguen cometiendo delitos, entonces, retirando la medida esto sería peor, aumentaría la delincuencia y los delitos.</p>
<p>Henry Peter Grajeda Montalvo</p>	<p>Si, una medida de coerción proporcional en estos tiempos de pandemia es la Detención Domiciliaria, porque es de carácter preventivo, garantiza que el imputado se presente en los actuados del Proceso Penal hasta su terminación, no supone una afectación grave de la libertad y se eliminaría ese riesgo de afectación a la salud, además que descongestiona los centros penitenciarios en estos tiempos de pandemia.</p>
<p>Jorge Solís Osorio</p>	<p>Cualquier otra medida de coerción puede corresponder, dependerá del caso en concreto. Medidas como la detención domiciliaria, comparecencia, impedimento de salida del país, etc, pueden dictarse perfectamente. Todo dependerá de la concurrencia de los presupuestos de cada medida y los medios probatorios con los que se cuente. Considero que, en casos de adultos mayores o con enfermedades muy graves, podría variarse la prisión preventiva a una detención domiciliaria, esta sería proporcional y también cumpliría la misma finalidad.</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>Cualquier otra medida puede corresponder, la pandemia no evita que se imponga alguna otra medida de coerción, todo depende del cumplimiento de los presupuestos que señale la norma.</p>
<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>Puede corresponder una detención domiciliaria o una comparecencia (simple o restringida) todo dependerá del examen de los presupuestos de cada medida, y claro también, de la proporcionalidad. La norma procesal te da un abanico de medidas de coerción y cualquiera puede corresponder, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto.</p>

Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy	Si, es la medida de comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país y le arresto domiciliario. Estas son medidas alternativas que también permiten asegurar la presencia del imputado en el proceso penal. En estos tiempos de pandemia son y resultan más eficaces.
Aniseto Ernesto Caballero Malca	Si, la detención domiciliaria. Pero, no hay impedimento para que, medidas como la comparecencia (simple o con restricciones), impedimento de salida del país o una caución, también puedan corresponder actualmente, dependiendo del caso en concreto. Considero que, si la prisión preventiva resulta desproporcional por suponer un exceso en la afectación de los derechos fundamentales del imputado, ello viabiliza la imposición de la detención domiciliaria bajo un enfoque humanista. Cabe recordar que la detención domiciliaria, por si, también puede cumplir la finalidad buscada mediante la prisión preventiva, es una medida que cumple dicha función instrumental, pero que, por su naturaleza no supone una intervención grave en los derechos del imputado.

SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO: Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19.

Entrevistado	¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19? ¿Por qué?
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	No sería posible el cese de la prisión preventiva, porque existe casos graves, con investigados reincidentes, otros con antecedentes de haber cometido delitos graves, y sobre todo no tienen arraigo, laboral, domiciliario, y estos pueden darse a la fuga, y sustraerse de la acción de la justicia, por tanto, necesariamente tiene que tener prisión preventiva.
Zulema Dior Paucar Espinoza	No. Como bien sabemos la pandemia ha plasmado un análisis sobre las acciones concretas de variar o reducir el uso de prisiones preventivas, como un mecanismo que ayude a la reducción de la

	<p>sobrepoblación (deshacinamiento) de las cárceles, para que así, se pueda descartar un foco de infección y propagación del COVID-19, además de evitar que el contagio masivo genere muertes innecesarias en la misma condición. Así, dicha medida solo será aplicada en casos extremos, mas no el cese de la misma.</p>
<p>Elizabeth Huamán Soria</p>	<p>Si, porque los que ya cumplieron una prisión preventiva no volverán a cometer el delito porque conocen que restringir el derecho a la libertad es indigno. La pandemia ya está controlada y todos hacen su vida normal, no debería ser un fundamento para el cese de la prisión preventiva.</p>
<p>Henry Peter Grajeda Montalvo</p>	<p>Si, porque los establecimientos penitenciarios se encuentran sobrepoblados de internos y esta pandemia por COVID-19 sigue siendo mortal, ante ello se requiere prevención mediante el distanciamiento y adopción de medidas sanitarias adecuadas, evitándose la propagación del virus. Asimismo, proteger a los internos privados de su libertad, funcionarios y servidores públicos del contagio masivo del virus COVID-19. La proporcionalidad también es un presupuesto de la prisión preventiva, por lo que, si en el caso en concreto es desproporcional por suponer afectación a la salud, corresponde el cese de esta medida.</p>
<p>Jorge Solís Osorio</p>	<p>Depende del caso en concreto si procede o no el cese de la prisión preventiva, ya que esta puede ser solicitada las veces que se crea conveniente por parte de la defensa. Si la defensa considera que no concurren los presupuestos del 268 del NCPP podría solicitarla perfectamente. Ahora, en relación a la pandemia, se puede solicitar el cese si la prisión es desproporcional, lo que sería cuando el detenido se encuentre en un especial riesgo de afectación, tiene COVID y necesita tratamiento urgente y que no le puede brindar el centro penitenciario, y situaciones así...</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>Si es posible, el art. 283 del NCPP faculta al imputado a solicitar el cese si lo considera pertinente, así que la pandemia no puede considerarse un impedimento para ello.</p>

<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>La prisión preventiva, así como las demás medidas de coerción, se rigen por el principio de provisionalidad, es decir, no tienen un carácter definitivo o inalterable, pueden variarse o terminarse. Las medidas de coerción están supeditadas a que los presupuestos para su adopción se mantengan, de lo contrario, la medida debe cesar. En ese sentido, el artículo 283 del NCPP señala que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva las veces que considere pertinente, esto es, cada vez que el imputado considere que ya no se están cumpliendo los presupuestos para la adopción de la prisión preventiva, y uno de esos presupuestos es la proporcionalidad de la medida, tal como se dejó sentado en la Casación 626-2013 Moquegua. Entonces, la pandemia no impide que el imputado pueda solicitar el cese de la prisión preventiva, esta si es posible. El imputado podrá argumentar que ya no se cumple el presupuesto de proporcionalidad, en tanto la ejecución de la medida le afecta su salud, que no existe peligro procesal o algún otro presupuesto.</p>
<p>Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy</p>	<p>Para el cese de la prisión preventiva se exige la presencia de nuevos elementos de convicción que acrediten que el imputado no cometió el delito o que no existe peligro procesal y si es posible en estos tiempos, pero se debe cumplir con las exigencias que establece nuestro C.P.P.</p>
<p>Aniseto Ernesto Caballero Malca</p>	<p>La pandemia no puede evitar que la defensa solicite el cese de la prisión preventiva. La norma habilita a la defensa a solicitarla las veces que lo considere pertinente (art. 283 del NCPP). Procederá toda vez que se demuestre que ya no concurre alguno de los presupuestos de la prisión preventiva (art. 268).</p>

SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO: Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19.

Entrevistado	¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por COVID-19?
Jaime Alejandro Balcázar Chilco	Medios probatorios, relacionados a su salud, relacionados al arraigo laboral, que demuestran arraigo familiar y domiciliario, y otros que demuestren la inocencia del investigado.
Zulema Dior Paucar Espinoza	Considero que en un caso concreto se debería presentar lo siguiente: a) Situación de vulnerabilidad del procesado interno frente al COVID-19, ya sean, por cuestiones de edad o de preexistencia de enfermedades; b) Solicitud de otra medida, como es el de detención domiciliaria; c) De solicitar la variación de la medida de prisión preventiva a otra medida coercitiva, la disminución del peligro procesal, como mínimo; d) Tanto para el pedido de variación de la medida de prisión preventiva a otra medida coercitiva, una variación en el análisis de la proporcionalidad de la medida.
Elizabeth Huamán Soria	La pandemia no debe ser considerado un motivo justificado para analizar la prisión preventiva (tal vez si no tuviéramos las vacunas o hubiera una tasa de mortalidad superior al 1% del total de población peruana. Lo que debe primar para la prisión preventiva es el principio de proporcionalidad evaluado junto a los elementos de convicción del caso concreto.
Henry Peter Grajeda Montalvo	El medio probatorio principal sería el certificado médico que indique que el imputado padece de alguna enfermedad preexistente de riesgo, patología crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19.
Jorge Solís Osorio	Si se pretende demostrar que no concurren los presupuestos del art. 268 NCPP serían medios probatorios para ello (testimonios, documentos, pericias, etc.) medio probatorios que demuestren la no concurrencia de los incisos 1 y 3 del art. 268, lo cual sería que el procesado no cometió el delito o no existen graves y fundados

	<p>elementos de convicción que acrediten que lo cometió; o, que se tiene algún tipo de arraigo o no existe peligro de fuga/obstaculización. Si el cese de funda en la desproporcionalidad de la prisión preventiva los medios probatorios serían todo documento (sobre todo médicos) que demuestren la grave o considerable situación de salud del detenido.</p>
<p>Susana Vílchez Tello</p>	<p>Se deben presentar cualquier medio probatorio (pericias, testigos, etc.) que demuestre que ya no concurre un presupuesto de la prisión preventiva, por lo menos. Si nos enfocamos en el tema de la proporcionalidad, se deben presentar exámenes médicos del detenido, y todo aquel medio que demuestre una situación de afectación y vulnerabilidad en la cárcel, porque ahí la medida sería desproporcional.</p>
<p>Juan José Maguiña Valverde</p>	<p>Dependerá del caso en concreto, se puede presentar cualquier medio probatorio (pericias, testimonios, prueba documental, etc.). Lo relevante es que estos medios probatorios sean idóneos y pertinentes y acrediten que no concurre algún presupuesto de la prisión, como que el detenido tenga arraigo laboral o familiar, o no exista peligro de fuga. De esa forma procederá el cese de prisión.</p>
<p>Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy</p>	<p>Debe primarse el derecho a la salud, riesgo a la vida, salud del interno, además el peligro de contagio y propagación del COVID-19.</p> <p>Los medios de prueba podrían ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Informe médicos expedidos por médicos del MINSA. - Informes sobre edad. - Enfermedades preexistentes. - No existe peligro de fuga (documentación).
<p>Aniseto Ernesto Caballero Malca</p>	<p>El cese de prisión corresponde porque -por lo menos- uno de los presupuestos de la medida ya no se cumple. En ese sentido, los medios probatorios dependerán de que presupuesto en específico “atacara” la defensa del imputado. Se puede ofrecer cualquier</p>

	<p>medio probatorio, tales como testimonios, pericias, prueba documental, etc. Considerando el tema de fondo, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, corresponderá el cese si la medida es desproporcional, así que el medio probatorio fundamental serán los exámenes médicos realizados al imputado que acrediten que en su estancia en el centro penitenciario sufre afectaciones a su salud, ya sea por el contagio del COVID-19 o la agravación de alguna enfermedad preexistente, y el centro penitenciario no se encuentre en las condiciones de poder brindar la atención médica adecuada que requiera el imputado.</p>
--	---

1. DATOS GENERALES:

- 1.1 Entrevistado: Abogado Jaime Alejandro Balcázar Chilcho, con Reg. C.A.L., 49184.
- 1.2 Profesión: Abogado
- 1.3 Grado académico: Maestría
- 1.4 Especialidad: CIENCIAS PENALES
- 1.5 Cargo o institución donde labora: Abogado defensor independiente (Estudio Jurídico Balcázar)

2. ASPECTOS DE LA ENTREVISTA:

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: “LA PRISIÓN PREVENTIVA ES PROPORCIONAL DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19”.

OBJETIVO GENERAL: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

2.1 ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados, bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Respuesta: Esta pregunta debió ser de análisis en el preciso momento cuando la pandemia COVID-19, estaba en su etapa de propagación; sin embargo, a la fecha el Ministerio de Salud ya lo tiene aparentemente controlado con las vacunas. Sin embargo, debemos contestar como si estuviéramos en etapa de crecimiento de la pandemia, existió efectivamente un alto riesgo de afectación a la salud de los procesados, porque las cárceles en el Perú viene sufriendo graves problemas como es el hacinamiento, y estando que el COVID es una enfermedad de transmisión respiratoria es de mucha importancia mantener la distancia y en las cárceles es muy difícil cumplir el distanciamiento es por ello que realizaron varios decretos legislativos como por ejemplo el D.L 1459, a través del cual las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar podía convertirse en penas alternativas, y también otros delitos de menor gravedad. En cuanto a la prisión preventiva, solamente será proporcional en los casos graves y que cumplan severamente con los presupuestos del art. 268 del CPP, como son **a)** que exista fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe... **b)** Que, la sanción a imponerse supere los cuatro años de pena privativa de libertad. **c)** que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permitan colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculización a la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2.2 ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Que, en los tiempos de pandemia solo debería ser proporcional en los casos graves y de peligro inminente de eludir la acción de la justicia, existen casos que aparentemente no son de peligro se debería cambiar de medida.

2.3 ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Los criterios para determinar si la medida de prisión preventiva cumple con los presupuestos de proporcionalidad durante el COVID, pues la norma exige un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, que exista un fundado peligro de fuga del investigado, peligro de obstaculización, y sobre todo si es un delito grave, como por ejemplo violaciones a niños, asesinatos, tráfico ilícito de drogas.

2.4 OBJETIVO ESPECIFICO 1: Explicar de que manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva. El paso del COVID-19 por el mundo viene cobrando incontables vidas y ha provocado la paralización del flujo económico, desempleos por doquier, etc. En América Latina, su incursión es devastadora. El Perú es uno de los países más golpeados. Los estragos que viene causando esta enfermedad ha develado lo limitado que es nuestra red de salud. Este sector no es único afectado, **ya que el sistema justicia**, específicamente, el régimen penitenciario, además de tener como problema central el **hacinamiento declarado como un estado de cosas inconstitucional por el Tribunal Constitucional**, tiene que lidiar con la pandemia, a raíz de ello la investigación requiere aplicar el principio de proporcionalidad frente a la inadecuada aplicación del D.L. 1513 en las solicitudes de ceses de prisión preventiva, para ello la investigación tiene un diseño aplicado mixto, debido a que ante esta crisis sanitaria y penitenciaria y por recomendación de las autoridades nacionales e internacionales, se puso en marcha la medida de despoblamiento de las cárceles, tomando como referencia el decreto legislativo 1513, ya que Se dispone la cesación de la prisión preventiva para todos los internos e internas que se encuentren en calidad de procesados o procesadas, que cumplan con los siguientes presupuestos de manera concurrente, siendo así modificado y alterado el principio de proporcionalidad.

2.5 ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (¿idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación? ¿de que manera? Explique.

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como **“proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”**, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

A consecuencia del COVID si se ha modificado el análisis de los sub principios de IDONEIDAD, NECESIDAD y PROPORCIONALIDAD EN ESTRICTO o PONDERACIÓN, porque existió Decreto Legislativo para despoblar las cárceles en el Perú, por lo tanto, no se viene tomando en cuenta con toda rigurosidad,

es más que el hacinamiento penitenciario es declarado inconstitucional. Asimismo, se ha iniciado a cambiar la prisión preventiva por otras medidas, entre ellas tenemos la detención domiciliaria.

- 2.6** **Considera que existe una medida de coerción distinta a la prisión preventiva, ¿que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?**, si existen y son de dos clases personales y reales, algunas de ellas son: comparecencia simple, restrictiva de detención domiciliaria, embargo, desalojo preventivo, ministración provisional, impedimento de salida, entre otras. El porque depende mucho del tipo de delito, pero se pueden aplicar mediante los tiempos de pandemia, porque previenen también el distanciamiento social, y evitan los hacinamientos, sobre todo contagio de COVID.

OBJETIVO ESPECIFICO 2: Determinar de que manera seria posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

- 2.7** **¿considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?**

NO seria posible el cese de la prisión preventiva, porque existe casos graves, con investigados reincidentes, otros con antecedentes de haber cometido delitos graves, y sobre todo no tienen arraigo, laboral, domiciliario, y estos pueden darse a la fuga, y sustraerse de la acción de la justicia, por tanto, necesariamente tiene que tener prisión preventiva.

- 2.8** **¿Qué medios probatorios considera usted que deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?**

Medios probatorios, relacionados a su salud, relacionados al arraigo laboral, que demuestran arraigo familiar y domiciliario, y otros que demuestren la inocencia del investigado.


Jaime Alejandro Balcázar Chilcho
ABOGADO
CAL 49184



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado : ZULEMA DIOR PAUCAR ESPÍNOZA
- 1.2. Profesión : ABOGADO
- 1.3. Grado académico: MAGISTER
- 1.4. Especialidad : PENAL
- 1.5. Cargo o institución donde labora: ESTUDIO PAUCAR ABOGADOS ASOCIADOS

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Si. Ello a razón de la agresividad y la rápida propagación de la pandemia de COVID-19, considero que se debieron adoptar medidas urgentes que garanticen la salud e integridad de los reos, pues al haber una gran sobrepoblación (hacinamiento) va generar una rápida propagación en los centros penitenciarios, por tal estas deberían reducirse, más aún si hay un sector vulnerable.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

NO, puesto que, al encontrarnos en Estado de Emergencia Nacional, considero que la aplicación de la prisión preventiva resulta un tanto desproporcional, a

razón de que durante el confinamiento de todos los ciudadanos producto del aislamiento social obligatorio hacia que esta disposición no sea la más adecuada para asegurar la presencia del investigado en el proceso penal. No obstante, debemos recordar que el Nuevo Código Procesal Penal reglamenta otras medidas alternativas, como es: *“la medida de comparecencia con restricciones”*, *“impedimento de salida del país”* y *“el arresto domiciliario”*, y estas poseen el mismo objetivo que la prisión preventiva, en tanto que estas medidas también permiten asegurar la presencia del investigado en el proceso penal durante y después del Estado Emergencia Nacional.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Los criterios que se deberían considerar, es si esta configura motivos razonables y proporcionales para su aplicación; asimismo, en ella debe existir una debida motivación fundamentada en una evidencia sólida, y se debe tener en cuenta que el acusado no impida el correcto desarrollo del proceso penal, ni eluda la acción de la justicia (fuga u obstaculización) y, que por tal dicha medida será idónea para cumplir el fin deseado, excepcional y estrictamente proporcional.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Considero que si se ha modificado. Si bien nuestro Nuevo Código Procesal Penal establece que, para aplicar una medida de coerción personal, se debe acatar el principio de proporcionalidad. Este principio menciona, que la Fiscalía debe probar por qué dicha medida resulta proporcional en el caso concreto. En ese sentido, con el avance significativo del COVID-19 no resulta proporcional, ya que

las personas en situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con enfermedades graves, mujeres gestantes, entre otros) que vienen cumpliendo una prisión preventiva, permanezcan recluidas en un establecimiento penitenciario. Así también se debe tener en consideración, los niveles elevados de sobrepoblación (hacinamiento) y las condiciones precarias de salubridad, etc.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Como lo señale en líneas precedentes, nuestro Nuevo Código Procesal Penal, el Juez tiene una serie de medidas alternativas diferentes a la prisión preventiva, como, es el caso de la detención domiciliaria, la comparecencia simple o restringida del país, la caución, el impedimento de salida. Pues de no ser viable una de estas medidas recién se aplicará la prisión preventiva de forma excepcional. Pues estas tienen por objetivo el de garantizar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del sujeto al juicio, así como el de facilitar la actuación probatoria.

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

No. Como bien sabemos la pandemia ha plasmado un análisis sobre las acciones concretas de variar o reducir el uso de prisiones preventivas, como un mecanismo que ayude a la reducción de la sobrepoblación (deshacinamiento) de las cárceles, para que así, se pueda descartar un foco de infección y propagación del COVID-19, además de evitar que el contagio masivo genere muertes innecesarias en la misma condición. Así, dicha medida solo será aplicada en casos extremos, mas no el cese de la misma.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Considero que en un caso concreto se debería presentar lo siguiente:

- Situación de vulnerabilidad del procesado interno frente al COVID-19, ya sean, por cuestiones de edad o de preexistencia de enfermedades.
- Solicitud de otra medida, como es el de detención domiciliaria
- De solicitar la variación de la medida de prisión preventiva a otra medida coercitiva, la disminución del peligro procesal, como mínimo.
- Tanto para el pedido de variación de la medida de prisión preventiva a otra medida coercitiva, una variación en el análisis de la proporcionalidad de la medida.



ZULEMA DIOR
PAUCAR ESPINOZA
ABOGADA
CAL: 82425

Firma del entrevistado

Sello del entrevistado
(si fuese posible)



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: ELIZABETH MUAMAN SORIA
- 1.2. Profesión: ABOGADA
- 1.3. Grado académico: ABOGADA TITULADA
- 1.4. Especialidad: DERECHO PENAL Y SANEAMIENTO
- 1.5. Cargo o institución donde labora: ABOGADA LITIGANTE

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: "La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19".

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

NO, porque dentro del Penal y fuera del penal los síntomas son iguales, y la vacuna se repartió para todos los lugares del Perú, incluidos los penales. Grande riesgo no hay solo un riesgo. Pero ese riesgo lo tienen que asumir así como los miles económicos

Familia de clase alta -> se Asumen con su pontialidad
 Familia de clase media -> asume " " "
 Familia de clase baja -> asume " " "
 Madre de Familia sin el apoyo del Padre " Pero por omisión de Asistencia"
 asume.
 el Estado debe asumir.
 Si se comete un delito debe asumir el riesgo.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

No, existe un exceso de Presos. Canceles que no se avestecen y la mayoría de jueces dictan prisión en casos mediáticos o "Publicitados" y en tiempos de pandemia seguir en lo mismo solo g' a delitos menores no los requerian de Prisión Preventiva pero en delitos mayores si continuaba.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Los presupuestos, dentro de ellos el mas importante los elementos de comición que acredite la comición del delito se estos son graves y fundados. que den tal razonabilidad (Proporcionalidad de que en un futuro se obtenga una sentencia condenatoria se debe dar o declarar fundados el pedido de Prisión Preventiva.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

No, porque se siguen fundamentados con los 3 sub principios (Idoneidad, Necesidad de la medida, la proporcionalidad en la medida adoptada) por lo que no se puede hablar de se modifeco este analisis

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

No, porque las personas aun sabiendo de la posibilidad de ir preso por prisión preventiva siguen cometiendo delitos entonces retirando la medida esto seria peor, aumentaria la delincuencia del delito.

SELLA DEL ENTREVISTADO

Sello del entrevistado

(si fuese posible)

Firma del entrevistado

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19?

¿Por qué? Explique.

Si, Porque los q ya cumplieron una prisión preventiva no volverán a cometer el delito por q conocen q restregan el p^o a la libertad es indigno...

La Pandemia ya está controlada y todos hacen su vida normal no debería ser un fundamento para el cese de la prisión preventiva.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

La Pandemia no debe ser considerado un motivo justificado para analizar la prisión preventiva (tal vez si no tuvieramos las vacunas q se hubiera una tasa de mortalidad superior al 1% del total de Población Peruana.

Lo que debe Poner para la prisión preventiva es el principio de Proporcionalidad evaluado junto a los elementos de conexión del caso concreto.



Firma del entrevistado

ELIZABETH HUAMAN SORIA
ABOGADA
C.A.L 057381

Sello del entrevistado

(si fuese posible)



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: Jorge Solis Osorio
- 1.2. Profesión: Abogado - Derecho.
- 1.3. Grado académico: maestría en Derecho Penal - Abogado.
- 1.4. Especialidad: Derecho Penal.
- 1.5. Cargo o institución donde labora: Abogado Penalista - Estudio Jurídico Solis y Asociados

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: "La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19".

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Actualmente no existe un grave riesgo, porque el gobierno y el INPE han implementado medidas de control y prevención de la Covid-19, además de la vacunación en las cárceles. Se puede decir que la situación está controlada y solo existe un riesgo leve porque la vacuna tampoco te vuelve inmune y te puedes contagiar.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Si es proporcional en casos de delitos graves o muy graves. Sin embargo, se impone esta medida en delitos simples o comunes, e inclusive en casos donde no se demuestra fehacientemente que concurren los presupuestos para su imposición. En estos casos, que son muchísimos, no es proporcional, considerando además que existe sobrepoblación en las cárceles y que recursos, como el agua y demás, escasea.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Principalmente la gravedad del delito, edad del detenido, historial de enfermedades que padece o que padeció, y si el establecimiento penitenciario puede brindarle atención médica que requiera con urgencia o medicamentos.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Si ha modificado el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual analiza específicamente la proporcionalidad de la medida. Si bien no es en todos los casos, debe analizarse si, en el caso en concreto, existe una sobreafectación o lesión irrazonable o desmedida de la libertad y derechos conexos a esta (salud, integridad).

El análisis ha cambiado o modificado respecto a las detenidos que son adultos mayores o con enfermedades, etc, y debe examinarse si, actualmente con la pandemia, la medida es proporcional o no).

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Cualquier otra medida de coerción puede corresponder, dependerá del caso en concreto.

Medidas como la detención domiciliaria, comparecencia, impedimento de salida del país, etc, pueden dictarse perfectamente.

Todo dependerá de la concurrencia de los presupuestos de cada medida y los medios probatorios con los que se cuente.

Considero que, en casos de adultos mayores o con enfermedades muy graves, podría variarse la p.p. a una detención domiciliaria, esta sería proporcional y también cumpliría la misma finalidad.

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19?
¿Por qué?

Depende del caso en concreto si procede o no el cese de la prisión preventiva, ya que esta puede ser solicitada las veces que se crea conveniente x parte de la defensa.

Si la defensa considera que no concurren los presupuestos del 268 del CPP podría solicitarla perfectamente. Ahora, en relación a la pandemia, se puede solicitar el cese si la prisión es desproporcional, lo que sería cuando el detenido se encuentre en un especial riesgo de afectación, tiene covid y necesita tratamiento urgente y que no le puede brindar el centro penitenciario, y situaciones así...

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Si se pretende demostrar que no concurren los presupuestos del art. 268 CPP serían medios probatorios para ello (testimonios, documentos, pericias, etc) medios probatorios que demuestren la no concurrencia de los incisos 1 y 3 del art. 268, lo cual sería que el procesado no cometió el delito o no existen graves y fundados elementos de convicción que acrediten que lo cometió; o, que tiene algún tipo de arraigo o no existe peligro de fuga/obstaculización. Si el cese se funda en la desproporcionalidad de la p.p. los medios probatorios serían todo documento (sobre todo médicos) que demuestre la grave o considerable situación de salud del detenido.



Firma del entrevistado

Sello del entrevistado

(si fuese posible)



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: Susana Vílchez Tello
- 1.2. Profesión: Abogada Derecho
- 1.3. Grado académico: Abogada titulada
- 1.4. Especialidad: Derecho penal
- 1.5. Cargo o institución donde labora: Abogada litigante

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

No existe un grave riesgo como existía antes, al inicio de la pandemia, solo un riesgo moderado o leve al cual estamos expuestos todas las personas. Además, se han mejorado e implementado recursos y materiales para evitar contagios dentro de las cárceles.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Considero que si es proporcional en aquellos casos en donde el detenido no sea una persona de avanzada edad, con enfermedades terminales o graves, o madre embarazada.

Estas son situaciones en donde, además del contagio del coronavirus, las condiciones de las cárceles pueden provocarles una afectación a su salud.

En los demás casos si es proporcional, siempre que se cumplan los presupuestos y la debida motivación de la resolución

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Se deben tenerse en cuenta si los medios probatorios y la motivación de las resoluciones.

Además de ello, el estado de salud del detenido, las condiciones de la cárcel donde esta detenido, y el tipo y gravedad del delito

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Si ha modificado porque no resulta proporcional que a una persona enferma o anciana se le imponga prisión preventiva. Así como en casos de delitos simples. La pandemia ha vuelto aún más excepcional la prisión preventiva.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Cualquier otra medida puede corresponder, la pandemia no evita que se imponga alguna otra medida de coerción, todo depende del cumplimiento de los presupuestos que señale la norma.

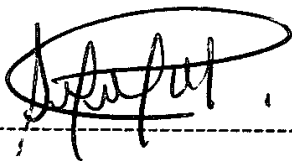
Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Si es posible, el art 283 NCPP faculta al imputado a solicitar el cese si lo considera pertinente, así que la pandemia no puede considerarse un impedimento para ello.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Se deben presentar cualquier medio probatorio (pericias, testigos, prueba documental, entre otros) que demuestre que ya no concurre un presupuesto de la prisión preventiva por lo menos.
Si nos enfocamos en el tema de la proporcionalidad, se deben presentar exámenes médicos del detenido, y todo aquel medio que demuestre una situación de afectación y vulnerabilidad en la cárcel, porque ahí la medida sería desproporcional.



Firma del entrevistado

SUSANA E. VILCHEZ TELLO
ABOGADA
REG C.A.L N° 46211

Sello del entrevistado



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: Juan José Maguiña Valverde
- 1.2. Profesión: Abogado
- 1.3. Grado académico: Abogado titulado
- 1.4. Especialidad: Derecho Penal
- 1.5. Cargo o institución donde labora: Abogado litigante

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Considero que no, porque se han establecido medidas de prevención de contagio de Covid 19 dentro de las cárceles, además de proveer a los internos de recursos de limpieza, además de las vacunas.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Considero que no es proporcional en casos de delitos comunes o simples (aumenta el hacinamiento carcelario) y en aquellas personas vulnerables en pandemia (enfermos, ancianos) porque es una medida excepcional, que en estas circunstancias lo debe ser aún más.

Sin embargo, si será proporcional en los demás casos, donde el detenido no tenga en riesgo o afectado su salud y se cumplan los presupuestos materiales de la P.P.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Como dije anteriormente, primero las características personales y de salud del detenido, gravedad del delito.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Considero que la pandemia si ha "resaltado" el análisis de la proporcionalidad, y ha "modificado relativamente" su análisis, porque si bien antes era "común" la presencia de ancianos y enfermos en las cárceles, ahora debe evaluarse con más atención esto, porque si bien se han vacunado a los presos, hay casos donde personas vacunadas han fallecidos inclusive. La pandemia ha dado mayor importancia al análisis de la proporcionalidad, pero, deberá evaluarse caso por caso.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Puede corresponder una detención domiciliaria o una comparecencia (simple o restringida) todo dependerá del examen de los presupuestos de cada medida, y dato también, de la proporcionalidad.

La norma procesal te da un abanico de medidas de coerción y cualquiera puede corresponder, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto.

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

La pandemia no puede evitar que la defensa solicite el cese de la Prisión Preventiva. La norma habilita a la defensa a solicitarla las veces que lo considere pertinente (art. 283 del CPP).

Procederá toda vez que se demuestre que ya no concurre alguno de los presupuestos de la prisión preventiva (art. 268)

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Dependerá del caso en concreto, se puede presentar cualquier medio probatorio (pericias, testimonios, prueba documental, etc).

Lo relevante es que estos medios probatorios sean idóneos y pertinentes y acrediten que no concurre algún presupuesto de la prisión, como que el detenido tenga arraigo laboral o familiar, o no exista peligro de fuga. De esa forma procederá el cese de prisión



Firma del entrevistado

JUAN JOSE MAGUINA VALVERDE
ABOGADO
REG C.A.L. N° 45519

Sello del entrevistado



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: Henry Peter Grajeda Montalvo
- 1.2. Profesión: Abogado
- 1.3. Grado académico: Maestro
- 1.4. Especialidad: Derecho penal – Procesal Penal
- 1.5. Cargo o institución donde labora: Abogado litigante

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Sí, porque existe hacinamiento en los centros penitenciarios lo que genera ese riesgo de contagio de Covid-19 y la posible afectación a la salud de las personas detenidas más vulnerables ante esta enfermedad.

Los procesados, así como todo el personal que labora en estos centros penitenciarios, están en riesgo de contagio del COVID -19 debido al hacinamiento y demás graves condiciones de estas instituciones.

Se debe preservar la integridad, la vida y la salud de los internos que se encuentran en estos establecimientos penitenciarios, a la vez velar por la vida e integridad de los trabajadores que son servidores que laboran en estos centros de reclusión y también de la ciudadanía.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Sí, porque se analiza cada caso en concreto de la prisión preventiva, sobre todo aquella parte de la población que son vulnerables a esta enfermedad pandémica. De modo que, toda resolución que imponga la prisión preventiva debió analizar el caso en específico, las características del imputado y las condiciones a las que será sometido en el centro penitenciario. Entonces, si no se advierte posibles afectaciones irrazonables o desmedidas a los derechos del procesado mediante la ejecución de la medida, esta será proporcional. Contrario sensu, no resulta proporcional si es impuesta esta medida a las personas más vulnerables, como lo son quienes presentan alguna enfermedad preexistente de riesgo, patología crónica grave, o presenta comorbilidad al Covid-19.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

En los siguientes supuestos:

- Cuando presenten vulnerabilidad como en los siguientes casos excepcionales:

Mayores de 65 años de edad, padecer de enfermedades graves o crónicas, sean de riesgo frente al coronavirus, madres gestantes y madres que tengan hijos menores de tres años.

- El juez examinará si el interno procesado padece de alguna patología crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19, conforme señala el Ministerio de Salud, teniendo en cuenta las condiciones de los centros penitenciarios, considerándose vulnerables al contagio y propagación por COVID-19.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

En la Resolución N° 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere que la prisión preventiva tiene que ser revaluado, revisado periódicamente, buscando una visión humanista frente al contexto que ocurre en los centros penitenciarios como es el hacinamiento de los penales, siendo que esta situación incrementa el riesgo de contagios y propagación del Covid-19.

En la Resolución N° 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere que la prisión preventiva tiene que ser revaluado, revisado periódicamente, buscando una visión humanista frente al contexto que ocurre en los centros penitenciarios como es el hacinamiento de los penales, siendo que esta situación incrementa el riesgo de contagios y propagación del Covid-19.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Si, una medida de coerción proporcional en estos tiempos de pandemia es la Detención Domiciliaria, porque es de carácter preventivo, garantiza que el imputado se presente en los actuados del Proceso Penal hasta su terminación, no supone una afectación grave de la libertad y se eliminaría ese riesgo de afectación a la salud, además que descongestiona los centros penitenciarios en estos tiempos de pandemia.

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Si, porque los establecimientos penitenciarios se encuentran sobrepoblados de internos y esta pandemia por Covid-19 sigue siendo mortal, ante ello se requiere prevención mediante el distanciamiento y adopción de medidas sanitarias adecuadas, evitándose la propagación del virus. Asimismo, proteger a los internos privados de su libertad, funcionarios y servidores públicos del contagio masivo del virus COVID-19.

La proporcionalidad también es un presupuesto de la prisión preventiva, por lo que, si en el caso en concreto es desproporcional por suponer afectación a la salud, corresponde el cese de esta medida.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

El medio probatorio principal sería el certificado médico que indique que el imputado padece de alguna enfermedad preexistente de riesgo, patología crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19.



Henry Peter Grayda Montalvo
ABOGADO
CAL. SUR N° 81R10

Firma del entrevistado



GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. **Entrevistado: Aniseto Ernesto Caballero Malca**
- 1.2. **Profesión: Abogado**
- 1.3. **Grado académico: Abogado titulado**
- 1.4. **Especialidad: Derecho Penal**
- 1.5. **Cargo o institución donde labora: Abogado litigante**

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: **Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por Covid-19.**

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

No, no puede asegurarse de manera general que existe un grave riesgo de afectación para todos los detenidos bajo mandato de prisión preventiva, el análisis se hace de manera individual. Considero que existe un riesgo, no grave, de contagio de Covid-19 en las cárceles, porque nadie es inmune a ella. Así, ello puede generar alguna afectación a la salud del detenido, cuya gravedad dependerá de diversos factores como la edad, la preexistencia de enfermedades crónicas, etc. En suma, considero que en la mayoría de los casos no existe un grave riesgo de afectación a la salud o integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva en este contexto de pandemia. Sin embargo, puede haber casos especiales en los cuales -a pesar inclusive de estar vacunados, ya que ello no evita los síntomas y la posible muerte de la

persona, como ha ocurrido- puede llegar a afectarse a la salud, y la gravedad de la afectación dependerá de las características personales y condiciones de salud del detenido.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Si es proporcional en casos de delitos graves o muy graves. Sin embargo, se impone esta medida en delitos simples o comunes, e inclusive en casos donde no se demuestra fehacientemente que concurren los presupuestos para su imposición. En estos casos, que son muchísimos, no es proporcional, considerando además que existe sobrepoblación en las cárceles y donde los recursos, como el agua y demás, escasea.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

La debida motivación de la resolución, que se haya efectuado un análisis correcto del principio de proporcionalidad de la prisión preventiva en el caso en concreto, ya que no se suele dar la importancia que se merece en las audiencias de prisión preventiva. El estado de salud del detenido. La existencia de enfermedades graves. La gravedad del delito. La existencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito y la existencia del peligro procesal. La posibilidad del centro penitenciario de brindar atención médica y medicamentos al detenido en caso lo requiera. El hacinamiento en la cárcel donde se encuentra detenido el imputado.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Si ha modificado el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual analiza específicamente la proporcionalidad de la medida. Si bien no es en todos los casos, debe analizarse si, en el caso en concreto, existe una sobre afectación o lesión irrazonable o desmedida de la libertad y derechos conexos a esta (salud, integridad). El análisis ha cambiado o modificado respecto a los detenidos que son adultos mayores o con enfermedades, etc.; y debe examinarse si, actualmente con la pandemia, la medida es proporcional o no.

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

Si, la detención domiciliaria. Pero, no hay impedimento para que, medidas como la comparecencia (simple o con restricciones), impedimento de salida del país o una caución, también puedan corresponder actualmente, dependiendo del caso en concreto. Considero que, si la prisión preventiva resulta desproporcional por suponer un exceso en la afectación de los derechos fundamentales del imputado, ello viabiliza la imposición de la detención domiciliaria bajo un enfoque humanista. Cabe recordar que la detención domiciliaria, por si, también puede cumplir la finalidad buscada mediante la prisión preventiva, es una medida que cumple dicha función instrumental, pero que, por su naturaleza no supone una intervención grave en los derechos del imputado.

Objetivo específico 2: Determinar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

La pandemia no puede evitar que la defensa solicite el cese de la prisión preventiva. La norma habilita a la defensa a solicitarla las veces que lo considere pertinente (art. 283 del CPP). Procederá toda vez que se demuestre que ya no concurre alguno de los presupuestos de la prisión preventiva (art. 268).

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19? El cese de prisión corresponde porque -por lo menos- uno de los presupuestos de la medida ya no se cumple. En ese sentido, los medios probatorios dependerán de que presupuesto en específico “atacara” la defensa del imputado. Se puede ofrecer cualquier medio probatorio, tales como testimonios, pericias, prueba documental, etc. Considerando el tema de fondo, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, corresponderá el cese si la medida es desproporcional, así que el medio probatorio fundamental serán los exámenes médicos realizados al imputado que acrediten que en su estancia en el centro penitenciario sufre afectaciones a su salud, ya sea por el contagio del Covid-19 o la agravación de alguna enfermedad preexistente, y el centro penitenciario no se encuentre en las condiciones de poder brindar la atención médica adecuada que requiera el imputado.



ANISETO ERNESTO
CABALLERO MALCA
ABOGADO
Reg.82277

Firma del entrevistado

GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos Generales:

- 1.1 Entrevistado: Miguel Ángel Saravia Pachas
- 1.2 Profesión: Abogado
- 1.3 Grado Académico: Licenciado en Ciencias Políticas
- 1.4 Especialidad: Penal
- 1.5 Cargo o institución donde labora: Tovar Herrera & Asociados S.A.C.
- 1.6 Año de colegiatura: 2007

2. Aspectos de la entrevista:

Título de la Investigación: “La Prisión Preventiva y el Presupuesto de Proporcionalidad durante la Pandemia por COVID-19”.

Objetivo General: **Analizar si la medida de prisión preventiva es proporcional durante la pandemia por COVID-19.**

1.¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por COVID-19? ¿Por qué?

En nuestro ordenamiento jurídico penal – código procesal penal – no se ha consignado de forma expresa ningún supuesto referido a estados de emergencia, excepciones, catástrofes, calamidades o cualquier desgracia pública, y ciertamente, no tiene porque hacerlo ya que no le corresponde por razones de especialidad.

Es necesario indicar que nuestro sistema de salud es imperfecto y paupérrimo, el cual intento sobrellevar esta emergencia sanitaria, pero no tuvo éxito y asimismo este virus azoto el sector penal en vista de las carencias que se presentan en la administración de justicia.

Es por esto que frente a la Pandemia del COVID-19, el cual es un virus altamente contagiable, transmisible y aniquilador y frente o a la evidente existencia de hacinamiento en los centros penitenciarios, se aumenta excesivamente el peligro de dañar y vulnerar irreversiblemente la salud de los reclusos.

2.¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Debería ser proporcional la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia, pero a mi parecer no lo viene siendo, ya que, conforme a las normas, no ingresa el tema de la pandemia como argumento a discutir los requisitos de la Ley, lo nuclear de la petición es la justificación en base con la pandemia y ella nos remite a normas generales de ponderación y a probar si efectivamente se encuentra con comprendido dentro de los alcances del rango sanitario. En definitiva, en principio, la reevaluación de los casos de COVID-19 tiene como base el precepto general que toda medida de coerción personal es variable aun de oficio según el artículo N° 255 inciso 2 del CPP.

En ese sentido, se necesita una estructura jurídica que pueda acceder a realidades fácticas reconocidas como es el caso de la pandemia, la cual introduce un elemento más allá de la Ley y se inscribe en los valores fundamentales del derecho.

3. ¿Qué criterios debe tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por COVID19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Si la persona a la cual se le a requerido la prisión preventiva, debería constatar tales supuestos como la edad o adolecer enfermedad grave o incurable, madre gestante, etc., a los cuales es posible relacionarlos con la “posibilidad” de ser objeto de contagio de COVID-19 por lo que se plantearía un diseño político criminal en base a la emergencia sanitaria.

Objeto específico 1: Explicar de que manera la pandemia por COVID-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por COVID-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De que manera? Explique.

La justificación de la prisión preventiva solo se configura cuando existan motivos razonables y proporcionales para su imposición o mantenimiento y la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación, fundándose en evidencias sólidas. En opinión del TC la resolución judicial debe requerir una especial motivación, legal y estrictamente necesaria. En esa línea siguiendo a la Corte Interamericana, estructuran la exigencia de la “**motivación cualificada**”. Este planteamiento tiene dos partes, por un lado, está referido a los fines legítimos que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirán la acción de la justicia (fuga u obstaculización) y, seguidamente indica que la medida debe ser idónea para cumplir el fin deseado, necesaria (indispensable) y que no exista una medida menos gravosa, excepcional y estrictamente proporcional. Finalmente, sentencia: “**Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación**

suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria”.

Ya se ha dicho que no existe una norma procesal específica que aluda a un tema de pandemia o de catástrofe o de otra naturaleza. En consecuencia, si se pretende “reevaluar” una prisión preventiva es necesario proporcionar elementos normativos que orienten una decisión en situaciones de crisis extraordinarias como es el caso del COVID-19. El modelo de Estado es el punto de partida. Así, en un Estado de Derecho social y democrático, la interpretación de las leyes penales no puede conducirnos a una absolutización o interpretación extrema sustentada en la ideología de la eficacia, o de lucha contra la criminalidad u otra. Por el contrario, el modelo de Estado constitucional parte del reconocimiento de la dignidad de la persona y de su libertad, como límite a cualquier intervención. El Estado debe combatir la criminalidad, en el sentido de protección efectiva y prevención de delitos, en ese punto, la prisión preventiva es una medida extrema y como tal, al momento de su aplicación, debe fundamentarse en base a principios de proporcionalidad, racionalidad, idoneidad, necesidad, pues se encuentra en un conflicto con la libertad. Esto es, existe una colisión de intereses: el de la sociedad en general en su inexorable necesidad de la represión efectiva frente a la criminalidad y el individual en sede de libertad. La Constitución, ofrece como dato normativo la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (artículo 200°, inciso 6, cuarto párrafo).

También, en el plano normativo debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la pandemia COVID-19, planteando que la detención preventiva debe estar sometida a revisión periódica y, en cuanto al COVID-19, ha indicado que se debe considerar el hacinamiento, reevaluar la prisión preventiva e identificar aquellos que pueden ser convertidos a medidas alternativas a la privación de libertad.

1. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

A mi parecer la justicia peruana se ha pronunciado afirmativamente en casos de prisión preventiva desde el punto de vista de reevaluar la misma en base a la pandemia COVID-19, e imponer la medida de detención domiciliaria en pro de la ponderación respecto a la disminución del peligro procesal con el derecho a la salud. Ciertamente se advierte que no existe una relación automática esto es, que no solo la invocación de la pandemia no puede por si misma llevar a la justicia penal a su imposición, por el contrario, cada caso debe ser analizado independientemente, pero sí la detención domiciliaria podría aplicarse como sustituto de la prisión preventiva, cuando a pesar de darse los requisitos

de este, existen situaciones personales del procesado que hagan que su privación de libertad pueda afectar seriamente alguno de sus derechos fundamentales, en este caso sería el derecho fundamental a la salud.

Objetivo específico 2: Determinar de que manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por COVID-19? ¿Por qué?

La pandemia COVID-19 es una realidad que conmueve las bases sociales y jurídicas, la cual necesita de respuestas inmediatas. Así, evidenciado los altos riesgos que suponen situaciones como el hacinamiento, la falta de aislamiento social, falta de presencia sanitaria adecuada, medios de prevención y todo lo necesario para preservar la salud y la vida de los internos en los centros penitenciarios, obliga a buscar medios jurídicos que aborden situaciones concretas.

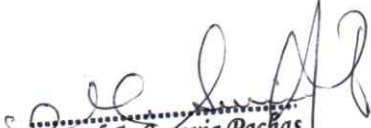
En primer lugar, el modelo de Estado social y democrático de Derecho, que está expresado en el artículo primero de la Constitución, evidencia el mensaje moral en cuanto reconoce la **“dignidad de la persona humana”**. Interpretar la norma en casos de prisión preventiva bajo la pandemia y reevaluar estas situaciones es un indicio que el valor de la persona humana resulta esencial –ya no es un tema de libertad– su punto de referencia es la salud y la vida como opciones reales de mantenimiento de la existencia humana.

Nadie duda de que las relaciones originadas en sede de prisión preventiva son expresión de un conflicto de antecedentes jurídicos, históricamente la libertad y prisión preventiva son situaciones tensas, dado que quien la sufre goza del derecho a la presunción de inocencia. Es por ello, que se aprecia las excarcelaciones efectivas en los casos de COVID-19, bajo un diseño de política criminal razonable, compatible con la realidad concreta, con limitaciones expresas, pero, que por ello no deja de afirmar la búsqueda de posibilidades jurídico-procesales que detengan los efectos y consecuencias de la pandemia. Además, dichas excarcelaciones no significan la libertad ambulatoria del investigado, por el contrario, la detención domiciliaria confirma su estatus de “detenido” –pero en otra sede– diferente a un establecimiento penitenciario.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Lo que debería acreditarse en un caso concreto, para generar un cese de prisión preventiva sería:

- La existencia de una situación de vulnerabilidad del investigado interno frente al COVID-19, en la que la mayoría de los casos, por cuestiones de edad o preexistencia de enfermedades.
- De solicitar la imposición de la medida de detención domiciliaria, además de acreditarse algunas de las causales del artículo 290° inciso 1 del CPP.
- De solicitar la variación de la medida de prisión a comparecencia con restricciones, la disminución del peligro procesal como mínimo.
- Tanto para el periodo de variación a una medida de comparecencia o detención domiciliaria, una variación del análisis de la proporcionalidad de la medida.



Miguel A. Saravia Pachas
ABOGADO
Reg. C.A.C. 6155



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

GUIA DE ENTREVISTA

1. Datos generales

- 1.1. Entrevistado: Nancy Jessica Santa Cruz Villantoy**
- 1.2. Profesión: Abogada**
- 1.3. Grado académico: Titulada**
- 1.4. Especialidad: Derecho Penal**
- 1.5. Cargo o institución donde labora: Abogada litigante -
Estudio Jurídico**
- 1.6. Año de colegiatura: 2006**

2. Aspectos de la entrevista:

Título de investigación: “La prisión preventiva y el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19”.

Objetivo General: Determinar si la medida de prisión preventiva cumple el presupuesto de proporcionalidad durante la pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera que existe un grave riesgo de afectación a la salud e integridad de los procesados bajo mandato de prisión preventiva durante la pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Si, existe un grave riesgo de afectación a la salud, porque; el de los ~~carcerarios~~ ~~carcerarios~~ público que se los pondrá los contagios son masivos, más aún la falta de comprensión x la población de los ~~delincuentes~~ ~~delincuentes~~ y consecuencias mortales del Covid-19.

En consecuencia frente a la pandemia originada x el Covid-19 y al hecho notorio de la existencia de hacinamiento en los centros penitenciarios se aumentó ostensiblemente el riesgo de afectar irreversiblemente la salud o la vida de los internos privados de libertad al mantener su confinación carcelaria.

El tema del Covid-19 afecta tanto a condenados como a quienes sufren prisión preventiva.

2. ¿Considera que la medida de prisión preventiva es proporcional en estos tiempos de pandemia? ¿Por qué?

Estados y el país se encuentra en estado de emergencia Nacional, la imposición de la medida de prisión preventiva resulta desproporcional porque el confinamiento en el que se encuentran los ciudadanos producto del aislamiento social obligatorio hace q' esta medida no sea la más idónea para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal. Asimismo el C.P.P. regula medidas alternativas menos gravosas como la medida de comparencia con restricciones, impedimento de salida del país, comiso domiciliario, que permiten cumplir la misma finalidad de la prisión preventiva, debido a que estas medidas alternativas también permiten asegurar la presencia del imputado en el proceso penal durante y después del estado de emergencia Nacional.

3. ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar si la medida de prisión preventiva, durante la pandemia por Covid-19, cumple con el presupuesto de proporcionalidad?

Covid-19, según el art. 17.
Para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva se deberá realizar un test de proporcionalidad en el que se evalúe si la medida de prisión preventiva

resulta ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Idónea - si es la medida más adecuada

Necesaria - analizar si existen medidas alternativas, menos gravosas que puedan cumplir con la misma finalidad de la prisión preventiva

Proporcional - se debe ponderar entre los efectos que traerá consigo la imposición de la medida, los cuales son de restricción de la libertad de una persona y el cumplimiento del proceso.

Objetivo específico 1: Explicar de qué manera la pandemia por Covid-19 modifica o altera el presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva.

1. ¿La pandemia por Covid-19 ha modificado el análisis de los subprincipios del presupuesto de proporcionalidad de la prisión preventiva (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)? ¿De qué manera? Explique.

Si ha modificado el análisis para imponer o decidir la prisión preventiva se debe poner el Dº a la valedad, asegurar la vida de la persona del posible interno.

Explique: antes el C.P.P. regulaba únicamente 3 presupuestos que no deben cumplirse para imponer la medida de prisión preventiva pero en esta leyenda en la casación N.º 626-2013/490 que despiere como doctrina jurisprudencial dos requisitos adicionales, y se debe realizar:

①.- Un test de proporcionalidad

②.- Un plazo de prisión preventiva

Y de no cumplirse en los 5 requisitos no podrán imponer una prisión preventiva

2. ¿Considera que existe una medida de coerción, distinta a la prisión preventiva, que sea proporcional y que corresponda en estos tiempos de pandemia? ¿Cuál y por qué?

¿Cuál y por qué:
Si y es la medida de comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país y el cese domiciliario, estas son medidas alternativas que también permiten asegurar la presencia del imputado en el proceso penal. En estos tiempos de pandemia son y resultan más eficaces.

Objetivo específico 2: Explicar de qué manera sería posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19.

1. ¿Considera posible el cese de la prisión preventiva en estos tiempos de pandemia por Covid-19? ¿Por qué?

Para el cese de la prisión preventiva se exige la presencia de ~~unos~~ nuevos elementos de convicción que acrediten q' el imputado no cometió el delito o que no existe riesgo procesal y si es posible en estos tiempos pero no debe cumplirse con las exigencias q' establece el Código procesal penal.

2. ¿Qué medios probatorios considera usted que se deben presentar para el cese de la prisión preventiva en este contexto de pandemia por Covid-19?

Debe primarse al D^o a la salud, riesgo a la vida, salud del interno, además el peligro de contagio y propagación del Covid-19

Los medios de prueba, podran ser:

- Exámenes Médicos expedidos a médicos del MINSA
- Examen sobre edad
- Enfermedades preexistentes
- NO existe peligro al juez (documentación)



Firma y sello del entrevistado

Nancy J. Santa Cruz Villantoy
ABOGADA
REG. CAL. 41423

