

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA UNA MOTIVACIÓN CUALIFICADA
DEL MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVA Y LA DEBIDA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PERU**

Tesis Presentada Por:

Magister Cecilia Julia Huaycochea Núñez De La
Torre

Para optar el grado académico de:

Doctor en Derecho

Asesor:

Isaac Enrique Castro Cuba Barineza Phd.

Cusco – Perú

2022

DEDICATORIA

A Dios todopoderoso a quien le debo todo, por lo que le dedico el esfuerzo desplegado en esta investigación; a mis padres Raúl y Sonia, con eterna gratitud por la vida y el amor que me prodigan; a mi amado esposo Rubén, por su apoyo constante en mis objetivos; a mis hijos Hafid De Rubén, Fares Fabrizio y Aarón Alexander, quienes llenan mi vida de amor y felicidad.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a la Escuela de Posgrado Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, al personal docente de quien he recibido sabias enseñanzas que fortalecen mi profesión.

Al Ministerio Público, porque en el ejercicio de mi función encontré tanto la realidad; como la inspiración para elaborar la presente investigación, la cual me compromete a velar por la dignidad de las personas y su derecho a la libertad en el marco al respeto del Estado Constitucional de derecho.

Agradezco también a mi asesor el PhD. Isaac Enrique Castro Cuba Barineza, por su valiosa orientación en la elaboración de la presente tesis, que ha permitido lograr su culminación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	x
ABSTRACT.....	xii
CH'UMAYNIN.....	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Situación Problemática.....	1
1.2. Formulación del Problema	4
1.2.1. Problema General	4
1.2.2. Problemas Específicos.....	4
1.3. Justificación de la Investigación	4
1.4. Objetivos de la Investigación	7
1.4.1. Objetivo General.....	7
1.4.2. Objetivos específicos.....	8
CAPÍTULO II	9
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	9
2.1. Bases Filosóficas: Teoría de los Principios y Neoconstitucionalismo.....	9
2.2. Bases Teóricas.....	22
2.2.1. Las Medidas Cautelares Personales.....	22
2.2.1.1. Modelos de coerción personal.....	23
2.2.1.2. Función de las medidas cautelares.....	26
2.2.1.3. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.....	27
2.2.1.4. Principios de las medidas cautelares, según la doctrina.....	27
2.2.1.5. Los principios de las medidas de coerción procesal taxativados en el código procesal penal vigente.....	36
2.2.1.6. Características o elementos de las medidas cautelares personales.....	39
2.2.1.7. Clases de medidas coercitivas de naturaleza personal.....	44

2.2.2.	La Prisión Preventiva.....	57
2.2.2.1.	Definición de la prisión preventiva.....	57
2.2.2.2.	Naturaleza jurídica de la prisión preventiva.....	58
2.2.2.3.	Finalidad de la prisión preventiva.....	59
2.2.2.4.	Presupuestos de la prisión preventiva: materiales y formales según la doctrina y el acuerdo plenario 1 – 2019.....	61
2.2.2.5.	Esquemas comparativos, regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del 2004 (artículo 268 y siguientes) y el acuerdo plenario 1-2019 /cij-116 sobre prisión preventiva, presupuestos y requisitos.....	94
2.2.2.6.	Jurisprudencia nacional de la corte suprema de justicia relevante sobre la prisión preventiva.....	98
2.2.2.7.	Marco constitucional de la prisión preventiva.....	106
2.2.2.8.	Derechos fundamentales afectados con la prisión preventiva.....	111
2.2.2.9.	Problemas de la prisión preventiva.....	120
2.2.2.10.	Regulación de la Prisión Preventiva en el Derecho Comparado: Chile y España.....	123
2.2.3.	El Principio De Proporcionalidad.....	130
2.2.3.1.	Definición y naturaleza del principio de proporcionalidad.....	131
2.2.3.2.	Fundamentación Constitucional Del Principio De Proporcionalidad.....	138
2.2.3.3.	Finalidad del principio de proporcionalidad.....	142
2.2.3.4.	Ámbito de aplicación de la proporcionalidad.....	145
2.2.3.5.	El Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.....	148
2.2.3.6.	El informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas de la comisión interamericana de derechos y el principio de proporcionalidad.....	155
2.2.3.7.	El Acuerdo Plenario N° 01-2019/ CIJ- 116, del 17 de septiembre del 2019 Sobre Prisión Preventiva y El Principio de Proporcionalidad en la Prisión Preventiva.....	157
2.2.3.8.	Jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.....	160
2.2.3.9.	Sub principios del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.....	163
2.2.3.10.	Objeciones y críticas a la ponderación.....	172
2.2.4.	Fundamentos Constitucionales de la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva.....	178

2.2.4.1. Concepto y contenido de la motivación cualificada en el mandato de prisión preventiva. la doctrina y la jurisprudencia.....	178
2.2.4.2. Funciones y Requisitos de la Motivación.	184
2.2.4.3. El Tribunal Constitucional y las infracciones a la motivación. Los Expedientes N° 3943-2006-PA/TC y N° 00728-2008-PHC/TC.....	187
2.2.4.4. La motivación de la proporcionalidad en el acuerdo plenario 1- 2019 sobre prisión preventiva.....	190
2.2.4.5. El Tribunal Constitucional y la aplicación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva; Expedientes N° 02534-2019- PHC/TC Lima, Keiko Sofia Fujimori Higuchi y Expediente N° 4780-2017, PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura, Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón	194
2.3. Marco Conceptual (definición de términos)	207
2.4. Antecedentes de la Investigación	209
2.4.1. Tesis Internacionales	209
2.4.2. Tesis Nacionales	212
2.4.3. Tesis Locales	215
CAPITULO III.....	221
HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS	221
3.1. Hipótesis de Trabajo	221
3.2. Categorías de Estudio.....	221
CAPITULO IV.....	223
METODOLOGÍA.....	223
4.1. Ámbito Contextual.....	223
4.1.1. Ámbito Espacial	223
4.1.2. Ámbito Temporal	223
4.2. Diseño Metodológico	223
4.3. Unidad de Análisis	224
4.4. Muestra no Probabilística para el Análisis Documental	224
4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	224
4.6. Procesamiento de Datos	224
CAPITULO V.....	226
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	226

5.1. La Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los Mandatos de Prisión Preventiva en el Perú.....	226
5.1.1. Presentación de las 25 Resoluciones Judiciales (Muestras) que Declararon Fundada La Prisión Preventiva.....	226
5.1.2. Efectos de la Casación N° 626-2013 Moquegua y el Análisis Formal de las 25 resoluciones de Prisión Preventiva.	228
5.1.3. Análisis de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Resoluciones de Prisión Preventiva (25 muestras).....	234
5.2. Incidencia de la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva y su Fundamentación Constitucional. .	241
5.2.1. El principio de Proporcionalidad Como Límite a la intervención del Estado – Prohibición de Exceso en la Prisión Preventiva.	243
5.2.2. El Principio de Proporcionalidad como Garante de la Presunción de Inocencia, en la Medida de Prisión Preventiva.....	243
5.2.3. El Principio de Proporcionalidad Como Medida de Equivalencia en la Prisión Preventiva	244
5.2.4. El Principio de Proporcionalidad como Expresión del Principio de Necesidad Para la Aplicación de la Prisión Preventiva.....	244
5.2.5. El principio de proporcionalidad como solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y la persecución penal eficaz en la prisión preventiva.....	244
5.2.6. El Principio de Proporcionalidad Como Expresión de la Excepcionalidad del Mandato de Prisión Preventiva.....	245
5.3. Repercusiones que se Derivan de la Deficiente Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los Mandatos de Prisión Preventiva y su Fundamentación Constitucional	245
5.3.1. Repercusiones de Orden Constitucional.....	246
5.3.2. Repercusiones de Orden Procesal.....	247
5.4. Fundamentos del Tribunal Constitucional y la Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Prisión Preventiva. Casos Keiko Fujimori y Ollanta Humala ...	249
5.5. Fundamentos Constitucionales que Sustentan la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva con la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad.....	256
5.5.1. Fundamento Formal: Ubicación del Principio de Proporcionalidad en el Análisis de la Prisión Preventiva.....	258

5.5.2. Fundamentos Constitucionales para la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva y la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad Según la Doctrina y la Jurisprudencia.	262
5.5.2.1. Debida aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la prisión preventiva.....	262
5.5.2.2. Fundamentación del principio de proporcionalidad en los presupuestos de la prisión preventiva.....	267
CONCLUSIONES	272
RECOMENDACIONES.....	275
BIBLIOGRAFÍA	276
ANEXOS	282
ANEXO N° 1	283
ANEXO N° 2	286

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 <i>Estructura de la prisión preventiva</i>	95
Tabla 2 <i>Esquema comparativo sobre el tratamiento del delito y la pena probable en la prisión preventiva según el Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario 1-2019</i>	96
Tabla 3 <i>Esquema comparativo sobre el tratamiento del peligrosismo procesal en el Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario 1-2019.</i>	96
Tabla 4 <i>Categorías de estudio</i>	222
Tabla 5 <i>Enfoque de investigación según la herramienta metodológica</i>	224
Tabla 6 <i>Presentación de las 25 Resoluciones Judiciales (Muestras) que Declararon Fundada La Prisión Preventiva*</i>	227
Tabla 7 <i>Análisis Formal de 25 Resoluciones de Prisión Preventiva Bajo los Criterios de La Casación Moquegua 626-2013 del 30 de junio del 2015</i>	231
Tabla 8 <i>Análisis de la aplicación de los 3 Sub principios de la proporcionalidad en las resoluciones de prisión preventiva (25 muestras)</i>	235
Tabla 9 <i>Análisis a la aplicación de los 3 sub principios de la proporcionalidad</i>	239
Tabla 10 <i>Motivación deficiente del sub Principio de Necesidad</i>	240
Tabla 11 <i>Motivación deficiente del sub Principio de Proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva</i>	241
Tabla 12 <i>Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en los presupuestos materiales de la Prisión preventiva. Expediente N° 02534-2019-PHC/TC Lima, Keiko Sofia Fujimori Higuchi representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi</i>	250
Tabla 13 <i>Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en el Análisis de Nuevos Elementos De Convicción para Variar Una Medida de Comparecencia por Prision Preventiva. Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia. Expedientes acumulados</i>	253
Tabla 14 <i>Casación Moquegua y la ubicación del análisis del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva. (FJ 23)</i>	259

RESUMEN

La presente investigación trata de la motivación cualificada de la prisión preventiva y la necesidad de una debida aplicación del principio de proporcionalidad para que la restricción al derecho fundamental a la libertad sea la estrictamente necesaria para el logro de un proceso penal eficiente; tiene por objetivo general, Establecer los fundamentos constitucionales que sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad. El Diseño metodológico empleado según la herramienta metodológica es Cualitativo documental, se basa en el análisis y busca comprender el problema de estudio antes que medirlo estadísticamente; el tipo de investigación es Dogmático propositivo, porque se orienta a proponer los fundamentos constitucionales para la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, lo que debe ser de utilidad para los operadores jurídicos.

Se procedió al análisis e interpretación de resoluciones judiciales con una muestra de 25, la doctrina especializada, La Casación Moquegua 626-2013, el Acuerdo Plenario 1-2019, la Jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional en torno al principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, de ello se obtuvo como principal aporte que, para una motivación cualificada de la prisión preventiva, la aplicación del principio de proporcionalidad con los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad deben ser el eje central del análisis de los presupuestos de la prisión, y no ocupar un cuarto lugar en el orden de análisis como sugiere la Casación Moquegua, en vista a que ello conlleva a una motivación aparente, insuficiente o deficiente; con ello se aportó un marco de fundamentos constitucionales que orientan la debida aplicación del principio de proporcionalidad.

Se arriba como conclusión general a que con el aporte de la doctrina especializada nacional e internacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, se obtienen

fundamentos constitucionales para la motivación cualificada de la prisión preventiva y la debida aplicación del principio de proporcionalidad como eje central de análisis, con los cuales se eliminan erróneos criterios de motivación que desnaturalizan la prisión preventiva, en un contexto de respeto al Estado Constitucional de Derecho.

Palabras Clave: Proporcionalidad, Motivación, Libertad ambulatoria, Prisión preventiva.

ABSTRACT

The present investigation deals with the qualified motivation of preventive detention and the need for a due application of the principle of proportionality so that the restriction of the fundamental right to freedom is strictly necessary for the achievement of an efficient criminal process. Its general objective is to establish the constitutional foundations that support the qualified motivation of the preventive detention mandate with the due application of the principle of proportionality. The methodological design used according to the methodological tool is qualitative documentary, it is based on analysis and seeks to understand the study problem rather than measure it statistically; the type of investigation is purposeful Dogmatic, because it is oriented to propose the constitutional foundations for the adequate application of the principle of proportionality, which should be useful for legal operators.

The analysis and interpretation of judicial resolutions was carried out with a sample of 25, the specialized doctrine, The Moquegua Cassation 626-2013, the Plenary Agreement 1-2019, the Jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional Court around the principle of proportionality in pre-trial detention order, from this, the main contribution was obtained that, for a qualified motivation of preventive detention, the application of the principle of proportionality with the three sub-principles of suitability, necessity and proportionality should be the central axis of the analysis of prison budgets, and not occupy a fourth place in the order of analysis as suggested by the Moquegua Cassation, given that this leads to an apparent, insufficient or deficient motivation; this provided a framework of constitutional foundations that guide the proper application of the principle of proportionality.

The general conclusion is reached that with the contribution of the national and international specialized doctrine, the jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional

Court, constitutional fundamentals are obtained for the qualified motivation of preventive detention and the due application of the principle of proportionality as central axis of analysis, with which erroneous criteria of motivation that distort preventive detention are eliminated, in a context of respect for the constitutional rule of law.

Keywords: Proportionality, Motivation, Ambulatory freedom, Preventive prison.

CH'UMAYNIN

Kay k'uskiy pataraqa t'ituchaq piñaschaypi kuskachaymanta imarayku hayratayninmanta ima, ichaqa qallarchaqa hina qhawarispas kajllataq imaynatachus hayratakuyninpi chanin kuskachay aypanapaq, runa allaukata kuskachaypi amachaspa, qespisqalla k'ijllukunapi purikuymanta hinallataq kuskachaykunapi ima ruwaykunapipas chanin qespichiyta ñawincharispa, ima auqanakuytapas pisiyachinapaq. Ichaqa manan, atipanakuy q'omalliq kurkullanpichu tarikun kuskachaypaq ruwaykunaqa, aswanpas, k'uskisqayman hinaqa allintan ñawinchananchis imarayku hayratayninpi kuskachakuyninta, chaypin paqtay kamayuqpa hamut'aynin chanin ruwayninpas yapakun, sichus mana chaninta hamut'akun chayqa, yanqan huchallikunman runakunata t'ituchaq piñaschayman qatiyuspa; chay raykun, allin kuskachay kananapaqa ñawinchananchismi Tribunal Constitucional nisqa paqtay kamayuqkunaq hamut'ayninta kajllataq umalleq paqtay kamayuqkunaq hamut'ayninta ima, ichaqa atikuyninta mana atikuynintawan ñawincharispa, chanin kuskachay taripanapaq hinallataq lliu runakunaq allaukan amachanapaq, chay raykun imaymana ruwaykunapas suyu paqtay qelqaq nisqanman hina hunt'akunan.

CH'UMASQA RIMAYKUNA: KUSKACHAYPI IMARAYKU HAYRATAY,
K'IJLLUKUNAPI QESPISQA PURIY, T'ITUCHAQ PIÑASCHAY

INTRODUCCIÓN

El mandato judicial de prisión preventiva, dictado en el marco de la etapa de investigación preparatoria en un proceso penal, genera una grave afectación a los derechos fundamentales de libertad ambulatoria o de tránsito, de presunción de inocencia entre otros, si ello es así, resulta de gran importancia remitirnos a la motivación del mandato de prisión preventiva, en la exigencia que su dictado requiere de una motivación cualificada que, consideramos no se satisface con la simple subsunción, que se limita a la aplicación de la norma sobre los hechos, resultando relevante complementar la argumentación del mandato de prisión preventiva con el principio de proporcionalidad, a partir del análisis de los 3 sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

La presente investigación conllevó en un primer estadio a profundizar sobre las 2 categorías de estudio desde un ámbito netamente teórico estos es la primera; La motivación cualificada del mandato de prisión preventiva, dentro del cual abarcamos la naturaleza, finalidad, principios, los presupuestos materiales; y, la exigencia de motivación cualificada, y la segunda; la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre el cual profundizamos entorno a su naturaleza, la importancia, su función, finalidad, la aplicación de cada sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Una vez fijado el conocimiento sobre estas 2 instituciones, procedimos a describir cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, para ello utilizamos como fuente de análisis, en primer orden, la norma procesal penal a partir del artículo 253 del Código procesal Penal referido a las medidas cautelares personales, y en particular la prisión preventiva; seguidamente recurrimos a la Casación N.º 626-2013 Moquegua, de fecha

treinta de junio de dos mil quince¹ que impuso como doctrina jurisprudencial en sus fundamentos vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, la obligación de motivar la proporcionalidad y debatirla en un cuarto orden, después de los 3 presupuestos materiales de la prisión preventiva. Y finalmente el análisis de resoluciones judiciales que declararon fundada la prisión preventiva - 25 muestras - de cuyo resultado se tiene que la motivación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva es deficiente, en mérito a que la Casación Moquegua se viene cumpliendo solo de modo formal es decir; si bien, en las resoluciones sobre prisión preventiva se menciona en un extremo aparte el análisis de la proporcionalidad, ello sólo se cumple de manera formal o aparente, limitándose por lo general a la sola mención de la definición de cada sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, obviándose un análisis de fondo; también advertimos que el análisis de los presupuestos materiales de la prisión preventiva estos es fundados y graves elementos de convicción, pronosis de pena y peligrosísimo procesal, no se analizan desde los sub principios de proporcionalidad, y a la vez encontramos que se utilizan criterios contrarios y ajenos a la naturaleza de la prisión preventiva.

Frente a la realidad descrita se propuso investigar sobre los fundamentos constitucionales para una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva y la debida aplicación del

¹ Casación Moquegua “Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo. En el vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ... Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una pronosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración I de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad². Esto posibilitará que la defensa lo examine, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.”

principio de proporcionalidad. Para lo cual recurrimos a la doctrina especializada nacional e internacional, el Acuerdo Plenario 1-2019, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República y del Tribunal Constitucional (caso Keiko y Ollanta Humala) fuentes de donde previo análisis obtuvimos fundamentos de orientación y guía para la debida aplicación del principio de proporcionalidad con sus sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, lo cual constituye el aporte de la presente investigación, para mejorar la motivación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva. Estos fundamentos constitucionales están relacionados tanto a los presupuestos materiales de la prisión preventiva como a la motivación del principio de oportunidad que satisfacen mejor el estándar de motivación cualificada; y; por ende, permiten concluir que la restricción de la libertad es legítima constitucionalmente.

Es de esperar que esta investigación sea de utilidad para los operadores jurídicos, sean jueces, fiscales, y abogados, y encuentren en esta investigación mejores argumentos que justifiquen el mandato de prisión preventiva, lo cual repercute en la consolidación de un estado de derecho constitucional, en el que se respetan los derechos fundamentales y en particular la libertad ambulatoria.

En informe está organizado en cinco capítulos. El primero, sobre el planteamiento del problema que presenta la situación problemática, la formulación del problema, la justificación y los objetivos.

En el capítulo II, desarrolla el marco teórico conceptual que comprende las bases teóricas en función a las categorías de estudio, el marco conceptual y los antecedentes o estado de arte.

En el capítulo III, se presenta la hipótesis en el sentido de que: Existen fundamentos constitucionales, en la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad; y, las categorías de estudio 1º Motivación cualificada de la prisión preventiva; y, 2º Debida aplicación del principio de proporcionalidad.

En el capítulo IV se consigna la metodología seguida en el estudio, se trata de un enfoque de investigación cualitativa, toda vez que el estudio se basó en el análisis y la interpretación del objeto de estudio y no en mediciones estadísticas probabilísticas, y en un tipo de investigación dogmático jurídico propositivo.

Finalmente, el capítulo V se desarrollan de manera argumentativa los resultados de la investigación, en el cual exponemos los fundamentos para una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva sobre la base de una debida aplicación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, las conclusiones, recomendaciones, la bibliografía y los anexos

La autora

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación Problemática

La prisión preventiva es sin duda la institución procesal penal más controvertida del Sistema penal, ello en mérito a que su mandato implica la restricción de libertad ambulatoria y consiguiente ingreso a un centro penitenciario por determinado tiempo; medida fundada en presupuestos materiales que determina la ley procesal penal como son; la sospecha grave de la comisión de un delito que además vincule al agente como autor, sobre un delito que debe ser relevante en cuanto a su gravedad y a la pena impuesta; y, sustentado principalmente en el peligro procesal sea de fuga o de obstaculización; todo ello en un contexto en el que al agente al que se le restringe su libertad se le considera inocente toda vez que aún no se declaró su responsabilidad penal en una sentencia de fondo; no obstante el mandato de prisión preventiva afectó gravemente por un lado el derecho fundamental a la libertad de tránsito y de otro lado la garantía procesal constitucional de presunción de inocencia, lo que implica además la limitación de otros derechos de índole familiar, laboral, económico, integridad física y psicológica.

Con lo expuesto resulta evidente advertir que la norma contenida en el artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal que regula la prisión preventiva, no resulta suficiente para justificar la restricción de un derecho fundamental como lo es la libertad ambulatoria; y ello, se explica, si nos situamos en la evolución del derecho y entendemos que hemos trascendido de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho que se caracteriza por la preponderancia de los derechos fundamentales, sobre la base de la dignidad de la persona humana, por lo tanto se hace necesario justificar la restricción del derecho fundamental a la libertad

ambulatoria de una manera razonable y justificada, es decir cualificada lo cual, sólo se puede alcanzar con la aplicación del principio de proporcionalidad, como método de argumentación que complementa a la subsunción de la norma procesal penal.

La proporcionalidad, como principio y como método de argumentación, permite encontrar el equilibrio y justa medida frente al conflicto entre derechos fundamentales, en la prisión preventiva qué duda cabe, el conflicto se plantea entre el derecho a la libertad ambulatoria del investigado y la eficacia de la persecución penal, dentro de la Tutela Judicial Efectiva, por lo que para decidir qué derecho fundamental se afecta o limita y qué derecho fundamental se optimiza o se protege, se hace necesario el análisis escalonado de los tres sub principios de la proporcionalidad, esto es idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, y a partir de la aplicación del test de ponderación, se deben dar las justificaciones del ¿por qué se afecta un derecho fundamental y cuál es el grado de afectación ?; y, en consecuencia, se debe explicar ¿por qué se optimiza otro derecho fundamental y cuál es el nivel de satisfacción?

En nuestro país formalmente se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión desde que se emitió la Casación 363- 2015 - Moquegua, la cual impuso la obligación de motivar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva en cada caso concreto; sin embargo, la imposición al parecer solo fue en el aspecto formal, pues en el fondo no se advierte una debida aplicación del principio de proporcionalidad con sus sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, limitando su aplicación a un simple requisito o presupuesto más; ello se advierte de las resoluciones judiciales de prisión preventiva que tuvimos que analizar como muestras en la presente investigación, remitiéndose en la mayoría de casos a una mención formal y de simple definición de cada sub principio, y lo más relevante fue verificar que los presupuestos de la prisión preventiva no se analizan desde la óptica del

principio de proporcionalidad con aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que consideramos que el principio de proporcionalidad es el eje central de argumentación del mandato de prisión preventiva. Por lo que, siguiendo esa línea de pensamiento, de carácter crítico a la forma como se viene aplicando el principio de proporcionalidad se justifica darle una mirada diferente y plantear fundamentos constitucionales para una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad. Entre tanto y evidenciada la forma indebida de aplicación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva se incurre en una motivación deficiente que desnaturaliza la prisión preventiva y la deslegitima constitucionalmente.

Frente a lo descrito y ante la necesidad de que se cumpla con una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva, con la adecuada aplicación de los sub principios de la ponderación, y ante la ausencia de pautas o criterios orientadores al respecto, en la presente investigación hemos recurrido a la doctrina especializada, al Acuerdo Plenario 1-2019, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a los informes y opiniones de la Comisión y Corte Interamericana de derechos, instrumentos de los cuales hemos seleccionado fundamentos constitucionales que consideramos relevantes para la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva y la debida aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual esperamos sea un aporte para la labor de los operadores de justicia que tienen la responsabilidad sea de requerir u ordenar la medida de prisión preventiva.

En base a lo expuesto, en esta investigación planteamos la necesidad de responder las siguientes interrogantes ¿Qué fundamentos constitucionales sustentan una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad? ¿Cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva?

¿Cuál es la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva? ¿Qué repercusiones se derivan de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva? ¿Cuáles son los fundamentos del Tribunal Constitucional para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva?

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Qué fundamentos constitucionales sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva, con la debida aplicación del principio de proporcionalidad?

1.2.2. Problemas Específicos

1. ¿Cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva?
2. ¿Cómo Incide la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva?
3. ¿Qué repercusiones se derivan de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva?
4. ¿Cuáles son los fundamentos del Tribunal Constitucional para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva?

1.3. Justificación de la Investigación

La presente investigación se justifica en los siguientes criterios:

a. Conveniencia

Lo que se pretende con el presente trabajo de investigación, es el estudio propositivo que conduzca a demostrar que actualmente la motivación de la proporcionalidad en las resoluciones de prisión preventiva se viene realizando por lo general en forma deficiente; y a partir de ello advertimos la necesidad de esbozar fundamentos constitucionales sobre la base de la norma, la doctrina y la jurisprudencia, que permitan lograr una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad ello conlleva a que la decisión de restricción de la libertad provisional, sea más justa y afecte sólo lo estrictamente necesario el derecho fundamental a la libertad ambulatoria y la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia.

Establecer fundamentos constitucionales para una motivación cualificada de la prisión preventiva, con la debida aplicación de los sub principios del principio de proporcionalidad, resulta conveniente en tanto se está dotando de criterios constitucionales que orientan la justificación de la restricción del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, dotando así de mayor eficacia el principio de proporcionalidad, como forma de argumentar en caso de conflictos de derechos fundamentales.

Este trabajo de investigación tiene el propósito de coadyuvar con la labor de los operadores jurídicos, llámese jueces, fiscales, abogados, quienes están obligados a motivar y justificar tanto las resoluciones, como los requerimientos y pedidos de prisión preventiva respectivamente.

b. Relevancia social

El presente trabajo de investigación tiene relevancia de carácter jurídico social, dado que, develar fundamentos constitucionales de la doctrina, el acuerdo plenario 1-209, la jurisprudencia

de la Corte Suprema de la República y del Tribunal Constitucional que justifiquen de manera cualificada la restricción de la libertad ambulatoria, contribuye de manera efectiva a la consolidación del Estado de Derecho Constitucional, en el que una característica resaltante es el respeto a los derechos fundamentales, por lo que teniendo en cuenta ello su conveniencia no sólo se dirige al destinatario del derecho fundamental, esto es al agente del delito en estado de sospecha grave de la comisión del delito, ni tampoco repercute solamente en el mejor ejercicio de la función de los operadores jurídicos, sino que también tiene repercusión en el sosteniendo del Estado de Derecho Constitucional, toda vez que una decisión debidamente motivada que autorice la restricción de la libertad, donde prime el respeto a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, es nuestra de la vigencia de dicho Estado de derecho constitucional con el pleno respeto a los derechos fundamentales.

c. Implicancias prácticas

Los resultados de la presente investigación, consolidan el análisis de tanto la doctrina, el Acuerdo Plenario 1-2019, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en torno a la debida aplicación del principio de proporcionalidad para una motivación cualificada del mandato de Prisión Preventiva, por lo que los fundamentos constitucionales que se alcanzan en la presente investigación se espera, puedan ser aplicados por los operadores jurídicos en el diario que hacer de su función; en vista que, es conocido por todos que debido al desmesurado incremento de la delincuencia, a diario se debaten y deciden requerimientos de prisión, por lo que acogiendo los fundamentos constitucionales se facilita su función, dotando de mayor predictibilidad las decisiones que restringen la libertad personal.

d. Valor Teórico

La presente investigación se sustenta en el análisis de la doctrina tanto nacional y extranjera, el Acuerdo Plenario, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, todo relevante al mandato de prisión preventiva su motivación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

Dichas bases teóricas debidamente ordenadas y sistematizadas constituirán un aporte teórico para los operadores de derecho, llámese jueces, fiscales, abogados, estudiantes de derecho, que tuvieran interés en investigar el presente tema o un tema conexo.

e. Utilidad metodológica

Para desarrollar el presente trabajo de investigación se ha elaborado una ficha de análisis documental la cual puede servir a futuros estudiosos en la línea investigativa de nuestro trabajo. Así mismo el enfoque cualitativo constituye un antecedente para futuras investigaciones y finalmente el hecho de haber sistematizado toda la información recabada es un aporte para quienes quieran acercarse al conocimiento del tema que nos ocupa en la presente de investigación, que sin duda debe ser mejorado en el futuro ya que los fenómenos sociales y por ende el derecho es sumamente cambiante.

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos constitucionales que sustentan la motivación calificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad.

1.4.2. Objetivos específicos

1. Conocer cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva.
2. Establecer la incidencia de la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva.
3. Identificar las repercusiones que se derivan de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva
4. Conocer los fundamentos del Tribunal Constitucional para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases Filosóficas: Teoría de los Principios y Neoconstitucionalismo.

Para referirnos al Principio de Proporcionalidad, previamente debemos situarnos en la discusión filosófica entre reglas y principios, en virtud a que la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios; de ahí la importancia de considerar como base filosófica la discusión entre reglas y principios.

Así mismo considero importante remitirme al Neoconstitucionalismo como base filosófica de la proporcionalidad, toda vez que es la moderna teoría del derecho, denominada Neoconstitucionalismo o Post positivismo o Neo moralismo, la que ubica a la ponderación como una nueva forma de argumentación cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales. Conforme al desarrollo de la presente investigación se parte de la idea que, en la prisión preventiva se produce un conflicto entre dos derechos fundamentales o principios, por un lado, el derecho a la libertad; y, por otro lado, la efectividad en la administración de justicia.

A. La Teoría de los Principios

En la filosofía jurídica, subsiste el debate sobre la distinción entre reglas y principios en relación a ello García (2012) explica: que dicho debate se origina en el libro “Es el derecho un sistema de reglas?” de Ronald Dworkin publicado en 1967, el cual se incorporó en su obra cumbre “Los derechos en serio” (Dworkin, 2009), es a partir de cuándo, la distinción entre reglas y principios “ha logrado ocupar un puesto protagónico en el derecho”, en virtud a que dicho autor acoge la idea de Alexy en el sentido que “constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos

fundamentales, sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”.

En tal sentido en relación a la Teoría de los principios, el autor cita la opinión de algunos filósofos del derecho:

Según la tesis de Dworkin (2009) para enfrentarse al positivismo, en especial contra la tesis de H. L. Hart, el ordenamiento jurídico no se agotaba en un sistema de reglas, sino que existían a su vez principios y directrices. Considera el autor que, si bien lo jurídico es un sistema abierto debido a la indeterminación del lenguaje los supuestos de hecho no regulados y las antinomias, ello no evoca a la discrecionalidad judicial todo lo contrario, la judicatura permanece restringida de usar su albedrío y emociones de forma irrestricta, en tanto debe seguir estándares que vinculan la moral con el derecho.

La Tesis Hartiana se sustenta según el mismo autor: en el sentido que, al resolver un caso dudoso, entiéndase uno en que la vaguedad y la indeterminación del lenguaje o la presencia de una laguna normativa u axiológica, el juez posee un abanico de opciones interpretativas las cuales puede escoger discrecionalmente. Dworkin discrepa pues confía en la existencia de principios. Dworkin (2009) cita el caso Riggs & Palmer: Se designó como heredero a un caballero mediante testamento por su abuelo, a quien posteriormente asesinó, la pregunta que se formulan frente al caso es ¿debe heredar el nieto, a pesar de haber sido él quien ocasionó de forma dolosa la muerte de su antecesor cuando no hay ningún enunciado normativo que lo prohíba? Al respecto Dworkin realiza el siguiente análisis: “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos pueden ser controlados en su operación y efecto por las máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su

propia injusticia, o funda su demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”.

Ahora respecto a la conceptualización de término principio, García (2012) considera que resulta polémico por la diversidad de posturas que abordan su tratamiento, quien buscando los puntos de coincidencia califica a los principios como normas fundamentales, como criterios de interpretación jurídica para todas las disposiciones (p. 142).

y como “normas estructuralmente vagas” esto último citando a (Guastini, 2004, p. 57)

Sobre la distinción entre reglas y principios, García (2012) explica que:

Las reglas exigen la lógica deóntica mientras que los principios se rigen por la lógica de la preferencia condicionada. En tanto las primeras guardan una relación de dependencia total con un supuesto de hecho y los segundos se imponen a los intérpretes de forma general, evocando un estado de cosas a ser concretado sin especificar la manera. A respecto se tiene que el debate se centra en que si la diferencia es de naturaleza cualitativa (tesis de la distinción fuerte) o de grado (tesis de la distinción débil) (p. 143).

Tesis de la separación fuerte. - Alexy citado por García (2012) explica su postura:

Las reglas son normas que obligan prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son en este sentido mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer aquello que ella exige. Si esto se hace la regla es cumplida; sino se hace la regla no es cumplida. Las reglas son entonces normas que solo pueden ser cumplidas o no. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. Como tales son caracterizados por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan, a parte por reglas, esencialmente por principios opuestos. Por esta razón, los principios, cada uno tomado por sí, siempre contienen solo un mandato prima facie. La determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto es la

ponderación. Por esta razón, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.

Tesis de la separación débil. - Prieto Sanchís (2005) citado por García (2012)

Desmitifica la lapidaria y sugerente afirmación de considerar a las reglas como postulados perentorios para un caso y a los principios como instrumentos coadyuvantes para la decisión, pero en todo caso, como elementos no suficientes por sí mismos para encontrar la respuesta jurídica (elementos no perentorios), ello explica el autor se debe a que la aplicación de las reglas no es autónoma, en el sentido que su interpretación se realiza de modo particular y sistemático, vale decir tomando en cuenta las otras disposiciones relevantes del ordenamiento y los hechos del caso. Dicho autor además entiende, que las reglas en el razonamiento jurídico pueden aparecer como criterios hermenéuticos y no como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del caso examinado, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos, o que permite que se matice o altere su alcance y ámbito de aplicación.

Giorgio Pino 2013 Julio, “Derechos Fundamentales, conflicto y ponderación” Editorial Palestra Julio 2013, (pp. 74-78) Por su parte se orienta a la tesis de la separación débil, por que califica a la tesis de la separación fuerte como un modelo artificial que no desarrolla o explica sobre el funcionamiento de las reglas, y sobre lo cual más bien hace una distinción cualitativa entre reglas y principios, que a continuación citamos:

- Los principios son normas más importantes, empero ello no sería ajeno a las reglas toda vez que también existen reglas más genéricas que justifican a otras reglas más específicas.
- Los Principios se formulan para proclamar un valor, una regla también protege un valor.
- Una regla también puede ser objeto de adhesión axiológica.
- Un principio puede aplicarse a quien no comparta la postura.
- Las reglas también pueden estar afectadas de vaguedad o indeterminación, y la regla también puede sujetarse a consideraciones de peso.
- Una regla puede aplicarse más allá del propio campo de aplicación para otro caso no regulado.
- La aplicación de una regla sufre limitaciones en lo factico y normativo.
- No todas las reglas son explícitas, pueden darse reglas implícitas.
- En caso de conflicto de reglas no siempre se determina la invalidez de una de ellas.

Concluye el autor Pino (2013, p.80) “La Teoría de la distinción fuerte entre reglas y principios dice ciertamente algo interesante sobre los principios; al mismo tiempo, sin embargo, no logra dar cuenta del funcionamiento de las reglas, porque construye un modelo del todo artificial de regla (las reglas serían siempre inderrotables, se aplicarían siempre con la modalidad del todo o nada, no sería sujeta a consideraciones de peso, etc.) que no tiene base en realidad”.

Bernal, (el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Carlos Bernal Pulido Universidad Externado de Colombia 2014, p 731- 732 aborda la distinción entre reglas y principios en la teoría de R. Dworkin y en la teoría de Alexy, en la explicación de la teoría de Dworkin nos enseña que la distinción entre reglas y principios constituye uno de los más importantes frentes del ataque de Dworkin en contra del positivismo jurídico sobre todo de la versión expuesta en la teoría de H.L Hart. Agrega el autor que el punto en debate radica en desvirtuar el concepto de aplicación de derecho de la teoría positivista, basada en que cuando un juez no dispone de una regla apropiada para decidir un caso, o dicha regla es indeterminada, debe tomar una decisión discrecional; la tesis central de Dworkin se asienta en que el ordenamiento jurídico no sólo está conformado por reglas- según propugna el positivismo- sino también por principios, en ese sentido frente a un caso difícil, cuando no existe regla o esta es indeterminada, no es solución que el juez aplique su entera discrecionalidad sino su decisión debe estar apoyada en la aplicación de un principio.

En cuanto a los criterios de distinción entre reglas y principios para Dworkin, partiendo que ambas desempeñan una misma función en el ordenamiento jurídico en tanto son normas jurídicas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales, sin embargo se enfoca en dos criterios de distinción: El primero se plantea desde una perspectiva lógica, en razón del carácter de solución que ofrecen, en ese sentido las reglas se aplican por completo o no se aplican en absoluto, se explica con el dilema del todo o nada. En los principios no se presenta la estructura condicional de las reglas, esto es supuesto de hecho y consecuencia, “ Un principio es solo “ una razón a favor de argumentaciones en cierto sentido, pero no implica una decisión concreta” Y el segundo criterio de distinción se basa en la importancia o del

peso específico. Y se refiere a la manera de aplicación de los principios y reglas por parte de los jueces en ese sentido se explica “La decisión que el juez adopta no implica un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino solamente un juicio relativo al caso específico, en donde el principio que tenga mayor peso determinará el sentido de la decisión”, mientras que las reglas están desprovistas de esta dimensión.

En relación a la posición de Alexy, sobre los criterios de distinción, Bernal Pulido (el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Carlos Bernal Pulido Universidad externado de Colombia 2014, p 731- 732) explica que Alexy critica el primer criterio con el argumento de que “resulta poco verosímil que teóricamente pueda reconocerse siempre todas las excepciones que incluyen reglas” ello en alusión a que las reglas se aplican a los casos de la forma todo o nada. Más bien tratándose del segundo criterio Alexy apoyado en Dworkin construye una singular diferencia lógica entre reglas y principios así sostiene “ Las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que sólo pueden ser cumplidas o no”; los principios, en cambio se definen como “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas” Lo cual se convertiría en una diferencia cualitativa tanto de carácter lógico como de diferencia de grado.

Aaron Barak Proporcionalidad Los derechos fundamentales y sus restricciones-1 edición Noviembre 2017 Palestra Editores SA. PP 267-269)

Por su parte Aaron Barak al analizar la Proporcionalidad como una característica intrínseca al conflicto entre principios jurídicos, sostiene que los derechos humanos se hallan estructurados como principios y no como reglas, por cuya razón ante un conflicto entre principios fundamentales, no habrá un principio vencedor o perdedor, sino para resolver el conflicto debe realizarse una ponderación entre los principios, y con ello deberá tenerse en cuenta el rango de los principios, así explica si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con otro principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto, para llegar a una decisión es indispensable llevar a cabo una ponderación en el sentido de la ley de colisión .

Para definir el Principio de proporcionalidad, se debe empezar por entender el concepto de principio; principio es fundamento, origen, causa, inicio comienzo, cimiento sobre el que descansa un conocimiento; los principios son normas básicas debeladoras de la ciencia, el derecho y la sociedad.

Londoño (2009) citando a Alexy (2002) “los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible según exista posibilidades jurídicas y fácticas” (p. 36).

Dworkin (1984), citado por Londoño (2009) “cualifica los principios jurídicos de esta manera”.

(i) Establecen metas y fines pero no pautas concretas de comportamiento, (ii) apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica, en determinadas circunstancias, (iii) requieren que algo se realice en el mayor grado real y posible desde el punto de vista jurídico, (iv) son mandatos de optimización, (v) no se aplican según el criterio de todo o nada, al no estar limitados por circunstancias que exijan su aplicación automática y completa, (vi) no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente, cuando se satisfacen las condiciones previstas al modo de las normas, (vii) tienen una dimensión de peso o importancia en la resolución de cada caso, según su orden de preferencia en concurso con otros principios, (viii) son preexistentes al momento de la aplicación, (ix) son trascendentes, (x) son omnipresentes, en el sentido de que los jueces siempre pueden encontrar un principio para resolver, (xi) son coherentes puesto que tiene que ser aplicados de forma que sean compatibles con el conjunto de los demás principios, (xii) presentan mayor claridad al sistema jurídico, (xiii) no pueden ser reconocidos por una regla de reconocimiento, es decir, por una regla que establece los criterios para que los principios puedan ser considerados integrantes del ordenamiento jurídico ya que dicha regla solo

sirve para identificar a las normas por su origen, pero no por su contenido (como es el caso de los principios), (xiv) se identifican de acuerdo a la vigencia de prácticas, actitudes y creencias sociales, (xv) son aplicados porque los jueces los consideran justos y apropiados, (xvi) son preferentes a los objetivos sociales de las directrices políticas, y (xvii) de ellos se deducen los derechos.

B. Neoconstitucionalismo

a. Surgimiento

Pozzolo (2011), explica cómo surgió el neoconstitucionalismo y sus alcances, lo cual resumimos a continuación:

El neoconstitucionalismo se originó con el propósito de los sistemas jurídicos modernos de dotarse de una constitución, a fin con las ideologías políticas de la segunda post guerra mundial, se refiere a la difusión del Estado constitucional, ya no ligada necesariamente a la doctrina de la separación de poderes, sino más bien relacionada a la doctrina de los derechos humanos, en contextos democráticos, ello conlleva a que estas constituciones tengan un amplio contenido de derechos, que incluye declaraciones políticas en documentos jurídicos, promoviendo el nacimiento de tribunales que juzgan leyes y no a los ciudadanos, esto último permite el nacimiento de tribunales con facultad para interpretar con alta jerarquía la constitución, por tanto se atribuyen derechos o establecen principios, con mayor difusión de la argumentación mediante valores.

Todo ello ha generado el desarrollo de un difuso enfoque neoconstitucionalista que no restringe, las márgenes de indeterminación de las disposiciones por el contrario los ha ampliado, favoreciendo el desplazamiento de poder en la jurisdicción, así se llega a las constituciones densas, de fuerte espíritu sustancial, evidencian la crisis del parlamentarismo, en paralelo el poder judicial resuelve conflictos políticos que no le son propios, por su parte el juez da leyes aplicando directamente la constitución, por ende cumple un función subsidiaria a la parlamentaria, en ese

escenario de oposición de funciones tradicionales también se reflexiona en torno a las fuentes del derecho.

Las constituciones modernas surgen como límite al poder legítimo, acentuando el libre desarrollo de la individualidad, por tanto, se trata de una constitución liberal, que descansa sobre los principios de igualdad y el respeto a la dignidad humana, surgiendo así los derechos a la libertad, la igualdad y fraternidad. Así se alcanza una primera conclusión que las constituciones densas del siglo veinte son la base para el florecimiento de la “omnipresencia constitucional”.

El neoconstitucionalismo, no hace alusión exclusivamente a una doctrina constitucionalista, más bien se refiere a una moderna teoría general del derecho, en ese sentido se diferencia el significado de “constitucionalismo” y el moderno significado de “constitución”.

El constitucionalismo fuerte, contiene una doble insistencia en relación a la necesidad de la constitución y a la necesidad de contenidos específicos que se dirige a una teoría de derechos, se dirige hacia un constitucionalismo de reglas, este último de espíritu liberal, que delimita una esfera de libertad individual, que prohíbe la intervención del Estado, esto se denomina el “coto vedado”, propuesto por Ernesto Garzon Valdés, en el coto vedado, la autonomía individual es el valor central y la democracia se refuerza con la defensa de los derechos, el coto vedado, también llamado recinto de protegido, o recinto de los inviolables, en virtud a ello la constitución se erige como límite y regla.

b. El Neoconstitucionalismo Definición

Manuel Atienza Atienza, (2006) aunque sin referirse al nombre Neoconstitucionalismo propiamente, (denominación sobre la cual tiene serios cuestionamientos) analiza las tres concepciones de la argumentación en su análisis del derecho como argumentación, donde hace una síntesis del positivismo normativista, las

concepciones iusnaturalistas, y del marxismo y las teorías críticas, destacando sus déficit para enfocar el derecho como argumentación, a manera de conclusión, al referirse a “Lo que queda” hace alusión a una “nueva concepción del Derecho”, que surge por el avance del estado constitucional desde finales de los años setenta del siglo XX, que si bien ya no se define por “anteriores parámetros” o diremos tradicionales teorías. Se sigue hablando de positivismo jurídico (incluyente, excluyente, ético, crítico, neopositivismo), al igual que de neorrealismo, neoiusnaturalismo, etc, pero las fronteras entre esas concepciones parecen haberse desvanecido considerablemente, en parte porque lo que ha terminado por prevalecer son las versiones más moderadas de cada una de esas concepciones (pp. 52-56).

El autor en comento reconoce que la obra de Dworkin (2009), ha sido la más determinante y el punto de referencia de la Teoría del derecho contemporánea además de la obra de otros autores como Macormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli, a partir del cual pueden describirse, “ciertos rasgos característicos de esa nueva concepción, Teoría Contemporánea del Derecho o Moderna Teoría del derecho, que están estrechamente ligados con el “enfoque argumentativo del Derecho”, rasgos que citamos a continuación:

1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario- además de las reglas - para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas-reglas y principios- no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuánto a partir del papel que juega en el razonamiento práctico, 3) La idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto -o no tan sólo – en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto - o también - en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría

y de la ciencia del derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas- de sujeción del juez a la ley - pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 8) La tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco, incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia de una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política. 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada exclusivamente - por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el derecho y el no derecho y, con ello la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones - y, por tanto, en el razonamiento jurídico como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales ya que estos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo

a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica. Respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.

En nuestras propias palabras, los rasgos descritos de la Teoría Contemporánea del Derecho, por el Filósofo del derecho Manuel Atienza, vinculan plenamente al Principio de proporcionalidad como una forma de argumentación frente a la colisión entre principios, al reconocerse que el derecho no solo es regla, sino también al incorporarse en su esencia, valores y principios.

Sobre el término Neoconstitucionalismo, Pozzolo (2011):

El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs Legislativo.

Sobre la oposición entre principios y reglas, la autora explica que esta diferenciación es la que marca la distancia entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, lo cual ha permitido realizar reflexiones en torno al razonamiento jurídico. Así se tiene que las reglas se construyen por datos formales, y por ende están sujetas a un control de validez, mientras que los principios sustentan su validez, en la importancia, la razonabilidad de valores. De ello surge la distancia entre el Estado constitucional del derecho, del legalista, por la presencia de los principios, la autora sostiene “que se trata de una mutación “genética”, que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho.

En relación a la oposición entre ponderación y subsunción, la autora explica la relevancia de la naturaleza y papel de los principios. Por un lado, la subsunción como método de argumentación ligada al iuspositivismo, vinculada al derecho formado por reglas, y de otro lado la ponderación, que no recurre a instrumentos deductivos, “sino sólo los más dúctiles instrumentos equitativos, o de razonabilidad práctica”, se relaciona a un derecho compuesto por principios. Así la autora alcanza una definición de la ponderación, “puede ser por ahora entendida como una técnica dirigida a equilibrar los valores

incorporados por el derecho, teniendo en cuenta las necesidades de justicia que surgen en cada caso concreto” (pp. 16-20).

Con mayor énfasis sobre la diferencia entre subsunción y ponderación la autora nos explica:

Se puede señalar que la idea de la subsunción está conectada con el valor de legalidad, a partir del reconocimiento de la falta de legitimación política del juez, que aplica una decisión tomada por otros y precisamente por eso subsume el hecho en el dispositivo normativo. No puede decirse lo mismo de la idea de ponderación que, más bien pide al intérprete valorar o sopesar los valores o los hechos del caso, volviendo a discutir las decisiones tomadas por otros o decidiendo allí donde otros - políticamente legitimados - no han decidido.

Sobre la oposición entre constitución y legislación, la autora expone que, la constitución no sólo es el nivel más alto de la pirámide kelsiana, sino además es “un conjunto plural de valores”, por medio de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral” (Pozzolo, 2011, p.17).

Desde una perspectiva crítica a la ponderación la autora expone que la ponderación y el uso de la razonabilidad, propician la confusión de papeles y funciones institucionales, en ese sentido se tiene que la corte constitucional se desempeña entre el rol jurisdiccional y el de un legislador “consciente y prudente”. Ricardo Guastini ha hablado oportunamente de constitucionalización del ordenamiento jurídico para describir el proceso y el resultado de esa omnipresencia constitucional.

Finalmente, la oposición entre Jurisdicción y legislación, se explica en la “juridificación de toda cuestión política: lo cual no dejaría espacio libre para la voluntad del legislador. Ello se refiere al rol de la constitución como sustancialmente regulativa, que dirige al legislador, si es así, al Poder legislativo no le quedaría más que “traducir en normas los principios superiores”, entonces el poder judicial puede sustituirlo sin mayor complejidad ya que se trataría de una simple aplicación (Pozzolo, 2011, p. 18)

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. *Las Medidas Cautelares Personales*

Las medidas cautelares personales, constituyen decisiones judiciales de especial motivación, de naturaleza excepcional y provisional por la cual se restringen o limitan derechos fundamentales, como la libertad de tránsito, con la finalidad de garantizar el sometimiento de un ciudadano investigado al proceso penal, siempre y cuando exista una investigación por un delito de cierta relevancia que vincule suficientemente al investigado y con alto estándar de probabilidad.

Guerrero (2013) citando a San Martín Castro (1973), define a las medidas cautelares o medidas provisionales como:

“Los actos procesales de coerción directa que, al recaer sobre derechos de relevancia constitucional de carácter personal o patrimonial de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración” (p.39).

En relación a sus funciones el mismo autor señala:

Las medidas provisionales adoptan funciones cautelares aseguratorias de la prueba y tuitivas – coercitivas. En ese sentido la finalidad cautelar persigue garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, de suerte que los hechos que pretende evitar son la fuga de imputado, su insolvencia y la desaparición de los bienes delictivos. Por su parte la finalidad de aseguramiento de la prueba persigue impedir actuaciones o confabulaciones del imputado que obstruyan la investigación o perturben la práctica de los medios de prueba (Guerrero, 2013, p. 39).

Por su parte Gimeno (2012), al analizar la Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos), define a la prisión provisional como:

La situación nacida de una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado de la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral, así como para conjurar los riesgos de reiteración delictiva, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba y la puesta en peligro de la víctima (pp. 623-624).

2.2.1.1. Modelos de coerción personal.

El presente tema es un aporte Oré (2009), quien enseña que de acuerdo a la importancia que en una sociedad tienen los valores de libertad o de seguridad, se conocen tres modelos de coerción personal: Modelo Garantista, modelo Eficientista y modelo Preventivo Radical (pp. 79-86).

A. Modelo Garantista o Liberal.

Basado en la idea de que el ejercicio del poder penal en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites, es decir que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado.

Este modelo presenta las siguientes características:

1° Reconoce la supremacía del derecho a la libertad;

2° Propugna medidas alternativas a la prisión provisional;

3° Afirma que esta tiene únicamente fines procesales (Peligro de fuga) y que la peligrosidad procesal no se presume; y,

4° Sostiene que la potestad persecutoria es limitada.

Consideramos que este modelo es propio de un Estado constitucional de derecho, en el cual tienen vigencia los derechos fundamentales, con eficacia tanto vertical como horizontal; vale decir el respeto y reconocimiento del Estado, de los órganos estatales y de los funcionarios públicos a los derechos fundamentales, y el mismo respeto por parte de los ciudadanos en relación a los derechos de los otros ciudadanos.

Bajo la premisa expuesta se entiende que existen límites en la persecución punitiva del Estado y que las medidas de coerción procesal tienen como única finalidad, el sometimiento del agente del delito al proceso, solo si existen fundados motivos.

B. Modelo Eficientista

Subordina el valor libertad al principio de autoridad desconociendo la idea de límites al poder penal, en ese sentido la observancia y cumplimiento de los derechos fundamentales no son la prioridad, especialmente si se presentan situaciones de emergencia o políticas coyunturales, por cuya razón los derechos a la libertad y la presunción de inocencia se relativizan, pues se convierten en reglas que no solo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento (decisionismo)

Entre las principales características de este modelo descritas por el autor citado se tiene:

1° Una inversión de valores, el respeto a la libertad pasa a ser la excepción y la privación de libertad se considera un anticipo de pena.

2° Una instrumentalización de los operadores de derecho, los jueces abandonan su rol de garantizadores de los derechos fundamentales, y asumen una función persecutora.

3° En este modelo se presenta una preponderancia en la regulación de normas de segundo orden (códigos, leyes especiales) que alteran y subvierten la política criminal principista contenida en la constitución; de este modo, considera el autor citado se evidencia una falta de coherencia intrasistémica en el sistema penal, sino además una legislación que podría ser inconstitucional.

4° La prensa mediática y los juicios paralelos cobran importancia y ejercen influencia en la toma de decisiones que como sostiene el autor, las decisiones se dictan al compás de la opinión pública y a la necesidad de contar con la aprobación popular.

5° Sobredimensionamiento a la protección a los derechos de la víctima.

Como corolario se puede sintetizar que para el autor en comentario Arsenio Ore Guardia, el modelo que se describe, es el que se encuentra recogido en nuestra realidad tanto en el plano legislativo como en la jurisprudencia, y explica que el primer plano se aprecia teniendo en consideración las diferentes modificaciones a la regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal, en relación al plazo de la prisión y a su prolongación, así como en relación a la amplitud a los casos de flagrancia que implican una más grave y progresiva afectación a la libertad y en relación a la jurisprudencia se advirtió valoraciones relacionadas a lo que denomina el autor citado como “actitudes y valores morales del procesado”.

Lo expuesto es una dura crítica del autor citado, que no se aleja de la realidad cuando analizamos algunos casos mediáticos que han tenido trascendencia nacional.

C. Modelo Preventivo Radical.

Para el autor citado este modelo buscaría la seguridad a cualquier costo, en el cual se da prioridad a la función de Estado y del sistema de justicia penal, en la seguridad como la evitación del delito desde su fase de preparación.

Se expresa este modelo en las medidas de tipo “tolerancia cero” generalmente sustentadas en el pensamiento del derecho penal de enemigo, el autor citado relacionando este modelo con la realidad peruana describe el fenómeno de la emergencia penal, ligado a la idea de crisis, brevedad, excepcionalidad e imprevisibilidad, situaciones en las cuales se prioriza el orden público y la seguridad ciudadana en vulneración a la libertad.

2.2.1.2. Función de las medidas cautelares.

Siguiendo a Guerrero (2013) la función principal de las medidas coercitivas se puede agrupar del siguiente modo:

a) Las medidas tendientes a asegurar la presencia de las personas que la justicia estima necesarias para la investigación, estudiada en la denominada teoría de los mandatos.

b) Las medidas tendientes a superar los obstáculos que pueden oponerse a la justicia en sus investigaciones para descubrir la verdad; se trata de las técnicamente llamadas pesquisas en sentido amplio.

c) Las medidas para asegurar los objetos cuya conservación resulta necesaria a los fines de la investigación: estamos en el terreno de las incautaciones y decomisos.

De estas tres funciones que describe el autor citado lo relevante para nosotros es la función de la medida cautelar como medida asegurativa personal que limita o restringe básicamente el derecho a la libertad personal, a fin de que el proceso penal pueda desarrollarse y realizarse,

transitando por las etapas de investigación, intermedia y juicio oral, garantizando la sujeción del investigado al proceso, y garantizando una investigación y proceso fuera de obstáculos intencionados por parte del investigado, todo ello direccionado a la realización de la justicia (pp. 4-42).

2.2.1.3. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares

Para Neyra Flores (2010) la naturaleza jurídica de las medidas cautelares ha sido explicado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, (Caso: Alfonso Villanueva Chirinos) sentencia del 16 de abril del 2004, fundamento jurídico 4° del modo siguiente:

En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro siendo la regla general la libertad. (p.488)

Con lo expuesto por el Tribunal Constitucional, advertimos que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares no se analiza desde un único ángulo, más bien se analiza desde dos perspectivas con intereses contrarios, por un lado, el cumplimiento de los fines del proceso penal, que es la realización de la justicia y de otro lado el respecto a los derechos fundamentales del investigado. Le corresponde a la decisión judicial que esos intereses contrapuestos armonicen de tal forma que se garantice la sujeción del investigado al proceso limitando o restringiendo la libertad en la medida necesaria y proporcional.

2.2.1.4. Principios de las medidas cautelares, según la doctrina

Las medidas cautelares personales, son instituciones procesales de suma trascendencia porque su dictado importa afectación a derechos fundamentales, sea en mayor o menor medida, por tal razón están sujetas a principios, directrices o normas orientadoras, a continuación, citamos a autores nacionales quienes exponen desde sus concepciones, cuáles son los principios de las medidas cautelares.

Siguiendo a Cubas (2018), los principios que se deben respetar “escrupulosamente” en la adopción de medidas cautelares son:

- 1° Principio de Legalidad;
- 2° Principio de Proporcionalidad;
- 3° Principio de prueba suficiente;
- 4° Principio de necesidad;
- 5° Principio de provisionalidad;
- 6° Principio de judicialidad (p. 20)

Por su parte, para Cáceres (2009) quien denomina a los principios como “presupuestos constitucionales de la prisión preventiva”, considera los siguientes:

- 1° Principio de proporcionalidad, y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto;
- 2° Principio de legalidad procesal;
- 3° Principio de razonabilidad;
- 4° El derecho fundamental a la presunción de inocencia;

5° Principio de motivación (pp. 172-193).

En palabras de Del Rio (2016) las Medidas cautelares personales son una limitación de derechos fundamentales y hace referencia a los siguientes requisitos, los que sin duda constituyen principios de las medidas cautelares:

- a. Legalidad;
- b. Proporcionalidad; idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto;
- c. Motivación (pp. 35-53);

A renglón seguido, nos disponemos a desarrollar los conceptos y notas esenciales de cada principio, con excepción del principio de proporcionalidad cuyo desarrollo lo reservamos para el siguiente capítulo.

1°- Principio de Legalidad

Es un principio rector del derecho penal, en relación a las medidas cautelares se traduce en la necesaria y exclusiva reserva de la ley para autorizar la restricción de la libertad personal, ello implica que solo por autorización taxativada en ley se permite la restricción o limitación de la libertad, por ende, este principio legitima la decisión judicial.

El principio de legalidad si bien es garantía propia del Estado de derecho, en la actualidad su traducción es de índole constitucional, ello implica que el principio de legalidad, no se limita a la exclusiva reserva de la ley, sino además implica la obligatoria concordancia con la norma constitucional, por ende, es un principio propio del Estado Constitucional de Derecho.

Villegas (2013), citado por Cubas (2018), nos enseña:

El principio de legalidad constituye una garantía del Estado constitucional de derecho, que expresa el principio de supremacía de las leyes, del que se deriva la vinculación positiva a la ley del Poder Ejecutivo y Judicial, así como la reserva de ley para la regulación, entre otras materias, de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, como son las medidas coercitivas. De modo que cualquier injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, o incida directamente en su desarrollo limitado o condicionando su ejercicio, precisa de una autorización o habilitación legal (p. 113).

Palacios (2018), por su parte, toma en cuenta lo señalado en el inciso 1 del artículo 253 del Código Procesal Penal peruano:

Ninguna medida cautelar que limita derechos fundamentales del ciudadano podrá ser aplicada sin que se enmarque en lo establecido en la Constitución Política, los Tratados de Derechos Humanos y en la Ley Procesal Penal, en forma previa, cierta y determinada; y sin que se haya iniciado, cuando menos, una investigación o proceso penal en su contra (salvo en los casos de flagrancia) (p. 44).

Por su parte Sánchez (2009) prefiere denominarlo, principio de taxatividad, y expone:

Solo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentran reguladas en la ley procesal, de allí que se haga mención expresa a que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa autorización legal. Por lo que, el fiscal no podrá solicitar, ni el juez imponer una medida de coerción que no se encuentre regulada en la ley de manera expresa (p. 326).

2°- Principio de Prueba Suficiente

Este principio si bien se denomina de “Prueba suficiente”, sin embargo, desde nuestro punto de vista, más bien está relacionado a la suficiencia de elementos de convicción teniendo en consideración que para requerir y decidir las medidas cautelares no se valoran pruebas como tales, sino más bien se valoran los actos de investigación o elementos de convicción acopiados por el Ministerio Público antes de la etapa de juzgamiento, por ende, no se puede denominar propiamente “Prueba Suficiente”.

Con la aclaración expuesta, lo que corresponde es explicar el sentido del término “Suficiente”, lo entendemos como el estándar de magnitud, implica que los elementos de convicción deben tener entidad para generar convicción y justificar el dictado de la medida cautelar, ello implica que los actos de investigación que acreditan la comisión del injusto y la vinculación del investigado deben ser idóneos, conducentes, pertinentes y útiles; en contraposición a ello si tales elementos o actos de investigación no tuvieran consistencia o fortaleza no se justificaría el dictado de una medida cautelar, o en todo caso no de una medida cautelar más grave.

Siguiendo a Cubas (2018):

Para imponer cualquier medida coercitiva se exige determinada base probatoria, tanto respecto de la comisión de un delito como de la vinculación del imputado con el hecho punible y la necesidad de cautelar; concordándolo incluso con el principio de proporcionalidad, en tanto, señala que cuanto más grave sea la medida coercitiva, será mayor la exigencia de elementos probatorios que acrediten la necesidad de su aplicación (pp. 22-23).

Sánchez (2009), por su parte refiere:

Por el principio de suficiencia probatoria, la adopción de las medidas coercitivas se decide con sustentación de elementos probatorios vinculados principalmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. El legislador utiliza la frase de suficientes elementos de convicción para referirse al cúmulo de pruebas que deben basar el mandato judicial (p. 326).

3°- Principio de Necesidad

Es el principio de justificación de la imposición de una medida cautelar personal y que se exterioriza objetivamente cuando antes de dictar una medida cautelar se procede a la obligatoria búsqueda de otras alternativas de restricción de libertad menos graves.

A decir de Oré (2014):

El principio de necesidad es aquel valor en virtud del cual las medidas de coerción solo podrán ser concedidas cuando sean imprescindibles y no existan otros mecanismos más eficientes para conjurar el peligro que supone la actitud adoptada por el justiciable respecto de la sustanciación regular del proceso penal o la posterior ejecución de la sentencia (p. 36).

En palabras de Cubas (2018):

Será necesario una medida coercitiva cuando resulten absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. La comprobación, en cada caso, de la necesidad procesal para disponerlas es un imperativo que exige considerarlas, solicitarlas e imponerlas luego de un cuidadoso examen, al margen de un mero trámite formal o burocrático; debiendo tener siempre presente que toda persona goza del derecho constitucional a la presunción de inocencia, es decir, que es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (p. 23).

4°- Principio de Provisionalidad

Está relacionado con la temporalidad de la medida cautelar personal, en virtud de tal carácter ninguna medida cautelar es definitiva. Las medidas cautelares son provisionales, temporales, variables, sujeto al fortalecimiento o debilitamiento de la imputación.

Para Guerrero (2013):

Por este principio las medidas cautelares deben aplicarse por el tiempo estrictamente necesario a sus fines, y en todo caso, hasta la conclusión del proceso penal, siendo esta extensión del término debidamente motivado. Se ha destacado que la detención judicial de una persona no puede ser considerada como una pena anticipada. De la misma forma, el embargo de los bienes del imputado no es definitivo, sino provisional (p. 43).

Neyra (2010) por su parte refiere, en relación a su carácter general “el principio de provisionalidad está presente en todas las formas de detención, por cuanto las mismas tienen una duración o plazo” (p. 716).

En palabras de Cubas (2018):

Las medidas coercitivas, por su naturaleza, son provisionales; ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada. Todas estas medidas tienen un momento de inicio y otro de finalización. El carácter instrumental de las medidas coercitivas las hace provisionales en tanto están sometidas al proceso, a su progreso y a cualquiera de sus formas de culminación; pueden extinguirse o modificarse por otra, según el avance del proceso. Es decir, una determinada medida de coerción tiene su justificación en tanto subsistan las razones que le dieron lugar. En este principio está basada la duración de los plazos de cada una de las medidas de coerción personal y, especialmente, los plazos de prisión preventiva (p. 24).

5°- Principio de judicialidad

Las medidas cautelares personales solo se dictan por mandato del órgano jurisdiccional competente, ello está relacionado con la Potestad de la Jurisdicción, que es el poder deber del Estado de carácter exclusivo asignado a los Jueces, quienes se constituyen en los únicos legitimados para restringir derechos fundamentales, a través de una decisión especialmente motivada.

Oré (2014) por su parte refiere:

El principio de jurisdiccionalidad como prefiere llamarlo, se constituye como una garantía bifronte. Por un lado, implica que las medidas de coerción procesal solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente; y, por otro, que los órganos administrativos o no jurisdiccionales, como regla, no pueden disponer de la fuerza pública para restringir derechos constitucionales sin mandamiento escrito y motivado del juez competente, salvo regulación legal expresa (p. 29).

Sánchez (2009) al respecto sostiene:

En atención al principio de judicialidad, las medidas de coerción solo son dictadas por el órgano jurisdiccional, a pedido del Fiscal o las partes, antes del proceso y durante el mismo. Al Ministerio Público se le reconoce alguna medida de coerción como es la orden de conducción compulsiva (p. 327).

6°- Principio de razonabilidad

Siguiendo a Guerrero (2013):

El principio de razonabilidad se expresa como un mecanismo de control o de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto respondan a criterios de racionalidad; el autor, cita las sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes N° 1803-2004-AA/TC, del 25 de agosto de 2004 y N° 0006-2003-AI/TC, del 1 de Diciembre del 2003, esta última en el fundamento jurídico 9, expresa: “El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica de los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos” (p. 44).

En esa misma línea “La imposición de las medidas cautelares exige de la autoridad judicial una exposición razonada de los fundamentos que lo sustentan. La adopción de cualquier medida debe ser debidamente expuesta en razones jurídicas suficientes por la autoridad jurisdiccional” (Rosas, 2015, p. 621).

Con lo expuesto entendemos que el Principio de Razonabilidad, supone que la medida cautelar personal o de coerción procesal no se imponga de manera arbitraria, antojadiza, por presión mediática, dominada por aspectos subjetivos, o dentro de un amplio margen de discrecionalidad, sino más bien el dictado de la medida cautelar debe sujetarse a la ley, la Constitución y a los propios elementos de convicción valorados objetivamente.

7°- Principio de Motivación

Para Del Río (2016):

La motivación constituye una necesidad ineludible en la limitación de derechos fundamentales, porque condiciona la validez del presupuesto de la proporcionalidad. La única forma de verificar la existencia de ésta, es mediante una adecuada motivación de los presupuestos que valoran la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación impuesta en el caso concreto (p. 51).

Sánchez (2009), por su parte:

Considera que la motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional. Tratándose de decisiones judiciales que importan restricción de derechos de las personas, las mismas deben ser suficientemente motivadas. En consecuencia, la resolución judicial (auto) que ordena la medida de coerción exige ser fundamentada acorde con la norma constitucional y los requisitos que la ley establece (pp. 326-327).

Por ello se exige, bajo sanción de nulidad, que contenga una exposición breve de los hechos, cita de normas transgredidas, la finalidad que se persigue, los elementos de convicción que sustentan la medida, el tiempo de duración y los controles de ejecución.

Para nosotros la motivación de una decisión judicial que implique la aplicación de una medida cautelar personal, debe ser cualificada, ello implica que las justificaciones de su emisión deben estar sustentados con mayor solidez, coherencia y razonabilidad, debido a que implica la limitación o restricción de derechos fundamentales, por tal razón una simple o vaga motivación de

una medida cautelar personal no es admisible, y viciaría de nulidad la decisión judicial por falta de motivación suficiente.

2.2.1.5. Los principios de las medidas de coerción procesal taxativados en el código procesal penal vigente

El artículo 253 del Código Procesal Penal, regula los principios de las Medidas de Coerción Procesal, y considera los siguientes:

- 1.- Principio de legalidad
- 2.- Principio de Jurisdiccionalidad
- 3.- Principio de Proporcionalidad
- 4.- Principio de Suficientes elementos de convicción
- 5.- Principio de Necesidad.
- 6.- Principio de Provisionalidad o Temporalidad

A continuación, desarrollamos los principios que encuentran taxativados en el artículo 253 del Código Procesal Penal.

Principio de Legalidad: El inciso 1º del artículo en comentario establece “Los derechos fundamentales reconocidos por la constitución y los tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella”. Con ello queda consagrado el Principio de legalidad, el mismo que como advertimos no se limita las regulaciones del Código Procesal Penal, sino además por legalidad debe entenderse también el sometimiento al marco constitucional, ello en

aplicación del principio de Supremacía de la Constitución, y a los tratados sobre derechos Humanos, cuya aplicación es obligatoria.

Los Principios de Jurisdiccionalidad; Proporcionalidad y Suficientes elementos de convicción, se encuentran regulados en el inciso 2° del artículo 253 de Código Procesal Penal, como se advierte de su redacción “La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”. (subrayado y negrilla nuestro).

Cuando la norma procesal se refiere a la “...expresa autorización legal...”, no se limita a describir el principio de legalidad, sino entendemos que además hace referencia a los destinatarios autorizados para restringir la libertad, impone la exigencia que sólo por mandato judicial se puede emitir medida de coerción procesal, por ende el único con poder y atribución para restringir derechos fundamentales es el Juez, dentro del debido marco de reglas procesales de competencia; por especialidad, función y turno, por tanto El Código procesal penal también regula el Principio de Judicialidad o también denominado de Jurisdiccionalidad.

El Principio de proporcionalidad, también es considerado como un principio de las medidas de coerción procesal, por tanto, debemos asumir que irradia a todas las medidas cautelares sean personales e incluso reales, principio sustancial que es inmanente al propio dictado de una medida cautelar, cuya argumentación debe basarse en la concurrencia de los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

El Principio de suficientes elementos de convicción, principio que se refiere como ya lo sostuvimos a la obligación de que los elementos de convicción tengan entidad para generar

convicción y justificar el dictado de la medida cautelar, ello implica que los actos de investigación que acreditan la comisión del injusto y la vinculación del investigado con el injusto sean lo suficientemente idóneos, conducentes, pertinentes y útiles, para generar convicción en el dictado de la medida de coerción.

Los Principio de Necesidad y Principio de Provisionalidad o Temporalidad: Cuando el inciso 3° del artículo 253 establece “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva” (resaltado nuestro).

Conforme al artículo 253 del Código Procesal Penal, el principio de necesidad está referido a la indispensabilidad de la medida de coerción procesal, lo que implica la responsabilidad de verificar la existencia de otras alternativas menos gravosas, capaces de conjurar los peligros de fuga y de obstaculización, solo con la verificación de dicho análisis se puede concluir que la medida resulta indispensable. Sin duda, este principio no es otro distinto ni diferente del sub principio de necesidad integrante del principio de proporcionalidad, sin embargo, por la trascendencia de este sub principio justificamos que se haga un enfoque independiente.

Finalmente el principio de provisionalidad o temporalidad, da cuenta que toda medida de coerción procesal, está limitada en el tiempo, por cuanto al tener una finalidad cautelar no puede extenderse en el infinito del tiempo, sino debe enmarcarse dentro de un plazo razonable, en esa misma línea de pensamiento, se tiene que la medida de coerción es variable, lo que implica que puede variar la medida por otra menos gravosa de acuerdo a la incorporación de nuevos elementos de convicción, lo cual también justifica que la medida sea temporal.

2.2.1.6. Características o elementos de las medidas cautelares personales

A. Según La Doctrina

Las Medidas cautelares personales, son instituciones procesales en tanto están previstas y reguladas en la norma adjetiva; sin embargo, su naturaleza es sustantiva, en tanto su emisión implica la restricción o limitación de derechos fundamentales, entre estos la libertad, en virtud a ello las Medidas cautelares presentan características y/o elementos que le son propios, conforme se explica a continuación:

En Palabras de Reyna (2015) son características de las Medidas Cautelares Personales las siguientes:

1° Instrumentalidad

2° Urgencia

3° Proporcionalidad

4° Variabilidad

5° Provisionalidad

6° Jurisdiccionalidad (pp. 430-432).

A decir de Cáceres e Iparraguirre (2017), los elementos de las medidas cautelares son:

1) Jurisdiccionalidad

2) Instrumentalidad

3) Provisionalidad

4) Homogeneidad (pp.700-701).

Por su parte Palacios (2018), considera como elementos de las medidas coercitivas - cautelares:

a. Jurisdiccionalidad

b. Instrumentalidad

c. Provisionalidad

d. Homogeneidad (pp. 38-40).

Una vez mencionadas las características de las medidas cautelares, pasemos a desarrollar sus contenidos:

1º Instrumentalidad

A decir de Oré (2009):

La instrumentalidad supone un vínculo relacional en virtud del cual las medidas de coerción no constituyen un fin en sí mismas, sino que su imposición y ejecución se encuentra estrechamente vinculada a garantizar ciertos fines procesales, tales como, de lege data, prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o evitar el peligro de reiteración delictiva (p. 50).

Para Palacios (2018):

Las medidas coercitivo-cautelares son instrumentales porque están en función de la eficacia de un proceso penal en curso. Esta eficacia, como fin general de la aplicación de las medidas coercitivo-cautelares, podrá ser lograda decidiendo la medida correspondiente a la situación de peligro procesal que se presente (en base a los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad). Por otro lado, la instrumentalidad apunta a que el proceso penal sea eficaz, pero en salvaguarda, tanto del interés público en la represión del delito y

aplicación de la ley penal, como en los intereses de reparación de la víctima y del respeto de los derechos fundamentales y procesales del imputado (p. 39).

2° Jurisdiccionalidad

Se entiende por esta característica que “las medidas cautelares penales están sometidas, en primer lugar, al principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual tan sólo pueden ser adoptados por el órgano jurisdiccional competente” (Gimeno, 2012, pp. 558-559).

En ese mismo sentido entendemos que “las medidas cautelares solo pueden ser establecidas por Juez competente, descartándose la posibilidad que sean impuestas por órganos de naturaleza no jurisdiccional” (Reyna, 2015, pp. 432).

El mismo autor acota además que la característica de la jurisdiccionalidad, tiene ciertas excepciones como es en el caso de la detención policial en casos de flagrancia delictiva; y, las medidas preliminares restrictivas de libertad. No obstante, el gravamen que dichas medidas importan se atenúa con las estrictas condiciones legales para su imposición.

3° Provisionalidad

Siguiendo a Cubas (2018):

Las medidas cautelares son siempre provisionales. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero con anterioridad a dicho término pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. Las medidas cautelares están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*. Tan solo han de permanecer, en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado (p. 19).

En palabras de San Martín (2015):

Como están dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, su vigencia ha de ser limitada. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que justificaron su adopción: regla del rebus sic stantibus. Algunas medidas, concurrentemente, son temporales (pp. 443).

4° Homogeneidad

Reyna (2015) explica que este elemento:

Se puede entender que las medidas coercitivo-cautelares son a veces tan aflictivas como las propias medidas ejecutivas. Por esta razón, las denominamos coercitivo-cautelares. Si bien están en función de la eficacia de proceso penal, son tan forzadas o aflictivas como la pena, sobre todo en el estado actual de las prisiones en el país. No cabe duda que el hacinamiento carcelario, las condiciones higiénicas y de salud que deben padecer los reos en la cárcel, nos conduce a reafirmar que las medidas cautelares, tales como la detención provisional, son tan penosos como la misma pena privativa de la libertad (p. 40).

Por su parte San Martín (2015):

Refiere que las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas, a las que tienen que preordenar. Como las medidas de coerción garantizan los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas; se corresponde con el juicio de idoneidad que debe presidir su imposición (p. 444).

B. Características de las Medidas Cautelares Personales Según el Código Procesal Penal Peruano del 2004.

Siguiendo a Cubas (2018) quien analizó las características de la coerción procesal según la regulación de artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal Peruano, y al respecto explicó:

1° Facultativa. - En tanto el artículo 268 no es una norma imperativa sino facultativa, deja a criterio del juez para que basado en la ley y en los hechos determine la imposición de la prisión preventiva.

2° Se impone previa realización de una audiencia. - Esta audiencia se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento formulado por el Ministerio Público y se llevará a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor, quien, en caso de inasistencia, podrá ser reemplazado por el defensor de oficio.

3° Requiere de una resolución fundamentada. - El auto que dispone el mandato de detención debe estar siempre motivado, esto quiere decir que se debe describir sumariamente el hecho o los hechos que lo motivan, indicar las normas transgredidas, exponer los elementos probatorios con que se cuente y que justifican la medida y citar la norma procesal aplicable.

4° Está sujeta a plazos. - La prisión preventiva es una medida excepcional y por ello está limitada en el tiempo, no tiene duración indefinida.

De otro lado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 02534-2019, Caso Keiko Sofia Fujimori Higuchi en el fundamento 18, se refirió a las características de la prisión preventiva de la siguiente manera (p. 128).

“...el Tribunal remitiéndose a diversos pronunciamientos uniformes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva “debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo a lo estrictamente necesario en una sociedad democrática” conforme se enunció en los casos Tibi v Ecuador Sentencia de 7 de septiembre de 2004,, párr.106; Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de 24 de Junio del 2005, párrafo.74;

Caso García Asto y Ramires Rojas v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 106; Caso López Álvarez v Honduras, Sentencia de 1 de febrero del 2006 párr. 67; Caso Servellón García y otros v. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr.88; Caso Yvon Neptune v. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Párra. 107; Caso Bayarri v. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 69; Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121....”

2.2.1.7. Clases de medidas coercitivas de naturaleza personal.

La Actual regulación del Código Procesal Penal del 2004, ofrece una tipología de medidas cautelares, diferenciación que se basa en criterios sustanciales como la gravedad de la medida en relación a la intensidad de restricción de derechos, las personas legitimadas para imponerlas, la oportunidad procesal de su imposición, el tiempo de su duración, e incluso basada en factores económicos etc. Así tenemos las siguientes medidas de coerción procesal de carácter personal.

1° Detención Policial (artículo 259)

2° Arresto ciudadano (artículo 260)

3° Detención preliminar judicial (artículo 261)

4° La Prisión preventiva (artículo 268)

5° La Comparecencia (artículo 286)

6° La Comparecencia restrictiva (artículo 287)

7° La comparecencia con caución (artículo 289)

8° Detención domiciliaria (artículo 290)

9° Comparecencia simple (artículo 291)

10° Internación preventiva (artículo 293)

11° Impedimento de salida (artículo 295)

A continuación, desarrollaremos la definición, naturaleza y las características de las medidas cautelares señaladas, aunque no seguiremos en rigor el número y orden antes detallado en vista que por razones metodológicas y de relación género a especie, algunas están inmersas en otras.

La importancia de la naturaleza y características de las medidas coercitivas personales resultan sustanciales para esta investigación, en vista que, frente al análisis de la necesidad de la prisión preventiva, todas estas otras formas de medidas de coerción resultan siendo alternativas de medidas menos graves que la prisión preventiva y que podrían aplicarse en lugar de aquella.

1° Detención Policial o Detención en Flagrancia

Se trata de una facultad concedida a la Policial Nacional, de estatus constitucional, previsto en el artículo 2 inciso 24 literal f de la carta fundamental, por la cual se autoriza a la Policía Nacional la detención en situación de flagrancia delictiva, sin que se requiera mandato judicial.

El artículo 259 del Código Procesal Penal norma vigente cuya última modificación se dio por el artículo 1° de la ley N° 29569, publicado el 25 de agosto 2010, describe las situaciones en flagrancia que condicionan y legitiman esta facultad, las mismas que citamos a continuación.

1.- El agente es descubierto en la realización del hecho punible.

2.- El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.

3.-El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las (24) horas de producido el hecho punible.

4.-El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlos o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.

De estas cuatro situaciones que describe la norma procesal, la doctrina mayoritaria ha respaldado a las tres primeras, en relación a que sobre ellas se cumpliría los elementos de inmediatez temporal (que al agente se le descubra en el momento mismo de la comisión del hecho delictivo o cuando acaba de cometerlo), e inmediatez personal (que el agente sea descubierto en el lugar de los hechos o que no se le haya perdido de vista en caso de huida), estos elementos califican la situación como de flagrancia propiamente dicha, o cuasi flagrancia, mientras que tratándose de la cuarta situación existen serios cuestionamientos a su condición de flagrancia, en virtud a que no convergen los citados elementos.

Palacios (2018) citando a Cáceres (2009) resalta algunos elementos de esta medida:

La detención policial se lleva a cabo sin previo mandato judicial, en estos casos se comprende que la detención no presupone necesariamente la preexistencia de una investigación preliminar en trámite o de una orden judicial, pero sí la determinación de una imputación, esto es una relación plausible, precisa y circunstanciada de la noticia criminal de la que se desprende la verosimilitud respecto de los hechos que tienen contenido penal (p. 64).

El autor además resalta la necesidad de que esta medida se adopte en tanto existan motivos y sospechas razonables y bastantes, vale decir se requiere ponderar frente a circunstancias de relevancia y no simples sospechas.

El artículo 263 del Código Procesal Penal, describe los procedimientos que debe cumplir la policía al proceder a la detención en flagrancia como informar al detenido el delito que se le atribuye, así como la inmediata comunicación al Ministerio Público, esto es al Fiscal de turno de la jurisdicción y cumplir con la lectura de los derechos que le asisten y los mismos que se encuentran taxativamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

2° Arresto ciudadano

Es una medida de coerción procesal personal, que se cumple bajo las mismas situaciones de flagrancia descritas en el artículo 259 del Código Procesal Penal, cuyo análisis hemos expuesto en el título anterior, autoriza también la restricción de la libertad en la forma de arresto, la diferencia se presenta en cuanto a la legitimidad, en este caso la legitimidad para ejecutar el arresto le corresponde a cualquier ciudadano peruano.

En este caso el ciudadano que haya descubierto el delito, en el instante mismo de su comisión o cuando se acaba de cometer, está facultado para arrestar al agente del delito y proceder a la entrega inmediata del detenido a la autoridad policial más cercana, así como los objetos e instrumentos del delito que encuentre en su poder al momento del arresto.

Se trata de una arriesgada facultad que autoriza a un ciudadano de a pie, a proceder con el arresto, cuando presencia la comisión de un delito en flagrancia, lo cual implica un proceder de alto riesgo considerando la forma cada vez más violenta en que actúa la delincuencia; esta facultad tiene límites, no autoriza al ciudadano a encerrar al agente o a atentar contra su integridad, hasta

su entrega a la autoridad policial quien procederá a levantar un acta donde se describirá al detalle las circunstancias del arresto ciudadano.

Existen cuestionamientos a esta facultad ciudadana, el Dr. Ore (2014), quien prefiere la denominación de “Aprehensión por particulares” opina:

Por un lado, la aprehensión por particulares es inconstitucional, pues no se ajusta a lo establecido en el artículo 2.24. f de la Const., donde se precisa, de manera contundente que ante la situación de flagrancia solo la policía puede privar de la libertad lejos de reducir la inseguridad ciudadana, se materializa en una política criminal populista, tendiente a generar la sensación de que las posibles víctimas pueden enfrentarse al delito y a la inseguridad (p. 101).

Permitiéndonos un análisis sobre el arresto ciudadano en la actualidad, debemos reconocer que su ejercicio se ha hecho más cotidiano, por parte del personal de serenazgo de las municipalidades, en virtud al alarmante incremento de la delincuencia en las calles, en plena luz del día, incrementando con ello la inseguridad ciudadana, lo que ha obligado a que los municipios de nuestro país deban reforzar el sistema de seguridad ciudadana, invirtiendo importantes presupuestos destinados a contratar trabajadores para esta función de serenos, además del apoyo logístico para el cumplimiento de esta función.

La realidad descrita, nos permite asumir que quien ejerce la facultad del denominado “arresto ciudadano” no siempre es el ciudadano de a pie que presencia la comisión de un delito, sino por lo general es un servidor público en ejercicio de funciones, vale decir el personal de serenazgo en virtud del cual estarían obligados a realizar la aprehensión del agente del delito, desnaturaliza la institución procesal en comentario que en esencia no contiene una imposición sino una facultad, pero cuando es ejercida por un servidor público tendría el carácter de obligatoria, merece sin duda una diferenciación del denominado arresto ciudadano, debiendo distinguirse que alcanza total autonomía y se trataría de otra institución cuando es ejercida por un servidor público.

3° Detención Preliminar Judicial

Se regula en el artículo 261 del Código Procesal Penal, a diferencia de las 2 clases de medidas coercitivas antes desarrolladas, como la detención policial y el arresto ciudadano, la detención preliminar no está condicionada a la situación de flagrancia delictiva.

En palabras de Palacios (2018):

Esta medida de naturaleza precauteladora se traduce en un primer supuesto de privación de libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, la que constituye toda privación de libertad ambulatoria de breve duración dispuesta por la autoridad judicial en los casos previstos legalmente y que tiene por finalidad asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal; no está dirigida a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; sino que se trata de una medida precauteladora su esencia precauteladora se funda en que ésta será o no confirmada por la autoridad judicial al momento de decidir la incoación formal del proceso penal (p.67).

Esta institución procesal se encuentra dentro del marco de atribuciones del Juez de Investigación Preparatoria, a requerimiento del Fiscal, cuyo presupuesto es desde una óptica negativa, que no se presente una situación de flagrancia delictiva, y además que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.
- b. La persona detenida haya sido sorprendida en flagrante delito, pero que temporalmente ha logrado evitar su detención.
- c. El detenido se ha fugado de un centro de detención preliminar.

En relación a la forma de ejecución, se tiene que esta medida de restricción dictada por el juez a requerimiento fiscal, estará a cargo de la Policía Nacional, quien puede tomar conocimiento

de la orden de detención sea en forma escrita, por correo electrónico, facsímil, vía telefónica u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial.

4° La prisión preventiva

Se encuentra prevista y regulada en los artículos 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278 del Código Procesal Penal, se trata sin duda alguna de la medida de coerción procesal más grave, con un nivel de intensidad alto de afectación a la libertad personal, toda vez que implica el internamiento del agente investigado por un delito grave en un centro penitenciario, sin que se emita sentencia firme, por tanto se concretan las afectaciones al derecho a la Presunción de inocencia y al derecho fundamental a la Libertad ambulatoria, a fin de garantizar el sometimiento del agente al proceso penal, siempre y cuando se cumplan los tres presupuestos materiales: Fundados y graves elementos de convicción, pronóstico de pena superior a 4 años, y peligrosísimo procesal.

Por la grave afectación de derechos que representa la prisión preventiva, requiere la aplicación de principios que permiten que la medida sea más justa, como es el principio de proporcionalidad, el cual permitirá analizar bajo una óptica de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha si la medida es legítima o constitucional.

De la prisión preventiva, su naturaleza, características, principios, finalidad, funciones, presupuestos, motivación, audiencia, auto, problemas etc., nos ocuparemos a profundidad en el siguiente capítulo, en vista de que se trata de una variable en esta investigación, por lo que su desarrollo lo reservamos para el siguiente capítulo para no resultar repetitivos.

5° La Comparecencia

Se encuentra previsto en el artículo 286 y siguientes del Código Procesal Penal, en palabras de Cáceres (2006):

La comparecencia es, de entre todas las medidas de coerción procesal personal, la que representa el grado menor de afectación de la libertad individual, constituye así un estado procesal de sujeción al proceso y no simplemente un emplazamiento a concurrir a la instructiva, esto representa que “el instituto coercitivo de la comparecencia es una medida impuesta jurisdiccionalmente que tiende a prevenir la continuación de la actividad delictiva y a establecer un determinado control del imputado (p. 179).

El autor citado hace hincapié en la característica más importante del mandato de comparecencia, y es que obliga a la sujeción del imputado al proceso, quien está obligado a asistir a las diligencias que sea requerido, tanto a nivel de investigación preparatoria, intermedia y juicio, es decir a diligencias dispuestas por el Ministerio Público como a las citaciones judiciales.

Se legitima la medida de comparecencia cuando se cumplen los presupuestos del artículo 286 del Código Procesal Penal que a continuación se detallan:

1) Si es que “el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266”.

2) Se dictará la medida de comparecencia debidamente motivada, cuando de haberse solicitado prisión preventiva, “no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268”, estos son fundados y graves elementos de convicción, pronóstico de pena superior a 4 años y peligro procesal.

6° La comparecencia restrictiva

Es una medida de coerción personal prevista en el artículo 287 del Código Procesal Penal, la misma que en general se ubica dentro de la comparecencia, pero que se distingue de ella por cuanto su imposición implica una serie de restricciones que taxativamente se describen en el artículo 288 inciso 1) del Código Procesal Penal, "...Siempre que el peligro de fuga y de obstaculización de la verdad puedan razonablemente evitarse"; condición que resulta el presupuesto más importante de su dictado.

Las restricciones que detalla el artículo 288 del Código Procesal Penal son las siguientes:

“1.- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.

2.-La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

3.-La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

4.-La prestación de una caución económica si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

5.- La vigilancia electrónica personal, de conformidad a la ley de la materia y su reglamento”.

Estas restricciones deben estar expresamente señaladas en el mandato de comparecencia, y están sujetas a control y a la variabilidad de la medida, en vista que de verificarse el peligro de fuga o de obstaculización la fiscalía estaría facultada para requerir prisión preventiva.

De lo expuesto se puede concluir que la característica principal de la comparecencia con restricciones, es la instrumentalidad, en tanto su aplicación sirve para conjurar ciertos peligros relacionados a la sujeción al proceso del investigado y desarrollo de la actividad probatoria.

De las restricciones antes citadas, especial mención merecen la caución y la vigilancia electrónica, en relación a la primera se encuentra regulada en el artículo 289 del Código Procesal Penal, cuya naturaleza es económica y se tangibiliza en el depósito de una suma de dinero cuya cuantía dependerá de la gravedad del delito, la condición económica, personalidad y antecedentes del agente, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño; de carecer de solvencia económica el imputado puede ofrecer fianza personal; finalmente otra característica esencial es que la caución es recuperable en tanto que el imputado sea absuelto o sobreseído o siendo condenado no infringe las reglas de conducta.

Sobre la segunda restricción, la vigilancia electrónica personal se regula en el artículo 288 inciso 5° del Código Procesal Penal, entre sus principales características podemos describir que su imposición requiere como requisito que se acredite las condiciones de la vida personal, laboral y social con un informe social y pericia psicológica que se ejecuta en el domicilio del imputado, su imposición se complementa con las otras restricciones enumeradas en el artículo 288; otra particularidad es que se impone prioritariamente en favor de personas vulnerables es decir: mayores de 65, enfermos graves, mujeres gestantes, madres cabeza de hogar, siempre y cuando el agente no haya sido objeto de sentencia condenatoria.

La Vigilancia Electrónica Personal, además encuentra su desarrollo normativo en el Decreto Legislativo N° 1322, publicado el 5 de enero del 2017; su reglamento el Decreto Supremo N° 012-2020-JUS, e inclusive el decreto legislativo 1514, en el cual se establece que es una alternativa de restricción en las medidas de coerción procesal, o un tipo de pena aplicable por

conversión, o su imposición en el otorgamiento de beneficio penitenciario; su finalidad es contribuir con la disminución del hacinamiento penitenciario, disminuir costos penitenciarios, reducir la reincidencia.

Para el objeto de nuestra investigación lo relevante de la Vigilancia Electrónica Personal, es que constituye una alternativa frente a la aplicación de la prisión preventiva, en tanto se cumplan los requisitos de procedencia previstos en el artículo 5° del Decreto Legislativo 1322, los que a continuación citamos:

5.1. La vigilancia electrónica personal procede:

a) Para el caso de los procesados, cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho (08) años.

b) Para el caso de los condenados, que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a ocho (08) años.

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

d) Tampoco procede para aquellos que tengan la condición de reincidentes o habituales; o cuando su internamiento sea consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la

privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena.

5.2. Para el otorgamiento de la vigilancia electrónica se da prioridad a:

- a) Las personas mayores de sesenta y cinco años.
- b) Las personas que tengan enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.
- c) Las personas que tengan discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.
- d) Las mujeres gestantes”.
- e) Las mujeres con hijos(as) menores a tres años.
- f) La madre o padre que sea cabeza de familia con hijo (a) menor de edad o con hijo(a) o cónyuge que tenga discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado”.

Se puede advertir que los requisitos de procedencia están delimitados en razón a la gravedad de la pena, para delitos no mayores a 8 años de pena privativa de libertad, así como se excluyen determinados delitos considerados graves y vinculados con la criminalidad organizada; en casos de reincidencia y habitualidad; y por condiciones personales de salud o familiares. Sin duda la Vigilancia Electrónica Personal constituye una alternativa de restricción de libertad menos grave que la prisión preventiva, igualmente satisfactoria, para sujetar al agente al proceso, lo relevante es que amplía el margen del criterio objetivo de la prognosis de pena a 8 años, frente al presupuesto que fija el Código Procesal Penal de 4 años, cuyo análisis debe realizarse en el sub principio de necesidad, a ello no remitiremos más adelante.

7° La Detención Domiciliaria

Es una medida de coerción procesal personal de menor gravedad, en tanto permite al investigado permanecer en su propio domicilio, y se cumplan algunas condiciones personales que describe el artículo 290 del Código Procesal Penal, como ser mayor de 65 años, sufrir una incapacidad física permanente que afecte su desplazamiento, o ser madre gestante, la medida de detención domiciliaria se concederá siempre y cuando sea idónea para evitar el peligro de fuga y de obstaculización.

Sin duda se trata de una medida restrictiva de menor gravedad que autoriza al imputado a permanecer dentro de su propia morada, o en otro lugar adecuado, pero siempre bajo la custodia de la policía, de un familiar, una institución pública o privada, se puede también imponerla con vigilancia electrónica personal y con caución, así como puede adicionarse otras restricciones y prohibiciones como visitas y comunicaciones con determinadas personas. Finalmente, la permanencia de la detención domiciliaria, estará sujeta a que no cesen las condiciones de grave enfermedad o de gestación, en cuyo caso se impondrá la prisión preventiva.

8° La Internación Preventiva

Es una medida restrictiva reservada exclusivamente para ciudadanos sujetos a investigación por la comisión de un ilícito, siempre que sufran una gran alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, debidamente comprobada por dictamen pericial, que lo tornen peligroso para sí o para terceros.

El artículo 295 del Código Procesal Penal, regula los presupuestos para dictar la medida, se requerirá la existencia de elementos de convicción sobre la comisión del delito y que lo vinculen como autor del mismo y que existe probabilidad de que será objeto de medida de seguridad de

internamiento, así como la presunción grave de que no se someterá al proceso u obstaculizará la justicia.

9° El Impedimento de Salida

Es otra medida de coerción de menor gravedad cuya imposición garantiza que el imputado no eluda las investigaciones, trasladándose a otro país o localidad distinta de la de su domicilio, medida que no solo se puede requerir sobre el agente del delito, sino que también se puede solicitar sobre el testigo calificado como importante.

El artículo 295 del Código Procesal Penal, regula esta medida, cuya finalidad esta direccionada a impedir la fuga del agente, a través de su traslado a otro país u otra localidad con la intención de no responder a las investigaciones, por lo que su justificación deberá centrarse en las objetivas posibilidades del agente de salir del país y no en meras sospechas. Esta medida también estará sujeta a un plazo que deberá determinarse bajo estricto análisis de proporcionalidad.

2.2.2. La Prisión Preventiva

2.2.2.1. Definición de la prisión preventiva.

En palabras de Cubas (2018), la prisión preventiva:

Es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el juez de la investigación preparatoria, exclusivamente a pedido del fiscal, en contra de un imputado; en virtud de tal medida, se restringe su libertad individual ambulatoria para asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado al estricto cumplimiento de los presupuestos que la ley prevé” (pp. 125-127).

Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional en lo resuelto por el expediente N° 1091-2002-HC-Lima, de fecha 12 de agosto del 2002, (Caso Vicente Ignacio Silva Checa) y en el expediente N° 843-98-A, sobre la prisión preventiva denominada también detención preventiva o

prisión provisional. Interpretando esta sentencia Cáceres (2009) interpreta “es una medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado de la forma más grave a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal” (p. 166).

En palabras de Del Rio (2016), la prisión preventiva:

Es una medida cautelar 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 libertad probatoria (p. 145).

A decir de Oré (2014), la prisión preventiva “es una medida de coerción personal de naturaleza cautelar que consiste en la privación de la libertad ambulatoria del imputado, en mérito de un mandato judicial a fin de asegurar los fines propios del proceso penal” (p. 136).

Para San Martín (2015), la prisión preventiva:

Es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal, que surge como consecuencia de una resolución judicial debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave (p. 453).

2.2.2.2. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

Reyna (2015) refiere:

La esencia de la prisión preventiva, viene conformada por la privación de la libertad locomotiva o física del imputado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario, con los ya acotados propósitos de aseguramiento del proceso de conocimiento de la verdad y de la ejecución penal, significando, sin lugar a dudas, una de las más intensas intromisiones en las esferas de la libertad y personalidad del ciudadano (pp. 445).

En palabras de Cesar San Martín Castro recogidas por Castillo (2015):

La institución de la prisión preventiva, se ubica dentro de la tutela cautelar, la cual está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto; la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva (pp. 134-135).

Esta concepción surge a raíz del análisis realiza el autor al Derecho Internacional de Derechos Humanos; al artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 5°.3.c de la Convención Europea de Derechos Humanos, al artículo 58°.1.b del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al pronunciamiento del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Matznetter, Stegmüller, Clooth y Wemhoff.

Los autores citados explican con acierto los dos elementos que integran la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, por un lado: la intensidad de la restricción de la libertad ambulatoria de un ciudadano, internándolo en un centro penitenciario sin que exista condena firme, sobre quien pesa sospecha fuerte de la comisión de un delito y su vinculación con el delito; y, por otro lado: la necesidad de asegurar la efectividad de la tutela judicial, esto es de que se ejecute el poder punitivo del Estado y no se frustren las expectativas de realización de justicia penal.

2.2.2.3. Finalidad de la prisión preventiva.

A decir de Oré (2014):

La finalidad de la prisión preventiva, responde a la necesidad de asegurar el correcto desarrollo del proceso penal y/o la aplicación de la ley penal, fines estos que, atendiendo a la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, se concretan mediante la identificación y neutralización del denominado peligro de fuga y peligro de entorpecimiento (p. 137).

En palabras de San Martín (2015):

La prisión preventiva tiene como finalidad asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal para garantizar: 1) el desarrollo del proceso declarativo, evitando el peligro de ocultación, alteración de las fuentes-medios de prueba, y 2) la ejecución de la futura o eventual pena o medida a imponer, para lo que será necesario evitar el peligro de fuga. En efecto el propósito que orienta a la prisión preventiva es de carácter preventivo y no sancionatorio, en tanto se busca responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la concurrencia del imputado al proceso y la efectividad de la eventual condena a imponer (pp.453-454).

Para Sánchez (2009), la prisión preventiva “tiene como finalidad asegurar la presencia física del imputado a las diligencias judiciales que la autoridad investigadora o juzgadora determine, así como asegurar la ejecución de la pena” (p. 336).

En palabras de Cáceres (2009), siguiendo lo señalado en el voto discordante del magistrado Víctor Raúl Reyes Alvarado, en el expediente N° 2007-0015 FI.31, 22 de enero de 2007; “la prisión preventiva solo tiene como finalidad sujetar al imputado al proceso, cualquier otra finalidad es descartada por unanimidad, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia” (p. 170).

Siguiendo a Cubas (2018), la prisión preventiva “tiene como finalidad instrumental la realización exitosa del proceso penal, siendo su objetivo asegurar la presencia del imputado en el desarrollo del proceso y aplicar la sanción” (p. 127).

El autor en mención además cita la resolución Administrativa N° 325-2011-P-Pj - Circular sobre la prisión preventiva, en cuyo segundo considerando se establece:

“(…) la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que sólo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del

imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o ii) la ejecución de la pena]” (resaltado nuestro).

Lo expuesto por la citada directiva ratifica la negación de que la prisión preventiva tendría como fin el adelantamiento de la condena, criterio inaceptable en un Estado constitucional del derecho, que reconoce que la restricción de la libertad sin condena, sólo tiene fines netamente procesales.

2.2.2.4. Presupuestos de la prisión preventiva: materiales y formales según la doctrina y el acuerdo plenario 1 – 2019.

Para Palacios (2018):

La determinación de la prisión preventiva se logra examinando dogmática jurídicamente el artículo 268 del Código Procesal Penal Peruano del 2004, a la luz de los principios del respeto a la libertad del imputado y sus derivados, la presunción de inocencia y la restricción de derechos a título de pena, que consagran los artículos 3° y 11° de la Declaración Universal de Humanos; los artículos 9° y 14° inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 7° inciso 1° y 8° inciso 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica; y el artículo 2 inciso 29 parágrafos “b” y “e”, de la Constitución Política del Perú (p. 142).

Para el autor citado los Presupuestos Materiales de la prisión preventiva serian:

- a. Existencia de Fundados y Graves Elementos de convicción que vinculen al imputado como autor del delito;
- b. Pena probable;
- c. Peligro Procesal; y
- d. Proporcionalidad de la detención.

A decir de San Martín (2015), son dos los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de la prisión preventiva: presupuestos materiales y formales (pp. 457-464).

Presupuestos materiales:

- Fundados y graves elementos de convicción
- Motivos de prisión específicos: gravedad del delito y peligrosísimo procesal

Presupuestos Formales:

- Audiencia de Prisión Preventiva
- Auto de Prisión

A decir de Palacios (2018), son presupuestos materiales de la prisión preventiva:

- Verificación del *fumus boni iuris*,
- Verificación de la ausencia del presupuesto material de la prisión preventiva: obstaculización de la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)
- Verificación de la ausencia del presupuesto material de la detención: Pena Probable,
- Verificación de la ausencia del presupuesto material de la detención: El peligro procesal, el cual se compone del peligro en la demora, que a su vez contiene a la ausencia de peligro probatorio y del peligro de fuga (pp. 143-149).

Por su parte Oré (2014), indica que la aplicación de la prisión preventiva dependerá de la concurrencia de los presupuestos materiales, esto es de:

- *Fumus comissi delicti* (apariencia de comisión delictiva),
- Pena probable
- *Periculum in mora* (peligro en la demora) (pp. 139-161).

Por otro lado, Cáceres (2009), señala que para que se imponga la medida cautelar de prisión preventiva, debe existir una imputación formal fundamentada debidamente por el Fiscal y en la que concurren los siguientes presupuestos:

- La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probable razonabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.
- La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad; ambos requisitos deben concurrir de manera simultánea y copulativa (p. 168).

Finalmente, Rosas (2015), menciona que son tres los presupuestos que el Juez debe tener en cuenta para ordenar la detención:

- Suficiencia probatoria
- Prognosis de pena
- Peligro procesal, que recoge dos hipótesis: Peligro de fuga y peligro de entorpecimiento (pp. 646-649).

A. Presupuestos Materiales de la Prisión Preventiva. Análisis doctrinario y el enfoque del Acuerdo Plenario 1-2019

I.-Fundados y graves elementos de convicción, prueba suficiente o fumus comissi delicti (apariencia de comisión delictiva).

a.- Según la Doctrina:

Como apunta Cubas (2018):

Debe existir prueba suficiente tanto acerca de la comisión del delito, como de la vinculación del imputado con aquel. Se trata de garantizar efectivamente la libertad

personal; por ello, solo se dictará mandato de prisión preventiva cuando existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (pp. 129-130).

En palabras de San Martín (2015):

Esta exigencia presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación y significa, entonces, que debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad de sujeto (pp. 457-458).

A decir de Rosas (2015) menciona que:

Es necesario que el juzgador aprecie de los recaudos e investigaciones realizadas que se acompañan a la denuncia, una suficiencia de elementos de prueba acerca de que efectivamente el hecho punible ha tenido lugar en la realidad, y que también se cuente con elementos de prueba que vinculen al sujeto con el evento criminal, sea en su condición de autor o partícipe (pp. 646-647).

El citado autor además reflexiona en torno a una recurrente desnaturalización de la prisión preventiva en el debate en las actuales audiencias, cuando se hace mención indebida a los actos de prueba, cuando de lo que se trata es de actos de investigación, en esa misma línea cuestiona que el debate verse además a que si hubo o no contradicciones a la prueba, cuando las contradicciones a la prueba son propias del juicio oral, todo ese inútil debate conlleva a la extensión de la audiencia.

Oré (2014) menciona:

Siguiendo lo señalado por el artículo 268. A) del Código Procesal Penal, refiere que el *fumus commissi delicti* se configura como un presupuesto material compuesto por dos elementos: uno de carácter normativo y el otro, probatorio. El elemento normativo informa que el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, es decir, que la afirmación fáctica alegada por el fiscal debe tener carácter típica, antijurídica, culpable y, en ciertos casos de faltas o de infracción administrativa (pp.140-142).

(...) Siguiendo este orden, luego de que el juez evalúe si el hecho imputado configura delito y si la construcción fáctico-normativa respeta las reglas de autoría y participación, queda pendiente examinar el segundo aspecto del presupuesto en mención. Nos referimos al estándar de prueba exigido por ley para considerar la apariencia delictiva del hecho materia de investigación.

Como expresa de Del Río (2016), el *fumus boni iuris* “es un presupuesto material de toda medida cautelar que importa un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva y, en el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado” (p. 158).

Agrega el autor: el nuevo Código Procesal Penal, “regula un régimen probabilístico” a partir del cual, la prisión preventiva – calificada como la medida cautelar procesal más grave que prevé el ordenamiento jurídico - pueda ser aplicada. Además, se exige una imputación delictiva y elementos que arrojen un alto grado de probabilidad en relación a la responsabilidad del imputado y, una prognosis superior a los 4 años.

Por su parte Sánchez (2009) sobre este presupuesto material refiere:

Que la ley exige la necesidad que tiene el juez de evaluar los elementos de convicción (prueba) que acompaña el Fiscal en su pedido, de tal manera que sirvan para sustentar la imposición de la medida, es decir, la labor investigadora preliminar debe relacionar al imputado con la comisión del delito. En caso de existir suficiencia probatoria sobre el delito, pero sin vinculación con el imputado no satisface este presupuesto (pp. 337).

A su turno Palacios (2018) señala que:

Para que se ordene la prisión preventiva del imputado deben concurrir fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que se ha cometido el delito y que en este ha sido autor o partícipe el investigado; no implica que tenga que darse la certeza y la objetividad de datos que son necesarios para producir la condena, por el

contrario es un límite al ius puniendi, característico de un Estado de derecho, que a través de esta medida afecte de manera directa a un derecho fundamental. Ahora bien, como se trata de una medida coercitiva-cautelar de carácter instrumental y provisional, no se exige que el órgano jurisdiccional tenga ya la certeza de la responsabilidad penal del imputado. El grado de conocimiento que debe haber adquirido el Juez de la Investigación preparatoria en torno a la vinculación del imputado con el delito, es el de la sospecha razonable (p. 143).

Nosotros desde una perspectiva negativa, para mejor explicar el presupuesto material de los fundados y graves elementos de convicción asumimos que no se requiere la acreditación de la certeza del hecho, no implica un análisis de la responsabilidad del agente propio del juicio, no implica una valoración de “medios probatorios”, no exige someter los elementos de convicción al principio contradictorio que es propio del juicio oral. Ahora desde una perspectiva positiva, sí implica la exigencia de sospecha grave o fuerte, sí implica la valoración de actos de investigación que constituyan elementos de convicción tanto de la comisión del delito como de la vinculación del imputado, sí implica la valoración de actos de investigación idóneos pertinentes, conducente y útiles tanto de los ofrecidos por la fiscalía como de los ofrecidos por la defensa.

b.- El Acuerdo Plenario N° 01-2019/ CIJ-116, Prisión Preventiva: Presupuestos y Requisitos, La denominada Sospecha Fuerte - Corte Suprema de Justicia de la República (2019).

Se trata del único acuerdo plenario en materia de Prisión Preventiva, emitido por la Corte Suprema de Justicia en el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales, Permanente, Transitoria y Especial, el 17 de septiembre del 2019, conforme al artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este acuerdo plenario se aparta del tradicional nombre de “fundados y graves elementos de convicción” como de manera clásica se denominó al primer presupuesto material de la prisión preventiva previsto en el artículo 268 literal a) del Código Procesal Penal y en su lugar desarrolla “La sospecha fuerte”, como un único presupuesto e imprescindible, que desde una perspectiva de

argumentación de la proporcionalidad consideramos más acertada. A continuación, hacemos un resumen de los fundamentos jurídicos 24 al 27, que constituyen doctrina legal, sobre este primer supuesto.

Sospecha fuerte. - Presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, también se le denomina “sospecha grave y fundada”, tal como está definido por el artículo 268, literal “a”, del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del Fiscal. Citando a Calamandrei, la sospecha es “un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal”. El término “sospecha” debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como “el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatórios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones”. Se trata, entonces, de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina que la prisión preventiva dispuesta sea arbitraria, inserta una exigencia de racionalidad- que incluye la solidez- de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones de libertad arbitrarias.

Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo “racional” dependerá del conjunto de las circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos, según las máximas de la experiencia y del normal sentido común.

La sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre la base más estrecha de resultados investigativos provisionales, puede ocurrir que se dicte una prisión preventiva, aunque no se asegure que el caso llegará a juicio oral – la sospecha fuerte se mantiene o relativiza o excluye de acuerdo con el avance de las investigaciones, por tratarse de

un juicio de probabilidad- sujeto a la evolución de las investigaciones-, “aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse”. (FJ.24°)

La verificación de esta sospecha fuerte requiere, para atribuir un delito “el examen de las fuentes- medios de investigación o de las fuentes –medios de prueba lícitos”, la prueba solo puede revestir licitud, la que puede ser acopiada de preferencia por el fiscal, así como por la defensa, una vez analizada con “inferencia razonable”, se puede concluir que el imputado es fundadamente sospechoso; ello implica “que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado” el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la sentencia condenatoria (no se exige certeza), entre tanto la “sospecha suficiente” es la simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena.

El juicio de probabilidad debe sustentarse “en criterios objetivos solidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 3ro.)”; implica “contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria” ... Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad, permite sostener “que el imputado ha cometido el hecho delictivo – como autor o como partícipe – y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad” (FJ. 25°)

Para el juez, la probabilidad que justifica el mandato de prisión a diferencia de la certeza, es que la última, es el resultado de la actividad probatoria desplegada en juicio que lo conduce al resultado de la verdad, mientras que con el alto grado de probabilidad que justifica la prisión, “no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella” “...Los datos o elementos que aportan las fuentes – medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables”. (FJ. 26°)

Más adelante alcanzamos un esquema comparativo de la regulación de este primer presupuesto entre la regulación del Código Procesal Penal y El Acuerdo Plenario 1-2019 sobre Prisión Preventiva.

II.- Prognosis de Pena

a.- Análisis Doctrinario

Para Rosas (2015):

El juez debe hacer un pronóstico de la pena en caso que la causa llegue hasta la sentencia sin variación alguna, durante el estadio del proceso en que se analice la posibilidad de imponer la detención. Y el presupuesto se da por cumplido cuando pronostica que la pena probable a imponerse sea superior a cuatro años de privación de la libertad. Adviértase que la ley no se refiere al máximum o mínimum de la pena establecida para el delito (pena conminada), sino a la pena que pueda merecer la agente merced al razonamiento jurídico, teniendo en cuenta el marco legal abstracto (identificación de la pena conminada para el delito aperturado), el marco legal concreto (relación de la sanción conminada en la Parte Especial de Código Penal en la Parte Especial, como tentativa, error de prohibición, complicidad, etc.) (p. 647).

Por su parte Cáceres (2009), opina que: “siguiendo lo dispuesto por el artículo 268 numeral “b”, del Nuevo Código Procesal Penal, refiere que para la aplicación de la prisión preventiva la sanción a imponerse debe ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad” (p. 231).

En palabras de Oré (2014), “dado que la prisión preventiva se configura como la medida de coerción más severa que se puede aplicar al imputado, su procedencia debe encontrarse reducida a un número de delitos cuyo reproche social es ciertamente alto” (p. 147).

De esta forma, el legislador ha restringido normativamente esta medida de coerción para los casos donde la sanción a imponerse por el delito materia de investigación sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad (arts. 135 de 1991 y 268.2 CPP de 2004).

Siguiendo a Palacios (2018):

El Juez deberá llevar a cabo una prognosis de pena, para ello deberá cumplir con los principios de lesividad, proporcionalidad y las reglas del concurso de delitos. Vale decir, debe acudir a la Parte General del Código Penal con el fin de establecer las circunstancias personales para aplicar la pena, las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas o las causas de justificación incompletas que se pueden presentar en el caso concreto (p.145).

Sobre la prognosis de pena, en nuestra opinión debemos centrarnos actualmente en la aplicación de la ley N° 30076 publicado el 19 de agosto del 2013, cuyo artículo 2° incorporó el artículo 45°-A del Código Penal, que regula la individualización de la pena, a partir de la aplicación del denominado “Sistema de Tercios”, partiendo de la identificación del espacio punitivo de la pena prevista en la ley o denominada pena abstracta, sobre la cual se evaluará la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico, de existir solo atenuantes, se propondrá la pena dentro del tercio inferior, de concurrir tanto atenuantes como agravantes, se situará en el tercio intermedio; y, de identificarse solamente circunstancias agravantes, se ubicará la pena en el tercio superior.

Así mismo se evaluará la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas, las cuales tienen la entidad suficiente para fijar la pena por debajo del tercio inferior si solo concurren atenuantes, por encima del tercio superior si solo concurren agravantes, y dentro de la pena básica si concurren ambas.

Este ejercicio de aplicación del denominado sistema de tercios, si bien resulta propio de la individualización de la pena, para el caso de la aplicación de una condena fruto del desarrollo de un juicio oral, conforme a los principios y reglas de esta etapa estelar, resulta también siendo propio para evaluar el segundo presupuesto material de la prisión preventiva, pero claro está desde una perspectiva provisional, excepcional, instrumental y proporcional.

b.- El Acuerdo Plenario 1-2019 sobre Prisión Preventiva y el “delito grave” como el Primer Motivo de la Prisión Preventiva, en reemplazo al término “Prognosis de Pena” - Corte Suprema de Justicia de la República (2019).

El Acuerdo Plenario 1-2019, conforme con la doctrina contemporánea, ya no hace referencia a la denominada “prognosis de pena”, como aparece en la regulación del Código Procesal Penal, sino más bien deja de denominarla como “presupuesto material” y ahora la considera el primer motivo de la prisión preventiva, con la denominación “delito grave”. A continuación, hacemos un resumen de los fundamentos jurídicos más relevantes 34 al 37.

Los motivos de prisión preventiva, a diferencia del presupuesto imprescindible que es “la sospecha fuerte”, constituyen los requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal.

Delito grave. El artículo 268 del Código Procesal Penal, coherente con el principio de proporcionalidad al establecer “que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad” fijó “un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto”– ello en concordancia con el artículo 57 del Código Penal, siendo de aplicación las disposiciones del Código Penal; y, teniendo en cuenta

además si se trata de concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes.

Los ejes del delito grave: El delito grave se debe abordar desde 2 niveles de análisis: 1. Gravedad y características del delito imputado 2. Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, considerando las concretas circunstancias del caso y las características personales del imputado. Si el pronóstico de pena concreta no resulta superior a cuatro años de privación de libertad, se diluye la gravedad del delito y no cabe analizar el peligrosismo procesal por lo tanto corresponderá imponer la comparecencia. “El juicio de proporcionalidad estricta así lo demanda, sin excepciones”. (FJ. 34, 35, 36)

En el caso de delitos especialmente graves, con penas elevadas en este punto siguiendo al legislador penal, se debe situar la pena concreta, si resultara por ejemplo, cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de quince años, que excedan los límites mínimos legalmente previstos, se asumirá que es un “requisito necesario pero no suficiente para imponer mandato de prisión preventiva”, por lo que también se requerirá la presencia del preligrosismo procesal; aunque “no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente– grado inmediatamente inferior a la sospecha fuerte”..., pues frente a una pena elevada, esta constituye una situación constitutiva del riesgo de fuga-, y “que hace más probable el peligro para el debido cauce del proceso y, por tanto, marca una pauta sólida de riesgo de fuga”. (FJ.37)

III.-Peligro Procesal o Peligrosismo Procesal o Periculum in mora

a. Según la doctrina.

Siguiendo a Palacios (2018) “el peligro procesal constituye el presupuesto material de toda medida cautelar, se compone del peligro en la demora. El peligro procesal es un juicio probatorio de probabilidad que demostraría el peligro de fuga que se presenta al momento de la apertura del proceso penal” (pp. 146-148).

El autor citado, agrega que a este presupuesto también se le conoce como peligrosísimo procesal, explica que a su vez comprende dos variantes: Peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria y peligro de fuga.

- *Ausencia de peligro probatorio*: Esta variante consiste en el poder fundar racionalmente que el imputado con su comportamiento, obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica. La determinación del peligro probatorio supone que el juez cautelar determine el medio de prueba en peligro de actuación o conservación y la causa por la cual el imputado pone en riesgo la misma.
- *Ausencia de peligro de fuga*: El peligro de fuga consiste en el poder fundar racionalmente que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de la eventual condena.

En relación al peligro de fuga el autor nos explica la concurrencia de dos criterios:

El primer criterio abstracto. - Mediante el cual la gravedad de la pena probable permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga.

El segundo criterio concreto. - Supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado para establecer el riesgo de fuga, dado que la comprobación de la existencia o inexistencia de “raíces” como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona, permitirán determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal.

Para Sánchez (2009) “la aplicación de la prisión preventiva exige la verificación del peligro procesal. El legislador ha considerado importante establecer las dos manifestaciones del peligro procesal y los criterios que deben de observarse en cada caso: peligro de fuga y peligro de obstaculización” (pp. 337-339).

Criterios del peligro procesal por temor de fuga: El autor citado prefiere sujetarse a los criterios que el mismo Código Procesal Penal describe para determinar el peligro por “temor de fuga del imputado” son los siguientes:

1° El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio residencial habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las finalidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

La explicación de este criterio basado en aspectos de índole personal, familiar, y laboral permite establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes está en las condiciones de residir en el lugar de la acción de la justicia.

El autor explica con el siguiente ejemplo: si el imputado comienza a vender sus bienes o sus familiares empiezan a salir del país o se van de viaje, se puede presumir que hay peligro de fuga. Otro criterio objetivo descrito por el autor se refiere a las facilidades que tenga el imputado para fugar u ocultarse, relacionado con la naturaleza de su trabajo, medios económicos, medios de transporte, etc., un ejemplo concreto expone el autor sería el caso de que el imputado y sus familiares realicen trámites para la adquisición de pasaportes o pasajes.

2° La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, que constituye un elemento de mucha carga subjetiva (y que se encuentra más en la esfera del imputado) dado que el delito que se le imputa prevé al imputado una sanción penal muy severa y ello puede generar que trate de eludir la acción judicial, como sucede en los delitos de homicidio calificado o agresión sexual de menores, en donde la pena a imponer resulta ser una razón de temor, y de posible fuga.

3° La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él. Es del caso analizar la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a

ello, analizándose el hecho de que haya huido de la escena del delito abandonando a la víctima o quizás socorriéndola o prestando auxilio, etc.

4° El comportamiento procesal del imputado o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Constituye un criterio a considerar la conducta procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal; o, caso contrario, que el imputado manifieste intento de fuga al momento de la intervención policial, incluso, repeliendo la intervención de la fuerza pública.

Criterios del peligro procesal por temor de obstaculización: Desde una perspectiva del análisis de la regulación del Código Procesal Penal el autor hace mención a los criterios que configuran el peligro de obstaculización siempre bajo “el riesgo razonable de que el imputado”, pueda incurrir en los siguientes comportamientos:

1° Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. El peligro radica en el hecho de que el imputado en libertad pueda incurrir en alguna de las acciones señaladas, naturalmente, deben existir elementos materiales de juicio para establecer que el imputado podrá alcanzar estos objetivos.

2° Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Cabe analizar en este apartado la posibilidad de que el imputado pueda influir en sus coprocesados, agraviados o testigos para que dispongan o informen indebidamente o no cumplan con los mandatos judiciales.

3° Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El legislador ha previsto la posibilidad de que el imputado pueda utilizar a terceros a fin de que procedan a ejercer influencias en las personas indicadas en el apartado anterior.

Por su parte el Dr. San Martín (2015), refiere que el peligrosísimo procesal:

Como prefiere llamarlo, es el presupuesto principal. Se concreta en cualquier acción que pueda realizar el imputado, estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia o la finalidad legítima del proceso. La naturaleza del delito y la gravedad de la pena no son suficientes, no pueden aplicarse automáticamente. No se puede justificar la privación procesal de la libertad bajo presunciones de orden criminal, aunque tal posición no se deriva de la garantía de presunción de inocencia –como señaló la STC n° 1802-2005-HC/TC, de 29-04-05, (Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte) sino del principio de proporcionalidad. La gravedad y la modalidad del hecho constituyen, en línea de principio, un factor genérico para afirmar la peligrosidad, que, en todo caso debe ser concretado con las particularidades del caso concreto (pp. 458-459).

Considera también el citado autor que debe constatarse la presencia de los dos peligrosísimos legalmente previstos: de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*- y de obstaculización (arts. 268.1c y 269-270 NCPP) –con lo que nuestra legislación asume una postura intermedia o teoría de los dos peligros-, refiriéndose al peligro de fuga y de obstaculización.

1) *El Peligro de fuga*: Refiere el autor que le corresponde al juez “estimar la acreditación de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga”. Tomando en cuenta los criterios o circunstancias que acreditan tal condición que el CPP describe, y “en atención a las condiciones objetivas y subjetivas que pueden propender la fuga”, son los siguientes:

Las circunstancias vinculadas a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo –que tiene un carácter objetivo-. Sobre ello el Dr. San Martín alcanza el siguiente ejemplo: los lazos familiares del imputado, si su familia vive con él –sustenta a la unidad familiar-, del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país o en su localidad, y finalmente si tiene un domicilio conocido dentro de la jurisdicción, con total cierto además previene el autor “que el análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino que se debe ponderar la calidad del arraigo”. Concluye que es legítimo imponer una prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no aleja el riesgo fundado de fuga.

La gravedad de la pena esperable, criterio que establece el legislador para prever si el imputado piensa fugarse, pues es una información que el imputado puede valorar teniendo en cuenta el marco de la pena a esperar en una eventual sentencia condenatoria, aunque es de acotar que este criterio, por más que la pena conminada sea muy grave, no exime al juez de una consideración individual de las circunstancias específicas del caso.

La importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a él –si auxilio a la víctima o la abandonó, etcétera-. Este criterio es criticado por el autor quién lo califica como “desacertado”, al considerar que “condiciona la valoración de la conducta del proceso frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima”. La explicación a ello se traduce en la posibilidad de que se puede “salvaguardar la futura reparación de la víctima mediante la adopción de otras medidas idóneas mediante el embargo o incautación”.

El comportamiento del encausado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, sobre este criterio según el autor se deberá evidenciar si el investigado “se pone a derecho una vez se entere del emplazamiento judicial, y cómo fue su conducta procesal en otras causas”, un ejemplo idóneo alcanza el autor sería el caso de una fuga consumada lo cual “nos da una pauta fiable del comportamiento futuro del imputado”.

La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración, criterio que se habría incorporado y que opina el autor citado “debe ser valorada junto con el resto de criterios o circunstancias, pues su sola existencia no es requisito sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva” (RA N°. 235-2011-P-PJ – circular sobre prisión preventiva), acota que “la integración como criterio de prisión preventiva sería más sólida si el imputado esté en posibilidad de servirse de la organización criminal para eludir la acción de la justicia, esto es, si sería un líder o cuadro regional o con algún nivel de mando y responsabilidad”.

2) *Peligro de obstaculización*: Sentencia el Dr. San Martín que: el riesgo de destrucción de pruebas debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción. El juez debe evaluar la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en la libertad.

Agrega: Las fuentes de prueba pueden ser afectadas por la conducta del imputado. Y en remisión a lo descrito por el Código Procesal Penal expone: Un conjunto de tres comportamientos relevantes incorpora el artículo 270 del NCPP: destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de elementos de prueba; influencia sobre órganos de prueba para que informen falsamente, desleal o reticentemente; e inducción a otros a realizar tales conductas. La decisión tendrá en cuenta la relevancia de las fuentes de prueba para el enjuiciamiento del objeto penal, y

la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de pruebas o quienes pudieran serlo.

b.- El Acuerdo Plenario 1-2019 sobre Prisión Preventiva y sus Consideraciones sobre “el Peligrosismo Procesal”, como 2º motivo o requisito de la Prisión Preventiva. Corte Suprema de Justicia de la República (2019)

El Acuerdo plenario 1-2019, sobre Prisión Preventiva, desarrolla el peligrosismo procesal, ya no dentro de los tradicionales presupuestos materiales de la prisión preventiva conforme al esquema que propone el Código Procesal Penal, sino que lo cataloga como un segundo motivo, antecedido del primer motivo que es la gravedad de la pena. A continuación de manera resumida alcanzamos los principales fundamentos jurídicos que explican su esencia e interpretación.

Peligrosismo procesal (periculum libertatis). Este peligrosismo “es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que están llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción”.

El Código Procesal Penal se adscribió a “la teoría de los dos peligros para justificar convencionalmente y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización”. Se requiere sólo de uno de ellos para dictar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos. Se consideran “situaciones constitutivas del riesgo”, y “circunstancias acreditativas del riesgo”. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica la prisión preventiva.

Con el periculum libertatis se establecen los fines de la prisión preventiva y legitima su constitucionalidad. Además, aparta a la prisión de tener como función “la de anticipar la pena, la

de calmar la alarma social o la de ser un instrumento de la investigación penal”- limitando a que se pueda ordenar el ingreso o salida del penal “en función de la actitud que adopte el investigado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos”.

Los motivos que justifican la prisión preventiva se vinculan en forma directa con los fines del proceso: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material, en un contexto donde también se reclama que la utilización de la coerción estatal sea racional, proporcionada a sus fines y sólo se utilice como última posibilidad para la solución del conflicto que el derecho penal define como delito... (FJ.39).

Para la acreditación del riesgo el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa –lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo de muy difícil concreción-, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta, en todo caso, su determinación obliga al juez a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas (FJ.40).

Peligro se fuga. Que como premisa se debe sustentar en:(i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia, conforme al literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal, lo cual debe ser valorado desde “datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva”.

El artículo 296 del citado Código describe cinco “situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro”, o “tipologías referenciales” consideradas en números apertus: “1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país- no, simplemente, de viajar al extranjero- o permanecer oculto. 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para

repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal– tal vez, el criterio rector en la materia-. 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas”.

El fin primordial de evitar el riesgo es “la realización plena de la tutela jurisdiccional”: caso contrario se frustraría la futura ejecución de la pena y el desarrollo normal del proceso pena. Estas “situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal” son datos determinantes para medir un mayor o menor peligro, los que se deben valorar de modo concreto, individual y no de forma general se requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descritas y el peligro latente de que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

De estas “situaciones específicas constitutivas del riesgo de fuga”, destaca, *las características del delito, así como la gravedad del mismo de la pena*. Al respecto resulta lógica el razonamiento “que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida”, en esa línea a mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, se generaría una grave frustración de la acción de la Administración de Justicia afectándose los fines perseguidos por la justicia, por lo que al inicio de la investigación se debe conocer con elementos objetivos, las características del imputado – como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera. (FJ.41)

Lineamientos del peligro de fuga.- Son tres lineamientos: (i) que se invoquen como tales, como justificativas de peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo –sin ello no se justifica la prisión; (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a

sostener la existencia del peligro concreto de fuga – no hace falta, se requiera que el imputado intente de veras escaparse; “solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo”.

Para el pronóstico de peligro de fuga *deben ponderarse* todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, evitarse meras presunciones de los hechos o datos en los que se basa este peligro –las situaciones específicas constitutivas de riesgo procesal- únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la sospecha fuerte. No se trata de un convencimiento cabal de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa (FJ. 42)

Para determinar el posible riesgo de fuga no es suficiente atenerse únicamente a la pena previsible, “los automatismos no son de recibo”- este peligro no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, tiene que agregarse a la pena previsible y a la naturaleza del delito- además de la calidad del aporte del imputado al hecho delictivo, si se trata de codelincuencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado su personalidad y sus circunstancias particulares, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga, con ello el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, ello en plano de análisis de otras medidas ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no puede justificar la prisión preventiva.

La pena amenazada sólo puede justificar la prisión preventiva si de ella- y además del resto de factores “se deducen indicios bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida en cuestión”. No son suficientes las posibilidades de fuga, sino, sobre todo acreditar que el investigado piensa hacer uso de dichas posibilidades. (FJ. 43)

Dos criterios de peligrosidad de fuga. (i) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable- que pueden ser únicos al inicio de la investigación- permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga- ; y, (ii) el criterio concreto referido a las circunstancias personales y sociales del imputado, como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona permitirá determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal; No se trata de una aplicación automática de la prisión preventiva, se requiere “valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga.

Los otros factores que también se deben valorar como peligro de fuga se relacionan a los vínculos del investigado con organizaciones criminales, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, además de la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado- que son los datos más usados, pues a contrario sensu se entiende, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga, mientras que en sentido contrario se fortalece el peligro de fuga con la presencia de antecedentes penales o de haber huido o intento de fuga, o de contumacia, o de incomparecencia injustificada ante citación de la fiscalía o del Juez. (FJ. 40 - 43)

Los otros factores como son: la avanzada edad o salud del imputado, la movilidad y contactos internacionales del imputado, su nacionalidad, deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto, como podría ser también un indicio de fuga el hecho de no devolver el dinero o bienes del que presuntamente el imputado se habría apropiado y que podría estar usando en su provecho. (FJ. 44)

El factor tiempo –Resulta también un criterio relevante que debe ser considerado en los primeros momentos de la investigación - no son los mismos que los que deban exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento- un mayor peso adquieren en los primeros momentos, por la falta de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo inculgado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza. Por lo tanto, si en un principio- momentos iniciales del procedimiento de investigación- cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y posible pena, en el transcurso del tiempo en aplicación de la medida se exige que ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces, varía o es diferente según el momento procesal en que debe disponer o ratificar la prisión preventiva, el transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el exterior, comportamiento procesal.

Empero también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de investigación o de prueba, el peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque en menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas: vínculos

familiares, laborales y otro; y, segundo que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que con el avance de la investigación y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. (FJ 45, 46)

Peligro de Obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal, identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)- el que se sustentará en datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas- requisito de carácter procesal; y que trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse- atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propio del proceso penal. Por tanto, se trata de un motivo suficiente para disponer la prisión preventiva, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos. (F. 47. °)

Situaciones específicas El artículo 270 del Código Procesal Penal, identificó tres situaciones específicas constitutivas del riesgo o peligro de obstaculización, de modo enumerativo no taxativo: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba- en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales-. 2) Influirá para que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos- órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales-informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente-. 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones-datos indicadores o materiales, consolida que el imputado, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. No se puede deducir automáticamente la concurrencia de estas circunstancias, se debe fundar en circunstancias determinadas. (FJ. 48.°)

Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad que tenga

el imputado de obstaculizar la prueba, debe fundamentarse en un peligro efectivo de la investigación que será impedido por la libertad del acusado, se ha de valorar y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta. (FJ. 48.º)

Se trata de garantizar la denomina “protección pasiva” de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba.

Los fines del peligro de obstaculización: (1) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, estos es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, (ii) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad de imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo. (FJ. 50)

Rige el principio de la no auto incriminación, el imputado, no tiene la obligación de descubrir las fuentes de investigación o de prueba que puedan incriminarle o de aportarlas al proceso – el ius tacendi tiene una jerarquía constitucional enraizada en la garantía de defensa. El precepto en cuestión pretende evitar que el imputado destruya huellas o vestigios materiales del delito, o que altere documentación que puede relacionársele con su comisión, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos en su contra, etcétera – en pureza, oculte medios de investigación o de prueba decisivas para el resultado del proceso; el antídoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa.

La complejidad de la causa, no encuadra dentro del peligro de obstaculización. Y la imposición de la prisión por dicha razón resultaría, una muestra de la “impotencia del investigador”, o ineficiencia, lo cual implicaría utilizar la prisión preventiva como instrumento de “presión” ilegítima sobre el encausado, o “tortura indagatoria”. (FJ. 51)

Debilitamiento o disminución del peligro de obstaculización, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas; o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada, o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos. (FJ.52)

Las circunstancias acreditativas del riesgo de obstaculización, deben ser graves “como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción o recurriendo a la medida de seguridad procesal de protección de testigos y peritos”; debe evaluarse la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, es del caso averiguar primero, la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado; y, segundo, cuando ello no sea posible, es de analizar si por el hecho de que esté el imputado en libertad es más sencillo que oculte pruebas. (FJ.53. °)

Este peligro incide en riesgos de la comisión por el imputado, de conductas determinadas que develen su intención de suprimir las pruebas. Si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia de los testigos agraviados incluidos peritos o coimputados. (FJ.54. °)

En relación al tiempo, el peligro de obstaculización, desde una perspectiva dogmática, a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que este último peligro. Es una causal de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida, a diferencia del peligro de fuga que sí puede tener esa presencia- pues tal peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado

con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal. Por ende, el plazo de duración debe ser tendencialmente más breve y no necesariamente igual que el correspondiente al peligro de fuga. (FJ. 55.º)

Más adelante desarrollamos un cuadro comparativo, el que nos permitirá de manera más didáctica explicar las diferencias que se plantean entre la regulación de los artículos 268, 269, 270 del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario 1-2019.

B. Presupuestos Formales de la Prisión Preventiva

De manera uniforme la doctrina peruana mayoritaria, considera como presupuestos formales de la prisión preventiva a:

- I.- La audiencia de prisión preventiva
- II.- La decisión del Juez, o el auto resolutorio de la prisión preventiva.

I.- La Audiencia de prisión preventiva

a.- Desde la Doctrina

Para Palacios (2018):

El objetivo de la audiencia es determinar la procedencia de la prisión preventiva. En este sentido, tanto la defensa como el fiscal sustentarán sus respectivas pretensiones y el juez penal verificará si concurren en el caso los presupuestos materiales de la prisión preventiva normados en el artículo 268 del CPP. El mismo autor hace la atinencia que: Se entiende que en esta audiencia no se debatirá en torno a la responsabilidad penal del imputado. En forma concreta las partes se limitarán a afirmar o negar que existe el *fumus boni iuris*, que la prognosis de pena no es superior a cuatro años de pena privativa de la libertad o que no existe el *periculum in mora* (p.149).

Sobre las reglas de la audiencia el mismo autor acota: La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor: el defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. Siempre deberá notificarse al propio imputado y a su defensa. Rige en lo pertinente para el trámite de la audiencia, lo dispuesto en el artículo 8 del CPP, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de ninguna postergación. El juez de la investigación preparatoria incurre en responsabilidad funcional sino realiza la audiencia dentro del plazo legal. El fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.

Siguiendo a Rosas (2015):

Es una de las novedades que trae este modelo procesal, y que forma parte del sistema de la oralidad, es que para que el juez de la investigación preparatoria resuelva el pedido o requerimiento de parte del representante del Ministerio Público sobre la prisión preventiva es que se tenga que convocar a una audiencia pública donde en mérito al principio de publicidad y contradicción se disponga lo más conveniente. De este modo el Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia o no de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio (p. 657).

Comenta el mismo autor que la introducción de la audiencia regulada en el artículo 271 del Código Procesal Penal del 2004, “es el modo de garantizar la oralidad que se impregna en el modelo de corte acusatorio, donde, sin duda ha tenido como la finalidad más relevante la de permitir la contradicción en el dictado de medidas precautorias, además de imponer de un modo

público la revisión sobre la vigencia de las medidas cautelares por la trascendencia que estas tienen para los sujetos del proceso y por supuesto para la comunidad toda”.

Al respecto desde un análisis comparativo, nos viene al recuerdo que en el sistema mixto, impuesto por el Código de Procedimientos Penales y normas conexas, el mandato de prisión provisional se emitía por escrito, el fiscal al solicitar la formalización del proceso en el extremo, otro sí, con una breve fundamentación y poco detallada solicitaba la prisión preventiva, y el juzgado por su parte emitía un auto escrito y en un extremo también escueto se decidía la restricción de la libertad, sin previa citación o conocimiento del imputado, sin posibilidad de que pudiera oponerse a la solicitud, sin que pudiera ser escuchado en audiencia, teniendo como única posibilidad el apelar al mandato, por lo general una vez ejecutada la detención por la policía.

b.- El Acuerdo plenario 1-2019, sobre Prisión Preventiva y sus recomendaciones en torno a la Audiencia de la Prisión Preventiva - Corte Suprema de Justicia de la República (2019).

El Acuerdo Plenario 1-2019, alcanza importantes recomendaciones sobre el desarrollo de la audiencia de la prisión preventiva, a continuación, exponemos de manera resumida los fundamentos jurídicos relevantes sobre el tema.

Se debe procurar que las partes aporten información de calidad al Juez de investigación preparatoria esto que “el conocimiento de los cargos y de las fuentes –medios de investigación o de prueba sea efectivo”, el debate debe incidir en lo esencial y lo nuclear de la pretensión del fiscal y de la resistencia de la defensa. Se recomienda que la audiencia sea ágil y célere, sin permitir una exagerada y tediosa exposición, audiencias largas y argumentos repetitivos. “Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relevar el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia”.

El juez debe precisar el tiempo único- que las partes tienen para fijar sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible. El desarrollo de la audiencia tendrá como base el artículo 20 del reglamento de audiencias, aprobado por la resolución Administrativa 096-2006/CE-PJ, que regula la dirección de la audiencia a cargo del juez y el orden en la intervención de las partes.

Se impone al juez la obligación de verificar “la correspondencia de las afirmaciones fácticas de las partes con los hechos discutidos y las exigencias de la ley, así los datos o medios de fuentes –medios de investigación o de prueba expuestos en su desarrollo” Se aparta del artículo 22 del ya citado Reglamento de Audiencias, que limita al Juez a basar su decisión “en la información que surja del debate contradictorio realizado en audiencia”-.

El juez, dentro de su rol activo dirige el debate controlando “la pertinencia y coherencia de las argumentaciones, su correspondencia con los hechos y el material instructorio o probatorio, su validez jurídica, y apreciar las fuentes – medios de investigación o de prueba conforme a la sana crítica judicial, y, de otro lado ponderar los razonamientos jurídicos de las partes”.

En relación al tiempo del debate se debe “fijar un plazo único de duración de las intervenciones-tendencialmente breve- y ser muy exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos – las exposiciones han de ser verdaderas, desde los datos de la causa- con información de calidad, sucintas y enfocarse en los aspectos centrales del caso. El juez tiene la dirección material de la audiencia- no ha de permanecer pasivo- y debe, por lo tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a la vez, garantizar su brevedad y rigor”. (FJ. 67.º)

II.- El Auto Resolutorio de Prisión Preventiva

a.- Desde la Doctrina

Palacios (2018) nos enseña: “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes” (p. 150).

Se entiende que la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho se referirá a los presupuestos materiales para dictar la orden de prisión preventiva o para denegarla ante su inconcurrencia. La motivación de este auto deberá contener, además el necesario juicio de proporcionalidad en torno a la pertinencia de la prisión preventiva en comparación a otras medidas coercitivo- cautelares de menor gravedad, (comparecencia restringida, arresto domiciliario, etc.).

Rozas (2015) por su parte, explica:

Que el auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente y la invocación de las citas legales correspondientes. El juez de investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso (p. 657).

b.- El Acuerdo Plenario 1-2019 y sus Consideraciones sobre el Auto de Prisión Preventiva - Corte Suprema de Justicia de la República (2019).

El Acuerdo plenario 1-2019, alcanza reflexiones en torno al contenido del auto de prisión preventiva, lo cual complementa sin duda, la forma en la que el Código Procesal Penal en el artículo 271 ha venido regulando el auto de prisión preventiva, a continuación, hacemos un resumen de los principales fundamentos sobre el tema:

Especial motivación, reforzada o cualificada, Alude al artículo 271, apartado 3, del Código Procesal Perú, que regula la motivación de la prisión preventiva, pero resaltando una característica

singular del auto de la prisión preventiva a diferencia de cualquier resolución y es que será “especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada)”,- ello implica el análisis desde la ponderación “de todos los extremos que justifican su adopción” y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que la justifican.

Resalta también la obligación de que el auto se emita oralmente en la misma audiencia, sin mayor dilación, conforme al párrafo 2 del artículo 271 de la norma procesal, lo cual no contraviene que el mismo sea transcrito en acta, en virtud a la relevancia de la resolución, conforme a lo establecido por el 3 del artículo 271 del Código Procesal Penal, y el artículo 123, apartado 1, del mismo Código y, en lo pertinente, en el artículo 122 del Código Procesal (FJ. 68. 69.)

Se justifica que la necesidad de que la resolución conste también por escrito, obedece a una norma de orden constitucional, el artículo 139, inciso 5, de la Constitución, al igual que el artículo 2, numeral 24, literal f), de la Constitución- para casos de privación procesal de la libertad personal-. Y se justifica en la necesidad de que las partes y la ciudadanía conozcan el tema en discusión, se sepan las razones de hecho y de derecho adoptadas y se advierta por qué el juez decide de una u otra manera, y a que, una vez proferida la resolución, ésta conste en un archivo seguro y no pueda ser alterada o manipulada, a la vez que pueda consultarse por la opinión pública, en el modo y forma de ley- que es la expresión de la garantía de publicidad y del principio de transparencia. (FJ. 70.º)

La escrituralidad de la resolución además de brindar estabilidad y seguridad, no solo concreta la efectividad de la garantía de motivación sino también permite “el control por las partes y la sociedad” y, “el conocimiento de sus términos por los demás órganos jurisdiccionales en los supuestos de impugnación”. Lo dicho se vincula con la función endo procesal y extra procesal de la motivación.

Se trata, en suma, de que la resolución del juez pueda ser conocida y se establezca en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierto y seguro, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda. (FJ.71°)

Desde una óptica de la seguridad de la resolución se adoptan medidas: primero, que en el acta de la audiencia quede fijada la resolución, su explicación, sentido y decisión, con los elementos que la constituyen- recuérdese que toda actuación procesal se documenta en el acta (artículo 120, apartado 1, del Código Procesal Penal)-; y, segundo, que en el audio o video quede debidamente registrado lo acontecido en la misma (reproducción audiovisual de la actuación procesal: artículo 120, apartado 3, del citado Código) y, especialmente, las expresiones del juez, mediante la palabra hablada, que constituyen la base material de la resolución oral.

Forma parte de las medidas de seguridad, el evitarse que la reproducción de audio o audiovisual pueda, por dolo, negligencia o accidentalmente, borrarse- total o parcialmente- o alterarse, y para ello el acta sigue siendo indispensable, bajo las directivas del artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal, Por ende, la documentación de la actuación procesal, materia de la audiencia de prisión preventiva, a través del acta no puede eludirse en modo alguno.

2.2.2.5. Esquemas comparativos, regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del 2004 (artículo 268 y siguientes) y el acuerdo plenario 1-2019 /cij-116 sobre prisión preventiva, presupuestos y requisitos.

Sin duda el Acuerdo Plenario 1- 2019 emitido el 10 de septiembre del 2019, en el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, constituye un gran aporte de la Corte Suprema de Justicia para la unificación de criterios sustanciales en torno a la prisión preventiva y definir la doctrina legal correspondiente, por tanto su aplicación resulta de carácter

obligatorio, cuanto menos para los operadores jurídicos, por lo que no es admisible en la actualidad que un incidente de prisión preventiva no se tramite bajo la aplicación de este acuerdo plenario que contiene criterios sustanciales innovadores e interpretaciones constitucionales sobre la prisión preventiva, por lo que constituye un complemento obligatorio a la regulación legal de la prisión preventiva, vale decir al artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal.

En virtud a lo expuesto y en el ánimo de conocer mejor los planteamientos del Acuerdo Plenario 1-2019 sobre la prisión preventiva, nos hemos propuesto realizar un estudio comparativo con la regulación vigente del Código Procesal Penal, a fin de destacar las innovaciones de la doctrina legal que aporta en virtud del artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para cuyo fin elaboramos las siguientes tablas.

Tabla 1

Estructura de la prisión preventiva

Código Procesal Penal 2004	Acuerdo Plenario 1-2019												
Presupuestos Materiales de la Prisión Preventiva. (artículo 268) a.- Fundados y graves elementos de convicción b.- Prognosis de pena c.- Peligro Procesal	I Presupuesto imprescindible de la Prisión preventiva (FJ. 24) Sospecha Fuerte o Sospecha Grave y fundada. “Preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal”. “sospecha”, estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones. conditio sine qua non de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal...”												
	II Motivos (requisitos) de la Prisión Preventiva (FJ 34)												
	<table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="2">II.1 Delito grave (FJ:35)</th> <th colspan="2">II.2 Peligrosísimo Procesal (FJ.39)</th> </tr> <tr> <th colspan="2">Ejes del delito grave:</th> <th colspan="2">*Acreditación del riesgo (FJ.40)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Del delito</td> <td>De la pena</td> <td>Peligro de fuga (FJ.41)</td> <td>Peligro de obstaculización (FJ.47)</td> </tr> </tbody> </table>	II.1 Delito grave (FJ:35)		II.2 Peligrosísimo Procesal (FJ.39)		Ejes del delito grave:		*Acreditación del riesgo (FJ.40)		Del delito	De la pena	Peligro de fuga (FJ.41)	Peligro de obstaculización (FJ.47)
II.1 Delito grave (FJ:35)		II.2 Peligrosísimo Procesal (FJ.39)											
Ejes del delito grave:		*Acreditación del riesgo (FJ.40)											
Del delito	De la pena	Peligro de fuga (FJ.41)	Peligro de obstaculización (FJ.47)										

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2

Esquema comparativo sobre el tratamiento del delito y la pena probable en la prisión preventiva según el Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario 1-2019

Código Procesal Penal	Acuerdo Plenario 1-2019		
Presupuesto Material de la Prisión preventiva.	Motivo de la Prisión Preventiva (FJ. 35) (i) Delito Grave		
b.- Prognosis de pena Artículo 268 inc.b Prognosis de Pena Superior a 4 años de Pena Privativa de la Libertad	Ejes del delito grave:		
	1.Gravedad y características del delito	2.Entidad de la pena en concreto	
		Circunstancias concretas del caso	Características personales del imputado

Fuente: Elaboración propia

Tabla 3

Esquema comparativo sobre el tratamiento del peligrosismo procesal en el Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario 1-2019.

Código Procesal Penal	Acuerdo Plenario 1-2019
Presupuesto Material de la Prisión Preventiva. c.- Peligro Procesal Artículo 268. Inc. C) Que el imputado en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad. (peligro de obstaculización)	Motivo de la Prisión preventiva (FJ. 39) (ii) Peligrosismo Procesal Acreditación del riesgo (i) los antecedentes del imputado y, (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia – existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva-.
Artículo 269. Peligro de fuga: 1.El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país- no, simplemente, de viajar al extranjero- o permanecer oculto.	FJ.41 Peligro de fuga. Tipologías referenciales 1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país- no, simplemente, de viajar al extranjero- o permanecer oculto.

<p>definitivamente el país o permanecer oculto.</p> <p>2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.</p> <p>3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo.</p> <p>4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.</p> <p>5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.</p>	<p>2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.</p> <p>3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo.</p> <p>4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal– tal vez, el criterio rector en la materia-.</p> <p>5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.</p>
<p>Peligro de obstaculización Artículo 270.</p> <p>Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:</p> <p>1.-Destruir, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.</p> <p>2.- Influirá para que coimputados, testigos, y peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.</p> <p>3.-Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.</p>	<p>Tres lineamientos el peligro de fuga: (FJ.42)</p> <p>(i) que se invoquen como tales, como justificativas de peligro;</p> <p>(ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte.</p> <p>(iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga Criterios de peligrosidad de fuga. (FJ.43)</p> <p>(i) el criterio abstracto la gravedad del delito y de la pena probable</p> <p>(ii) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado.</p> <p>Peligro de obstaculización. (FJ.49)</p> <p>1.-Destruir, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.</p> <p>2.- Influirá para que coimputados, testigos, y peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.</p> <p>3.-Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.</p> <p>Criterios:</p> <p>Requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas</p> <p>Se trata de un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la libertad del acusado</p> <p>Se debe valorar y concluir, sobre la capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción,</p>

Los fines a los que se supedita este riesgo:

(1) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal y, (ii) el peligro sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad de imputado para lograr la obstaculización FJ 50.

Disminución o desaparición del peligro de obstaculización (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices ;(ii) en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas; o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles FJ 52-,

Fuente: Elaboración propia.

2.2.2.6. Jurisprudencia nacional de la corte suprema de justicia relevante sobre la prisión preventiva

La Jurisprudencia ha tenido un significativo aporte en la interpretación y análisis de la prisión preventiva, complementando criterios y valoraciones de gran utilidad, con el propósito de unificar las interpretaciones de la norma procesal penal sobre un tema tan sensible como es la prisión preventiva, por ello hemos compilado resoluciones judiciales de última instancia, que contienen aportes sobre el tema de estudio prisión preventiva, citando o resumiendo los fundamentos jurídicos más relevantes.

1) Casación N° 1445-2018/Nacional del 11 de abril del 2019 Sala Penal Permanente.

Análisis Peligro de Fuga - Castro (2018)

Sumilla. 1. “La Institución de la Prisión Preventiva tiene como un presupuesto-objetivo o causales para imponerla la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida en cuestión, que legalmente o en clave de derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga y de obstaculización

(*periculum libertatis*) – en pureza de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos del caso específico. Así mismo, como “objeto” la prisión preventiva debe concebírsele tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo. 2. El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia- con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación-, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal- que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir (Castro J. S., 2018).

Al momento de decidir sobre estos peligros-. Es de destacar, que de un lado el arraigo y la gravedad de la pena; y, de otro lado, la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento a la acción de la justicia. 3. El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto- al caso específico-. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos aspectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los otros. El riesgo ha de ser grave, evidente. A de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *fumus commissi delicti*, sino justificar la existencia de medios suficientes, disposición del imputado, para perpetrar la fuga (Castro J. S., 2018).

2) Recurso de Nulidad N°1882-2018, Sala Penal Permanente Lima, 28 de enero del 2019

Arraigo Estricto para los imputados - gravedad del delito:

Sumilla. Cuando más grave es el delito, más relevante es la trascendencia social del hecho y lo que significa la propia comisión del mismo (preparación debida, ejecución previamente planificada, lógica plural en la intervención delictiva, tenencia de armas de fuego, ataque a numerosas personas e incursión a un local educativo) la exigencia de

arraigo es más estricta, tanto más si individualmente es de resaltar el carácter de reincidentes de los imputados (Castro C. S., 2019).

3) *Casación N° 564-2016/ Loreto Sala Penal Transitoria, 12 de noviembre del 2018.*

Apariencia del delito: Perspectivas Sustantiva y Procesal.

Evaluación del hecho. Teoría de la imputación objetiva y subjetiva.

Fundamento cinco: “Esté Tribunal Supremo, después de revisados los actuados del presente incidente, advierte que, efectivamente, el Colegiado Superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la Sentencia Casatoria N° 626-2013/ Moquegua, del 27 de Febrero de 2016, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva cuyo alcance es definido no sólo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad en su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal, en el presente caso, de acuerdo con los elementos de convicción presentados por la fiscalía se advierte la necesidad de que otro colegiado evalúe si aquellos demuestran la realización, en grado de alta probabilidad del riesgo prohibido regulado en el artículo 297 del Código Penal. La Sala Superior al emitir la resolución venida en grado, no realizó una adecuada fundamentación de su decisión que permita enfocar principalmente la relevancia jurídico penal del comportamiento del encausado, cuya conducta de apoderarse de la droga encontrada en la madera donada por la SUNAT, es independiente de lo que desarrollaron los originales propietarios de la droga. La nueva resolución a dictarse por otro colegiado deberá tener en cuenta entre otras cosas conforme con el derecho de defensa, la versión que puedan dar las encausadas en conjunto con los otros elementos de cargo. De esta manera el juzgado podrá

decidir con suficiencia que existe el merecimiento y la necesidad de privar cautelarmente la libertad de una persona, debiendo ser esto último una excepción, pues la regla es que todo ciudadano enfrente al proceso con comparecencia (Lecaros Cornejo, 2018).

4) Casación N° 704-2015 Pasco, Primera Sala Penal Transitoria 27 de noviembre del 2017

La audiencia de prisión preventiva:

Sumilla. “El objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar, si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017).

Fundamento trigésimo sexto: “Para este Supremo Tribunal es evidente que la actuación del Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria, desbordó el objeto de la audiencia de prisión preventiva, con infracción de derechos y garantías constitucionales, con el debido proceso y el derecho de defensa, en cuanto desnaturalizaron flagrantemente la finalidad y regulación de este tipo de audiencia (verificación de la concurrencia de los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal) y generaron un estado de indefensión de los imputados, porque no otorgaron un plazo razonable para contradecir la calificación jurídica no invocada en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, y petición de prisión preventiva (como se explicó jurídicamente en los fundamentos vigésimo a vigésimo quinto) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017).

Fundamento Trigésimo Séptimo. “el juez impuso la interpretación que otorgó el artículo 349 del Código Procesal Penal, y permitió que el fiscal fije (por sugerencia del Juez) una nueva calificación jurídica, esta imposición, es censurable, desde la perspectiva de la estructura procesal que regula el nuevo modelo procesal; así como el respeto de las garantías de los procesados, por ser el resultado de un indebido control material de la prisión preventiva (véanse los fundamentos jurídicos decimocuarto a vigesimooctavo). El Juez sobre pasó los límites del control para el cual, estaba facultado legalmente y sobre

puso su propia lectura normativa sobre el t3pico puesto en cuesti3n (Corte Suprema de Justicia de la Rep3blica, 2017).

5) Casaci3n N3 216-2016 El Santa. Sala Penal Transitoria, 12 de agosto del 2016

En fase de apelaci3n se pueden presentar actos de investigaci3n actuados con posterioridad al auto de presi3n preventiva.

Fundamento quinto: “Que, por otro lado, es pertinente puntualizar que no est3 negada en la fase de apelaci3n de un auto la presentaci3n de actos de investigaci3n actuados con posterioridad del auto de presi3n preventiva emitido por el Juez de primera instancia. Si bien tal posibilidad no es absoluta pues est3 sujeta a determinados plazos y tr3mites previos para su debida valoraci3n en la alzada, ello en modo alguno significa que los errores sobre esas limitaciones imponen la nulidad del auto de vista, pues corresponde examinarlas en casaci3n desde el contenido global de la causa y si existen otros elementos de convicci3n que justifican la decisi3n adoptada (Corte de Justicia de la Rep3blica, 2016).

Por lo dem3s, tambi3n debe examinarse si esos nuevos actos de investigaci3n en su tramitaci3n en la audiencia de apelaci3n, vulneraron los principios de contradicci3n e inmediaci3n, y, por ende, si generaron efectiva indefensi3n material. No solo hace falta una infracci3n objetiva de la ley, sino si esa incorrecci3n ocasion3 indefensi3n material al afectado. El recurso debe desestimarse de plano y as3 se declarar3 (Corte de Justicia de la Rep3blica, 2016).

6) Casaci3n 724-2015, Piura Sala Penal Transitoria, Lima, 15 de abril del 2016.

Si los cargos no son concretos no se pasar3 el primer presupuesto de la presi3n preventiva.

Fundamento Cuarto: “Que, en primer lugar, es menester se3alar que la denominada casaci3n jurisprudencial est3 en funci3n a las decisiones vinculantes as3 declaradas por las Altas Cortes de Justicia, pero no a fallos que, en todo caso, solo fijan una determinada l3nea jurisprudencial- no es viable, por tanto, dicho motivo de casaci3n-. En segundo lugar, es de acotar que la casaci3n sustantiva se refiere a la vulneraci3n de normas materiales que definen el 3mbito del injusto penal de la conducta atribuida o las que regulan la medici3n

de la sanción penal- No es admisible este motivo de casación pues se denunció la violación de normas procesales-. En tercer lugar, ya existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial a cerca de la prisión preventiva a cerca del estándar de actos de investigación y/o de prueba (fumus delicti)- mera probabilidad delictiva o sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, nunca certeza- : Y en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis corresponde con el principio de la intervención indiciaria y, por tanto con el fumus delicti- Es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará este primer presupuesto material de la prisión preventiva, por lo que el efecto procesal será la desestimación de la medida coercitiva solicitada (Corte Superior de Justicia de la República, 2016).

7) *Casación N° 631-2015 Arequipa. Sala Penal Transitoria Lima, 21 de diciembre del 2015.*

El arraigo como presupuesto del peligro de fuga.

Sumilla: Los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados al arraigo, el mismo que tiene 2 dimensiones: 1) La posesión 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es la carencia de antecedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal, no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015).

8) *Casación N° 626-2013- Moquegua. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio del 2015 - Corte Suprema de Justicia de la República (2015)*

Establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos de la medida de Prisión Preventiva, resaltando que se impone la obligación de motivar la

proporcionalidad, por lo que resulta relevante su análisis en la presente investigación. La Casación Moquegua, como comúnmente se denomina sentó doctrina jurisprudencial vinculante en los fundamentos 24, 27 al 29, 31, 33, 39, 40, 43, 48, 49, 53, 54, 58, a continuación, haremos un resumen de los fundamentos más relevantes relacionados con el tema de investigación (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015).

Sobre el debate en la audiencia de prisión preventiva.- Se estableció que el debate se dividirá de modo obligatorio en cinco partes: la existencia de los fundados y graves elementos de convicción, pronóstico de pena mayor a cuatro años, de peligro procesal, la proporcionalidad de la medida, la duración de la medida y que el representante del Ministerio Público deba comprender las cinco partes en su requerimiento escrito, “fundamentando cada extremo con exhaustividad” a fin de que la defensa pueda examinar a tiempo, se prepare y pronuncie sobre todos los extremos, finalmente el juez previa escucha y análisis de lo expuesto por las partes emite la decisión. (FJ. 24).

Sobre los fundados y graves elementos de convicción. - Se dispuso que no se requiere certeza sobre la imputación, “solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria”, teniendo en cuenta todos los elementos de convicción oralizados y acopiados hasta ese estado de la investigación (FJ. 27).

Los actos de investigación merecen un “análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo código procesal penal”, tanto de forma individual y en conjunto, “extrayendo su fiabilidad y aporte”, a fin de concluir en una probabilidad positiva sobre el hecho, incluso si se basará en prueba indiciaria, conforme a la Ejecutoria Vinculante del recurso de Nulidad 1912-2009 Piura, del 6 de septiembre del 2005. (FJ. 28)

El Fiscal debe sustentar con claridad los fundamentos fácticos y su acreditación para que la defensa pueda allanarse o refutarlo, “actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, debiendo el juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta última está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*”. (FJ.29)

Sobre la prognosis de pena. La casación Moquegua, hace alusión a que la prognosis de pena para determinar la prisión preventiva ha de tener en cuenta no solo la pena abstracta prevista en la ley, sino además el principio de legalidad y proporcionalidad, para ello debe cumplirse con lo dispuesto por el artículo 45-A del Código Procesal Penal, incorporado por la ley N° 30076, que impone la aplicación de la pena por el sistema de tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) circunstancias generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo 46 incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo 14 del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo 15 del Código Penal), tentativa (artículo 16 del Código Penal) responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo 21 del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo 22 del Código Penal), complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal), y los segundos agravantes por la condición del sujeto activo (artículo 46-A del Código Penal), reincidencia (artículo 46-B del Código Penal), habitualidad (artículo 46 – C del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo 48 del Código Penal), delito masa (artículo 49 del Código Penal), concurso real de delitos (artículo 50 del Código Penal) concurso real retrospectivo (artículo 51 del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo 45 del Código Penal y las fórmulas del derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Se hace referencia a que el listado no es taxativo, el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena. (FJ. 30,31)

Sobre el Arraigo, sea familiar, domiciliario o laboral, se acoge la doctrina que los califica como criterios que desincentivan la fuga y su ausencia se puede calificar como factor de riesgo, para su determinación, se acoge lo establecido en la Resolución – administrativa número 325-2011- P-PJ, del 13 de septiembre del 2011, con base en la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., “la presencia de algún tipo de arraigo (criterio no taxativo)” no descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. En esa misma línea se dispuso que “Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación

automática de la prisión preventiva)”, sobre todo cuando existen otras medidas que pudieran cumplir estos fines. Se establece que ello debe valorarse en conjunto con otros criterios, a fin de evaluar si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga. (FJ.36-40)

En relación a la gravedad de la pena: Consideró que es “un dato objetivo” sentado por máximas de experiencia, que ante la imposición de una pena grave el imputado puede optar por fugar lo cual además deberá ser valorado en conjunto con otros criterios. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer. Ahora el criterio de la “ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño”, se le descalifica al considerar “que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable, y explica que la reparación al agraviado no tiene relación con el peligro procesal, sin embargo “ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal”. Sobre el comportamiento procesal se le reconocen al imputado los derechos reconocidos por el ordenamiento, de lo que se desprende que su negación a declarar o a confesar los hechos no se pueden calificar “como un mal comportamiento procesal”. Sobre el comportamiento del investigado en otro proceso, en el que se le hubiera impuesto prisión preventiva, “no autoriza al juez a imponer, por su solo mérito, en el actual proceso”. Finalmente tratándose de una organización criminal no bastara su sola existencia, sino sus componentes, y sobre todo “la vinculación del procesado”. (FJ 41-58)

2.2.2.7. Marco constitucional de la prisión preventiva.

La Constitución Política del Perú de 1993, norma suprema y fundamental de la Nación, regula especialmente en 2 artículos la Prisión Preventiva.

1º. - El artículo 2 apartado 24 párrafo b. de la Constitución Política del Perú de 1993, establece:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

24.-A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

2°. - Así mismo el artículo 2, apartado 24 parágrafos f. de la Constitución Política del Perú, establece:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

24.-A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:

“f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

En relación al primer artículo comenta Del Rio (2016):

La principal garantía que debe observarse en la limitación de un derecho es el principio de legalidad, en virtud del cual es necesaria la previsión y habilitación legal de la

medida limitativa, como condición de su legitimidad. En el caso del derecho a la libertad, así lo dispone el artículo 2.24 literal b) de la Constitución Peruana, que luego de reconocer la existencia del derecho a la libertad, debe estar prevista en una ley (p. 36).

“La limitación del derecho a la libertad podrá realizarse solo cuando se cuente con el concurso de una ley que la autorice...”

Sobre el segundo artículo Analiza Guerrero (2013):

Conforme al artículo 2.24.f de la Constitución Política resulta legítimo detener a una persona en dos supuestos: cuando se trate de una detención por mandato judicial escrito y debidamente motivado (lo que se conoce como detención preliminar judicial), y en caso de delito flagrante por las autoridades policiales. Cualquier otra hipótesis, que no sea la privación de libertad como pena impuesta en una sentencia condenatoria (que ya no es una detención) deviene en inconstitucional y, por ende, cuestionable vía hábeas corpus, de acuerdo a lo establecido en el artículo 200.1 de la Constitución y en el artículo 25.7 del Código Procesal Constitucional (p. 17).

El Tribunal Constitucional en la Sentencia STC N° 1318-2000-HC/TC fundamento jurídico 2, en relación a este artículo se pronunció:

“esta norma constitucional [artículo 2.24.f) de la Constitución Política] debe ser interpretada de manera teleológica, vale decir, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual; desde tal perspectiva, resulta inconstitucional la habilitación de cualquier supuesto no contemplado bajo las dos circunstancias [detención por mandato judicial motivado y flagrancia delictiva] antes mencionadas”

Continua Guerrero (2013).

... Para un cabal entendimiento de la postura sostenida resulta necesario traer a colación el principio de unidad de la Constitución, por el cual esta no puede ser interpretada aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este principio implica considerar a la Constitución

como un todo armónico y sistemático, entendiendo que es un ordenamiento en sí mismo compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido. Así se señala que dentro de la constitución no pueden existir contradicciones, incongruentes ni antinomias (p. 19).

En ese sentido, la constitución debe interpretarse sistemáticamente, de modo integral, de modo que el análisis de un precepto constitucional debe efectuarse tomando en consideración los demás dispositivos constitucionales pertinentes.

Siendo así entonces, resulta correcto al momento de analizar el artículo 2.24.f) de la constitución conjugarlo con el artículo 2.24.b), donde se prescribe que, “no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal salvo en los casos previstos por ley”.

En palabras de Cáceres e Iparraguirre (2017):

Como todo derecho fundamental el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales “a” y “b” del inciso 24 del artículo 2 de la constitución, aparte de ser regulados pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites pueden ser intrínsecos o extrínsecos, y en la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que lo amerite. Por ello, no puede solo justificarse en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad (p. 750).

Para San Martín (2015), siguiendo con el análisis de la norma constitucional: Nuestra constitución, de manera específica, por un lado, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal (art. 2.24 CP) y, de otro lado, establece una excepción a dicha regla al señalar que toda persona detenida debe ser informada mediante

resolución escrita y motivada emitida por el juez penal o por las autoridades policiales en flagrante delito (art. 2.24.F CP). De esto se desprende que la libertad es un derecho fundamental, y que las medidas limitativas sean restrictivas o privativas- deben aplicarse con recto criterio, siempre y cuando sea necesario para los fines del proceso (p. 447).

La Casación N° 70-2010 Lambayeque Publicado el 26/04/2011, en su fundamento 5 y 6° estableció:

Que el literal “I” del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Norma fundamental establece que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades en caso de flagrante delito” se desprende del mencionado artículo que el derecho protegido es la libertad de locomoción, también denominada física o personal que es vulnerada cuando la persona es de alguna manera detenida. De otro lado del análisis del llamado “bloque de constitucionalidad” este supremo Tribunal puede elaborar una definición del *ius ambulandi* según la cual la libertad es un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Recogiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional consideramos que la libertad personal tiene una doble dimensión. Puede ser entendida como un valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma de Estado. También puede ser entendida la libertad como un derecho subjetivo cuya titularidad ostentan todas las personas sin distinción que en un Estado constitucional de Derecho- como el peruano ningún derecho fundamental es absoluto. Por el contrario, los derechos fundamentales tienen límites que se encuentran en los derechos de los terceros y en otros bienes constitucionalmente protegidos. Los derechos fundamentales en general, y el derecho al *ius ambulandi* en particular presentan una estructura compleja, producto de la concepción de sus límites internos y externos. Los límites internos aluden a aquel ámbito mínimo vital para la existencia de un derecho, sin el cual devendría inexistente en este sentido, tenemos que el contenido esencial del *ius ambulandi* representa el núcleo inviolable que tiene el derecho para ser considerado como tal (Corte Suprema de Justicia, 2011).

El contenido no esencial es la parte del derecho que puede afectarse ante un supuesto conflicto de derechos. Finalmente, se tiene el contenido adicional que no es sino

una maximización de los otros dos contenidos y busca optimizar la vigencia del ius ambulandi. Por su parte, los límites externos de los derechos fundamentales aluden a su goce y ejercicio, los mismos que la norma legal debe proteger y la jurisprudencia, ante un conflicto de derechos fundamentales, debe resolver a través de la aplicación del llamado test de proporcionalidad” (negrilla nuestro) (Corte Suprema de Justicia, 2011).

2.2.2.8. Derechos fundamentales afectados con la prisión preventiva.

A. La Libertad Personal

En palabras de Cubas (2018), “una de las medidas que afectan la libertad de locomoción de la persona, se impone para asegurar los fines que el proceso persigue y son las que con mayor intensidad afectan la libertad personal, dentro de estas la prisión preventiva” (p.31).

Cubas (2018), por su parte nos explica: las garantías imprescindibles durante la privación de libertad”, las cuales explicamos, en resumen:

- Autoridad competente para ordenar la privación de la libertad. Lo cual está regulado por las normas nacionales de cada país, en el Perú, es la Constitución política, en el artículo 2, apartado 24, párrafo f), la que establece que nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado por el Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrancia delito.
- Razones de la privación de la libertad: La privación de la libertad solo se puede llevar a cabo por causales o motivos expresamente señaladas en la ley con anterioridad a los hechos que la motivan, sin duda está referido al principio de legalidad, y que se haya recogido tanto en la legislación nacional como en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El derecho de ser llevado inmediatamente ante la autoridad encargada de evaluar la privación de libertad. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que la omisión

de conducir sin demora a la persona que se encuentra privada de su libertad ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley, es un hecho violatorio de las normas internacionales sobre derechos humanos que garantizan la libertad personal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la autoridad que conoce el caso debe oír personalmente al individuo que ante él se presenta, así como examinar las circunstancias que concurren en favor o en contra de la privación de libertad. Ellos no son ajenos a nuestra regulación, conforme lo establece el Código Procesal Penal del 2004, en los artículos 259, 266 referidos a la obligación de poner al detenido ante el Juez.

- Carácter excepcional de la detención como medida privativa de la libertad. Las medidas de detención no deben ser regla general, sino la excepción, ya sea para prevenir o investigar el delito.
- Prohibición de privar de la libertad por deudas: Nuestra constitución política en el artículo 2, apartado 24.c) establece que “no hay prisión por deudas”. Lo cual es coherente con los tratados internacionales, que buscan evitar la privación de la libertad de una persona por carecer de recursos patrimoniales. Ello no alcanzaría a las deudas por incumplimiento de los deberes alimentarios, en el cual el peso de la ponderación se inclina a la protección del alimentista (pp.52-56).

Respecto a la protección de la libertad, el apartado 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho ser juzgada dentro del plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

El Tribunal Constitucional en el caso Keiko Expediente N° 02534-2019- PHC/TC LIMA Keiko Sofia Fujimori Higuchi, sobre la libertad individual y la prisión preventiva como última ratio esbozó los siguientes fundamentos (FJ del 6 al 20)

El Tribunal Constitucional reconoció a la Libertad individual como derecho fundamental, y objeto de protección en el proceso de habeas corpus, y su carácter de no ser ilimitado, en vista a que puede ser limitado, restringido e intervenido por razones constitucionales que lo permitan y solo ante “la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionales”.

Definió la libertad personal “como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, derecho que tiene un doble carácter a saber: “En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Expediente 1091-2002-HC/TC), en virtud de la cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales [...]” (Sentencia 07624-2005-PHC/TC, fundamento 2).

Nos recuerda que el fundamento material del constitucionalismo moderno, está presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la constitución de 1993 “ está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y

atribuciones de los poderes del estado” (Sentencia 0032-2010- PI/TC, fundamento 17), y ello estaría relacionado de modo directo con la dignidad humana, se reconoce también que al restringirse la libertad física, se restringe “una gama importante de otros tantos derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Cuando una persona es privada de la libertad personal se produce, pues un fenómeno extraordinariamente perturbador en buena parte del sistema de derechos...”.

La prisión preventiva es una regla de última ratio, y ello se sustenta en consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional “...una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2, Sentencia 5100- 2006-PHC/TC, fundamento 3, Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2, Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras).

B. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva

Para Cubas (2018):

El derecho a la presunción de inocencia constituye una de las conquistas esenciales del movimiento liberal que consistió en elevar el rango constitucional del derecho de todo ciudadano sometido a un proceso penal a ser considerado inocente. Es uno de los pilares del proceso penal acusatorio, reconocido como el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia en tanto no recaiga sobre ella una sentencia condenatoria. Este principio está vigente a lo largo de todas las etapas del proceso y en todas las instancias (p. 103-105).

Agrega el autor: La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que posee toda persona a la que se le imputa la comisión de un delito, pues se le considerará inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad. Se resguardará la presunción de inocencia cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, pues se es inocente hasta que el Estado, por intermedio de los órganos jurisdiccionales, pronuncie, en una sentencia penal firme, una declaración de culpabilidad y le imponga una pena, producto de un juicio previo. En consecuencia, en un Estado de derecho es preferible que existan culpables absueltos, pero no se puede tolerar que exista un inocente sufriendo pena.

En el nuevo sistema procesal penal, corresponde al Ministerio Público conducir la investigación de un delito y, para ello, cuenta con el auxilio de la Policía Nacional (artículo 159.4 de la Constitución), por lo tanto, le corresponde actuar los medios probatorios que le permitan desvirtuar la presunción de inocencia. El Ministerio Público es, pues, el titular del ejercicio público de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba. (Artículo IV del Título preliminar y 60 del Código Procesal Penal del 2004).

La presunción de inocencia es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de “no autor” mientras no se expida una resolución judicial firme. La afirmación de que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos.

Al respecto Gimeno (2012) anota:

“Junto al derecho a un proceso con todas las garantías, el art. 24.2 CE yuxtapone la presunción de inocencia o derecho, que a todo imputado le asiste, a que se presuma su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena” (pp. 127-128).

La presunción de inocencia está, pues presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias. El derecho constitucional a la presunción de inocencia que asiste a toda persona fundamentalmente se quebranta cuando no se haya practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para deducir razonablemente la participación del acusado en el hecho punible y su culpabilidad, lo que implica una actividad de prueba de cargo válida sobre todos los elementos del delito, tanto de un hecho penalmente típico como de la participación de su autor con la concurrencia de los elementos subjetivos de la norma penal.

Pero la presunción de inocencia ha de desplegar, pues, sus efectos en la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, en general, y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Del Rio (2016), por su parte realiza un interesante análisis de la relación que existe entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, idea que acogemos en los siguientes términos.

Proporcionalidad y presunción de inocencia son criterios indispensables en la aplicación de las medidas cautelares personales, y también lo es, su necesaria individualización, en medida que ello permite que una resolución cautelar establezca- con claridad – cuáles son las razones que motivan la medida, y por qué esta es legítima, en el caso concreto (p. 115).

Gran parte del problema en la aplicación de las medidas cautelares personales, reside en que no existe una clara definición en relación con estos conceptos. Ello muchas veces resta rigor a la regla de aplicación creada por el Juez, en el caso concreto, para justificar ¿por qué la medida cautelar personal resulta necesaria?, ¿cuál es la razón por la

cual se entiende que no afecta a la presunción de inocencia?, ¿por qué es constitucionalmente legítima y cuando es proporcional en sentido estricto? (p. 116).

La ausencia de una clara diferenciación entre la aplicación del principio de proporcionalidad y el respeto al derecho de la presunción de inocencia, conduce muchas veces a una falsa concepción de las medidas cautelares. Muchas veces la medida cautelar se considera legítima por tratarse de una “mínima intervención” en el derecho fundamental y, sin embargo, no se advierte que esa medida – en su concepción, es una que afecta la presunción de inocencia (p. 117).

En otras ocasiones se reputa la medida como procesal – cautelar – constitucionalmente legítima y, sin embargo, no se advierte que su utilización es desproporcionada en el caso concreto.

Tal confusión comporta importantes consecuencias prácticas, tanto desde la postura de la formulación legal de la medida por el legislador, como desde la perspectiva de la crítica al razonamiento judicial utilizado para ser aplicada.

Aquí se intenta un pequeño ejercicio de diferenciación. Se entiende que es indispensable entender y plasmar en este trabajo, la evidente interrelación que existe entre los tres conceptos: medidas cautelares, presunción de inocencia y proporcionalidad. Del significado, de su puesta en práctica, de su diferenciación depende en gran parte del éxito de un sistema cautelar coherente, justo y eficiente.

En el caso de las medidas cautelares personales de proceso penal, existe una característica, que no es predicable de las demás medidas limitativas de derechos fundamentales. Las medidas cautelares personales constituyen una limitación de derechos fundamentales, que opera en un escenario específico, que responde a la siguiente fórmula: presencia de un proceso penal, inexistencia de una sentencia firme de condena, necesidad de asegurar el desarrollo y el resultado de ese proceso en trámite.

El legislador entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva, la realización del ius punendi del Estado, requiere limitar derechos antes de la condena. De ahí que todas las medidas cautelares personales del proceso penal deben respetar la presunción de inocencia y esta solo se respeta, cuando se limita un derecho fundamental con fines estrictamente procesales. No se está frente a una ponderación, entre la necesidad de afectar un derecho fundamental y el respeto a su contenido esencial, sino ante la necesidad de afectar un derecho fundamental el derecho a la presunción de inocencia. Y esto se justifica en que el derecho a la presunción de inocencia, es también una garantía.

Ese derecho está reconocido por el artículo 2, apartado 24, parágrafo e), de la Constitución Política del Perú, que establece: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”

También se encuentra consagrado por los tratados internacionales, pues lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 11º: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala en su Artículo 14.2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; y a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, En su Artículo 8.2 indica: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad(...)”.

Igualmente, el Código Procesal Penal del 2004, reconoce expresamente el derecho de Presunción de Inocencia en el artículo II de su Título Preliminar, al establecer que: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (...)”

C. Otros Derechos Afectados

El Acuerdo Plenario 1-2019, sobre prisión preventiva contiene un análisis de la afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso, como expresión del principio de proporcionalidad si bien el párrafo de análisis no constituye doctrina legal, impuesta por el Acuerdo plenario 1-2019, sin embargo, su importancia en relación a la motivación de la proporcionalidad en la prisión preventiva resulta un aporte sustancial, por esa razón los transcribimos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporó otro elemento para determinar la razonabilidad del plazo- que unió a (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii)) la conducta de las autoridades judiciales (Ministerio Público y su ayudante principal: La policía Nacional, así como del propio Poder Judicial)-: (iv) la afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso, que es expresión clarísima del principio de proporcionalidad en orden a la prisión preventiva [véanse: sentencia del caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, de 29 de enero de 1997, párr.77; y, entre otras, Sentencia del caso Tenorio Roca vs. Perú, de 22 de junio de 2016,párr.238] en base a este cuarto elemento se debe tener en cuenta, como criterio rector, que las autoridades deben actuar con mayor diligencia en aquellos casos donde de la duración del proceso depende la protección de otros derechos de los sujetos del proceso- entre otras, Sentencia del caso Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27 de noviembre de 2008, párr.155 8 (FJ. 60°).

En virtud a lo expuesto, y la luz de la realidad, no se es posible negar que el mandato de prisión preventiva afecta otros derechos de los imputados, generándoles graves afectaciones de índole, personal, familiar, laboral y también social, los cuales en términos generales se pueden mencionar, como el derecho a vivir con la familia, el derecho deber de asistir a la prole, el interés superior del niño, el derecho al trabajo, a percibir una remuneración, el derecho a la salud, al honor y reputación etc., los cuales se afectan en plena vigencia del derecho a la presunción de la inocencia y sin que exista una resolución firme que declare su responsabilidad penal. Por ello consideramos que el Juez para decidir el dictado de la prisión preventiva debe detenerse a ponderar además de la afectación a la libertad ambulatoria, la afectación de estos otros derechos, análisis que solo se puede hacer desde el caso concreto y en virtud a las personales condiciones del investigado cuya libertad se pretende limitar. En esta investigación no nos detendremos a ampliar sobre la definición y contenido de estos otros derechos, en vista que ello implicaría abordar temas que corresponden a otra investigación y no es nuestra intención excedernos de la delimitación del objeto de la tesis.

2.2.2.9. Problemas de la prisión preventiva.

En palabras de Ore (2014), son frecuentes los mandatos de detención o su continuidad sustentados en criterios ajenos a los fines procesales, entre ellos cuando se toman en cuenta los vínculos familiares o profesionales como criterio para establecer el peligro procesal, resultando de la misma forma violentado el principio de necesidad de la coerción cuando:

1° Se utiliza el supuesto de flagrancia como un fundamento adicional para la imposición de prisión preventiva.

2° La prisión preventiva se fundamenta en el hecho de que un imputado se retire del acto de reconocimiento en rueda o que haya sido conducido por la fuerza pública para la diligencia de toma de muestra para el examen pericial.

3° Se exige, a efectos de acreditar arraigo domiciliario, la presentación de documentos a nombre del investigado, desconociendo un dato de la realidad peruana que evidencia el alto número de personas que no son titulares de los inmuebles en que residen, pues viven en condición de alojados, precarios, o dependientes.

4° Se mantiene detenido al investigado, luego de que este ha prestado su declaración correspondiente, ha participado en todas las diligencias programadas, y ya no existen más pruebas que actuar ni peligro procesal que conjurar.

5° Se ordena la detención teniendo como único fundamento la gravedad de la pena (pp.42-46).

El mismo autor agrega además que otro motivo que lleva al legislador a flexibilizar los presupuestos para la procedencia de una medida de coerción o su excesiva prolongación o al órgano jurisdiccional a aplicar la ley con fines distintos al instituto sub examine es la presión mediática alimentada por la prensa y algunos sectores de la política nacional, fundados en una errónea percepción del proceso penal al creer que este y sus mecanismos intrínsecos tienen por finalidad garantizar la seguridad interna, lo cual no solo supondría una clara intromisión en la función judicial, sino el desborde del normal desarrollo de un Estado de Derecho acorde a las exigencias internacionales relativas a la observancia de derechos humanos; por lo que concluyó citando a Binder (270-271), que la judicatura debe defender y mantener su independencia e imparcialidad durante el ejercicio de su función jurisdiccional, que la prensa debe cumplir un rol

formativo de conciencia social basada en valores positivos y no en criterios de venganza o de represión desmedida, que la política debe estar dirigida a brindar seguridad ciudadana a través de medios adecuados sin instrumentalizar el proceso penal para dichos fines.

En esa línea Cubas (2018), manifiesta que:

En la cárcel no hay respeto ni a la Constitución, ni a las leyes, allí están juntos y revueltos todos los internos, los jóvenes con los mayores, los primarios con los prontuariados, los que cometen delitos graves con aquellos que cometen delitos menos graves, por lo que concluyó que la cárcel crea más problemas que los que soluciona, pero es un mal necesario; la cárcel no educa, no resocializa, no prepara al condenado para reinsertarse en la sociedad. La cárcel estigmatiza, en la práctica, es un centro de formación de delincuentes, allí entra un delincuente primario y en contacto con los demás aprende a cometer otros delitos. Y son precisamente, en esos centros carcelarios que se cumple la prisión preventiva, en esos centros, que deben ser solo para condenados, están también personas procesadas que teóricamente gozan de derecho de presunción de inocencia (p. 243).

Por su parte Castillo (2015), señala que uno de los principales problemas del principio de inocencia consiste en que, en su aplicación práctica, recurrimos, para definir su significado y alcance, a principios opuestos a aquellos que deberían regir su interpretación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos. De otro lado manifestó que las normas de encarcelamiento preventivo, no son interpretadas restrictivamente, toda vez que la Corte Interamericana en el Informe 2/07, ha establecido que “12. El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana”. Sin embargo, nada hay en la presunción de inocencia que autorice a extraer de ella una facultad del Estado para detener mediante una medida tal como la del encarcelamiento preventivo: una detención en condiciones materiales idénticas a las de la sanción penal, por tiempo indefinido, y cuya duración

aumenta cuanto más negligente sea el Estado en la investigación penal, cuando, por el contrario, la presunción implica una valla para las detenciones o cualquier otro trato similar al de culpable (pp. 78-79).

Otro aspecto a valorar según Cubas (2018), es la generación de la prisión preventiva, como uno de los principales problemas que tienen en la actualidad los sistemas de justicia penal; a pesar de la existencia de normas internacionales vinculantes derivadas del Derecho Internacional de los tratados, que son muy claras en reconocer el derecho a la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la detención preventiva. Lo cual más bien agrava otros problemas ya existentes en la región como los altos niveles de hacinamiento penitenciario, lo que genera una situación de hecho, en la que se ven vulnerados otros derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal (pp.187-188).

En esa misma línea Castillo (2015) hace mención a que:

El mérito sustantivo opera no como presupuesto sino como fundamento del encierro cautelar, cuando en realidad es un presupuesto de la detención preventiva y de la persecución penal, entre ellos por ejemplo, en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales, los sistemas de justicia penal se basan, simplemente en la existencia del mérito sustantivo para ordenar la detención preventiva, como a veces la legislación solo supedita el dictado de la medida de coerción a la existencia de sospecha sustantiva sobre el hecho imputado, mientras que en otras se detienen personas, sin siquiera verificar la existencia del mérito sustantivo acerca de su eventual participación en un hecho punible. Por lo que concluyó que se utiliza la detención como método que justifica las negligencias estatales de la investigación (p.79-85).

2.2.2.10. Regulación de la Prisión Preventiva en el Derecho Comparado: Chile y España

A. La Prisión Preventiva en Chile

Según Palacios (2018) menciona:

En el ordenamiento procesal penal chileno las medidas cautelares exigen requisitos fundamentales: la apariencia de un buen derecho o *fumus bonis iuris*, que quiere decir que el fundamento de la demanda o acusación tienen tal fundamento, que muy probablemente deberán ser acogidas, lo que hace legítimo acceder a la anticipación de la ejecución; y el “peligro en la demora” o *periculum in mora*, que es la anticipación de los perjuicios que producirá el retardo en el pronunciamiento de la sentencia que también deben concurrir a justificar la medida cautelar (p.193).

En el caso de la prisión preventiva, esta se trata de una medida cautelar que consiste en la privación de libertad por un lapso indeterminado, del imputado en cuya contra se ha formalizado la investigación, cuando las demás medidas cautelares personales fuesen insuficientes para asegurar las demás finalidades del proceso.

En consonancia con el ordenamiento constitucional (art 19 N° 7, Constitución Política de Chile), el nuevo Código reconoce que un principio básico del nuevo sistema procesal penal es la garantía de la presunción de inocencia del imputado (art.4 del CPP), en virtud de la cual toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 139, inc. 1, del CPP), pudiendo ser privada de ella, solo en virtud de una sentencia condenatoria, producto de un juicio oral y público, el cual debe ser desarrollado respetando todas las demás garantías (art. 1 del CPP), salvo excepciones autorizadas expresamente por la ley, entre las cuales se encuentra la medida cautelar de la prisión preventiva.

Tratándose de una privación de libertad que constituye siempre la anticipación de una pena, que solo se vendrá a saber si procedía o no una vez que el juicio concluya y se pronuncie la sentencia definitiva debe ser siempre excepcional y según el propio código, sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueran insuficientes, para asegurar las finalidades del proceso (artículo 139, inc.2 del CPP)

Los requisitos de la prisión son:

- Que se haya formalizado la investigación
- Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito
- Que existan antecedentes de que el imputado ha tenido participación en la comisión del hecho
- Que existan antecedentes calificados que permitan considerar que la prisión preventiva es indispensable para obtener determinados objetivos.

Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad, según el legislador, el tribunal deberá considerar:

- La gravedad de la pena asignada al delito;
- El número de delitos que se le imputase y el carácter de los mismos;
- La existencia de procesos pendientes;
- El hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- La existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrase pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos que se tratasen, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla (art. 140, inc.3, del CPP).

En relación a las causales de improcedencia, existe una regla general conforme a la cual la prisión preventiva será improcedente cuando aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. (artículo 141, inc. 1, del CPP)

El mismo código establece causales específicas de improcedencia:

- Si el delito solo está sancionado con penas pecuniarias o privativas de derechos;

- Si el delito está sancionado con una pena restrictiva o privativa de libertad no superior a la reclusión o presidio menor en su grado mínimo;
- Si se trata de un delito de acción privada; y
- Si en caso de ser condenado, el imputado pudiese ser objeto de alguna medida alternativa de privación o restricción de libertad (suspensión condicional, acuerdo reparatorio, y otros) y acreditase tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de arraigo familiar o social (art.141, inc.2, del CPP)

Un análisis comparativo de la regulación de la prisión preventiva entre el Perú y Chile, nos permite concluir que en esencia son similares, en relación a los requisitos o presupuestos para dictarla; la diferencia sustancial se presenta al advertir que en la regulación Chilena se consideran expresamente causales de improcedencia de la prisión preventiva, las que están relacionadas a una menor gravedad del delito, o que conllevan a penas menos graves que la cárcel, o delitos perseguibles por acción privada, o cuando se haya acreditado el arraigo; ello nos permite sostener que su regulación es más garantista sobre el derecho a la libertad, al contener expresas causales de improcedencia.

B. La Prisión Preventiva en España

Del Rio (2016) comenta:

En el caso del Artículo 81 de la Constitución española (en adelante CE) que obliga al legislador a que las leyes de desarrollo de un derecho fundamental sean leyes orgánicas. De una Interpretación sistemática de los artículos 17 y 81 de la CE, se desprende que la calidad de la ley a la que hace referencia el primero, es necesariamente orgánica. Esto se corresponde con la postura asumida por el Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC) cuando menciona que, “la ley que limita el ejercicio del derecho a la libertad, es una ley de desarrollo”, por tanto, su tratamiento ingresa en el ámbito del segundo de los artículos citados (p.37).

La calidad de ley orgánica constituye una manifestación del control formal del principio de legalidad, donde se pretende asegurar que solo el legislador, en tanto representante del pueblo y titular de su soberanía, puede establecer los supuestos en lo que procede la limitación del derecho a la libertad. Cualquier disposición que autorice una interpretación distinta a lo dispuesto en los artículos 17.1 y 81.1, de la CE, supone forzar la Constitución y atentar contra las Garantías de los ciudadanos incluidas en estos preceptos”.

Pero también existe un control material de las normas limitativas de derechos fundamentales (art.53.1 de la CE) y exige que la ley que regule el ejercicio de un derecho fundamental deberá respetar su contenido esencial. En el ordenamiento español, en su definición ostenta una especial relevancia el artículo 10.2 de la CE, que exige que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

En relación a la actual regulación de la prisión preventiva en España, Asencio (2016) nos explica:

La ley Orgánica 13/2003, del 24 de Octubre del 2003, LA LEY 1636/2003, reformó la regulación de la prisión provisional en España, cuyas bases se orientaban a considerar la prisión provisional como “obligatoria y dependiente” únicamente se requería la presencia de circunstancias objetivas o subjetivas, la gravedad de la pena , la existencia de antecedentes y la “alarma social” en conjunto obligaban a la imposición de la prisión provisional, todo ello pese a que en los años ochenta ya se hicieron algunas modificaciones a esta institución la reforma de 2003, teóricamente, tuvo como pretensión la de ajustar la norma a las exigencias constitucionales, por lo que, lejos de establecerse como criterios habilitantes de la prisión preventiva aquellos objetivos o subjetivos, se impone ahora el deber de responder a auténticos fines, expresamente establecidos en la ley, que deben adicionalmente, motivarse de forma individual (pp. 788- 791).

Sin embargo, ello, es de observarse que la LECrim, (ley 1 / 1882) ya hacía alusión a la excepcionalidad de la medida y a la preferencia de las restricciones menos gravosas para el derecho, sin embargo, la norma distaba de la realidad, toda vez que la excepcionalidad no siempre se cumplía al igual que la proporcionalidad.

En relación al principio de excepcionalidad el mismo autor nos explica.

No basta, pues para que se considere respetada la excepcionalidad con la existencia de una norma que se limite a proclamarla, como hace el artículo 502.2 LE Crim. (LA LEY 1/1882) sí en efecto no se establece un catálogo de medidas suficientes que sean preferentes a la prisión provisional. Si es así, como sucede en nuestra Ley de enjuiciamiento criminal, (LA LEY 1/1882), la prisión provisional seguirá siendo la regla, no la excepción y, por tanto, de difícil aceptación constitucional.

Una regulación más respetuosa con el derecho a la libertad es la que contiene la LO 8/2003, de 9 de Julio (LA LEY 1180/2003), para la reforma concursal. En ella, para asegurar la presencia del concursado en el proceso y, de alguna manera, aunque más relativamente, para prevenir la frustración del procedimiento evitando la manipulación de los elementos materiales, se establece la posibilidad de someter al demandado, cuando proceda, a un concreto deber de residencia en la población de su domicilio. Solo si se vulnera esta orden o concurre en el caso un peligro fundado al respecto, podrá el Juez acordar otras medidas restrictivas de sus derechos, que no indican expresamente, incluido su arresto domiciliario (art. 1 (LA LEY 1180/2003)). Es decir, esta ley parte ya de considerar como preferente una mera restricción del derecho a la libertad, superando de este modo la anterior legislación que ponía el acento en la privación de libertad domiciliaria. Para llegar a esta última situación, dado que no se contempla la prisión provisional, deberán en

todo caso adoptarse otras medidas menos intensas. Así, la privación de la libertad alcanza una auténtica configuración excepcional.

El mismo autor Asencio (2016), nos alcanza algunas Notas sobre la regulación de la Prisión Provisional tras la reforma de 2003, que en resumen explicamos:

El TC en su sentencia 14/2000 del 17 de Febrero, se pronunció sobre la necesidad de reformar la prisión provisional contenida en la LECrim., producto de ello es que se emite la LO 13/2003, de 24 de Octubre, con una nueva regulación de la prisión provisional, esta norma contiene como novedad los principios que inspiran la prisión provisional, que ya habían sido elaborados por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Constitucional; estos principios son de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad.

Como características generales de la LO 13/2003, de 24 de Octubre, se advierte que se aparta del criterio de considerar a la prisión provisional como obligatoria, haciendo depender la medida de restricción de situaciones legalmente establecidas de aplicación automática como gravedad de la pena, antecedentes penales, circunstancias del hecho, alejada del cumplimiento de fines legítimos.

Así se dota de visos constitucionales, en el sentido que la prisión provisional, se adoptará cuando sea necesaria para cumplir cualquiera de los tres fines que la norma ampara: el peligro de fuga, el de desaparición o alteración de fuentes de prueba y el riesgo de reiteración delictiva.

El autor considera que de la forma en que actualmente se regula la prisión provisional, se aleja de criterios de aplicación automática y se constituye una medida más excepcional e individualizada, no obstante, se puntualiza que los criterios actuales deben valorarse bajo la proporcionalidad para no incurrir en su inconstitucionalidad (pp. 834-844).

Por su parte Nieva Fenoll, (2017), sobre la prisión provisional en España, explica que:

Se encuentra en los artículos 502 a 519, y 521 a 526 de la ley de enjuiciamiento Criminal. Y comenta como nota característica de su sistema que en España se introdujo “la alarma” como motivo indirecto de prisión provisional en la original ley de enjuiciamiento Criminal de 1882, sin que dicha alarma contará con antecedentes legislativos previos, posteriormente con la reforma del 26 de diciembre del 1984, en plena democracia, cuando se introdujo expresamente la “alarma social” como posible presupuesto, lo que califica el autor como exceso manifiesto, criterio que cambió con la reforma del 24 de octubre del 2003, propiciada por una acertada Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000 que cuestionó ese presupuesto, y a la vez lo justificó en la dureza de los atentados terroristas vividos en España en los años 80.

Otra característica de la prisión preventiva en España es que para la evaluación del riesgo se tiene en cuenta tres criterios: el riesgo de fuga, el riesgo de destrucción de pruebas, y el riesgo de reiteración delictiva, este último calificado por el autor como el más polémico en vista a que es directa y gravemente contrario a la presunción de inocencia, en la medida en la que se supone sin más que el investigado va a volver a delinquir sobre un cálculo hipotético de puras conjeturas. En comparación con la legislación italiana, el plus que se agrega a esta es la personalidad del imputado derivada de su comportamiento (pp. 289,290).

2.2.3. El Principio De Proporcionalidad

García (2012), explica que:

El Test de proporcionalidad ha sido diseñado con la forma con la que lo conocemos hoy en día, de un paulatino y bien pensado desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual luego es recogido y potenciado a nivel técnico por la doctrina, en especial por Robert Alexy. El autor comenta que el primer caso en el que se usó el método de la ponderación, es el caso “Ley de Farmacias”, en el cual se discutió la restricción por parte del Estado a unos ciudadanos de abrir una farmacia en base a que no existía un interés ni necesidad pública de la misma, dado que en la localidad donde se solicitó tal empresa ya se contaba con una persona jurídica que efectuaba dicha labor. Al respecto se recurrió a la vía constitucional, la cual formulaba la escala de tres puntos de análisis de la metodología ponderativa.

El autor al respecto en base a esta primera elaboración jurisprudencial y a manera de adelanto, destaca las características de la proporcionalidad: La primera, es que es una estructura que opera en base a casos concretos, es decir requiere de un conflicto realmente existente y argumentable para que pueda ser aplicado. Ello nos lleva a la segunda característica; es un estudio enfocado principalmente al medio con el que se quiere lograr un fin.

Se especializa en aquello que es lo más relevante, el cómo se transforma la realidad, a quienes beneficia esa transformación, a quienes perjudica, cómo hace ambas y si es acorde a una pretensión de justicia que ello se haga. Es una estructura que se propone contrastar virtudes y vicios del medio seleccionado por la entidad intervencionista. En ese sentido, abre un fuero en el que apologistas y adversarios de una medida puedan esgrimir sus razones de tal manera que le permitan al juzgador el sopesar ambas con la garantía de seguir una metodología argumentativa que tiene la vocación de generar razonabilidad en las decisiones.

Y finalmente, el punto que le parece al autor protagónico sobre la proporcionalidad es que: la forma en que se desean conseguir determinados estados de cosas sea el mejor dentro de las posibilidades existentes (pp. 309 – 311).

2.2.3.1. Definición y naturaleza del principio de proporcionalidad.

Desde una óptica general y simple para Londoño (2009):

El principio de proporcionalidad significa: “Equilibrio, balanceo, equivalencia, ecuanimidad, medida, equidad, justo medio, igualdad, imparcialidad, armónico, ponderado, nivelado contraste, simétrico, ajustado, adecuado, compartido” (p. 56).

El mismo autor a manera de conclusión expone: “proporcionalidad es repartición y concreción equivalente de los intereses jurídicos”; explica que la repartición se refiere a la “distribución razonable y racional de los intereses jurídicos”; la concreción, que se logra a través de las “decisiones judiciales legitimadas y justificadas”; el elemento equivalente, en tanto busca “la distribución de intereses” desde una visión de igualdad frente a situaciones

de igualdad y desigual en situaciones desiguales, agregando la eficacia y eficiencia de las decisiones judiciales; y finalmente el elemento intereses jurídicos, en relación al ámbito jurídico promovido por intereses “individuales y plurales” (p. 57).

La proporcionalidad es un principio si reconocemos que es parte del inicio del orden normativo, en la medida que tiene como fin la corrección del sistema, la evitación de excesos, arbitrariedades, defectos e indefensiones dentro de la concreción material del ordenamiento jurídico, y ello porque está al servicio de la justicia por lo que la proporcionalidad predica la prohibición del ejercicio de los derechos con abuso, prohíbe circunstancias de extralimitación, arbitrariedad (Londoño, 2009, p.50).

La utilidad del principio de proporcionalidad la encontramos en la facultad para contrarrestar o anular cualquier situación generadora de desequilibrio pragmático – normativo, en cuanto garantiza el equilibrio, balance, medida.

La proporcionalidad como principio del sistema de normas irradia a todo el ordenamiento jurídico lo que la convierte en inicio y génesis del sistema, como principio del sistema de normas establece los siguientes parámetros:

De i) distensión de trayectorias jurídicas, ii) colaboración recíproca, iii) diferenciación justificada, iv) viabilidad de situaciones excepcionales que limitan, afectan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales u ordinarios, v) equilibrio entre las relaciones de los sujetos jurídicos, vi) criterio racionalizador de las decisiones jurídicas, vii) límite al ejercicio del poder estatal, etc. (Londoño, 2009, p. 50)

De lo que se desprende que la proporcionalidad como principio no sólo inspira las decisiones judiciales, sino también a la labor legislativa, que debe utilizar este principio para el mejor logro de los fines de la norma.

Esto explica Londoño (2009) cuando califica al principio de proporcionalidad como fundamento sólido del sistema normativo, “porque contiene la concepción de un modelo de justicia desde el plano del equilibrio de intereses jurídicos” ... “para que un sistema de

normas sea considerado jurídico ha de ser justo, y una de las razones de justicia encuentra en la pretensión de la proporcionalidad garantizada en las relaciones del tráfico jurídico” ...”Si un sistema de normas no concreta este parámetro de justeza, no puede ser reconocido como jurídico. Es así como la proporcionalidad se halla en una posición que soporta el sistema jurídico como cimiento que es en tanto manifestación material de justicia; siendo la pretensión de justicia la clave esencial del orden jurídico, fundamento del sistema normativo, lo es también el principio de proporcionalidad” (p. 51).

En esa misma línea para Londoño (2009):

El principio de proporcionalidad es fundamento del Sistema jurídico, dentro “de un modelo de reglas sentado en la pretensión de corrección de justicia”, “La norma para ser norma debe ser jurídica, para ser jurídica ha de ser justa y la justicia en una de sus dimensiones la conforma el principio de proporcionalidad hallándose entonces como principio que declara la juridicidad de las normas del sistema en cuanto que es criterio corrector y determinador de justicia”. Con lo dicho entendemos que el principio de proporcionalidad es fundamento del sistema normativo y del sistema jurídico, otorgándoles corrección y completitud (p. 52).

Bernal (2007) alcanza la siguiente definición, desde el contenido de la jurisprudencia alemana:

En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

1.- Según el sub principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

2.- De acuerdo con el sub principio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3.- En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general (pp. 41-43).

Concluye el autor: Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres sub principios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

Sobre el “concepto unitario” del principio de proporcionalidad el mismo autor nos explica: Los sub principios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario.

En torno al “Status Jurídico” del principio de proporcionalidad Bernal Pulido (2007) explica que ese estatus se analiza desde las siguientes perspectivas:

a.- El principio de proporcionalidad como principio general del derecho.

Dentro de este estatus se le otorga al principio de proporcionalidad la función de ser un criterio hermenéutico, relacionada directamente con la interpretación jurídica, conforme a la función de todos los principios generales del derecho y desde un sentido ontológico; sin embargo tal concepción encuentra su detracción como principio general del derecho cuando se advierte que los principios generales del derecho son ambiguos, imprecisos, poco

claros debido a su amplitud, por lo que incluso la propia doctrina no ha encontrado consenso en su definición, por ende no sería del todo acertado considerar al Principio de proporcionalidad con un principio general del derecho.

b.- El principio de proporcionalidad como límite de los límites a los derechos fundamentales.

Este status del principio de proporcionalidad, se explica cuando se conciben a los derechos fundamentales no como un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo, vale decir no se trata de un catálogo de mandatos y prohibiciones, sino de reconocer la amplia libertad del legislador para regular los derechos e intervenir en su órbita, entonces asumiendo que también se pueden limitar o restringir los derechos fundamentales, corresponde a su vez limitar la actividad legislativa.

Lo expuesto explica el autor con el siguiente esquema:

- 1.- Objeto del límite. Los derechos fundamentales.
- 2.- Límite: la intervención legislativa.
- 3.- Límite del límite: el principio de proporcionalidad (exclusivamente o junto con otros, según lo prescriba el ordenamiento jurídico de que se trate).

Esta postura, a su vez recibe una objeción que se sustenta en considerar al principio de proporcionalidad como un canon o parámetro de control constitucional autónomo o vale decir aislado del derecho fundamental intervenido.

c.- El principio de proporcionalidad como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.

Esta concepción, contraria a las dos antes explicadas, propone que el principio de proporcionalidad es más bien un criterio estructural, en tanto cumple la función de fundamentar la concreción de las normas ius fundamentales adscritas en los casos difíciles,

ello se analiza desde otros aspectos; como el desempeño del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes, o como argumento estructural para la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias de constitucionalidad, o desde la óptica de la garantía del contenido esencial (pp. 506-530).

Para García (2012): El Test de proporcionalidad, es la versión metodológica de la ponderación, como mecanismo de solución de controversias entre principios constitucionales. En estricto constituye una metodología argumentativa, en tanto, pretende formular una estructura mediante la cual los participantes en un sistema jurídico puedan ordenar la motivación (o analizar con cierto orden) en base a etapas que poseen sus propias exigencias, a fin de comprobar la optimización a nivel fáctico y jurídico por parte de una medida para beneficiar un determinado fin (p. 286).

Sobre el examen de proporcionalidad el mismo autor nos explica: El examen de proporcionalidad es un filtro de legalidad y licitud constitucional que pretende eliminar todas aquellas medidas, habilitaciones o prohibiciones que sean inútiles, innecesarias o exijan un sacrificio exagerado de los derechos fundamentales. En efecto, detrás de la proporcionalidad existe un concepto de justicia fundado en el equilibrio de intereses y en repudio a lo excesivo.

En torno a la ponderación el mismo autor enseña: La ponderación no es un método nacido o diseñado por el derecho, no tiene origen en las ciencias jurídicas sino en el sentido común, en la intuición y en aquello que comúnmente se considera como razonable, todos los días y a toda hora evaluamos los pesos de las razones a favor de una u otra opción a fin de adoptar aquella que consideremos más conveniente o que generaría un menor costo de oportunidad. Todo el día optimizamos resultados, lo mismo realizamos los operadores del derecho y sobre todo en las situaciones que involucran la regulación de los derechos fundamentales de las personas, por cada decisión que se tome en dicho ámbito afectará de forma determinante la manera en que cada uno realice su vida.

Agrega el autor, que la ponderación permite la evaluación de cada derecho con el agregado de analizar la forma en que cada titular lo goza y necesita y de cómo se ve afectado por las limitaciones que otros le imponen.

García (2012) complementando su definición de proporcionalidad, cita la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 417/00 F.j. 4,

Que lo define del modo siguiente: “El principio de la proporcionalidad, es aquella según el cual toda medida del estado social de derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual, y se diferencia el estado basado en su respeto del estado transpersonalista (sic) anterior a la Carta Política del 1991. Este Principio de proporcionalidad parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respecto por todos ellos, pues en caso de conflicto, la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados”(p. 288).

En palabras de Barak (2017) la proporcionalidad es una construcción jurídica, compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (este último componente se denomina también “proporcionalidad en sentido estricto” (ponderación)), los cuales constituyen el núcleo de la cláusula restrictiva. Ellos son cruciales para la comprensión de la proporcionalidad. La medida restrictiva debe mantener estos cuatro componentes con el objeto de adecuarse al modelo constitucional. Estos componentes hacen de la noción abstracta de proporcionalidad un concepto más concreto y útil (p. 159).

Una perspectiva mayoritaria de los ordenamientos jurídicos es que el silencio de la constitución respecto a las cláusulas restrictivas (sean estas generales o específicas) no hace a los

derechos fundamentales absolutos, sino que estas deben ser interpretadas en armonía con otras disposiciones de la Constitución. Los componentes de las cláusulas restrictivas los fines que justifican su restricción. En consecuencia, un derecho fundamental que no esté acompañado por cláusula restrictiva alguna (sea esta general o específica) puede ser objeto de restricción con el fin de proteger otros derechos humanos que se encuentren en la constitución (Barak, 2017, pp. 165-167).

De otro lado, siguiendo a Cáceres (2009, p. 174), el principio de proporcionalidad opera como un correctivo de justicia material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera.

A decir de Del Río (2016), siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 00012-2006-AI (caso Decana del Colegio de abogados de Lima contra D. Leg. 961- del 15 de 12 del 2006 – Título 5 fundamento 31; el principio de proporcionalidad tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales (pp. 43-44).

Para Cubas (2018), “el principio de proporcionalidad tiene como finalidad restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario” (p. 118).

2.2.3.2. Fundamentación Constitucional Del Principio De Proporcionalidad

Para Londoño (2009) el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, como test de proporcionalidad, está relacionado a la justificación constitucional, sustentado en otros principios en los que a su vez subyace la proporcionalidad. Y estos son:

1.- Principio de dignidad humana. - Concebido como fundamento del Estado Constitucional, Social y Democrático del derecho, la dignidad humana relacionada a la misma existencia de la persona, como fin de fines, ello impone que cualquier acción estatal dirigida a la persona humana debe respetar sobre todas las cosas su dignidad, por ende, este

principio se erige como limitante, y delineador de toda acción estatal, así como entre ciudadanos.

2.- Principio del orden justo. Se refiere al “justo medio jurídico” en la relación triádica de individuo - sociedad y Estado, entonces el principio de proporcionalidad garantiza el orden justo, cuando se aplica debidamente el derecho sustantivo y el debido proceso legal.

3.- Principio de la determinación de la verdad real. La naturaleza de la verdad no debe entenderse desde un concepto de verdad absoluta y objetiva, sino se trata de una verdad interpretativa, constructiva y comprensiva, por ende, se trata de una verdad que requiere un análisis, donde además el lenguaje para transmitir el análisis es sustancial.

4.- Principio de la realización de la justicia material. Sin duda es la más alta aspiración del derecho y de un sistema jurídico. Si bien se trata de un término muy amplio y ciertamente indeterminado, sin embargo, se concibe que su elemento esencial sería la correcta aplicación de la norma jurídica, en oposición a lo arbitrario.

5.- Principio del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Da cuenta de los elementos mínimos reconocibles de un derecho fundamental, esta tesis pretende que no se vacíe de contenido los derechos fundamentales y que por tanto se conserve una parte sustancial, que constituirá el límite infranqueable para limitar el derecho fundamental.

6.- Cláusula del Estado Social de Derecho. Explica que el Estado social del derecho se equipara con la cláusula esencial del Estado constitucional, lo cual garantiza la observancia de los derechos fundamentales, realizándolos en la realidad, así como se asume que la defensa, promoción y tutela de los contenidos sustanciales constitucionales, se hace en el Estado social de derecho, por medio de la concreción real del principio de proporcionalidad.

7.- Principio de la prohibición por defecto. Desde este principio se concibe a la proporcionalidad como un método evaluador que justifique o reproche la actividad o inactividad del Estado frente a la regulación y protección de los derechos constitucionales, ello significa que cualquier falencia, defecto o irregularidad implica una falta de proporcionalidad.

8.- Principio de la prohibición de exceso. Más bien se refiere a la medida y adecuación del Estado cuando se trata de limitar, afectar o restringir, derechos constitucionales.

9.- Principio de la interdicción de la indefensión. Implica que proscribiera cualquier acción dirigida a desmejorar, disminuir, anular etc, el reconocimiento de los derechos fundamentales.

10.- Principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Este principio parte por reconocer que la parte adjetiva o procesal es un medio, o instrumento que sirva para la realización o concreción del derecho sustantivo o material, por lo que en ningún caso el derecho procesal puede estar por encima del sustantivo (pp. 102-159).

Sobre el Fundamento Constitucional del Principio de Proporcionalidad, Bernal (2007,

Haciendo alusión a la constitución española comenta que el principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente regulado, por lo que en el afán de justificar su fundamentación constitucional, concluye que el principio de proporcionalidad está implícito en el texto de algunos enunciados constitucionales, por lo que no se podría negar su rango constitucional, bajo dicha premisa los conceptos implícitos que fundamentan constitucionalmente el principio de proporcionalidad serían los siguientes para el autor citado (p. 600).

1. La fundamentación del principio de proporcionalidad en el carácter jurídico de los derechos fundamentales.
2. Fundamentación del principio de proporcionalidad en el valor justicia del Art. 1.1 CE.
3. Fundamentación del Principio de Proporcionalidad en el principio del Estado de derecho del artículo 1.1 CE.
4. Fundamentación del Principio de Proporcionalidad en el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad del artículo 9.3 CE.

“En relación al Perú para el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad N° 0010-2002, fundamento 195, (Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos contra Decretos Leyes sentencia del 5 de abril de 1992 “ (Cubas, 2018, pp. 119).

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de las personas...”.

Al respecto el último párrafo del artículo 200 de la constitución establece “...cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos, o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al Juez cuestionar, la declaración del estado de emergencia ni de sitio” (subrayado nuestro) Norma que si bien es cierto se contextualiza al ejercicio de los procesos constitucionales en situación excepcional de estado de emergencia y de sitio; sin embargo, también contiene una orientación de carácter general referida al análisis de la proporcionalidad como obligación del juez frente a un acto restrictivo de derechos, lo cual guarda concordancia con la exigencia de aplicar la proporcionalidad en el dictado de la prisión preventiva, en el que evidentemente se restringen derechos fundamentales.

2.2.3.3. Finalidad del principio de proporcionalidad

Teniendo en consideración la doctrina constitucional colombiana, Londoño (2009) nos enseña las finalidades del test de proporcionalidad, que en resumen explicamos:

a.- Controlar el ejercicio de facultades discrecionales en la decisión jurídica, el principio de proporcionalidad sirve de límite a la discrecionalidad que emana de las normas jurídicas en cuanto son producidas e interpretadas como control de legitimidad constitucional, siendo así las decisiones jurídicas se delimitan cuando los contenidos constitucionales son materializados en la concreción de la norma jurídica –elaboración, interpretación y adjudicación-, disminuyendo el nivel de textura abierta de la norma de derecho (p. 174).

b.- Controlar las instituciones jurídico – procesales, la norma fundamental establece la base sustancial del Derecho procesal en tanto precisa sus contenidos por medio de derechos fundamentales, siendo a su vez estos derechos los que orientan la actividad procesal, al convertirla en medio de la reafirmación de derechos constitucionales involucrados en un conflicto de intereses. El principio de proporcionalidad determina racional y razonablemente la intervención dogmática de las proposiciones normativas de la Constitución en el Derecho procesal adjudicándole legitimidad, validez y eficacia siempre que canalice el reconocimiento de los derechos fundamentales vinculados a una actuación procesal cualquiera sea su naturaleza.

c.- Cumplir una función garantista, el principio de proporcionalidad desempeña en un Estado Social de Derecho una función garantista para los individuos, en la medida en que genera criterios de valoración en el caso concreto para determinar cuáles de los intereses en conflicto tiene preponderancia y si, la injerencia del Estado es o no admisible y justificada o por lo contrario, intolerable (Bedoya,2007) citado por (Londoño, 2009, p.178).

d.- Establecer los contornos jurídicos de los derechos fundamentales, por medio del principio de proporcionalidad los derechos fundamentales pueden ser delimitados y concretados como criterio argumentativo constitucional. No obstante que además tutela y

fortalece el núcleo esencial de los derechos fundamentales y el contenido sustancial de la Norma fundamental ante decisiones jurídicas que pretendan delimitarlos con medidas limitativas excesivas o defectuosas que vulneren los contenidos mínimos fundamentales que los hacen operantes y realizables. Controlando así cualquier decisión jurídica que comprometa los derechos fundamentales y/o contenido esencial del Estado constitucional.

e.- Garantizar un equilibrio en la relación Estado – Individuo e Individuo – Individuo, el principio de proporcionalidad contiene significados de equilibrio, equivalencia, medida, justicia, ponderación y resulta válido como exigencia de contención jurídico – constitucional frente a los intereses en tensión o conflicto. De allí que los intereses correspondientes a los sujetos Estado e individuo, para ser reconocidos como justos han de ser proporcionados, fijando así este principio contornos de intereses ordinarios o fundamentales, viabilizando relaciones jurídicas, procurando alcanzar el ejercicio de los intereses sin que se desnaturalicen sus contenidos esenciales.

f.- Integrar el Derecho constitucional a la dinámica del Derecho procesal, el derecho procesal fija las condiciones en que se analizará el conflicto jurídico, mediante limitaciones contenidas en normas jurídicas, es decir se somete a los parámetros sustanciales de los derechos fundamentales y del principio de la realización de la justicia material, caso contrario carecería de juridicidad. De tal forma que el Derecho procesal se vincula a las exigencias constitucionales a través del principio de proporcionalidad, como herramienta de racionalización formal y material del discurso controversial que se desenvuelve en un proceso jurídico.

g.- Justificar razonable y racionalmente las decisiones del derecho procesal, la esencia de un juicio de valor fundamentado en la racionalidad y razonabilidad jurídica desde el principio de proporcionalidad, por consiguiente, todo discurso jurídico fundamentado en este principio ha de ser entendido como racional y razonable (Londoño, 2009, pp.182-183).

h.- Materializar los principios de interdicción de la indefensión, de defecto y exceso, ambas prohibiciones como de exceso y defecto o protección deficiente materializan límites y exigencias al ejercicio de las decisiones jurídicas, condicionamientos estos que se

viabilizan a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, con la finalidad de evitar desvíos en la definición de la decisión jurídica (Londoño, 2009, pp. 184-185).

i.- Orientar el procedimiento hermenéutico dentro del proceso, el principio de proporcionalidad teniendo como misión de hacer y dejar intangible el contenido esencial de los derechos constitucionales, frente a las decisiones que el Derecho determine se convierte en mecanismo normativo imprescindible y preponderante de interpretación, toda vez que orienta cualquier determinación jurídica que pretenda reafirmar o limitar el ejercicio de los derechos en cuanto con él se logra una correspondencia entre la decisión jurídica y el contenido normativo constitucional (Londoño, 2009, p.185).

j.- Ponderar bienes jurídicos constitucionales en conflicto, en la pluralidad de derechos fundamentales no existe relación jerárquica entre ellos ya que no se puede garantizar i) la unidad de la Norma fundamental, ii) la consistencia de la normatividad constitucional, iii) la coherencia de las proposiciones de la Constitución. Ahora bien, dentro del plexo normativo de la Norma Fundamental, pueden provocarse situaciones de tensión, que obligan a una solución jurídica que (i) conceda mayor peso a uno de los derechos o (ii) armonice los derechos, compenetrando equivalentemente su ejercitabilidad. Entre tanto, el principio de proporcionalidad ante la presencia de una tensión entre derechos constitucionales exige al operador jurídico ponderar, los bienes jurídicos constitucionales en conflicto para determinar cuál debe prevalecer y bajo qué condiciones (Londoño, 2009, pp. 186-187).

k.- Proveer protecciones y afectaciones necesarias a los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad es el evaluador constitucional de cualquier decisión jurídica, de todas aquellas que tutelen, afecten, limiten derechos constitucionales, estableciendo parámetros argumentativos que hacen racionales y razonables los contenidos de los derechos constitucionales, con la finalidad de que las protecciones o afectaciones a estos derechos sean las más adecuadas, necesarias y ecuánimes (Londoño, 2009, pp.188-189).

l.- Realizar el derecho constitucional a la igualdad, el principio de proporcionalidad es una materialización de la igualdad como categoría fundamental en tanto busca un despliegue ponderado de los diferentes intereses constitucionales concediendo a las

relaciones entre estos derechos equivalencia o mayor peso en su ejercicio (Londoño, 2009, p. 189).

II. - Suministrar criterios de legitimidad constitucional a las decisiones jurídicas, el principio de proporcionalidad empieza a otorgar legitimidad iusfundamental a la decisión del Derecho concluyendo su equivalencia frente a los derechos sustanciales de la Constitución. Así mismo niega la consonancia de la decisión jurídica con los contenidos de la Norma Fundamental cuando aquella (i) deliberadamente no los tiene presentes, (ii) los ignora por completo, (iii) los reconoce parcialmente, (iv) los hace inoperantes, (v) lo concibe irrealizables, (vi) no los materializa, (vii) los reduce de tal manera que los desustancializa.

2.2.3.4. Ámbito de aplicación de la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, es un principio general presente en todo sistema jurídico cuyo ámbito de aplicación es ilimitado, su irradiación se extiende a todo el derecho en general y al decir ello estamos asumiendo que es de aplicación en todas las ramas del derecho, pero para fines de centrar esta investigación, nos interesa ubicarnos en una dimensión de la proporcionalidad en específico para ello debemos identificar algunos ámbitos de aplicación.

1.- La Proporcionalidad Legislativa. - Es la proporcionalidad que debe estar inmersa en la función legislativa, le corresponde al Poder legislativo emitir leyes, para cumplir dicha función debe aplicar la ponderación cuando las normas a emitir puedan afectar derechos en general y especialmente derechos fundamentales, de algunos ciudadanos o de la colectividad.

2.- La Proporcionalidad Judicial. - La función judicial requiere del principio de proporcionalidad a fin de emitir decisiones equitativas y justas, se materializa en su propia resolución, cuando la decisión adoptada requiera afectar derechos fundamentales, se debe recurrir a la ponderación como método de argumentación que sirva para justificar las razones de una decisión idónea, necesaria y proporcional; y, por tanto, se fije límites a la discrecionalidad del juez,

que puede conducirlo a una decisión arbitraria. En el presente trabajo nos avocamos precisamente a la proporcionalidad judicial aplicada en estricto al mandato de prisión preventiva, en virtud a que es centro de nuestro análisis la motivación judicial de la prisión preventiva desde el principio de proporcionalidad.

En el estudio del principio de proporcionalidad hemos advertido que también se pueden diferenciar sus ámbitos de aplicación como sigue:

- El Principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales
- Principio de proporcionalidad en el Derecho penal:
- Principio de proporcionalidad en Derecho procesal penal.
- Principio de proporcionalidad en las Medidas de coerción personal.

A. El Principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales

Para Aguado (2010), (...):

El principal ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de los derechos fundamentales, dado que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional Español, “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de desproporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la constitución garantiza (SSTC 55/1996,FJ 3; 139/1999, FJ 22). Y así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N° 0012-2006-PI, de 15 de diciembre de 2006, FJ 33: “Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (en su mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de

proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal” (p. 270).

Para Penalva (2000), citado por Del Río (2016),

El principio de proporcionalidad es un medio de protección del status civitatis, que consigna ciertos límites a la intervención del Estado, en procura de un equilibrio entre los integrantes generales que se persiguen, y los derechos fundamentales de los individuos que pueden ser afectados, solo en forma extraordinaria y justificada. Lo que significa que no puede lesionarse el contenido esencial del derecho, ni se debe sobrepasar lo estrictamente necesario (p. 44).

B. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal

Como expresa Aguado (2012):

El principio de proporcionalidad posee actualmente en el Derecho Penal un significado muy relevante, aun cuando mucho más restringido que en otras ramas del ordenamiento jurídico, como pudieran ser el derecho procesal penal o el derecho administrativo. Ello se debe, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, a que el fin que se persigue a través de las normas penales es único: protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro a través de la prevención, se introduce una limitación al medio que puede ser utilizado por el legislador para alcanzar dicho fin: las normas redactadas por el legislador, así como las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por el juez, deben ser medios adecuados para prevenir la comisión del delito. En segundo lugar, porque este fin se alcanza a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo, la mayor sanción de la que dispone el Estado.

C. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal

A decir de Londoño (2009):

Este principio se consolida como un criterio analítico – constitucional imprescindible en el desenvolvimiento del fenómeno procesal penal con la finalidad de materializar un real y efectivo derecho procesal penal constitucional. El componente constitucional del principio de proporcionalidad cualifica de constitucional el proceso

penal. Esto es importante puesto que la dinámica penal compromete garantías sustanciales constitucionales de modo restrictivo lo que hace necesario que exista un mecanismo constitucional que haga racional y razonable el sistema procesal penal en cuanto limite, afecte o restrinja derechos fundamentales. Se plasma así el principio de proporcionalidad en la actuación penal como norma constitucional sustancial de garantía en el desarrollo de los actos procesales penales del Estado, del sujeto pasivo de persecución penal y de otros factores del proceso. Siendo norma constitucional de garantía se califica de proceso penal en la medida en que se constituye en instrumento de control constitucional de las decisiones jurídicas que se determinen en la realización del proceso penal, actuando materialmente frente a los distintos intereses jurídicos que intervienen en su dinámica, con el propósito de lograr su equilibrio y por ende la realización de la justicia material (pp. 57-58).

D. EL Principio de Proporcionalidad en las Medidas de Coerción Personal

En palabras de Reyna (2015), “el principio de proporcionalidad no es solo un principio de naturaleza sustancial, sino también un principio de orden procesal de especial aplicación en el momento de determinar medidas coercitivas y determinación e individualización judicial de la pena”. Especial relevancia tendrá en esta investigación precisamente la aplicación del principio de proporcionalidad en las Medidas cautelares personales y dentro de ellas, la aplicación del principio de proporcionalidad en la medida de coerción procesal más grave: la Prisión Preventiva, el objetivo será analizar cómo se viene motivando la proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva, así como determinar la función que cumple el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva (p. 327).

2.2.3.5. El Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.

En palabras de Palacios (2018):

Si bien es condición necesaria, no es suficiente que exista una base legal para poder invadir la esfera de los derechos y las libertades de los ciudadanos, incluso de los imputados. Tampoco basta con la concurrencia en el caso concreto de un *fumus commisi delicti* o de uno o varios motivos de *periculum libertatis*. Es preciso dar un paso más en el

análisis de los presupuestos de este tipo de medidas y afirmar que la norma que permite esta intromisión deberá ser interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad y, en todo caso, siempre de forma restrictiva (p. 179).

Este principio implica que la medida cautelar que se adopte será, en primer lugar, adecuada o apta para alcanzar el objetivo constitucionalmente prefijado; en segundo lugar; dicha medida debe ser necesaria, de tal forma que el fin pretendido no pueda ser cumplido a través de un medio menos gravoso para el sujeto pasivo de la medida; además, la carga que se impone a su destinatario estará en razonable relación con las ventajas que se derivan por la consecuencia del fin deseado.

A decir de Oré (2014):

El principio de proporcionalidad ilumina todo el conjunto de medidas de coerción, no siendo necesario, hacer una distinción en cuanto a sus implicancias en relación al derecho que se busca tutelar, al derecho que se transgrede o a la finalidad que se persigue (pp. 37-38).

En relación a quién le resulta exigible la aplicación del principio de proporcionalidad este autor explica: por el contrario los sub principios que comprende este valor constitucional son igual de exigibles al juez, sea cuando se le requiera una medida de coerción con fin cautelar real, cautelar personal, o, en su caso, al policía o al fiscal cuando, durante el ejercicio de su función preventiva o de investigación, respectivamente, se ven en la necesidad de afectar ciertos derechos constitucionales, por ejemplo, como son los supuestos de flagrancia.

De ahí que se entienda a este principio como la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal, de modo que el grado de afectación que el ordenamiento permite respecto de cierto derecho fundamental no debe ser mayor a la finalidad buscada con ello.

Siguiendo a Oré también podemos encontrar como un elemento caracterizador del principio de proporcionalidad que respecto de las medidas de coerción se pone de manifiesto no solo al momento de su imposición, sino durante su ejecución, frente a la posible variación, reforma revocatoria y cese.

Según Pedraz (2000) sostiene que:

El principio de proporcionalidad: Es un medio de protección del estatus civitatis que asigna ciertos límites a la intervención del Estado, en procura de un equilibrio entre los intereses generales que se persiguen y los derechos fundamentales de los individuos que pueden ser afectados sólo en forma extraordinaria y justificada. Lo que significa que no puede lesionarse el contenido esencial del derecho ni se debe sobrepasar lo estrictamente necesario para obtener el fin pretendido (p.149).

Siguiendo a Cáceres (2009), el principio de proporcionalidad exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado “prohibición de exceso” (p. 173).

Oré (2006) y Binder (1999), citados por Guerrero (2013), sostienen la siguiente posición:

Por el principio de proporcionalidad se busca una equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal; de ello también se deriva que la violencia ejercida con la prisión preventiva nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión (p.25).

La Prohibición de exceso en palabras de Londoño (2009) “Es el principio que exige del Estado adecuación y medida en el momento de limitar, afectar o restringir el contenido de los derechos sustanciales constitucionales” (pp.155-156).

En palabras de Del Rio (2016) citando la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente número 0012-2016-AI “...el principio de proporcionalidad constituye un

mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado constitucional y, como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales entre otros bienes constitucionales” (pp. 43-44).

Por su parte Lopera (2010) sostiene al respecto:

Si, como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión en el caso a decidir. Para ello es preciso en primer lugar, determinar cuáles son los derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal (...) El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existen normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines (p.161).

En palabras de Cubas (2018) el principio de proporcionalidad:

Exige restringir la medida y los límites de la Prisión Preventiva a lo estrictamente necesario. El derecho internacional de los derechos humanos protege expresamente el principio de inocencia que asiste al imputado, el cual impide que se trate como culpable a la persona sospechosa de haber cometido un delito, mientras no haya sido declarada judicialmente su culpabilidad; en consecuencia, los efectos de la prisión preventiva de ninguna manera pueden ser equiparados a los efectos de una pena (p. 118).

Siguiendo a Villegas (2013) quien a su vez cita a Sanguiné (2004), en lo referente a la prisión preventiva, el principio de proporcionalidad - funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz. Así los legisladores jueces o aplicadores del derecho deben respetarlo para equilibrar y delimitar el punto medio entre estos derechos opuestos que entran en conflicto,

por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática, de la normativa referente a este instituto, el principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada, que presupone como principio supremo el del favor Libertatis (p. 111).

Por su parte para Asencio (2016) en relación al principio de proporcionalidad en las medidas cautelares sostiene.

El Principio de proporcionalidad característico de toda restricción de derechos fundamentales, aunque tiene una íntima y a veces difícil diferenciación con la excepcionalidad, puede presentarse en el ámbito de la prisión provisional en la exigencia de que los fines que la justifiquen sean estrictamente cautelares, debiendo prohibirse la utilización de la medida para la verificación de funciones típicas de la pena o de las medidas de seguridad. Ni es admisible utilizar una medida cautelar para hacer política criminal (evitar la comisión de nuevos delitos), ni tampoco para calmar los deseos de inmediata reparación que exige la sociedad (alarma social o frecuencia), ni por último, para cumplir con prevención general o especial alguna. Toda referencia de la prisión provisional con la pena, incluso cuando se trata de desarrollar aspectos de la misma, como su duración máxima, es peligrosa y se introduce en un espacio de difícil individualización y concreción (p. 793).

Finalmente, en opinión de Reátegui (2010):

Dentro de los principios que regulan su aplicación en la administración de justicia penal está el principio de proporcionalidad, el cual exige que en todo caso debe dictarse la medida coercitiva menos gravosa entre las que sean adecuadas razonablemente para evitar el riesgo que se pretenda conjurar, y como consecuencia de este principio, la medida no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del hecho ni del eventual peligro que se trata de prevenir, pues lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado y el bien jurídico que se trata de privar (p. 25).

Sobre la proporcionalidad en la medida de coerción personal, sostiene el autor antes citado:

El principio de proporcionalidad no solo exige que la limitación de la libertad personal persiga

amparar intereses generales, sino que esta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo. Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia.

De este principio de proporcionalidad se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de la libertad: (1) delito grave, y, (2) peligrosismo procesal, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, alguno de los cuales son muy polémicos. El primer motivo explica que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio exige que el delito en cuestión lleve aparejada la pena privativa de libertad y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con penas más graves, sin que pueda acordarse la medida en los llamados delitos de bagatela. El segundo motivo de prisión preventiva está vinculado a los peligros que se pretenden conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo común la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso.

Intentando un consolidado de las posiciones de la doctrina nacional e internacional citada, advertimos que, al definir el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, no se tiene un criterio unificado sino bien más se sustentan diferentes posiciones, cada una dando relevancia a lo que consideran el aporte más sustancial del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.

Así les alcanzamos un resumen de la diversidad de criterios:

La necesidad de que la prisión preventiva pueda ser interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad.

- El principio de proporcionalidad, como principio de irradiación en tanto, ilumina todo el conjunto de medidas de coerción.
- Como límite a la intervención del Estado, en procura de un equilibrio entre los intereses generales que se persiguen y los derechos fundamentales de los individuos afectados.
- El principio de proporcionalidad, como garante del principio de presunción de inocencia aplicable en la medida de prisión preventiva.
- Como equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal.
- Como prohibición de exceso, impone al Estado adecuación y mesura en el momento de limitar, afectar o restringir derechos fundamentales.
- Como controlador de los actos de los poderes públicos en los que pueda lesionarse los derechos fundamentales.
- El principio de proporcionalidad como solución, frente a la colisión entre principios constitucionales.
- El principio de proporcionalidad como exigencia para restringir la medida y los límites de la Prisión Preventiva a lo estrictamente necesario.
- El Principio de proporcionalidad presente en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho.
- El principio de proporcionalidad como prohibición de la utilización de la medida de prisión para funciones típicas de la pena o de las medidas de seguridad.

- El principio de proporcionalidad, como garante del dictado de una medida coercitiva menos gravosa.

Confirmamos entonces, que son diversos los criterios de la doctrina para sustentar la función del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, sin embargo, de la diversidad de criterios nos atrevemos a aseverar que todos se conjuncionan en una idea central, hacer de la decisión de la prisión preventiva una decisión más justa y equitativa.

2.2.3.6. El informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas de la comisión interamericana de derechos y el principio de proporcionalidad

Siguiendo con el análisis del principio de proporcionalidad en las medidas cautelares, estimamos importante tomar en cuenta las reflexiones de la Comisión Interamericana de Derechos, en el Informe sobre el uso de la Prisión preventiva en las américas publicado el 30 de diciembre del 2013, en el cual se hizo un análisis referido específicamente al principio de proporcionalidad en los párrafos 160 al 164, en el cual se parte de la premisa que lo que debe analizarse es “Sí el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad”.

Este informe explica las dimensiones del criterio de proporcionalidad; la primera, se refiere a la diferencia intrínseca entre la naturaleza de la privación de la libertad como medida cautelar que se aplica a una persona cuya posición jurídica sigue siendo la de un inocente. Y la privación de la libertad derivada de una condena (Comisión Interamericana De Derechos Humanos, 2013) .

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009):

La segunda dimensión se refiere a la congruencia entre la detención preventiva como la medida cautelar más severa de que dispone el derecho penal y los fines que con ella se persiguen en el caso concreto, estos criterios se explican en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela cuyo texto se transcribe en la parte pertinente. (párrafo 160)

“Una persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción”. (párrafo 161)

La comisión sostiene que la adopción de la prisión preventiva “requiere de una proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan”. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada. (párrafo 162)

En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. Igualmente se deberá considerar, en abstracto, si de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada. De igual forma cualquier privación de la libertad por expresiones, aun cuando se trate de una medida cautelar, es desproporcionada e incompatible con la convención. (párrafo 163)

Sobre la aplicación de la prisión preventiva frente a delitos leves, se considera relevante la aplicación de la proporcionalidad frente a la realidad observada en muchos estados de la región en los que existen importantes patrones de aplicación de la prisión preventiva a personas acusadas de delitos de poca gravedad, (incluyendo los patrimoniales cometidos sin daños a las personas y el microtráfico de drogas) Al referirse a esta realidad,

el Grupo de trabajo de detenciones arbitrarias, a quien en adelante se le denominará con las iniciales GTDA, observó que a estas personas “[s]e las mantiene en prisión únicamente para asegurarse de su comparecencia en el juicio [...] sencillamente porque los Estados no son capaces de garantizar que vayan a comparecer ante la justicia”. El GTDA ha establecido también que no basta con que la prisión de libertad sea aplicada formalmente conforme a la ley, sino que el derecho a la libertad personal exige que los Estados recurran a la misma “solo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad” (énfasis añadido). Así pues, la comisión reitera que la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad. (párrafo 164)

**2.2.3.7. El Acuerdo Plenario N° 01-2019/ CIJ- 116, del 17 de septiembre del 2019
Sobre Prisión Preventiva y El Principio de Proporcionalidad en la Prisión
Preventiva.**

El Acuerdo Plenario N° 01-2019 sobre Prisión Preventiva, presupuestos y requisitos emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Título 3° referido a las Notas características de la Prisión Preventiva, a partir del fundamento jurídico 7° hace una descripción de los elementos que informan la prisión preventiva, entre ellos, la excepcionalidad, la legalidad procesal, el principio de intervención indiciaria y como cuarto elemento explica desde los fundamentos jurídicos 15° al 16°, el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, lo que resumimos en los términos siguientes:

La prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, “está sujeta, en la relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y la eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte- ni mediana, ni débil”-. La proporcionalidad se vincula directamente con el Estado de Derecho, el Principio de seguridad jurídica y se “erige en una exigencia de justicia material” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019).

Se reconoce que la medida de prisión preventiva es “fungible”, ello se explica, “si pueden alcanzarse de otro modo los fines que pretende”, para lo cual se debe considerar la situación subjetiva del imputado (entendemos se refiere a cuestiones de carácter personal, educación, cultura, trabajo familia, creencias. etc.) en relación con el hecho delictivo que se le imputa, y entonces sólo así se podría ponderar “el sacrificio de la libertad individual que supone la medida” ... En esa misma línea, el Acuerdo plenario en comentario, encuentra justificada y legitimada la prisión preventiva si no se pierde vista que “el fin cautelar que persigue, es decir, de aseguramiento del desarrollo del proceso penal y con ello el deber de persecución del delito”, lo que implica preservar la naturaleza cautelar de la medida (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019).

Se asigna al principio de proporcionalidad la función de medir “la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos o dos elementos de relevancia constitucional-comparativamente entre sí (libertad vs. eficacia de la persecución procesal, en el caso de la prisión preventiva)” evitando así el exceso “de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar”; consideraciones que se condicionan con “las ideas predominantes en la sociedad” que necesariamente se incorporan en la sociedad y la constitución las reconoce.

Al principio de proporcionalidad, se le reconoce el ser “el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la prisión preventiva en todo estado de derecho”, al admitir que no existen reglas matemáticas que pueda aplicar el órgano jurisdiccional y por consiguiente existe un amplio margen de discrecionalidad jurídicamente vinculada, y arbitrio judicial a la hora de considerar su aplicación o no.

El objeto del principio de proporcionalidad, se circunscribe a la finalidad perseguida por la prisión preventiva y las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El principio de proporcionalidad, en general, “se sitúa entre el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad, independientemente de la pena esperada” sobre el cual con la aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, se resolverá el dilema de manera equitativa y justa, en todo caso el análisis “debe entenderse partiendo de la delimitación del caso concreto”.

Toma relevancia una nota característica de la prisión preventiva, que es una medida facultativa, “pues deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos, determine su imposición luego de un juicio de razonabilidad, en pureza, de proporcionalidad”.

“La proporcionalidad, entonces, está enraizada en las relaciones de poder entre Estado e individuo; es, pues una exigencia asociada al ejercicio del poder tendente a evitar el exceso en el uso de dicho poder”. Por ello con atinada razón la doctrina asigna la función de limitación al poder estatal a la proporcionalidad, cuando se trata de restricción de derechos fundamentales. La proporcionalidad, no puede calificarse como “un presupuesto o una simple característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación a posteriori de la medida adoptada”, sino más bien “es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto”. La proporcionalidad ha de guiar la decisión relativa a las concretas medidas de cerción a adoptar; no puede ser un simple mecanismo de evaluación de la eficacia de las mismas. De lo último se colige la importancia de la aplicación de este principio en la prisión preventiva (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019).

Finalmente consideramos que un aporte académico interesante del Acuerdo Plenario 01-2019, acogiendo a Gonzales Cuellar Serrano -Nicolas es la estructura de la proporcionalidad la cual estaría integrada por presupuestos y requisitos...en lo concerniente a los “presupuestos de la proporcionalidad se tiene: 1) legalidad procesal o, en este caso, de tipicidad procesal- esto es, precepto con rango de ley con reglas claras y precisas, y que incluya las garantías necesarias para el imputado- (presupuesto formal), y 2) justificación teleológica – que se centra en la determinación de los valores, con la suficiente fuerza constitucional, que tratan de ser protegidos por la adopción de una medida limitativa de derechos (presupuesto material). En lo relativo a sus requisitos extrínsecos de 1) jurisdiccionalidad – solo el juez competente, en el marco de un procedimiento preestablecido y bajo la vigencia del principio procesal, de carácter estructural, de contradicción, puede dictarla-, 2) motivación especial (motivación reforzada), según el artículo 271, apartado 3, del CPP. La restricción de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó (STCE 47/2000, de

17 de febrero FJ 7°. La STC 091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002 afirmó que la motivación, es estos casos, debe ser más estricta, “pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial” (González, 1990, p. 69).

2.2.3.8. Jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva

El Tribunal Constitucional ha aportado con su doctrina jurisprudencial algunos pronunciamientos sobre el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, hemos seleccionado las siguientes sentencias consideradas más relevantes.

A. Acción de Inconstitucionalidad Expediente N° 0010-2002, Marcelino Tineo Silva

OJO en la P.P. en la pena

Fundamentos 195, 196, 197

195.- “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196.- Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el decreto ley N° 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena en concreto, sobre la denominada “determinación legal”

197.- En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material, es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que señala que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

B. Habeas Corpus, Expediente N° 791-2002-HC/TC, caso Grace Mary Riggs Brousseau

Fundamentos Jurídicos 6 al 11

“(…) El mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, solo puede deberse a la necesidad de asegurar la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

C. Acción de Inconstitucionalidad STC Expediente N° 006-2003-AI/TC Promovida por 65 Congresistas de la República.

“El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este

principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos (...)"

D. Habeas Corpus STC Expediente N° 1567-2002 HC/TC, del 5 de agosto del 2002, caso Alejandro Rodríguez Medrano

Fundamentos Jurídicos 3, 4.

“La prisión preventiva tiene como finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficacia plena de la labor jurisdiccional”

“(...) la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma; i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o ii) la ejecución de la pena]”

E. Habeas Corpus STC Expediente N° 2915-2004-HC/TC Federico Tiberio Berrocal Prudencio

Fundamento 12.

“(...) La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser ‘sujeto’ del proceso para convertirse en ‘objeto’ del mismo”.

2.2.3.9. Sub principios del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva

A continuación, nos proponemos analizar los 3 sub principios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, pero esta vez exclusivamente relacionados a su función en la prisión preventiva.

A. Sub Principio de Idoneidad

Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o favorezca la obtención del fin perseguido legítimamente por el Estado. La consecución de determinado fin debe estar ordenada o permitida constitucionalmente, por tanto, aquel que se encuentre prohibido por la Constitución constituye un fin ilegítimo. En consecuencia, este sub principio, presupone analizar la constitucionalidad de la finalidad que persigue la norma sometida a control. (Del Río, 2016, p.46).

Por su parte Schlink (1976) citado por Lopera (2010):

Expresa que el principio de idoneidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue (...) por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin de causalidad sea negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido (p.165).

Una primera exigencia que el juez debe cumplir, a través de la motivación del auto concesorio de la medida de coerción, o, en su caso, que el actor (fiscal o actor civil) debe fundamentar al momento de solicitarla o al requerir su confirmación judicial, es precisar el carácter idóneo de la medida; es decir, precisar si la afectación del derecho resulta pertinente y adecuada para conseguir el objetivo que debe enmarcarse dentro de un parámetro constitucional.

Oré (2014), el mismo autor citando a Pujadas Tortosa destacó, “Se tiene que una medida de coerción será idónea cuando su aplicación impida (o por lo menos reduzca) la existencia de un riesgo de frustración procesal o la peligrosidad del imputado para materializar ese riesgo, en el caso en concreto” (p. 39-40).

Por su parte Gonzales (1998) citando a Villegas Paiva (2013) sostiene:

Este juicio de adecuación, o llamado también mandato de idoneidad, implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De la definición esbozada se puede inferir que tiene dos exigencias: la primera, que toda medida de intervención en los derechos fundamentales tenga un fin constitucional legítimo (identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental), y la segunda, que sea idónea para favorecer la obtención de dicha finalidad (“se trata del análisis de una relación medio fin”) (p. 196).

En palabras de Castillo (2005) citado por Guerrero (2013), se tiene “si la medida de la prisión preventiva tiene como consecuencia la prisión del procesado, no hay problema en aceptar que con ella se impide totalmente que este pueda evadir la acción de la justicia. Entonces, aunque la realidad nos demuestra que la prisión preventiva nos asegurará “la no interferencia y obstaculización” de la justicia, se entiende que sí lo hace en buena medida, de modo que en uno y otro caso pueda considerarse que la prisión preventiva es una medida idónea para la consecución del fin (p.29).

Retomando lo anterior Lopera (2010), expresa que “el contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la norma penal” (p. 162-164).

En el primer caso es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues solo de ese modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico (...). Por su parte,

cuando se proyecta sobre la norma sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivo generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta.

Para Cubas (2018) sostiene que:

El juicio de adecuación, o llamado también mandato de idoneidad implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; esto tiene dos exigencias: primera que toda medida de intervención en los derechos fundamentales tenga un fin constitucional legítimo, y, segunda, que sea idónea para favorecer la obtención de dicha finalidad, esto es, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (p. 122).

Siguiendo con el análisis del sub principio de idoneidad en la prisión preventiva, acota Villegas (2013)

Debemos partir por recordar que esta tiene por finalidad asegurar, en casos extremos, el éxito del proceso, en tal sentido busca evitar que el procesado evada la acción de la justicia e impedir que interfiera u obstaculice la investigación judicial (que puede manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos). El autor citado se formula la siguiente interrogante ¿tiene la finalidad aludida cobijo constitucional? La respuesta va en sentido afirmativo, por tanto, ratifica que, “la finalidad cautelar (asegurar el éxito del proceso) de la prisión preventiva es constitucional”. Sobre la constitución el autor citado explica que el artículo 24, letra “b” “admite en casos excepcionales la restricción de la libertad ambulatoria, siempre y cuando estén previstas en la ley (por ejemplo, el Código procesal penal) en los cuales se pueda

restringir la libertad personal. De todo esto aflora el concepto de las medidas coercitivas personales, concretamente la prisión preventiva; es decir, que la constitucionalidad de la prisión preventiva se puede observar o deducir de la norma constitucional citada” (p.118).

B. Sub Principio de Necesidad

Denominado “de subsidiaridad”, “de la alternativa menos gravosa” o “de mínima intervención” o también como mandato de necesidad, importa la obligación de imponer de entre la totalidad de las medidas restrictivas que resulten idóneas la que signifique el menor grado de limitación a los derechos de la persona, se deberá imponer la medida menos lesiva o aflictiva de entre todas las igualmente idóneas (Villegas, 2013, p.120).

Es un criterio comparativo, porque su aplicación obliga a los órganos del Estado a comparar y considerar, junto a la medida limitativa cuya admisibilidad se comprueba, otras medidas que pudieran ser adoptadas en el caso concreto, que sean suficientemente idóneas para la satisfacción del fin perseguido, con la posterior elección de la menos lesiva para los derechos individuales (Del Río, et al., 2016, p.48).

Una vez acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa (Lopera, 2010, p.164).

El segundo filtro, luego de haber seleccionado la o las medidas de coerción idóneas, consiste en identificar la menos gravosa dentro del conjunto de ellas, para que, a su vez, sea de aplicación indispensable en los términos del artículo 253.3 del CPP de 2004; disposición que encuentra respaldo constitucional, en lo concerniente a las medidas de coerción que afectan la libertad personal, tanto en el artículo 2.24.e de la Constitución como en el artículo 9.3 del PIDCP (Pacto internacional de derechos civiles y políticos) en el entendido de que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. (Oré, et al., 2014, p.41)

“Si el Principio de proporcionalidad con base al juicio de necesidad, obliga a utilizar a la prisión preventiva como último recurso, esto implica que dicha figura cautelar debe ser considerada como una medida excepcional y subsidiaria” (Guerrero et al., 2013, p.31)

En palabras del Lopera, (2010):

Existe una necesidad de la norma de conducta, por lo que el principio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal (...), y cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al principio de subsidiaridad en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de alternativas al derecho penal, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de penas alternativas. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva (pp.164-165).

En palabras de Cubas (2018) sostiene que:

Este sub principio denominado de “subsidiariedad”, o de “mínima intervención”, importa la obligación de imponer de entre la totalidad de las medidas restrictivas que resulten idóneas, la que signifique el menor grado de limitación a los derechos de la persona. Se debe imponer la medida menos lesiva o aflictiva de entre todas las igualmente idóneas. Se trata de comparar la medida adoptada con las medidas alternativas disponibles, debiendo tener en cuenta la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental (p.122).

Como anota Villegas (2013) este sub principio de necesidad: se trata de un principio comparativo y de naturaleza empírica, en la medida que se ha de buscar medidas menos gravosas, pero igualmente eficaces. De modo que la restricción al derecho afectado es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo, pero igualmente idóneo (pp. 120-121).

En este sentido el Tribunal Constitucional español sostiene que el control sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas o de la misma eficacia, se centra en constatar si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta insuficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.

El Dr. Mijail Mendoza en un análisis muy acucioso sobre la intensidad de la intervención de los derechos fundamentales en el sub principio de necesidad, nos enseña que “el examen de necesidad consiste en una comparación de medio a medio”, y explica que por medio debemos entender a la medida que incide o interviene en los derechos fundamentales. Y que los medios a compararse son al menos dos: el medio adoptado por el legislador y el hipotético alternativo que podría haber adoptado, de cuya comparación alcanza dos posibles conclusiones “(a) que el medio hipotético alternativo no ocasione intervención alguna de derechos fundamentales, o; (b) que el medio hipotético alternativo ocasione una intervención, en derechos fundamentales. En el primer supuesto no se requiere de la variable intensidad de la intervención, debido a que la existencia de un medio hipotético alternativo igualmente idóneo al medio adoptado por el legislador conduce a concluir en la inconstitucionalidad del último, en vista que se demuestra que el legislador podría disponer de otro medio, para alcanzar su objetivo sin necesidad de afectar o restringir un derecho fundamental. De otro lado al tratarse del segundo supuesto, la variable intensidad de la intervención se incorpora plenamente en el análisis de la necesidad de la medida. El autor seguro que la comparación medio a medio puede plantearse con

significativos convenientes a nivel de comparación entre intensidades de intervención (Mendoza Escalante, 2018).

Lo expuesto es perfectamente aplicable para el análisis del sub principio de necesidad en el mandato de prisión preventiva, en el cual la comparación que debe analizar el Juez, se plantearía más bien entre la prisión preventiva que genera la intervención más grave a la libertad ambulatoria requerida por el fiscal y prevista en la ley y las otras medidas alternativas hipotéticas que podrían ser la comparecencia con restricciones, la caución, impedimento de salida o vigilancia electrónica, entonces correspondería realizar la comparación entre el “grado o magnitud” de la intervención del derecho a la libertad ambulatoria.

En relación a la “estructura del examen del medio alternativo” en su obra el examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Laura Clérico concluye, Cuanto más sea complementada la regla del medio alternativo a través de otras reglas, tanta más fuerza decisoria adquiere como criterio y tanto más material se vuelve la concepción del examen del medio alternativo menos lesivo... se trate de un caso claro o dudoso, el resultado del examen del medio alternativo menos lesivo es crucial, ya que preestructura el examen de proporcionalidad en sentido estricto (Clérico, 2009; p.161)

C. Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, “exige llevar a cabo una ponderación entre la gravedad o intensidad de intervención en el derecho fundamental, por una parte, y el peso de las razones que la justifican”, es un principio que consiste en una relación de ponderación, que la doctrina formula de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. La ponderación puede dividirse en tres pasos: El primero involucra definir el grado de afectación de uno de los principios. El segundo define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. El tercer paso define si la importancia de la satisfacción del principio contrario, justifica la restricción”. (Alexy, 2007) citado por (Del Río, et al., 2016, pp.49-50).

Siguiendo a Villegas (2013):

En el ámbito del proceso penal, lo que se tiene que ponderar es el interés de la persona en que se respeten sus derechos fundamentales que habrán de ser objeto de restricción, y el interés estatal en el éxito de la persecución penal, ambos de sustento constitucional (p.125).

Pero no solo eso, sino que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también exige reparar en el caudal probatorio que pueda existir sobre un determinado grado de riesgo para la investigación del supuesto hecho delictivo, de tal manera que no se puede recurrir a medidas que importen graves restricciones a los derechos del investigado cuando no existan medios probatorios que permitan afirmar, en un grado por lo menos medio de probabilidad, que el imputado perturbará los actos de investigación (Guerrero et al., 2013, p.35).

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación, en la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena, y por otro lado, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos. (Lopera et al., 2010, p.172)

Este sub principio es denominado también Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, Cubas (2018) explica al respecto:

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el valor del objetivo pretendido deber ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes (p, 122).

Por su parte Villegas (2013) considera:

En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, de la respectiva medida habrá que ponderar los intereses en conflicto, que no son otros que los intereses del

individuo frente a los intereses del Estado. En el ámbito del proceso penal, lo que se tiene que ponderar es el interés de la persona en que se respeten sus derechos fundamentales que habrán de ser objeto de restricción, y el interés estatal en el éxito de la persecución penal, ambos de sustento constitucional (pp. 125-126).

Agrega el mismo autor. En la ponderación de la proporcionalidad en su sentido estricto debe incluirse no solo la restricción del derecho sobre el que, por definición, la medida debe incidir, sino la totalidad de las consecuencias nocivas que habrá de sufrir el ciudadano, incluso las que no hayan sido previstas normativamente o no hayan sido queridas por el órgano que decide la restricción. Dichas afectaciones deberán tomarse en cuenta siempre que el juzgador pueda sostener un pronóstico bastante seguro sobre los efectos colaterales de las injerencias. Pero no solo eso, sino que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también exige reparar en el caudal probatorio que pueda existir sobre un determinado grado de riesgo para la investigación del supuesto hecho delictivo, de tal manera que no se puede recurrir a medidas que importen graves restricciones de los derechos del investigado, cuando no existan medios probatorios que permitan afirmar en un grado, por lo menos, medio de probabilidad respecto de su concurrencia de la afectación de los actos de investigación.

Siguiendo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, se exige al juez penal, principalmente, precisar la medida de coerción a imponer al caso concreto, tomando en consideración que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Oré, et al., 2014, p.46) citando el Expediente N°045-2004-AI/TC (Caso PROFA STC del 31 de marzo del 2006)

De otro lado siguiendo la línea de análisis del Dr. Mijail Mendoza, en sus estudios sobre la “intensidad de la intervención” (en el sub principio de necesidad y ponderación), define la intensidad de intervención como la restricción o afectación a un derecho, y puntualiza que la constitucionalidad de la intervención ha de depender de que está cumpla

con las exigencias del principio de proporcionalidad. En cuanto a su aplicación en el sub principio de proporcionalidad propiamente dicha, el autor sostiene que “consiste en una comparación entre la intensidad de la intervención real y la intensidad de la intervención hipotética”, la intervención real aplicando el criterio del autor para la prisión preventiva, sería la prevista en el artículo 268 del Código Procesal Penal, esto es la autorizada por el legislador, de otro lado la intervención hipotética, sería las otras alternativas menos gravosas (comparencia con restricción, caución, impedimento de salida, vigilancia electrónica), que prohibirían aplicar la intervención real. En ese sentido frente a la formula “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, en la propuesta del maestro citado, el enunciado es: La intensidad de la intervención real debe ser menor que la intensidad de la intervención hipotética, como consecuencia de la comparación el autor plantea: a) La norma es constitucional, si la intervención real es de menor intensidad que la intervención hipotética; o, b) la norma es inconstitucional, si la intervención real es de mayor intensidad que la intervención hipotética (Mendoza Escalante, 2018).

2.2.3.10. Objeciones y críticas a la ponderación

Bernal (2009) explica las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación:

Para entender el tema, nos recuerda que en el mundo jurídico global, resulta de aceptación general la teoría de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: Las reglas y los principios, cada una con su propio procedimiento la subsunción y la ponderación, lo relevante para la presente investigación es la ponderación que ha decir del autor citado “se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales” (pp. 22-27).

El autor citado expone que uno de los problemas emblemáticos, “es sí la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales”; un segundo problema, estaría relacionado con la legitimidad del juez y en especial de la Corte Constitucional para aplicar los principios mediante la ponderación, a ello se sumaría la posición de varios filósofos que han tildado a la ponderación

de un juicio arbitrario y salomónico, cuestionando a los Jueces y a la Corte Constitucional por la aplicación de la ponderación.

En mérito a lo expuesto es que el autor citado desea revelar si la ponderación podría concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas, para ello se debe explicar los cuestionamientos a la racionalidad de la ponderación, determinar hasta qué punto puede ser racional la ponderación y cómo puede serlo y finalmente evaluará si la fórmula del peso de Alexy puede considerarse como un modelo que soluciona problemas filosóficos y constitucionales relacionados a la racionalidad de la ponderación.

A. Indeterminación de la Ponderación

En esta primera objeción, a la ponderación se la acusa de ser una fórmula retórica o una técnica de poder, que no tiene un concepto claro y carece de estructura jurídica precisa, ello significa que la ponderación no se sostiene sobre criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, “que sean vinculantes para el Juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios”. Así vista la ponderación se la califica como “estructura formal y vacía, basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez, estas apreciaciones constituirían la balanza con la que se pondera”.

B. La Inconmensurabilidad en la Ponderación

Esta segunda objeción el autor también califica de irracional a la ponderación, y se fundamenta en la inconmensurabilidad de la ponderación, ello implica la comparación de dos magnitudes, pero con diferencias radicales, por lo que al no tener aspectos homólogos no serían comparables, ello se explica porque en la ponderación “no existiría una organización jerárquica de

los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos que permita atribuirle el peso en cada caso”, por tanto carecería de una unidad de medida.

C. La Imposibilidad de Predecir los Resultados de La Ponderación

Finalmente, la última objeción que se suma a la tesis de la irracionalidad de la ponderación, se sustenta en que resulta imposible predecir los resultados de la ponderación, se fundamenta en que “todos los resultados de la ponderación son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conforman una jurisprudencia ad hoc”, se le reprocha por ende a la ponderación que “magnífica la justicia del caso concreto” y paralelamente a ello “sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho”.

Respuestas de Carlos Bernal Pulido a las objeciones a la Ponderación. Las respuestas a las objeciones a la ponderación que realiza el autor citado, parten por calificar a las objeciones como “hiperracionales” y por ende también “irracionales” y explica su postura al mencionar que la racionalidad también debe tener “ciertos límites”; por lo que las respuestas se resumen del modo siguiente:

Admite que los críticos tienen razón cuando afirman que la ponderación tiene carácter formal y por ende no puede excluir las apreciaciones, no obstante, ello se considera que no puede calificársele de irracional ni que esté basado en apreciaciones subjetivas del juez, en vista que también el silogismo siendo formal no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez, no por ello se le califica de irracional.

Se considera que “la ponderación no garantiza una perfecta objetividad” por la sencilla razón que la denominada “perfecta objetividad” resulta siendo un ideal que no puede alcanzarse

ni en el ámbito normativo, menos en los principios que además están vinculados a las ideologías. Esa exigencia de objetividad sería dable en un sistema jurídico ideal, en el que la constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud lo que está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho y como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva. Resulta entonces que la pretendida objetividad perfecta resulta irreal, frente a disposiciones jurídicas que contienen principios, cuya naturaleza es la indeterminación y por tanto en su análisis siempre se permitirá apreciaciones subjetivas del juez.

Lo expuesto líneas arriba no debe implicar la renuncia a la aspiración de la objetividad, pues siempre será un ideal a conquistar, “La ponderación es un procedimiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no solo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana”. Surge entonces la interrogante ¿Cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación?

Para responder la interrogante anterior, debemos aproximarnos al concepto de racionalidad, desde una perspectiva abstracta, tenemos la racionalidad teórica y la racionalidad práctica; la primera establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada como racional, la racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción. Por su parte la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional, esta última expresa un sentido evaluativo de “racionalidad” que es especialmente relevante en el derecho, cuando se examina la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas.

Ahora bien la pregunta que se formula el autor es ¿Cuáles son las condiciones que las decisiones, mediante las que se aplican las normas jurídicas, deben satisfacer para ser consideradas

racionales?; en relación a ello se advierte que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico acerca de las condiciones de racionalidad que estas condiciones deben satisfacer, sin embargo en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptuales claros y consistentes y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.

La proporcionalidad también ha sido objeto de diferentes críticas, entre estas consideramos relevantes las que sustenta Susana Pozzolo en su obra *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (2011) quien cuestiona el excesivo uso de la proporcionalidad por parte de los tribunales, planteando la interrogante ¿demasiada proporcionalidad? y asume que propende a reconstruir los derechos como intereses privados, como intereses de sujetos individuales: “los derechos aparecen entonces como un equivalente fácilmente contrastable con otros intereses, presentados como generales o compartidos”...“la protección constitucional se debilita así, como la misma constitución porque se convierte en una variable contingente”.

La autora asevera que el uso excesivo de la ponderación, conlleva a que no haya ninguna prioridad, de forma que el peso del interés colectivo, es decir de la opinión de la mayoría resulta decisivo frente al interés de los individuos, particulares. Así también cuestiona la utilidad de la ponderación, cuando se aplica a los principios, el problema siempre será cómo se asigna el peso en cada caso y qué criterios se siguen en cada caso.

Asevera que se mantiene la duda sobre la necesidad o la utilidad de la ponderación en materia de derechos fundamentales. La ponderación y el *balancing* reenvían a la proporcionalidad que rechaza, o supera, criterios de prioridad en favor de un presunto equilibrio, asignando a los

bienes en contienda un valor en la escala métrica, pero haciendo indistinguibles derechos e intereses.

El uso de la ponderación y, por tanto, de la proporcionalidad se considera necesario con más razón en el ámbito de la sociedad democrática, donde se acoge como un principio interpretativo; por tanto, cualquier derecho puede ser sopesado con un interés colectivo y éste puede fácilmente prevalecer haciendo énfasis en los beneficios que promete respecto al pequeño sacrificio que impone. La autora se pregunta: “¿No será una ilusión que acabará en una lenta erosión de la protección jurídica de los derechos? Si los derechos ceden frente a las presiones de la mayoría. ¿Cuál es el fin de los derechos fundamentales?”. Frente a ello nos previene de un grave peligro, “el peligro de una involución garantista”, sobre todo observando ciertas argumentaciones ofrecidas por los tribunales y por la doctrina.

Debe tenerse claro que el uso de la proporcionalidad frente a su aparente razonabilidad, acaba por ignorar el papel defensivo y garantista que debería darse a aquello que llamamos “derechos”. Estaría bien que la propia teoría de los derechos se interrogase sobre el sentido que debe darse y si en algo debe hoy ser modificada.

Cada vez que se consigue reducir la contradicción a una mera cuestión de hecho, haciendo más fácil la ponderación como solución, se ocultan las consideraciones morales y políticas en juego, y se hace burla de la justificación (Pozzolo, 2011, p. 75 - 80)

De nuestra parte entendemos que la denominada “involución garantista”, es la consecuencia de una errónea o deficiente argumentación del principio de proporcionalidad, que conlleva a una desmedida afectación al derecho a la libertad lo cual demostraremos con el análisis

del contenido de varias resoluciones judiciales que se adjuntan como muestras en la presente investigación.

El cuestionamiento de la autora a la ponderación, tiene cabida y se refleja claramente, cuando en la motivación del mandato de prisión preventiva, de una manera mecanizada y directa, se pondera entre el interés general de la colectividad a la seguridad ciudadana, o la eficacia del ius punendi del Estado, frente a la libertad de tránsito como derecho individual resultando evidente que por ponderación se va a preferir el derecho colectivo. Ello es un ejemplo del mal uso de la ponderación, cuando lo racional sería aplicar cada uno de los subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, sobre el caso concreto y analizando cada presupuesto de la prisión preventiva.

2.2.4. Fundamentos Constitucionales de la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva

2.2.4.1. Concepto y contenido de la motivación cualificada en el mandato de prisión preventiva. la doctrina y la jurisprudencia.

En la doctrina Aspectos generales. - En términos generales acogiendo la postura de Gascón Abellan & García Figueroa, (2003) entendemos que:

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos durante el Antiguo Régimen. La motivación garantiza que los jueces y magistrados se someten al principio de legalidad y permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes.

Renglón seguido los autores citados, cuestionan el término “motivación” al considerarlo inidóneo para fundamentar una sentencia, al limitar su sentido a la mera expresión de motivos, que no comprenden razones justificatorias, por lo que, a fin de delimitar la noción de motivación, se precisa que el término motivación se refiere a la “justificación jurídica de una sentencia”. Dicho ello se distingue de la motivación, el contexto del descubrimiento, que está relacionado a las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico; del contexto de justificación, en el que se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión, y más bien se concentra en “el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante”; ello conlleva a delimitar “el campo de estudio de la teoría de la argumentación en torno al contexto de la justificación”(pp.134-140).

Por su parte Bernardo San José (2009) citado por Villegas (2013) sostiene que:

Toda resolución judicial que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente motivada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación, puedan ser conocidos por el afectado, ya que solo a través de la expresión de las mismas se preserva el derecho de defensa y puede hacerse, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece (p. 31).

Desde el ángulo de Teoría de la Argumentación Jurídica y conforme a las capacitaciones recibidas de la Academia de la Magistratura, tenemos que, motivar implica dar razones o justificaciones aceptables, en el contexto de la justificación el razonamiento jurídico es lógico formal y su esencia se encuentra en el silogismo judicial, la cual se desarrolla bajo la fórmula lógica del modus ponens, en cuya estructura encontramos a la premisa normativa o premisa mayor, la premisa fáctica o premisa menor, de los cuales se obtendrá la conclusión.

El silogismo judicial guarda una relación directa con la justificación interna, en mérito a que esta última se compone también de la premisa mayor, premisa menor y conclusión, con lo que de una manera clásica o tradicional se habría agotado la justificación interna, sin embargo desde

una posición contemporánea por influjo del constitucionalismo contemporáneo, en la actualidad la justificación interna no se agota con la subsunción que estuvo generalmente ligada con las reglas sino que además, se debe complementar con la ponderación, que está relacionada con los principios. Por cuya razón se concluye, “Justificar internamente es subsumir, pero también ponderar”.

Ahora en relación a la justificación externa, que es el lado problemático de la justificación interna, se observa cuando las premisas presentan problemas y estas se identifican en la premisa normativa como problemas de relevancia y problemas de interpretación, y en la premisa fáctica los problemas son de pruebas y de calificación jurídica. En este caso de la justificación externa se debe recurrir a otras formas de razonamiento como son la retórica o la dialógica y recurre a “premisas extrasistémicas”, como los criterios interpretativos o de teorías de prueba. Academia de la Magistratura - material auto instructivo – Curso Argumentación Jurídica III Nivel de la Magistratura (Hernando, 2017, pp. 25-28).

Recordemos además siguiendo a Gascón Abellan & García Figueroa (2003) que:

En una decisión judicial la justificación de basa en diversos tipos de premisas, así se tiene Premisas descriptivas y Premisas normativas, las primeras referida a hechos o fáctica sobre la cual la Teoría de la Argumentación Jurídica no se ocupa de hechos siendo de interés de las ciencias experimentales, salvo que se refieran a temas de calificación jurídica; y las segundas, pueden ser a su vez sistémicas o justificación interna, en el cual la justificación del recurso a estas premisas es innecesaria, toda vez que el juez se limita a justificar la aplicabilidad de las normas del ordenamiento jurídico, como los códigos, por tanto la justificación es simple, elemental o fácil; y extrasistémicas o justificación externa, en cuyo caso se trata de justificar la decisión con normas que no pertenecen al ordenamiento o sistema jurídico, y son expresas cuando se refieren a las normas consuetudinarias, extranjeras, históricas o de carácter moral, y que no son de fácil justificación, de otro lado se tiene las premisas extrasistémicas entimemáticas, “son aquellas que no aparecen en el

razonamiento por ser obvias”, relacionadas a una comunidad de hablantes y sus usos (pp.146-151).

Finalmente, los autores en comentario sintetizando la distinción entre justificación interna y externa, nos alcanzan la siguiente conclusión:

Gascón Abellan & García Figueroa (2003)

La justificación interna es aquella que recurre a normas del sistema jurídico. La justificación externa es aquella que; por el contrario, se basa en normas que no pertenecen al sistema jurídico. La justificación interna se orienta a la justificación de la decisión sobre la base de normas jurídicas y se ciñe a la congruencia de la norma general expresada en la disposición jurídico -positiva y la norma concreta del fallo. La justificación externa es, en cambio, el conjunto de razones que no pertenecen al derecho y que fundamentan la sentencia; entre estas razones pueden hallarse normas consuetudinarias, principios morales, juicios valorativos, etc. El conjunto de razones no jurídicas que fundamentan una sentencia constituye el producto de una actividad argumentativa que suele denominarse “discreción Judicial” (p.161).

Con lo dicho, entendemos que la motivación de la proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, se ubica de modo preferente en el ámbito de la justificación externa, en la medida en que las razones de la decisión no sólo se justifican en el ordenamiento jurídico procesal (Código procesal penal) sino que además resulta imperativo complementar con el análisis de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, del principio de proporcionalidad.

De otro lado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0728-2008-PHC/TC, Caso Giuliana Flor Llamuja Hilares (FJ. 6), sostuvo:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en

el trámite del proceso”. Por cuanto además con la debida fundamentación se garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos, de las pruebas y de su valoración jurídica (Villegas, 2013, p.35-36)

Entre tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs Venezuela* (sentencia del 1 de setiembre del 2011, párr. 144) sostuvo que:

“La motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una gran garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de la sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. (...)”.

De modo concreto, en relación a la motivación de la prisión preventiva Villegas (2013) sostiene que:

Una motivación considerada suficiente no depende de que sea valorada en términos cuantitativos, sino cualitativos, valorándose consiguientemente los derechos comprometidos, la complejidad del caso en concreto, el contexto global del proceso, del entramado fáctico, del tipo y clase de medios de investigación o de prueba [prueba directa o prueba indiciaria] o de la interpretación que se postula de la ley o del derecho aplicable, v.gr. si pertenece a una zona marginal o a su núcleo de interpretación. (...) en casos donde se restringe cautelarmente la libertad personal del imputado debe darse no solo en la resolución que la impone, sino también a lo largo de las revisiones sobre la pertinencia de mantener esa medida de privación cautelar de ese derecho (p. 39).

La motivación constituye una necesidad ineludible en la limitación de derechos fundamentalmente, porque condiciona la validez del presupuesto anterior, la proporcionalidad. La única forma de verificar la existencia de esta, es mediante una adecuada motivación de los presupuestos que valoran la idoneidad, necesidad y

proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación impuesta en el caso concreto (Del Rio, 2016, p.51).

El mismo autor en relación a la exigencia de la motivación del principio de proporcionalidad), considera la motivación como “una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada” (Del Rio, 2016, p.256-258).

De modo explícito El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02534-2019- PHC/TC Lima Keiko Sofia Fujimori Higuchi emitido en Lima a los 25 días de noviembre del 2019 se pronunció sobre la motivación de la prisión preventiva, a continuación, hacemos un resumen de los fundamentos relevantes:

El Tribunal Constitucional recordó que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado, mencionando el catálogo de resoluciones emitidas a ese respecto como son: Sentencia 04163-2014-PHC/TC, fundamento 8; Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8; Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en el auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3; Auto 02240-2014-PHC/TC, considerando 4; entre otras. La resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5; y, Sentencia 01680-2009-HC, Fundamento 21) (F.16°).

La exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esta manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]” (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8; entre otras). (F.17°)

En esa misma línea se remite a la Sentencia 0728-2008-PHC/TC (caso Llamuja Hilares), que sostuvo que cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una “motivación cualificada”; esa especial motivación debe demostrar de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso. (F.18)

En palabras de la Corte Interamericana:

“...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención, el tribunal reconoció como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las más idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuenten con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a esta deba ser excepcional, y iv), que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria” (Cfr.Corte IDH, Caso Chaparro Alvares y Lapo Ñíguez v. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007. párr.93 FJ. 20°)

2.2.4.2. Funciones y Requisitos de la Motivación.

Siguiendo a Villegas (2013), la debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales tiene dos funciones:

1º Función endoprocesal

Facilita el control del proceso, por tanto, la naturaleza de un instrumento técnico procesal, que cumple, a su vez, dos finalidades primordiales en función al destinatario: posibilita el control de la resolución judicial de las partes que intervienen en el proceso y por los tribunales que han de resolver los recursos que, en su caso, se puedan interponer. Además, que genera autocontrol en el Juez al momento de decidir, en cuanto este debe controlar el sentido y alcance de su decisión y la forma en que justifica esta. Constituyendo la motivación una garantía de control que los órganos jurisdiccionales superiores realizan con relación al juez de instancia inferior.

2º Función extraprocesal

No se trata del control institucional clásico de las resoluciones a través de los recursos que resuelven los órganos superiores (apelación y casación), sino de un control generalizado y difuso por parte de los ciudadanos, una especie de control democrático, que no termina en la obligación de motivar, sino que alcanza también a otros aspectos del proceso como el de su publicidad o el derecho de crítica de las resoluciones judiciales.

En ese contexto la motivación representa, de hecho, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, por lo tanto, por parte del quivi el populo y de la opinión pública en general. Considerando que la sociedad ejerce legítimamente la labor de controlar a los poderes en el ejercicio de sus funciones de tal forma que se conozca si estos actúan con independencia, eficiencia y respetando los postulados de la constitución y el ordenamiento jurídico reconocen como pilares y bases de cada país.

Por su parte el Acuerdo Plenario 1-2019 sobre prisión preventiva le asignó a la motivación una triple función: extraprocesal- control externo, democrático, de las decisiones judiciales-, endo procesal- control interno y por el tribunal superior, esto es, permite la impugnación por las partes de la decisión judicial y que se examine su racionalidad-, y profiláctica –manifestación del control ex ante y ad intra de la calidad de la decisión desde el propio juez, como auto control racional (FJ.17)

De otro lado los requisitos de una debida motivación, Según Villegas (2013, p. 43-44), son:

a.- Motivación expresa: Está regulada en el artículo 139.5 de nuestra Constitución, el órgano encargado de emitir una resolución jurisdiccional debe señalar en su parte considerativa los fundamentos jurídicos que ha empleado, los cuales los han conducido a resolver el caso de una forma determinada y no de otra.

b.- Motivación clara: Villegas (2013) citando a Espinoza (2010), expresó que “el pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y examinable, las ideas que se expresan no deben dejar lugar a dudas”. No obstante que, esta debe establecerse como imperativo procesal en la medida que las partes son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el Poder Judicial, la misma que deviene del principio de impugnación, suponiendo que sea indispensable que las partes conozcan qué es lo que se va impugnar, pues de otra forma el derecho a la defensa se vería restringido de modo irrazonable (p. 64).

c.- Máximas de experiencia: Constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas y el sentido común, las cuales son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que lo llevaron a una determinada conclusión, caso contrario existiría un grave vacío en la motivación.

d.- Respeto a los principios lógicos: Las resoluciones deben respetar el principio de “no contradicción” por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de “tercio excluido” que señala que “entre dos cosas contradictorias no cabe el término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la verdadera negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido no caben términos medios. De otro lado, se debe respetar el principio de “identidad” cuyo contenido supone que, si atribuimos a un concepto determinado contenido, este no debe variar durante el proceso de razonamiento.

En palabras Del Rio (2016) citando a Sanguine (554 y 555), sostiene que:

Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones, pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Viceversa, una resolución puede ser motivada, pero no estar fundada en Derecho, que es lo que ocurre cuando un juez justifica su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico. La motivación entonces es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución al caso concreto (p. 260).

2.2.4.3. El Tribunal Constitucional y las infracciones a la motivación. Los Expedientes N° 3943-2006-PA/TC y N° 00728-2008-PHC/TC

Siguiendo a Villegas (2013), quien analizó los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 3943-2006-PA/TC (Caso Juan De Dios Valle Molina; emitido el 11 de diciembre de 2006) (Tribunal Constitucional, 2008); y el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC (caso Flor Giuliana Llamuja Hilares emitido el 13 de octubre del 2008); en las que se revelaron las falencias argumentativas que aquejan a una resolución judicial, o si se quiere se precisó el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de resoluciones (Tribunal Constitucional, 2006):

1.- Inexistencia de motivación o motivación aparente

Se presenta cuando el juez expresa las razones que lo sustentan a tomar una decisión en un sentido u otro, cumpliendo en apariencia con una debida motivación, pero no guarda sustento con los hechos o argumentos alegados por las partes, esto es, no se funda en criterios objetivos. Supuesto que se da cuando no hay motivación o cuando esta no da razones mínimas del sentido del fallo; también se presenta cuando no responde a las alegaciones de las partes, o porque intenta únicamente dar cumplimiento formal de la motivación (motivación aparente) amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

2.- Falta de motivación interna de razonamiento

Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

3.- Deficiencias en la motivación externa

Cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas con la validez fáctica (de los hechos) o jurídica existentes para el caso concreto. Por lo tanto, el control externo de la motivación permite identificar la deficiente o insuficiente justificación tanto de la premisa mayor (norma jurídica aplicable al caso concreto), como de la premisa menor (hechos concretos).

4.- La motivación insuficiente

Referido al mínimo de motivación exigible para que la decisión esté justificada adecuadamente y para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad de conocer las razones que apoyen la decisión judicial. Resultando solo relevantes desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamento resultan manifiestas a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

5.- La motivación sustancialmente incongruente

Los órganos judiciales están obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que han sido planteados, sin ir más allá de lo solicitado por las partes, ni otorgar algo distinto a lo solicitado por estas, u omitir pronunciarse sobre algún pedido de las partes. El dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial, así como también del derecho a la motivación de la resolución judicial (motivación interna). Esto en aplicación con el principio *iura novit curia* que establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

6.- La motivación cualificada.

El Tribunal Constitucional sostuvo el imperativo de una especial justificación para los casos de rechazo de demanda, o cuando producto de la decisión jurisdiccional se afecten derechos fundamentales como el de la libertad; se precisó que en tales casos el deber de motivación es doble, primero por el propio derecho a la justificación de la decisión; y, segundo referido a la justificación del derecho que es objeto de restricción.

Sobre lo expuesto en el caso del mandato de la prisión preventiva objeto de la presente investigación, se debe cumplir con motivar y justificar la decisión sobre la base de la aplicación de la norma que autoriza la restricción de la libertad, pero además y especialmente la justificación a la restricción del derecho a la libertad ambulatoria bajo la óptica del principio de proporcionalidad, con lo cual se confirma la necesidad de un doble mandato de motivación conforme al criterio del Tribunal Constitucional.

Siguiendo la línea de análisis encontramos que la Corte Suprema en la Casación 2159-2013 Lima, expuso las patologías de la motivación, y precisó en que casos se está frente a una motivación omitida, motivación insuficiente y ante una motivación contradictoria: Así se tiene que se estará frente a una motivación omitida formal cuando no hay rastro de la misma, y frente a una omisión sustancial cuando exista (i) motivación parcial; (ii) motivación implícita; y, (iii) motivación per relationem. Mientras que habrá una motivación insuficiente, cuando no se exprese la justificación a la premisa que no son aceptadas por las partes, no se indican los criterios de inferencia, no se explican los criterios de valoración o no se explica por qué se prefiere una alternativa y no la otra. Y finalmente habrá motivación contradictoria cuando existe incongruencia entre la motivación y el fallo, o cuando la motivación misma es contradictoria (Corte Suprema De Justicia De La República, 2015).

Frente a ello, consideramos que ante una decisión de prisión preventiva que no recurre al análisis y la debida aplicación del principio de proporcionalidad, en sus sub principios, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, estamos frente a una motivación deficiente, ello en el entendido de que el principio de proporcionalidad es un criterio de valoración central para el análisis de la prisión preventiva.

2.2.4.4. La motivación de la proporcionalidad en el acuerdo plenario 1- 2019 sobre prisión preventiva

El Acuerdo Plenario 1-2019 sobre Prisión Preventiva alcanza importantes aportes sobre la motivación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva a partir de la segunda parte del fundamento jurídico 15 hasta el 23; a continuación, alcanzamos un resumen de los principales fundamentos:.

Sostuvo que la motivación de la prisión preventiva, comprende los siguientes elementos: (i) expresión sucinta de la imputación, sustentada en hechos específicos, y de conocimiento previo por las partes procesales-; (ii) fundamentos de hecho – examen razonado y razonable desde la sana crítica judicial, de las fuentes –medios de investigación y, en su caso, de prueba, siempre lícitos en su respectiva obtención y actuación, que justifiquen la presencia de una sospecha grave y fundada (sospecha fuerte) de comisión del delito específico objeto de imputación y de vinculación del imputado con su comisión, sea de autoría o de participación (intervención indiciaria, *fumus delicti comissi*)-; (iii) fundamentos de derecho – juicios de tipicidad y de subsunción normativa jurídico penal, así como de los preceptos procesales que autorizan la prisión preventiva, con una referencia a los juicios de necesidad, de idoneidad y de estricta proporcionalidad o ponderación(resaltado nuestro)-; y, (iv) decisión clara y precisa del mandato, y fijación justificada del plazo de duración de la prisión preventiva. (subrayado nuestro) (FJ.15)

Sobre la motivación, profundizó que: Primero, es la exteriorización razonada que permite llegar a una conclusión y, por ende, debe ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los que se impone la restricción de la libertad (SSCoIDH caso Chapparro Álvarez y otro vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr.107; y caso Bayarri Vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008, párr. 74). Segundo, ha de ser suficiente y razonable, en cuya virtud se debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción, y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la prisión preventiva. Tercero, la suficiencia y razonabilidad

son, en definitiva, el resultado de la ponderación de los intereses en juego, a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión preventiva como medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de sus fines (conforme: STCE 98/1997, de 20 de mayo). Cuarto, la falta de motivación suficiente y razonable no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del artículo 130, inciso 3, de la Constitución, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma.

La motivación de una prisión preventiva, como acto limitativo de un derecho fundamental, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho, “la cuidadosa ponderación”, implica identificar los intereses en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre las prioridades entre unos y otros para el caso en concreto. Para la decisión de prisión preventiva el juez tendrá que tener en cuenta la situación y las circunstancias del caso concreto para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en la ley; y, la adecuada ponderación exige que se realice, por un lado, un examen de los hechos, de todas las circunstancias que puedan ocurrir y del auto de prisión, y, por otro, si la restricción del derecho fundamental a la libertad es inevitable en virtud de proteger un bien jurídico que en el caso concreto debe prevalecer, sin perjuicio de entender que la privación procesal de la libertad es una medida excepcional y como tal ha de considerarse y aplicarse.

Se plantea la similitud entre Motivación, justificación y fundamento, tienen una estrecha relación; motivar implica dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, justificar el acto -o el resultado- de probar algo con razones convincentes. Estas razones o motivos son esencialmente, el fundamento de las medidas de coherción. La motivación, al fin y al cabo, constituye una exigencia formal, pero de clara repercusión en la legitimidad material del tratamiento al individuo. (FJ.18)

Se formula una línea de criterios a seguir para la motivación de la prisión preventiva relacionados a: los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución coercitiva sobre

las postulaciones y alegaciones de las partes procesales; es decir, su razonamiento ha de cumplir con los principios de exhaustividad y congruencia; el argumento judicial debe ser puntual, preciso y concreto, sin incurrir en abundancia ni citas extensas y confusas, de lo que fluye de las fuentes- medios de investigación o, su caso de prueba - sugiere evitar invocaciones doctrinarias sin mayor relevancia para la dilucidación del caso concreto y de los problemas que plantea. Ha de cultivarse la investigación o de prueba- que justifiquen las conclusiones fácticas- de sospecha fuerte desde el derecho probatorio- y jurídicas correspondientes. (FJ.19).

En lo atinente a los requisitos intrínsecos, - están constituidos por los sub principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ello importará que, en ningún caso podrá adoptarse la prisión preventiva de forma instrumental, como modo de presionar al imputado para obtener su confesión o algún tipo de colaboración, perdiendo así su función cautelar y aseguratoria de la prueba, o como un modo de ganar tiempo para investigar [SCoIDH, caso Chaparro Álvarez y otro, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; y STEDH, caso Cebotari Vs. Moldavia, de 13 de noviembre de 2007, párr. 48]. (FJ. 20).

En alusión a los sub principios del test de ponderación en la prisión preventiva, se estableció los siguientes criterios: (i) será necesaria sí, en el caso concreto, es indispensable para el fin de aseguramiento perseguido, siempre que no exista otra medida menos gravosa (comparecencia con restricciones, que cuenten con la misma aptitud o eficacia para asegurar al imputado al proceso- relación medio- medio-. (ii)

Será idónea sí la prisión preventiva permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante- relación medio-fin-. (iii) Será estrictamente proporcional sí la prisión preventiva no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad de aseguramiento personal perseguida. (FJ. 21)

El artículo 268 del Código Procesal Penal atendió cabalmente a estos requisitos al consignar, según el modelo germano, el presupuesto material referido a los motivos de

prisión: (i) delito grave – aunque solo autorizó la prisión preventiva desde una perspectiva objetiva y meramente cualitativa, si la pena concreta probable sería superior a 4 años de privación de libertad (literal b del citado artículo 268 del Código Procesal Penal), siendo del caso tener en cuenta el progresivo expansionismo punitivista de nuestras escalas penales, para una gran cantidad de delitos y, además, la introducción de la “vigilancia electrónica personal” que importó su aplicación para delitos con una pena no mayor a ocho años de privación de libertad (artículo 5.1, literal “a”, del Decreto legislativo 1322, de 6 de enero del 2017), lo que en su día el legislador, conforme al derecho comparado, debe tener en cuenta para aumentar la perspectiva penológica de lo que debe entenderse por delito grave, que muy bien desde una relación con la vigilancia electrónica personal podría fijarse aproximadamente en los días de pena privativa de libertad- ; y, (ii) peligrosismo procesal- identificó los únicos dos peligros que aceptó: peligro de fuga y peligro de obstaculización (literal “c” del referido artículo 268 del Código Procesal Penal), y para su determinación, aportó criterios específicos o parámetros para ponderar una decisión coercitiva, desde luego desde una perspectiva de numerus apertus, o ejemplificativa, en los artículos 269-270 del Código Procesal Penal-. A este último punto, es de insistir que las disposiciones citadas carecen de taxatividad; se muestran más bien como un catálogo ilustrativo de pautas de peligrosidad procesal, lo que obliga una evaluación general del caso, que incluye la totalidad de los elementos a considerar, independientemente de que alguno de los items sugeridos se verifique, aisladamente, en el caso a analizar (FJ. 22).

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia afirmó estos principios y exigencias. Así, STC 1567-2002- HC/TC, de 5 de agosto de 2002; 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto del 2020; 500-2000-HC/TC, de 25 de agosto del 2000; y, 808-2002-HC/TC, 8 de Julio del 2002. (FJ. 23)

2.2.4.5. El Tribunal Constitucional y la aplicación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva; Expedientes N° 02534-2019- PHC/TC Lima, Keiko Sofia Fujimori Higuchi y Expediente N° 4780-2017, PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura, Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón

En la presente investigación nos detuvimos a analizar dos sentencias relevantes del Tribunal Constitucional, se trata de la sentencia en el caso Keiko Fujimori y la sentencia de Ollanta Humala y Nadine Heredia, ambas relacionadas a la prisión preventiva de cuyo contenido se apreció que en varias de sus consideraciones la motivación de la prisión preventiva se realizó desde el principio de proporcionalidad, a continuación, citamos los fundamentos más relevantes de cada una de estas sentencias.

A. Expediente N.º 02534-2019- PHC/TC Lima, Keiko Sofia Fujimori Higuchi representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi De Koenig

Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en Lima a los 25 días del mes de noviembre del 2019, que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Sachie Marcela Fujimori Higuchi a favor de Keiko Sofia Fujimori Higuchi contra la Resolución de fojas 849, de fecha 11 de Junio del 2019, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus, confirmando en doble instancia la resolución que impone 36 meses de prisión preventiva (Tribunal Constitucional, 2019).

La sentencia es ampulosa, para fines de esta investigación haremos un resumen de los principales fundamentos que en estricto se refieren a la motivación de la prisión preventiva, y a los fundamentos que contienen a nuestro juicio criterios de proporcionalidad en el análisis de los

presupuestos materiales de la prisión preventiva, sobre las Resoluciones N° 07 de fecha 31 de octubre del 2018, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional – Juez Richard Concepción Carhuancho y la Resolución Judicial de Segunda Instancia Resolución 26, del 3 de enero del 2019, así como la Ejecutoria Suprema de fecha 9 de agosto del 2019.

Título 3. Afectación al derecho a la motivación de las Resoluciones Judiciales

1. Resolución Judicial N° 07 de fecha 31 de octubre del 2018, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional

“Fundados y graves elementos de convicción (artículo 268 inciso a) del Código Procesal Penal). Necesidad de mínimo de diligencias para que las pruebas sean contrastadas con otras, a los efectos de lograr una certeza o verosimilitud de la imputación”. (F.77)

“El material probatorio debe vincular a la investigada con una sospecha grave de la comisión del delito, lo cual se descarta si se trata de elementos de convicción insuficientes, que no la relacionan directamente con la comisión del delito”. (F.72, 81)

El juez no se debe basar en meras presunciones que erróneamente lo lleven a colegir la existencia de sospecha grave sobre el delito que se imputa, tanto más que no se demuestra vinculación directa del investigado con el delito. Tampoco se puede basar en conjeturas, la gravedad de una decisión restrictiva de la libertad física de una persona debe ampararse mucho más que en simples especulaciones. (F. 85)

Las valoraciones del juez, deben sujetarse al derecho de dignidad de las personas, no deben revelar una filosofía que parte de la sospecha y la desconfianza que devalúa al ser humano y lo hace proclive al delito, que no tiene en cuenta una postura humanista de la que parte nuestra Carta fundamental artículo 1° (F.86)

Se incurre en “falta de motivación interna en el razonamiento, contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación resolutoria...cuando tras

admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dicen los declarantes, se descarta por completo aquella parte de su versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para alcanzar una sospecha grave de incriminación. (F.97)

“Cuando la Resolución judicial “adolece de graves vicios de motivación y congruencia interna, finalmente, provoca la afectación de los derechos fundamentales de la favorecida” (F.105)

Prognosis de pena superior a 4 años (artículo 268 inc. b) del Código Procesal Penal)

Si la argumentación del primer presupuesto Fundados y graves elementos de convicción, lesiona el derecho a la motivación de las Resoluciones Judiciales, en el entendido que los presupuestos de la prisión preventiva son copulativos, la conclusión a que se hubiere arribado sobre este segundo presupuesto resulta igualmente inconstitucional (F.107)

Peligro Procesal (artículo 268 inciso c) del Código Procesal Penal)

El artículo 269, numeral 4 del Código procesal penal “no autoriza la valoración del peligro de fuga en función al comportamiento de otros imputados” ... por cuanto, no resulta razonable, lógico ni ceñido a las reglas de un estado constitucional, evaluar el comportamiento de otros imputados; mucho más si la defensa nunca podrá desvirtuar hechos objetivos, como puede ser la fuga de otros investigados. Por ello no existe indicio razonable para presumir el peligro de fuga de la investigada (F.111)

2. Sobre la motivación de la Resolución Judicial de Segunda Instancia, Resolución 26, del 3 de enero del 2019.

Fundados y graves elementos de convicción

Artículo 268 inciso a) del Código Procesal Penal.

“Es inconstitucional la argumentación en el debate de una prisión provisional, de que no hay necesidad de corroborar mínimamente la participación del imputado en los hechos materia de investigación lo cual, vulnera el derecho a la presunción de inocencia”. (F.127)

“No es válido el razonamiento que en sí mismo parte de presunciones y no de hechos que puedan presumirse como ilegales”. (F.129)

Una resolución judicial, suficientemente motivada “...tiene que estar fundada en hechos específicos (...) esto es, no en meras conjeturas”, resulta constitucionalmente inaceptable sustentar en presuntas conjeturas que se pueden desprender de declaraciones de terceros que no confirman la participación del imputado en dichos actos. (F.130)

“Cabe la presunción judicial, (artículo 281 del Código Procesal Civil) pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto”. (F.131)

Carece de sentido lógico alguno y riñe con la motivación cualificada que se exige respecto de los elementos de convicción para imponer una prisión preventiva, pues por más que el delito de lavado de activos sea un delito de carácter complejo cuya probanza resulte difícil, el órgano jurisdiccional no puede trasladar la justificación de este elemento de convicción (tipicidad) a otra fase del proceso, pues ello no solo lesiona el derecho constitucional a la motivación judicial, sino el deber también constitucional del juez penal de garantizar la emisión de restricciones de la libertad como última ratio. (F.139) (F.140)

“La resolución que se sostiene en presunciones que no exponen la presunta existencia de un delito fuente, la argumentación lesiona el derecho a la motivación cualificada”. (F.158)

La valoración de una declaración, no justifica de manera cualificada la existencia de un elemento de convicción respecto de la calidad de autora mediata de un acto ilícito punible, razón por la cual la resolución también vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (F.160-163)

“Una referencia a la que se alude como argumentación, presenta un vicio de motivación interna cuando no explica razonablemente cómo arriba a dicha conclusión”. (F.166)

Sobre los Testigos.

La declaración de testigos requiere un mínimo de corroboración, de no haber corroboración, no constituyen elementos de convicción, se lesiona el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. -Se debe justificar cómo las declaraciones de testigos resultan elementos de convicción, de omitir tal fundamentación los argumentos resultan incongruentes para una prisión preventiva o su confirmación, (F.173 – 175)

Una resolución no cumple los estándares de motivación cualificada, pues un elemento de convicción no puede sustentarse en función a una inferencia, pues ella misma resulta una presunción, que, si bien puede ser razonable, requiere un sustento directo en hechos y o elementos debidamente acreditados y no en hechos presuntos. (F.182)

Se evidencia la ausencia de motivación cuando solo se hace una mención general sobre el delito, sin que se explique mínimamente cómo se habría desarrollado los hechos delictivos. En tal sentido, dicho argumento en sí mismo no justifica la presunta comisión del delito imputado por ausencia de motivación. (F.184)

Se debe argumentar cómo es que la corroboración de las declaraciones del testigo constituye elemento de convicción de la existencia del delito, en ese sentido al no haber justificado ello se evidencia la lesión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, dado la ausencia de motivación con relación a la comisión del delito imputado. (F.191)

“Las declaraciones que corroborarían la efectuada por otro testigo deben vincular a la investigada, si no lo hacen, no se configura el delito imputado ni la participación de ella en dicho ilícito” (F.194)

“La motivación escueta y general de la valoración conjunta de las mencionadas declaraciones evaluadas por la Sala emplazada, no precisa cómo es que se traducen en elementos de convicción del delito imputado, evidenciándose un defecto de motivación interna”. (F.203)

Se debe fundamentar por qué las declaraciones de testigos en su conjunto son fundadas y graves elementos de convicción, de no hacerlo no se guarda coherencia con el análisis exigido por el inciso a), del artículo 268, del Nuevo Código Procesal Penal, para garantizar la imposición de una prisión preventiva conforme a ley. (F.214)

Las declaraciones de los testigos si bien pueden coadyuvar a la teoría del Ministerio Público sobre la existencia del ilícito, ellas además deben sustentar la existencia de elementos de convicción que deban justificarse para dictar la prisión, lo cual no ocurre si los testigos no han confirmado que la favorecida intervino, únicamente han hecho referencias a suposiciones no comprobadas- Por tanto, se ha incurrido en un defecto de motivación interna (F.215)

De valorar un elemento de convicción del delito imputado, mínimamente se debe indicar las razones de tal convencimiento, así como contrastar la declaración del testigo con la realidad de los hechos, y así pasar de una presunción a un hecho comprobado de lo contrario, una vez más nos encontramos ante la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, (F.218)

“Es necesario que la motivación explique cómo es que la conclusión a la que se arriba a partir de presunciones, se encuentre mínimamente corroborada con hechos y no con otras presunciones o inferencias” (F.222)

Peligro Procesal (artículo 268, inciso d, del Nuevo Código Procesal Penal)

Los actos obstruccionistas, no se deben fundamentar en presunciones sobre la participación de la investigada en los hechos que, no confirman con meridiana claridad, que fue ella y no alguna de esas personas, quien dispuso la realización de tales actos, dado

que tal sindicación efectuada por el testigo protegido, se sostiene en otras presunciones sin corroboración mínima. (F.225 -228)

Pese a que se plantee la existencia de actos de obstaculización, la motivación que se expone respecto de la participación de la investigada resultaría aparente al no explicitar su conclusión en hechos mínimamente corroborados, vulnerándose una vez más el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (F.229)

1. Sobre la ejecutoria suprema de fecha 9 de agosto de 2019

Sobre el peligro de obstaculización

Conforme se va neutralizando el peligro de obstaculización a raíz de la imposición de la medida, esta va perdiendo su legitimidad de mantenerse y que, en tanto, se aseguren las fuentes de prueba y la finalidad de la medida se vea cumplida, no se justifica continuar con la privación de la libertad del imputado. (F.249)

No resulta válido que, ante el abundante acopio de medios de prueba, se persiste en la medida restrictiva, allí donde se encuentran eficazmente garantizadas las pruebas que precisamente se requieren para los fines del proceso respectivo. Afirmar que aún se encuentra pendientes otros actos de investigación respecto de imputados y testigos distintos a la procesada, no avala tampoco dicha opción restrictiva (F.250)

Bajo los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional, decidió:

Parte RESOLUTIVA:

Declarar 1. FUNDADA la demanda en consecuencia: NULA la Resolución 7 de fecha 31 de octubre del 2018 expedida por el juez del Primer juzgado de Investigación Preparatoria Nacional ...NULA la resolución 26 de fecha 03 de enero del 2019 expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional NULA la ejecutoria del 9 de agosto del 2019 expedida por la Sala Penal Permanente dela Corte Suprema de justicia y retrotrayendo las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, DISPONER la inmediata libertad...

B.-Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 4780-2017, PHC/TC, Expediente N° 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, del 26 de abril del 2018 - (Tribunal Constitucion, 2018)

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda a favor de don Ollanta Moisés Humala Tasso y de doña Nadine Heredia Alarcón contra las resoluciones:

a.- De fecha 18 de octubre de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de fecha 23 de agosto de 2017; y b.- De fecha 25 de octubre de 2017, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de fecha 25 de agosto de 2017. A continuación, se hace un resumen de los principales fundamentos en los que el Tribunal Constitucional aplicó la proporcionalidad para el análisis de unas resoluciones emitidas para variar la comparecencia por prisión preventiva.

Nuevos Elementos de Convicción

Resulta una argumentación inconstitucional, negarse a valorar las pruebas de descargo para la prisión preventiva, no siendo de recibo la afirmación de que sólo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten para justificar su rechazo, lo cual a todas luces resulta lesivo del derecho a probar, componente del debido proceso". (F.58, 59)

En la prisión ninguna prueba es analizada con fines de acreditación punitiva. Hacerlo, resultaría inconstitucional por violar la presunción de inocencia. Pero distinto es considerar que las pruebas de descargo no merecen valoración en esta etapa; todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, a fin de determinar la vinculación con el hecho delictivo. Un razonamiento

distinto es violatorio del derecho a probar, del derecho de contradicción, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. (F.60)

Los jueces penales deben valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable la presunta existencia de elementos que permitan razonablemente vincular a los procesados con la comisión del delito, a razón de salvaguardar la presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva de la dilucidación de la responsabilidad penal. (F.64)

Incremento del Peligro Procesal

A. Ollanta Humala Tasso- Riesgo de perturbación de la actividad probatoria.

Resulta necesario el reconocimiento de los audios por parte del investigado, su defensa y del resto de supuestos intervinientes, en vista que no puede darse por sentado que el interviene en la conversación. Lo contrario, sería un “razonamiento violatorio del derecho de defensa y del derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del debido proceso” (F.91)

Resulta un razonamiento inconstitucional asumir que porque se está en el ámbito de un incidente cautelar de prisión preventiva- y no en el espacio del proceso principal, se autoriza “relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso, negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo. Se trata, pues de un enfoque violatorio del derecho a la defensa y del debido proceso”. (F.93)

“Para justificar el peligro de obstaculización, no se requiere probar que estas conductas efectivamente se han dado, sino solo el “riesgo razonable” de que puedan darse. Se trata en definitiva de una presunción”. (F.95)

En términos constitucionales ¿es posible justificar ese presunto riesgo razonable de obstaculización, no en un hecho probado, sino en un hecho que, a su vez, es solo razonable asumir que puede haberse producido?... Es decir, y para decirlo en una frase, han basado su sospecha razonable en otra sospecha razonable. (F.96)

La prisión preventiva requiere de una motivación cualificada, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se base, a su vez, en hechos presuntos y provenientes, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad.

Una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal “tiene que estar fundada en hechos específicos (...) Esto es, no en meras conjeturas” (...) Es decir, el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar. (F.98)

Se considera violatorio del derecho a la debida motivación y a la libertad personal que se haya aceptado como elemento de juicio para presumir el riesgo de perturbación ... la transcripción de audios que no habían sido legalmente incorporadas al proceso y que solo permitían presumir, una influencia en testigos en un proceso anterior, pero en modo alguno permiten acreditar una conducta anterior en los mismos términos. (F.100)

B. Nadine Heredia Ramos – Peligro de fuga

La presunción de la Sala, a la luz de hechos probados, carece, pues, de un mínimo grado de razonabilidad, motivo por el cual no puede ser considerada como un argumento válido para sospechar de modo justificado el peligro de fuga. Se trata, por consiguiente, de una argumentación que viola el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, por derivación, el derecho fundamental a la libertad personal. (F.106)

Los cuestionamientos al imputado relacionados con declaraciones o conductas alejadas de la verdad no pueden interpretarse como peligro de obstaculización que justifique la prisión preventiva. “la versión incoherente de los hechos que [el procesado]

pueda manifestar, no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso” (F.107,109)

“No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ella, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía”. (F.111)

Una medida de prisión preventiva debe ser respetuosa del test de proporcionalidad. Siendo así, aun cuando pueda sostenerse que la promoción de una conducta compatible con la verdad por parte de un procesado resulte un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (subprincipio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la prisión. En tal sentido, considerar que la distorsión de una grafía permite justificar razonablemente la presunción de obstaculización de la actividad probatoria que dé mérito al dictado de una prisión preventiva, es un argumento manifiestamente desproporcionado y, por ende, violatorio del derecho fundamental a la libertad personal. (F.112)

Pertenencia a organización criminal como justificación al peligro de fuga.

A pesar de lo sostenido en la Casación Moquegua, existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencia como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional. (F.117)

“se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión está determinada esencialmente, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. Se está aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso, porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia (F.119)

Habiéndose verificado indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito, “la privación de libertad no puede residir solamente en fines preventivo-generales o preventivo- especiales atribuibles a la pena” (...) “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva” (F. 120)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva (F.121)

Sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal, pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (de fuga u obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. De ahí que se discrepe lo sostenido en el Fundamento 54 in fine de la Casación 626-2013 (“en ciertos casos solo basta la gravedad de la pena y [la imputación de pertenencia a una organización criminal] para imponer [prisión preventiva]”), por tratarse de una afirmación reñida con la Constitución. (F.122)

La presunta pertenencia a una organización criminal, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal, no puede ser una razón en sí misma suficiente para justificarlo, a menos que se sumen elementos que permitan presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal. (F.123)

Una actitud de sospecha colectiva a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto “proclive al delito” ...se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva... Esa actitud, contradice el artículo 1 de la Constitución, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Que en rescate del valor persona humana, establece la obligación constitucional para todos, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato

ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional. (F. 124,125)

El artículo 2 de la Constitución enumera un conjunto de derechos, que en lo que al caso atañe, interesa destacar, además del derecho a la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad y a la libertad y seguridad personales... el de gozar de libertad personal...el de ser considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; previstos en el artículo 2, incisos 7 y 24, acápites a), b), c) de la Constitución Política del Estado. (F.126)

En lo que concierne al Estado y especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pivote de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan principalmente los siguientes principios(...) Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y en general, de todo el derecho positivo. (F.127)

FALLO: Declarar FUNDADAS las demandas de hábeas corpus presentadas por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda. 2. Declarar NULA la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; y NULA la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional. 3. Retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, devolviendo la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones que tenían al momento inmediato anterior, esto es, devolver la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida a los favorecidos.

2.3. Marco Conceptual (definición de términos)

Fumus Comissi Delicti .- Para que se ordene la prisión preventiva del imputado deben concurrir fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que se ha cometido el delito y que en este ha sido autor o partícipe el investigado; no implica que tenga que darse la certeza y la objetividad de datos que son necesarios para producir la condena, por el contrario es un límite al ius punendi, característico de un estado de derecho, que a través de esta medida afecte de manera directa a un derecho fundamental. Ahora bien, como se trata de una medida coercitivo cautelar de carácter instrumental y provisional, no se exige que el órgano jurisdiccional tenga ya la certeza de la responsabilidad penal del imputado. El grado de conocimiento que debe haber adquirido el Juez de la Investigación preparatoria en torno a la vinculación del imputado con el delito es el de la sospecha razonable (Palacios, 2018, p. 143).

Motivación. - La motivación constituye una necesidad ineludible en la limitación de derechos fundamentales, porque condiciona la validez del presupuesto de la proporcionalidad. La única forma de verificar la existencia de ésta, es mediante una adecuada motivación de los presupuestos que valoran la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación impuesta en el caso concreto (Río, 2016, p. 51).

Prisión Preventiva. - La prisión preventiva es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal, que surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave (San Martín, 2015, p. 453),

Prognosis de Pena. - Dado que la prisión preventiva se configura como la medida de coerción más severa que se puede aplicar al imputado, su procedencia debe encontrarse reducida a un número de delitos cuyo reproche social es ciertamente alto. De esta forma, el legislador ha restringido normativamente esta medida de coerción para los casos donde la sanción a imponerse por el delito materia de investigación sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad (arts. 135 de 1991 y 268.2 CPP de 2004). (Oré, 2014, p. 147)

Principio de Necesidad. - El principio de necesidad es aquel valor en virtud del cual las medidas de coerción solo podrán ser concedidas cuando sean imprescindibles y no existan otros mecanismos más eficientes para conjurar el peligro que supone la actitud adoptada por el justiciable respecto de la sustanciación regular del proceso penal o la posterior ejecución de la sentencia (Oré (2014, p. 36),

Principio de Provisionalidad. - Por este principio las medidas cautelares deben aplicarse por el tiempo estrictamente necesario a sus fines, y en todo caso, hasta la conclusión del proceso penal, siendo esta extensión del término debidamente motivado. Se ha destacado que la detención judicial de una persona no puede ser considerada como una pena anticipada. De la misma forma, el embargo de los bienes del imputado no es definitivo, sino provisional (Guerrero, 2013, p. 43).

Proporcionalidad, Significa equilibrio, balanceo, equivalencia, ecuanimidad, medida, equidad, justo medio, igualdad, imparcialidad, armónico ponderado, nivelado, contraste, simétrico, ajustado, adecuado, compartido. De esta manera la proporcionalidad se convierte en un punto medio que se ubica entre dos extremos (Londoño, 2009, p.56)

Sub Principios de Proporcionalidad.- Pueden ser enunciados de la siguiente manera; Sub principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para

contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; Sub principio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; Principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado de derecho intervenido (Bernal Pulido, 2007, p.42)

2.4. Antecedentes de la Investigación

2.4.1. Tesis Internacionales

Antecedente 1º

La tesis Titulada “Garantías constitucionales y presupuestos que repercuten en la prisión provisional. Análisis de las realidades del preso sin condena en España y América central” cuya autora es Doña Nadia Noemí Franco Bazán, tesis doctoral para la obtención del grado de Doctora en Derecho ante la Universidad de Salamanca el año (2014).

La finalidad de esta tesis fue desarrollar los aspectos generales de la prisión preventiva, para luego avocarse al desarrollo de las garantías constitucionales de la prisión preventiva, como son el principio de legalidad, de necesidad, de excepcionalidad, presunción de inocencia, principio de proporcionalidad etc., para luego exponer desde una metodología comparativa la realidad del preso sin condena en España y América Central.

Entre sus principales conclusiones se tiene

a.- La revisión de la literatura jurídica especializada en el tema de la prisión provisional nos lleva a encontrar que pareciera existir un consenso doctrinal sobre la existencia de la prisión

provisional como un “mal necesario” lo que nos lleva a coincidir en que la misma aceptación de que se trata de un mal necesario corresponde a reconocer que el uso de esta figura no es lo correcto y que se requiere seguir apoyando y prohijando todos aquellos proyectos de investigación que pongan de manifiesto o al descubierto que el uso indiscriminado de la prisión provisional no es la respuesta legislativa y mucho menos procesal penal adecuada para afrontar el innegable aumento exponencial de males como el crimen organizado, el tráfico de drogas y otros delitos que producen alarma social.

b.- El principio de proporcionalidad constituye un principio básico para establecer la individualización de la pena, y en el caso de la prisión provisional, al aplicarlo, se deberá tomar en cuenta la gravedad del hecho ilícito, las circunstancias del agente.

c.- Existe un no despreciable número de investigadores catedráticos universitarios y juristas que acompañan nuestra tesis referida al hecho de que siendo la prisión provisional la más perversa de las medidas cautelares, debería acudirse a la misma en condiciones excepcionalísimas, siempre y cuando se compruebe ampliamente que se configuran en el imputado el peligro de fuga (*periculum in mora*) y el de apariencia de título de buen derecho (*fumus bonis iuris*), lo que hemos analizado con profundidad, pretendiendo aportar ideas que no contradigan de ninguna forma tanto uno como otro presupuesto.

Antecedente 2º

La tesis “Prisión Preventiva, Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia”, presentado por Oscar Fernando Obando Bosmediano, sustentado ante la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Quito - Ecuador, para optar el grado de magister en derecho procesal, el año (2018).

La tesis se ocupó principalmente de evidenciar las tensiones que se producen con la aplicación de la prisión preventiva entre: la eficacia procesal y los derechos de libertad y presunción de inocencia y que, no obstante que en teoría su aplicación debe ser proporcional, necesaria y excepcional, sin embargo, el autor devela que existe un uso arbitrario de la prisión preventiva.

Sus principales conclusiones fueron:

a.- Se evidenció en el análisis concreto de la proporcionalidad de la prisión preventiva que fue inobservado en al menos el 30% de los casos analizados. Pues la privación de la libertad fue desproporcionada frente al hecho sometido a la administración de justicia, como es el caso de robos menores o consumo de drogas; incluso en varios casos existió la posibilidad de terminar el proceso penal a través de un mecanismo alternativo a la solución de conflictos como la conciliación; sin embargo, se prefirió utilizar el derecho penal y peor aún la medida de privación de la libertad, alegando un supuesto riesgo de fuga.

b.- Los parámetros de materialidad, responsabilidad y medianamente el de proporcionalidad son observados por los administradores de justicia a la hora de solicitar y dictar prisión preventiva, estos son los requisitos 1; 2; 4 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, queda demostrado que existe un abierto incumplimiento a los estándares de necesidad y excepcionalidad de la prisión preventiva; además de tomar el arraigo social como una práctica disfuncional recurrente, haciendo que el encarcelamiento preventivo dictado en estos casos sean ilegales y arbitrarios, al margen de la ley y violando la convención.

c.- Del estudio de los casos sometidos a análisis advirtió que no se cumple la finalidad de la prisión preventiva la cual es actuar como una medida cautelar que dota de eficacia al proceso

penal; pero por el contrario como resultado de la investigación se concluye que existió un abuso de la prisión preventiva al igual que la normativa ecuatoriana y por su estrecha vinculación a la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.4.2. Tesis Nacionales

Antecedente 1°

El primer antecedente de este trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: “La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de cañete 2016” El autor es Almeyda Chumpitaz, Francisco Tomás, quien presentó esta tesis para optar el grado de Magister en la Universidad Cesar Vallejo, en el año (2017).

La tesis se centra en la interrogante: ¿Cómo se aplica el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva en el distrito judicial de cañete año 2016? A partir del cual analiza la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad por los operadores jurídicos en las audiencias de prisión preventiva.

Sus principales conclusiones fueron:

a.- Que los operadores jurídicos no aplican adecuadamente el principio de proporcionalidad en las audiencias de prisión preventiva en el distrito judicial de cañete. El fiscal confunde la proporcionalidad de la medida con la proporcionalidad de la pena. Los abogados por su parte no conocen los sub principios de la proporcionalidad ni lo desarrollan o aplican al caso concreto adecuadamente, ni conocen de técnicas de litigación oral para desarrollar la proporcionalidad de la medida.

b.- La prisión es la excepción y la libertad es la regla, existen otras alternativas para lograr el fin de la prisión siempre debe primar la libertad.

c.- La imposición de la prisión preventiva repercute en diversos ámbitos de la vida del imputado. En su vida personal por cuanto lo limita de su libertad ambulatoria, impacta sobre su familia en vista que se produce una desintegración familiar, en su situación laboral, pierde su trabajo y en su reputación social.

d.- La idoneidad significa que toda intervención en la libertad debe ser adecuada para lograr el fin, en audiencia se aplica siempre por cuanto existe una norma que faculta y siempre será idónea porque es constitucional. La necesidad se refiere a lo subsidiario, excepcional y de última ratio su aplicación resulta de evaluar qué tipo de medida es la más justa, por ejemplo, la comparecencia con restricciones. La proporcionalidad propiamente dicha es la equivalencia entre la afectación y el derecho, tiene relación con el bien jurídico.

Al respecto si bien de manera general la tesis en comentario aborda el tema de la proporcionalidad en la prisión preventiva, su trámite y la participación de los operadores de justicia en la audiencia; conviene diferenciar y destacar que, en nuestro caso, la investigación se centra en la “motivación” del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, y pretende alcanzar algunos criterios generales para una motivación razonable y suficiente del principio de proporcionalidad, a partir del análisis de resoluciones judiciales, con el aporte de la doctrina nacional y extranjera, la jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional, las Cortes Internacionales.

Antecedente 3°

El Tercer antecedente de este trabajo de investigación lo constituye la Tesis “La proporcionalidad en la prisión preventiva”, El autor es Castillo Dávila William Paco Antenor, Tesis para optar el grado académico de doctor en derecho ante la Universidad Nacional Federico Villareal, en la ciudad de Lima el año (2018).

El autor expone como problemática, el hecho de que, en el distrito de lima, donde aún no está vigente el Código Procesal Penal el Juez penal considera proporcional la prisión preventiva sin que el Ministerio Público hubiera fundamentado la proporcionalidad, lo cual implica desconocimiento de derechos fundamentales del imputado y de principios del proceso penal.

Entre sus principales conclusiones se tiene:

a.- Conforme a los principios de independencia judicial y de asignación de roles no permiten que el juez supla al Fiscal en la fundamentación de la prisión preventiva por qué, el juez debe limitar sus decisiones a lo solicitado expresamente por el Fiscal.

En los casos en que el Juez declara fundado el requerimiento de prisión preventiva y fundamenta su proporcionalidad a pesar de que el Fiscal no lo hizo, se afectan: el derecho de defensa del imputado, dado que no ha podido controvertir este presupuesto y el derecho a su libertad de tránsito.

b.- La encuesta mostró que, los operadores del derecho penal tienen escaso conocimiento del principio de proporcionalidad en consecuencia no saben cómo fundamentarlo en la prisión preventiva.

En un análisis comparativo entre la tesis citada y nuestro trabajo de investigación, se advierte que, si bien ambas enfocan como principal tema de interés el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, la diferencia se presenta en el planteamiento del problema, en mérito a que en la primera destaca la fundamentación de la prisión preventiva por parte del juez pese a la omisión del fiscal de fundamentar el principio de proporcionalidad en su requerimiento de prisión preventiva. Mientras que, en la presente investigación, nos centramos en enfocar la necesidad de una debida aplicación y análisis del principio de proporcionalidad sobre los presupuestos de la prisión preventiva, procurando la compatibilidad entre la norma procesal y la legitimidad constitucional contar con criterios generales para motivar la proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva.

2.4.3. Tesis Locales

Antecedente 1

El segundo antecedente del presente trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: “La debida motivación en los autos de prisión preventiva dictados en los juzgados de investigación preparatoria del cercado del cusco desde la entrada en vigencia del código procesal penal de 2004”. La autora es Roció Soledad Cáceres Pérez, quien presentó esta tesis para optar el grado de Magister en la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, en el año (2012).

Esta Tesis, tiene como contenido principal el estudio de la motivación de las medidas coercitivas, como una resolución que tiene mayor trascendencia en el proceso penal, junto con la sentencia, al estar vinculada con uno de los derechos fundamentales más importantes como es la libertad, en tal sentido para la autora la resolución judicial estimatoria, debe comprender el desarrollo de los presupuestos materiales exigidos por el artículo 268 del Código Procesal Penal

de 2004, así como el desarrollo de los presupuestos formales entre los que destaca la debida motivación; además de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, sobre todo porque este último permite determinar la concurrencia del peligro procesal.

Lo expuesto motivó a realizar una investigación a partir del planteamiento del problema ¿Los autos de prisión preventiva dictados en los Juzgados de investigación Preparatoria del cercado de Cusco desde la entrada en vigencia, del Código Procesal Penal de 2004 cumplen con la exigencia de la debida motivación?

Sus principales conclusiones fueron:

a.- La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía constitucional, prevista en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado como principio y derecho de la función jurisdiccional. Y tratándose de una resolución de prisión preventiva, la exigencia de una debida motivación, se pondera, por tratarse de la afectación de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad.

b.- De manera específica el Tribunal Constitucional ha establecido que la motivación de las resoluciones de prisión preventiva debe ser suficiente y razonada. Es suficiente cuando contiene los fundamentos de hecho y de derecho que sirven para sustentar la medida o para mantenerla, y es razonada cuando contiene una ponderación judicial en cuanto a la concurrencia copulativa de los presupuestos materiales exigidos por el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004. En tal sentido, los jueces de investigación preparatoria están en la obligación de cumplir estas exigencias al momento de resolver un requerimiento de prisión preventiva.

c.- Al ser la prisión preventiva una medida cautelar que busca el éxito del proceso, es indispensable demostrar la existencia del peligro procesal que se pretende neutralizar, en

observancia del principio de excepcionalidad. Por ello al hablar de motivación suficiente respecto a dicho peligro, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, ya que éste permitirá determinar, en base a los fundamentos de hecho y derecho existente, si la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

d.- En los cuatro juzgados de Investigación Preparatoria del cercado de Cusco se emitieron autos de prisión preventiva carentes de debida motivación, afirmación que queda demostrada con la información contenida en los cuadros correspondientes a los autos dictados en cada juzgado, respectivamente.

e.- En relación a los fundados y graves elementos de convicción que permiten estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, existen 31 autos de prisión preventiva motivados de manera suficiente, mientras que en dos autos no se vincula a los supuestos autores del delito con los elementos de convicción mencionados (cuadro N° 8 y cuadro N° 31), Lo que nos lleva a señalar que los jueces de investigación preparatoria motivan este presupuesto material de manera suficiente sin mayor dificultad.

f.- Respecto a la prognosis de pena, en 29 autos de prisión preventiva se tomó únicamente la pena conminada en abstracto por el tipo penal, más no la especie y medida de la pena en concreto a aplicarse eventualmente, lo que da cuenta de la falta de motivación suficiente en relación a este presupuesto material en la mayoría de los casos.

La tesis en comentario difiere de nuestra investigación en virtud que ella tiene como objetivo principal el análisis de la motivación de la prisión preventiva en general, mientras que en nuestra investigación se hace énfasis a la motivación del principio de proporcionalidad en virtud a

su importancia y trascendencia, toda vez que para restringir el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, no es suficiente la aplicación de la norma procesal, sino se requiere además la aplicación del principio de proporcionalidad para que la medida de restricción sea constitucional.

Antecedente 2°

El cuarto antecedente del presente trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: “Tratamiento jurídico doctrinal de la prisión preventiva en el Perú”. El autor es Mario Hugo Silva Astete, quien presentó esta tesis para optar el grado académico de doctor en derecho en la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, en el año (2017).

La tesis aborda un tema muy debatido en la doctrina del Derecho Procesal Penal. En relación a la prisión preventiva, como medida cautelar personal, para asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso, lo cual presenta defensores y detractores en el foro, en relación a que, de un lado se tiene la demanda de la sociedad que pide seguridad frente a la delincuencia y el deber del Estado de concederla y por otro, están las libertades fundamentales de cada persona acusada de delito.

Se analizan estas dos posturas, de detractores y defensores cada una respaldada por sus correspondientes principios, de un lado el derecho fundamental a la libertad y de otro el cumplimiento de las finalidades del proceso penal, esto es, el sometimiento del imputado al llamado de la justicia y, eventualmente, la ejecución de la pena en caso se le halle responsable del delito.

El problema que se plantea es que la doctrina y la jurisprudencia, no brindan las bases teórico-doctrinarias y jurisprudenciales adecuadas para una aplicación ponderada de la prisión

preventiva, por lo que se plantea buscar el equilibrio entre el garantismo penal y la eficacia del sistema penal.

Sus principales conclusiones fueron:

a.- Que el tratamiento jurídico doctrinal de la prisión preventiva en el Perú no responde a su naturaleza jurídica ni a sus fines. En efecto, de acuerdo a unánime posición, de la doctrina la prisión preventiva se debe imponer al Imputado solo de manera excepcional, como una medida de última ratio o extrema, cuando se tenga por cierto que no existen otras medidas alternas menos gravosas que puedan asegurar la presencia del imputado en el proceso penal. Sin embargo, en la práctica procesal podemos apreciar que los jueces imponen constantemente la prisión preventiva particularmente en delitos graves que causan la mayor repulsa social y en delitos que, por tener mucha influencia mediática, influyen en la decisión del juez para optar por esta medida gravosa, sin darle mayor relevancia al presupuesto del peligro procesal.

b.- Que la evolución de la prisión preventiva en el Perú ha sido paulatina, porque desde la dación del primer Código de Enjuiciamientos en materia Penal de 1863 hasta el actual Código Procesal Penal vigente del año 2004, el desarrollo jurídico doctrinal ha permitido que este instituto contemple de manera más técnica su establecimiento en el proceso penal. En efecto, de un estado de precaria exigencia de presupuestos razonables para su imposición en los primeros Códigos, en el nuevo Código Procesal Penal se establecen de manera adecuada los requisitos que se deben cumplir para que el juez pueda dictar la prisión preventiva en el proceso.

c.- La prisión preventiva en el Perú, de acuerdo a lo expresado por la doctrina, la jurisprudencia y los expertos entrevistados, tiene una naturaleza instrumental o cautelar pues su finalidad es garantizar que el imputado esté sometido al proceso hasta los resultados del mismo. Sin

embargo, existe asimismo una inadecuada práctica en la aplicación de la medida cautelar, porque los magistrados, tanto fiscales como jueces efectúan el requerimiento y la aplicación de la prisión preventiva de manera constante, sin tener en cuenta los principios de excepcionalidad y provisionalidad de esta medida cautelar personal. De acuerdo a los estudios realizados existe un reducido porcentaje de personas que habiendo sido sometidas a la prisión preventiva fueron absueltas.

CAPITULO III

HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis de Trabajo

El presente estudio de carácter dogmático ha seguido un enfoque cualitativo documental, razón por la cual no se planteó una hipótesis para ser probada estadísticamente. Por el contrario, por la naturaleza del estudio la hipótesis cumple un papel diferente y es flexible puesto que puede modificarse en la medida de nuevos hallazgos en la investigación. La hipótesis de trabajo planteada es:

Existen fundamentos constitucionales, en la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte suprema y del Tribunal Constitucional que sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad.

3.2. Categorías de Estudio

Rivas (2015) refiriéndose a las categorías señala: “Es el equivalente a las variables para una investigación cuantitativa. Una categoría de análisis es una estrategia metodológica para describir un fenómeno que estamos estudiando (...) las categorías también delimitan cuales son los límites y alcances de la investigación”.

Considerando que la presente investigación es de carácter cualitativo, las categorías quedan establecidas de la siguiente manera:

Tabla 4*Categorías de estudio*

Categorías	Subcategorías
1° Fundamentos constitucionales para una motivación cualificada de la prisión preventiva	<ul style="list-style-type: none"> • Naturaleza jurídica • Presupuestos de la prisión • Motivación cualificada • Repercusiones
2° Debida aplicación del principio de proporcionalidad	<ul style="list-style-type: none"> • Naturaleza jurídica • Sub principios: • Idoneidad, • Necesidad; y, proporcionalidad propiamente dicha. • Importancia

CAPITULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Ámbito Contextual

4.1.1. Ámbito Espacial

El ámbito espacial del presente trabajo de investigación está referido a todo el territorio peruano donde se viene aplicando la medida de restricción de libertad como es la prisión preventiva.

4.1.2. Ámbito Temporal

Para efectos de nuestro trabajo de análisis de información pertinente a nuestro tema de investigación, se ha fijado como ámbito temporal el año 2018 y 2019, 2020 tiempo en el que se pretende desarrollar la investigación.

4.2. Diseño Metodológico

El estudio que pretendemos realizar se conducirá metodológicamente por los siguientes instrumentos metodológicos:

Tabla 5

Enfoque de investigación según la herramienta metodológica

Enfoque de investigación según la herramienta metodológica	Cualitativo documental: El estudio se basa en el análisis y busca comprender el problema de estudio antes que medirlo estadísticamente.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático propositivo: La investigación se orienta a proponer una solución al problema estableciendo un marco de fundamentos para la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre los presupuestos de la prisión preventiva. (Según clasificación de Jorge Witker).

4.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis temático en nuestra investigación se centra en el tema de la motivación de la proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva.

4.4. Muestra no Probabilística para el Análisis Documental

En el desarrollo de nuestro estudio se aplicó la técnica del análisis documental, para tal fin nuestra muestra está conformada por 25 resoluciones judiciales que ordenan prisión preventiva, con el fin de analizar en ellas la motivación de la proporcionalidad.

4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

- a. *Técnicas*: Las técnicas que emplearemos en nuestro estudio son: La documental.
- b. *Instrumentos*: Los instrumentos que corresponden a las técnicas que emplearemos son: la ficha de análisis documental.

4.6. Procesamiento de Datos

- a. Los datos recogidos se ordenaron y sistematizaron para su análisis e interpretación.

- b. Se elaboró los instrumentos de recolección de información, básicamente una ficha de análisis documental en la que se consignó la información relevante extraída de las resoluciones judiciales.
- c. La información recogida se ordenó y sistematizo.
- d. Se procedió al análisis e interpretación de la información.

CAPITULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. La Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los Mandatos de Prisión Preventiva en el Perú.

Para abordar los resultados y la discusión respecto a la motivación de la proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva y plantear un diagnóstico, se siguió una línea de análisis que empieza por la presentación de las 25 resoluciones judiciales (muestras) en las que se declararon fundada la prisión preventiva y que fueron materia de análisis en la presente investigación; seguidamente se analizó los efectos de la Casación N° 626-2013 – Moquegua del 30 de junio del 2015 que implicó el análisis formal de los mandatos de prisión preventiva (25 muestras); finalmente procedimos al análisis de la motivación del principio de proporcionalidad por cada sub principio en las resoluciones de prisión preventiva (25 muestras); por lo que en ese orden analizaremos los resultados de la investigación que en esta parte se planteó como interrogante ¿cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva en el Perú?

5.1.1. Presentación de las 25 Resoluciones Judiciales (Muestras) que Declararon Fundada La Prisión Preventiva.

Para mejor apreciación hemos organizado las 25 resoluciones judiciales que constituyeron muestras de análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en mandatos de prisión preventiva en la siguiente tabla:

Tabla 6

*Presentación de las 25 Resoluciones Judiciales (Muestras) que Declararon Fundada La Prisión Preventiva**

N° de Expediente y Juzgado	Delito	N° Resolución y Fecha	Duración
01105-2019-0-1001-JR-PE-02	Hurto agravado	Rs. 02, Cusco 14 de febrero del 2019	4 meses
1483-2020-9-1001-JR-PE-0	Robo agravado	Rs. 02 , Cusco 4 de marzo del 2020	4 meses
02389-2018-0-1001-JR-PE-01	Violencia familiar- Actos contra el pudor	Rs. 02, Cusco 19 de abril del 2018	6 meses
03121-2018-1-001-JR-PE-01	Lesiones graves	Rs 03, Cusco 10 de mayo del 2018	9 meses
03754-2019-65-001-JR-PE-01	Homicidio	Rs 02, Cusco 4 de mayo del 2019	6 meses
04460-2018-0-1001-JR-PE-01	Hurto agravado	Rs 02, Cusco 6 de julio del 2017	6 meses
04919-2018-5-1001-JR-PE-07	Violación sexual de menor Tentativa	Rs 02, Cusco 26 de julio del 2018	9 meses
05202-2018-9-1001-JR-PE-01	Hurto simple	Rs 02 Cusco, 03 de agosto del 2019	6 meses
5258-2019-30-1001-JR-PE-01	Robo agravado	Rs 02 Cusco, 21 de junio del 2019	6 meses
05540-2018-6-1001-JR-PE-01	Tráfico ilícito de drogas	Rs 02 Cusco, 16 de agosto del 2018	9 meses
05902-2019-32-1001-JR-PE-01	Receptación agravada	Rs 03 Cusco, 11 de julio del 2019	9 meses
06246-2019-44-1001-JR-PE-01-	Extorsión	Rs. N° 02 Cusco, 26 de julio del 2019	9 meses
07117-2019-40-1001-JR-PE-01	Robo agravado	Rs 02 Cusco, 06 de septiembre del año 2019	9 meses
09607-2019-53-1001-JR-PE-04	Violación contra la libertad sexual-	Rs 02 cusco, 25 de diciembre del año 2019	7 meses
9612-2019-95-1001-JR-PE-01-	Homicidio simple en grado de tentativa	Rs 02 Cusco, 26 de diciembre del 2019	6 meses
09656-2019-58-1001-JR-PE-01	Tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 30 de diciembre del 2019	9 meses
00871-2018-70-1001-JR-PE-06	Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 15 de febrero del 2018	9 meses
05617-2018-86-1001-JR-PE-04	Falsedad genérica- Tenencia ilegal de armas	Rs. 02 Cusco, 22 de agosto del año 2018	9 meses
00003-2018-91-1001-JR-PE-01	Feminicidio	Rs. 02 Cusco, 5 de enero del año 2018	9 meses

02816-2018-83-1001-JR-PE-02	Robo agravado	Rs. 02 Cusco, 30 de abril del año 2018	9 meses
06805-2018-42-1001-JR-PE-04 –	Robo agravado-	Rs 02 Cusco, 19 de octubre del 2018 -	8 meses
05540-2018-6-1001-JR-PE-01	Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 16 de agosto del 2018	9 meses
06411-2018-36-1001-JR-PE-01	Violación a la indemnidad sexual	Rs. 02 Cusco, 3 de octubre del 2018	9 meses
04249-2018-44-1001-JR-PE-06	Violación sexual de menor de edad	Rs 02 - Cusco, 25 de junio del 2018	6 meses
04409-2017-68-1001-JR-PE-04	Violación de la libertad sexual	Rs. 02 Cusco, 27 de abril del año 2018	9 meses

Fuente: Corte Superior de Justicia del Cusco.

Hoja de envío 2019-S/N- PROVEÍDO N° 267-2019-P-CSJCU-PJ autoriza, información sobre estadística y análisis de resoluciones de prisión preventiva. Adjunto en el Anexo 1.

*En la relación de casos analizados, omitimos consignar datos de identidad de las partes, imputada y agraviada, por la reserva de la investigación y además por respeto al principio de presunción de inocencia.

5.1.2. Efectos de la Casación N° 626-2013 Moquegua y el Análisis Formal de las 25 resoluciones de Prisión Preventiva.

La Casación 626 - Moquegua emitida el 30 de junio del 2015, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que impuso como doctrina jurisprudencial en sus fundamentos vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, la obligación de motivar la proporcionalidad y debatirla en un cuarto orden, después de los 3 presupuestos materiales de la prisión preventiva, La referida Casación marcó un antes y después en relación a la motivación de la proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, antes de su emisión difícilmente podíamos encontrar una resolución de prisión preventiva que en su motivación hiciera alusión expresa a la proporcionalidad, es a partir de su emisión que apreciamos que tanto fiscales al

formular sus requerimientos de prisión preventiva y los jueces al dictar sus resoluciones judiciales incorporaron formalmente la proporcionalidad como un nuevo elemento de análisis en la prisión preventiva.

Así la Casación Moquegua expuso en el Fundamento vigésimo segundo: "...Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo. En el vigésimo tercero fundamento destacó la importancia de la motivación al referir: i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; y en el Vigésimo cuarto fundamento estableció imperativamente: En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración I de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad². Esto posibilitará que la defensa lo examine, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro."

La realidad expuesta, no hace sino revelar que antes de la denominada Casación Moquegua, se omitía motivar la proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, no obstante que el Código Procesal Penal del 2004 en su artículo 253° de modo imperativo declaraba a la proporcionalidad como principio aplicable a las medidas de coerción procesal, en la sección III,

Las Medidas de Coerción Procesal, Título I Preceptos Generales, inciso 2°, que textualmente transcribimos “La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción” (resaltado nuestro), probablemente la inobservancia de este artículo se haya debido a su carácter genérico en vista que no se refiere de modo concreto a la prisión preventiva como medida de coerción personal que afecta el derecho fundamental a la libertad, aunque debía sobreentenderse, mientras que los términos de la Casación Moquegua resultaron más imperativos y precisos.

Con lo expuesto corresponde reconocer el efecto positivo de la Casación Moquegua, la cual incorporó el análisis de la proporcionalidad en la justificación de la prisión preventiva,

A continuación, desde un análisis formal apreciaremos, el cumplimiento de la Casación Moquegua en las 25 muestras.

Análisis Formal (25 Muestras) de Mandatos de Prisión Preventiva Bajo Los Criterios de La Casación Moquegua 626-2013 del 30 de junio del 2015.

En la siguiente tabla analizaremos en las muestras de investigación (25 resoluciones), el cumplimiento de los términos de la Casación Moquegua, en relación a que en el debate de la prisión preventiva se debe incorporar el análisis del principio de proporcionalidad.

Tabla 7

Análisis Formal de 25 Resoluciones de Prisión Preventiva Bajo los Criterios de La Casación Moquegua 626-2013 del 30 de junio del 2015

N° Expediente Juzgado Delito	Presupuesto Material 1° Fundados y graves elementos de convicción Inciso a) artículo 268 del CPP	Presupuesto Material 2° Prognosis de pena superior a 4 años Inciso b) artículo 268 del CPP	Presupuesto Material 3° Peligrosismo procesal. Inciso c) artículo 268 del CPP	La Proporcionalidad de la medida Idoneidad-necesidad- proporcionalidad Vigésimo Cuarto FJ Casación Moquegua	Duración de la medida Vigésimo Cuarto FJ Casación Moquegua
1.-01105-2019-0-1001-JR-PE-02 Hurto agravado 14.02-2019	SI	SI	SI	NO	SI
1483-2020-9-1001-JR-PE-0 - Robo agravado 4-03-2020- 4 meses	SI	SI	SI	SI	SI
3-02389-2018-0-1001-JR-PE-01 Violencia familiar - Actos contra el pudor /19-04-18 -6 meses (W)	SI	SI	SI	SI	SI
4-03121-2018-1-001-JR-PE-01- Lesiones graves / 10-05-18 (9meses) (F)	SI	SI	SI	SI	SI
5-03754-2019-65-001-JR-PE-01- Homicidio/ 4-05-2019 (6 meses)	SI	SI	SI	SI	SI
6-04460-2018-0-1001-JR-PE-01/ Hurto agravado- 6-07-17 (6 meses) (W)	SI	SI	SI	SI	SI

7-04919-2018-5-1001-JR-PE-07 Violación sexual de menor Tentativa/ 26-07-2018- 9 meses (w)	SI	SI	SI	SI	SI
8-05202-2018-9-1001-JR-PE-01 Hurto simple-/ 03 08-19-6 meses	SI	SI	SI	SI	SI
9-5258-2019-30-1001-JR-PE-01 Robo agravado/ 21 -06-19- 6 meses	SI	SI	SI	SI	SI
10-05540-2018-6-1001-JR-PE-01 Tráfico ilícito de drogas /16-08-18 - 9 meses (W f7)	SI	SI	SI	SI	SI
11-05902-2019-32-1001-JR-PE-01 Receptación agravada / 11-07-19- 9 meses (w) FJ 7	SI	SI	SI	SI	SI
12-06246-2019-44-1001-JR-PE-01- Extorsión /26-07-19 19 -9 meses (w)	SI	SI	SI	SI	SI
13- 07117 -2019-40-1001-JR-PE-01 Robo agravado /06-09-19- 9 meses	SI	SI	SI	SI	SI
14-09607-2019-53-1001-JR-PE-04 - Violación contra la libertad sexual /25- 12-19 -7 meses	SI	SI	SI	SI	SI
15-9612-2019-95-1001-JR-PE-01- Homicidio simple tentativa / 26-12-19 -6 meses	SI	SI	SI	SI	SI
16-09656-2019-58-1001-JR-PE-01 - Tráfico ilícito de drogas/----	SI	SI	SI	SI	SI
17-00871-2018-70-1001-JR-PE-06 Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (G)	SI	SI	SI	NO	SI
18-05617-2018-86-1001-JR-PE-04 Falsedad genérica- Tenencia ilegal de armas- 22-08-18 -9 meses (R)	SI	SI	SI	SI	SI

19-00003-2018-91-1001-JR-PE-01- Feminicidio Tentativa / 05-01-2018- 9 meses (w)	SI	SI	SI	SI	SI
20-02816-2018-83-1001-JR-PE-02 Robo agravado/ 30-04-2018 -9 meses (s)	SI	SI	SI	SI	SI
21-06805-2018-42-1001-JR-PE-04 – Robo agravado /19-10- 2018 -8 meses (R)	SI	SI	SI	SI	SI
22-05540-2018-6-1001-JR-PE-01 Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas /16-08-18- 9 meses	SI	SI	SI	SI	SI
23- 06411-2018-36-1001-JR-PE-01- Violación a la indemnidad sexual /3- 10-18 9 meses (W)	SI	SI	SI	SI	SI
24-04249-2018-44-1001-JR-PE-06- Violación sexual menor /25-06-18 -6 meses	SI	SI	SI	SI	SI
25-04409-2017-68-1001-JR-PE-04 - Violación de la libertad sexual /27-04- 18 (9 meses) (f)	SI	SI	SI	SI	SI

Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

- Del total de 25° resoluciones 23° cumplen formalmente con dividir el análisis de la prisión preventiva en los 5° niveles de análisis que ordena la Casación Moquegua, destacando que en el 4° nivel se halla el análisis de la proporcionalidad.
- Del total de 25° resoluciones, solo 2° resoluciones no cumplen formalmente con lo dispuesto por la Casación Moquegua de incorporar en su análisis la proporcionalidad.
- Los resultados expuestos nos permiten ratificar el efecto positivo de la Casación Moquegua: la incorporación del análisis de la proporcionalidad en el debate de la prisión preventiva en la mayoría de casos.

5.1.3. Análisis de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Resoluciones de Prisión Preventiva (25 muestras)

Corresponde ahora verificar la motivación del principio de proporcionalidad, desde el análisis de los 3 sub principios, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha en el mandato de prisión preventiva. La presente tabla nos permitirá evidenciar y describir las deficiencias en la motivación de casos concretos, 25 resoluciones.

Tabla 8

Análisis de la aplicación de los 3 Sub principios de la proporcionalidad en las resoluciones de prisión preventiva (25 muestras)

Nº	Expediente- Juzgado - Delito	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
1	01105-2019-0- 1001-JR-PE-02 Hurto agravado 14.02-2019	Sin análisis (solo mención)	Sin análisis	Sin análisis
2	1483-2020-9- 1001-JR-PE-0 Robo agravado 4- 03-2020 4 meses	Invoca fines constitucionales ajenos a la prisión preventiva	Omite analizar otras alternativas. Privilegia la pena efectiva	No justifica la intensidad de la medida de prisión ni el nivel de optimización del fin que se protege.
3	02389-2018-0- 1001-JR-PE-01 Violencia familiar - Actos contra el pudor 19-04-18 6 meses (W)	Ausencia de justificación frente al caso concreto –	Omite analizar otras medidas. Baja calidad de arraigo- Alta gravedad de pena	Optimiza protección a Derechos de víctimas menores, como principal fundamento.
4	03121-2018-1- 001-JR-PE-01- Lesiones graves - 10-05-18 9 meses (F)	Sin análisis	Omite analizar otras medidas. Gravedad de pena- Interés colectivo	Sin análisis
5	03754-2019-65- 001-JR-PE-01- Homicidio- 4-05- 2019 6 meses	Ausencia de justificación frente al caso concreto –	Omite analizar otras medidas. Baja calidad de arraigo- Alta gravedad de pena	No justifica en el caso concreto la intensidad de la medida de prisión ni el nivel de optimización del fin que se protege
6	04460-2018-0- 1001-JR-PE-01 Hurto agravado- 6- 07-17 6 meses (W)	Sin análisis (escueta definición)	Omite analizar otras medidas. Baja calidad de arraigo- Habitualidad	Mayor peso a condición de agraviada (Turista extranjera)
7	04919-2018-5- 1001-JR-PE-07 Violación sexual de menor Tentativa- 26-07- 2018	Sin análisis para el caso concreto	Sin análisis para el caso concreto	Mayor peso a la Tutela judicial efectiva de agraviada (menor de edad) Interés Superior del niño.

	9 meses (w)			
8	05202-2018-9-1001-JR-PE-01 Hurto simple- 03 08-19 -6 meses	Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas. Reincidencia Falta DNI	No Justifica. Mayor peso a la reincidencia y falta de DNI.
9	5258-2019-30-1001-JR-PE-01 Robo agravado- 21 -06-19 6 meses	Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas. Antecedentes-requisitorias	No justifica la intensidad de la medida de prisión ni el nivel de optimización del fin que se protege Valora Antecedentes-requisitorias
10	05540-2018-6-1001-JR-PE-01 Tráfico ilícito de drogas 16-08-18 9 meses (W) FJ 7	Sin análisis para el caso concreto Valora Naturaleza del delito	Omite analizar otras medidas. Valora Naturaleza del delito Antecedentes	No justifica Valora Naturaleza del delito
11	05902-2019-32-1001-JR-PE-01 Receptación agravada 11-07-19 9 meses (w) FJ 7	Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas. Calidad personal 3 Imputados	No justifica. Salvaguardar a la sociedad de los imputados. Antecedentes
12	06246-2019-44-1001-JR-PE-01- Extorsión 26-07-19 9 meses (w)	Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas, y en concreto no analiza la propuesta por la defensa. (comparecencia con caución) Valora gravedad del delito	No justifica en los términos que corresponde al sub principio. Fundamenta en Tutela judicial efectiva de los agraviados
13	07117-2019-40-1001-JR-PE-01 - Robo agravado 06-09-19 9 meses	Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas Prognosis de pena Antecedentes	No justifica. Valora pluriofensividad del delito
14	09607-2019-53-1001-JR-PE-04 - Violación contra la libertad sexual 25-12-19 7 meses	- Sin análisis para el caso concreto	Omite analizar otras medidas Baja calidad de arraigo	Hace referencia a libertad del imputado y al derecho a la verdad de la víctima Bien jurídico primordial la vida y el

				Estado (incoherente para el caso concreto)
15	9612-2019-95-1001-JR-PE-01- Homicidio simple en grado de tentativa 26-12-19 6 meses	Considera como fin del Estado la Seguridad Pública y la Administración de Justicia	No analiza otras medidas. Naturaleza de los hechos La gravedad de la pena.	Se limita a mencionar Gravedad del delito y pena alta.
16	09656-2019-58-1001-JR-PE-01 - Tráfico ilícito de drogas	Sin análisis para el caso concreto	No analiza otras medidas – Gravedad del delito y de la pena Domicilio en otros departamentos	No justifica Combate efectivo contra el tráfico ilícito de drogas
17	00871-2018-70-1001-JR-PE-06 Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (G)	Sin análisis	Sin análisis	Sin análisis
18	05617-2018-86-1001-JR-PE-04 Falsedad genérica- Tenencia ilegal de armas- 22-08-18 9 meses (R)	Daño a la sociedad	Daño a la sociedad Circunstancias del delito	Pondera el derecho a la libertad de las personas con el grave daño a la sociedad. Mayor peso al daño a la sociedad
19	00003-2018-91-1001-JR-PE-01 Femicidio Tentativa 05-01-2018 9 meses (w)	Sin análisis para el caso concreto	No analiza otras medidas El comportamiento del imputado Peligro de fuga alto	Protección a bienes de mayor relevancia como la vida de mujer vulnerable
20	02816-2018-83-1001-JR-PE-02 Robo agravado 30-04-2018 9 meses (s)	Sin análisis para el caso concreto	No analiza otras alternativas, propuesta por la defensa Falta calidad de arraigos	No justifica Vulneración al patrimonio
21	06805-2018-42-1001-JR-PE-04 – Robo agravado 19-10- 2018 8 meses (R)	Sin mención	Sin mención	Plantea ponderación genérica entre la libertad personal de los imputados con el interés colectivo de vivir con seguridad. Irrelevante cuestionamiento al

					tipo penal. (análisis del 1 motivo de la prisión)
22	05540-2018-6-1001-JR-PE-01 Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas 16-08-18 9 meses	Sin análisis concreto	en	Naturaleza del delito Antecedentes	Naturaleza del delito y antecedentes.
23	06411-2018-36-1001-JR-PE-01 Violación a la indemnidad sexual 3-10-18 9 meses (W)	Sin análisis concreto	en	No analiza otras medidas. Pena grave y calidad baja de arraigo.	Valora la protección a la indemnidad de menor y se valora el interés superior del niño
24	04249-2018-44-1001-JR-PE-06 Violación sexual de menor de edad 25-06-18 6 meses	Sin análisis concreto	en	No analiza otras medidas Falta de arraigo	Sin justificación Delito grave
25	04409-2017-68-1001-JR-PE-04 Violación de la libertad sexual 27-04-18 9 meses (f)	Sin mención		No analiza otra medida Hechos en agravio de menor de edad	Sin justificación Connotación social

Fuente: Elaboración propia.

A continuación, procederemos a analizar la Tabla 9 realizando verificando cómo se motivaron los 3 sub principios de proporcionalidad, y en seguida revelaremos las deficiencias de motivación incurridas en los sub principios de proporcionalidad.

(i) Análisis:

Aplicación de los tres sub principios, desde una óptica general

Tabla 9

Análisis a la aplicación de los 3 sub principios de la proporcionalidad

Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad Propiamente Dicha
<p>“... implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” Cubas (2018, p. 122)</p>	<p>comparar y considerar, junto a la medida limitativa, otras medidas, que sean suficientemente idóneas para la satisfacción del fin perseguido, con la posterior elección de la menos lesiva para los derechos individuales. Del Río (2016, p.48).</p>	<p>...habrá que ponderar los intereses en conflicto, los intereses del individuo frente a los intereses del Estado, es el interés de la persona en que se respeten sus derechos fundamentales que habrán de ser objeto de restricción, y el interés estatal en el éxito de la persecución penal, ambos de sustento constitucional. Villegas (2013, p. 125,126)</p>
<p>- De las 25 resoluciones ninguna analizó el sub principio de idoneidad desde el caso concreto. Presupuesto que no requiere mayor debate, es un estándar por que la constitución autoriza la restricción de la libertad por mandato debidamente motivado.</p>	<p>-De las 25 resoluciones ninguna analizó otra alternativa menos gravosa. Ni se advierte la elección de la menos gravosa. De las 25, en 21 resoluciones se justificó de manera deficiente el sub principio de necesidad. (fines ajenos a la Prisión) (Ver tabla 10) - De las 22 resoluciones, en solo 2 casos la defensa propuso de manera concreta otra alternativa de restricción menos gravosa y no fue sometido a debate, ni objeto de análisis por el juez.</p>	<p>- De las 25 resoluciones, en 5 no se cumplió con el análisis de la proporcionalidad propiamente dicha. - De las 25, 20 resoluciones motivaron de manera deficiente el sub principio de proporcionalidad propiamente dicha. (fines ajenos a la Prisión) (Ver tabla 11) - Se concede mayor peso a fines ajenos a la prisión preventiva, afectando gravemente la libertad ambulatoria. (ver tabla 13) - No se hace un análisis desde el caso concreto de la afectación personal que sufrirá el investigado con la restricción de la libertad y el peso que se le asigna, y del otro lado el nivel de optimización que se alcanzará satisfaciendo la eficacia de la persecución penal.</p>

(ii) Análisis:

A continuación, en la Tabla 11 y 12, sustentamos la motivación deficiente de los sub principios de necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Tabla 10*Motivación deficiente del sub Principio de Necesidad*

Motivación del sub principio de necesidad (21 Resoluciones)	Cantidad de Resoluciones	Observaciones
Solo Gravedad de la pena y/o del delito	4	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva (F.121) Caso Ollanta. Reiterada jurisprudencia ha sentenciado que ni la gravedad del delito ni su naturaleza pueden ser la única causa que justifique la prisión preventiva. (Acuerdo Plenario 1-2019)
Interés colectivo- Daño a la sociedad	2	La repercusión social, no es causal prevista en los artículos 268, 269, 270 del CPP Calmar la alarma social, es un fin alejado de la prisión preventiva (A. Plenario 1-2019 Fj 39) Presión Mediática
Antecedentes, Reincidencia - Habitualidad	7	"la privación de libertad del imputado no puede residir solamente en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.... (F. 120) Caso Ollanta
Solo Calidad de arraigos	3	Por sí solos nos son suficientes para sustentar la Prisión
Protección o interés a la víctima	1	No es casual prevista en los artículos 268, 269 y 270, del CPP, No tiene pretensión ni legitimidad en la prisión preventiva. Le corresponde la pretensión civil (Art. 10 CPP)
Condiciones personales del imputado	1	Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva" ... (F. 120) Caso Ollanta
Dos causales: gravedad del delito/ calidad de arraigos	3/10	En 3 de 10 resoluciones se concedió mayor peso a la gravedad del delito sumado a la baja calidad de arraigo. Para fundamentar el principio de necesidad.

Tabla 11

Motivación deficiente del sub Principio de Proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva

Motivación del sub principio de Proporcionalidad propiamente dicha (20 resoluciones)	Cantidad de Resoluciones	Observaciones
Derechos-protección a la víctima.	7	No es causal prevista en los artículos 268, 269 y 270, del CPP; No tiene pretensión ni legitimidad en la prisión preventiva- Pretensión Civil. Art.10 CPP.
Gravedad del delito y de la pena	5	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva (F.121) Caso Ollanta.
Antecedentes-Reincidencia*	4	La privación de libertad del imputado no puede residir solamente en fines preventivo-generales o preventivo- especiales atribuibles a la pena.... (F. 120) Caso Ollanta. No previstos en el artículo 268, 269, 270 CPP
Protección a la sociedad / connotación social**	3	La repercusión social, no es causal prevista en los artículos 268, 269, 270 del CPP Presión Mediática
Salvaguardar a la sociedad/antecedentes	1	Ídem (*) (**)

5.2. Incidencia de la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva y su Fundamentación Constitucional.

Sobran razones que justifican el porqué de la necesidad de motivar la proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, bastaría con mencionar que al afectar un derecho fundamental como es la libertad entre otros derechos no es suficiente la aplicación de la norma procesa penal, esto es del artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal, toda vez que conforme hemos

desarrollado en las bases teóricas de esta investigación somos conscientes de que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, en el que prima el respeto de derechos fundamentales, y además de la evolución de la Teoría del derecho que reconoce que el derecho no solo es regla sino también principios y valores asentados en el reconocimiento de la dignidad de la persona, por lo tanto para sustentar las repercusiones e incidencias de la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva, partimos de la premisa general que la norma procesal penal o si se quiere la ley no es suficiente para justificar la restricción de un derecho fundamental.

La regulación del artículo 268 del Código Procesal Penal (presupuestos materiales de la Prisión Preventiva) resulta insuficiente para privar de derechos fundamentales como lo son la libertad de tránsito y la presunción de inocencia, entre otros a una persona que está siendo investigada y aún no ha sido condenada por la comisión de un delito, es preciso interpretar y analizar los presupuestos de la prisión preventiva previstos en el artículo 268 y 269 del Código Procesal Penal, bajo el influjo del principio de proporcionalidad, tanto más que se hace evidente el conflicto de principios entre la restricción de derechos fundamentales y la eficacia de la persecución penal, lo cual justifica plenamente la aplicación del principio de proporcionalidad, para complementar la motivación de la prisión preventiva.

Con lo dicho entendemos que el principio de proporcionalidad “es fundamento del sistema normativo y del sistema jurídico, otorgándole corrección y completitud”. Londoño (2009, p. 52). Ello además encuentra sentido cuando la propia norma adjetiva en el artículo 253 del Código Procesal Penal establece que toda restricción de derecho fundamental además de requerir autorización legal, debe emitirse de acuerdo al principio de proporcionalidad.

Teniendo como base la premisa citada, corresponde ahora recurrir tanto a la doctrina autorizada que revelan la incidencia o si se quiere la importancia de la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.

5.2.1. El principio de Proporcionalidad Como Límite a la intervención del Estado – Prohibición de Exceso en la Prisión Preventiva.

El límite a la intervención del Estado, procura el equilibrio entre los intereses generales que se persiguen y los derechos fundamentales de los individuos, ello protege el contenido esencial del derecho fundamental y garantiza la afectación necesaria para obtener el fin pretendido. “La Prohibición de exceso”, implica la exigencia al Estado de “adecuación y medida” en el momento de limitar, afectar o restringir el contenido de los derechos sustanciales constitucionales al dictarse la prisión preventiva. Según Pedraz (2000, p. 149) y Londoño (2009, pp. 155-156)

5.2.2. El Principio de Proporcionalidad como Garante de la Presunción de Inocencia, en la Medida de Prisión Preventiva.

Los procesados deben recibir trato de inocentes o, como mínimo, no deben recibir peor trato que los condenados, se protege expresamente el principio de inocencia que asiste al imputado, el cual impide que se trate como culpable a la persona sospechosa de haber cometido un delito, mientras no haya sido declarada judicialmente su culpabilidad; en consecuencia, los efectos de la prisión preventiva de ninguna manera pueden ser equiparados a los efectos de una pena (Cubas, 2018, p. 118) y (Cáceres, 2009, p. 173)

5.2.3. El Principio de Proporcionalidad Como Medida de Equivalencia en la Prisión Preventiva

La proporcionalidad busca una equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal; de ello también se deriva que la violencia ejercida con la prisión preventiva nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión. (Oré, 2006) y (Binder, 1999), citados por (Guerrero, 2013, p.25),

5.2.4. El Principio de Proporcionalidad como Expresión del Principio de Necesidad Para la Aplicación de la Prisión Preventiva

La proporcionalidad exige restringir la medida y los límites de la Prisión Preventiva a lo estrictamente necesario. Se concreta en la búsqueda de la medida coercitiva menos gravosa entre las que sean adecuadas razonablemente para evitar el riesgo que se pretenda conjurar, la medida no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del hecho ni del eventual peligro que se trata de prevenir, la proporcionalidad busca establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado y el bien jurídico que se trata de privar (Reátegui, 2010, p. 25)

5.2.5. El principio de proporcionalidad como solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y la persecución penal eficaz en la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho, y su función es la de solucionar el conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz. Los legisladores jueces o aplicadores del derecho deben respetarlo para equilibrar y delimitar el punto medio entre estos derechos opuestos que entran en conflicto, el principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada, que presupone como principio supremo el del favor Libertatis. Siguiendo a (Villegas, 2013, p. 111) quien a su vez cita a Sanguiné (2004).

El principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos de relevancia constitucional, libertad vs. eficacia de la persecución procesal, comparativamente entre sí de manera que no haya exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar; ésta no depende de criterios absolutos, sino está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad – desde luego, las que incorpora y reconoce la constitución.(Acuerdo plenario 1-2019 - FJ 15,16)

5.2.6. El Principio de Proporcionalidad Como Expresión de la Excepcionalidad del Mandato de Prisión Preventiva

El Principio de proporcionalidad tiene una íntima y a veces difícil diferenciación con la excepcionalidad, en la prisión provisional impone que los fines que la justifiquen sean estrictamente cautelares, debiendo prohibirse la utilización de la medida para la verificación de funciones típicas de la pena o de las medidas de seguridad. Ni para hacer política criminal (evitar la comisión de nuevos delitos), ni tampoco para calmar los deseos de inmediata reparación que exige la sociedad (alarma social o frecuencia), ni, por último, para cumplir con prevención general o especial alguna. Toda referencia de la prisión provisional con la pena, incluso cuando se trata de desarrollar aspectos de la misma, como su duración máxima, es peligrosa y se introduce en un espacio de difícil individualización y concreción (Asencio, 2016, p. 793).

5.3. Repercusiones que se Derivan de la Deficiente Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los Mandatos de Prisión Preventiva y su Fundamentación Constitucional

Hasta este estado del análisis hemos podido describir cómo se viene motivando el principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva, luego pasamos a fundamentar las incidencias de la debida aplicación del principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva; por lo que, siguiendo esa línea de análisis, ahora corresponde sustentar ¿cuáles son las repercusiones que genera la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad? Para dicho

análisis hemos diferenciado las repercusiones tanto de orden constitucional, como las repercusiones de orden procesal.

5.3.1. Repercusiones de Orden Constitucional

1.- Se vulnera el principio- derecho dignidad humana, el cual es fundamento del Estado Constitucional, Social y Democrático del derecho, la dignidad humana inmanente a la existencia de la persona, siempre como un fin, ello en virtud a que el principio de proporcionalidad se sustenta a su vez en el principio de dignidad de la persona, y a su vez impone que toda acción estatal dirigida a la persona humana respete sobre todas las cosas su dignidad, por ende la proporcionalidad se erige como limitante, y delineador de toda acción estatal, así como entre ciudadanos (Londoño, 2009, p.50); Caso Ollanta Humala FJ.

2.- Se afecta el Principio del orden justo. La medida de prisión dictada sin motivar adecuadamente el principio de proporcionalidad, se califica como medida injusta, que no solo afecta desde una dimensión subjetiva derechos fundamentales del investigado, sino también afecta el Estado de derecho constitucional, que busca el “justo medio jurídico” en la relación triádica de individuo-sociedad y Estado (Londoño, 2009, p.50)

3.- Se vulneran derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad establece los contornos jurídicos de los derechos fundamentales, los delimita y concreta como criterio argumentativo constitucional, tutela y fortalece el núcleo esencial de los derechos fundamentales y el contenido sustancial de la Norma fundamental, por ende su omisión o deficiencia en el análisis de la prisión preventiva, genera la vulneración de los derechos fundamentales (no sólo en su libertad de tránsito, sino también trabajo,

familia, salud, ingresos económicos etc.) y/o contenido esencial del Estado constitucional (Londoño, 2009, p. 179)

5.3.2. *Repercusiones de Orden Procesal*

1.- Se produce la desnaturalización de la institución de la prisión preventiva, toda vez que teniendo como propósito la prisión preventiva “el aseguramiento del proceso de conocimiento de la verdad y de la ejecución penal”, Reyna (2015), o si se quiere en palabras de San Martín (2015) “la prisión preventiva tiene como finalidad asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal para garantizar: 1) el desarrollo del proceso declarativo, evitando el peligro de ocultación alteración de las fuentes-medios de prueba, y 2) la ejecución de la futura o eventual pena o medida a imponer, para lo que será necesario evitar el peligro de fuga. En efecto el propósito que orienta a la prisión preventiva es de carácter preventivo y no sancionatorio”. En virtud a lo expuesto cuando no se justifica el dictado de la prisión preventiva desde el análisis de la proporcionalidad, la finalidad de la prisión deja de ser procesal y pasa a convertirse en adelanto de condena, lo cual se evidencia cuando por lo general se utilizan argumentos como la connotación social, la protección a la víctima, la seguridad ciudadana, o se utiliza como único argumento la gravedad del delito y la pena, la reincidencia o habitualidad lo cuales resultan ser argumentaciones propias de la pena, que desnaturalizan la finalidad de la prisión preventiva y se convierte en adelantamiento de pena o vale decir imposición de castigo (pp. 453-454).

2.-No se controla el ejercicio de facultades discrecionales del juez en la decisión del mandato de prisión preventiva, el principio de proporcionalidad sirve de límite a la discrecionalidad del operador jurídico como control de legitimidad constitucional, disminuyendo el amplio margen que la otorga la norma jurídica al Juez y el amplio margen de sus propias facultades. Por ende, la decisión del Juez puede convertirse en arbitraria si al dictar el mandato de

prisión preventiva omite motivar adecuadamente el principio de proporcionalidad. (párrafo 161, 162). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de derechos. En ese mismo sentido se pronuncia el Acuerdo plenario 1-2019 cuando hace alusión a la motivación especial o motivación reforzada del mandato de prisión preventiva acogiendo la posición de (González Cuellar, 1990, p. 69) quien sustenta que “sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial”

3- Se omite el control de las instituciones jurídico – procesales que regulan la prisión preventiva, (artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal). “El principio de proporcionalidad determina racional y razonablemente la intervención dogmática de las proposiciones normativas de la Constitución en el Derecho procesal adjudicándole legitimidad, validez y eficacia siempre que canalice el reconocimiento de los derechos fundamentales vinculados a una actuación procesal cualquiera sea su naturaleza”. Londoño (2009, p. 177). Ello se justifica cuando asumimos como premisa que la norma procesal penal que autoriza el mandato de prisión preventiva es insuficiente para limitar derechos fundamentales, por ello el principio de proporcionalidad va a complementar la norma procesal, vinculándola con la norma fundamental, dotándola de esta forma de legitimidad para restringir derechos fundamentales, de tal forma que se “integra el Derecho constitucional a la dinámica del Derecho procesal” ello significa que “el Derecho procesal se vincula a las exigencias constitucionales a través del principio de proporcionalidad, como herramienta de racionalización formal y material del discurso controversial en que se desenvuelve un proceso jurídico”. (Londoño, 2009, pp. 181-182).

5.4. Fundamentos del Tribunal Constitucional y la Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Prisión Preventiva. Casos Keiko Fujimori y Ollanta Humala

1. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido un destacado aporte en la debida aplicación del principio de proporcionalidad para una motivación cualificada y suficiente del mandato de prisión de donde podemos extraer fundamentos de carácter general, que sin duda constituyen un referente obligatorio para el análisis de otros casos; estas sentencias emblemáticas son del Casos Keiko Fujimori; en cual se analiza las motivaciones de la Resolución Judicial N° 07 de fecha 31 de octubre del 2018, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva, y la Resolución Judicial de Segunda Instancia, Resolución 26, del 3 de enero del 2019 que confirmó la misma, Sobre la ejecutoria suprema de fecha 9 de agosto de 2019 que también confirmo la medida restrictiva; y también se cuenta con el Caso Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia, en el cual el análisis se centró en el cambio del mandato de comparecencia con restricciones por el de Prisión Preventiva.

Tabla 12

Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en los presupuestos materiales de la Prisión preventiva. Expediente N° 02534-2019- PHC/TC Lima, Keiko Sofía Fujimori Higuchi representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi

Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en los presupuestos materiales de la Prisión preventiva. Expediente N.º 02534-2019- PHC/TC Lima, Keiko Sofía Fujimori Higuchi representada por Sachie Marcela Fujimori Higuchi De Koenig	
Título 3. Afectación al derecho a la motivación de las Resoluciones Judiciales	
Fundados y graves elementos de convicción (artículo 268 inc.1 CPP) 0	El material probatorio resulta insuficiente, cuando no permite vincular directamente al agente con una sospecha grave de la comisión del delito (Fs. 72, 77, 81)
Sospecha Grave o Fundada (A. Plenario 1-2009)	<p>El juez no se debe basar en meras presunciones, conjeturas o simples especulaciones para sustentar sospecha grave sobre del delito; se debe demostrar vinculación directa del investigado con el delito. (F. 85)</p> <p>Las valoraciones del juez, deben sujetarse al derecho de dignidad de las personas, no deben revelar una filosofía que parte de la sospecha y la desconfianza que devalúa al ser humano y lo hace proclive al delito, que no tiene en cuenta una postura humanista de la que parte nuestra Carta fundamental (F.86)</p> <p>Se incurre en falta de motivación interna en el razonamiento cuando solo se prioriza aquella parte de la declaración que sirve para alcanzar una sospecha grave de incriminación; adolece de graves vicios de motivación y congruencia interna, provoca la afectación de los derechos fundamentales de la favorecida (Fs. 97,105)</p> <p>Se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, cuando se argumenta que, no hay necesidad de corroborar mínimamente la participación del imputado (F.127)</p> <p>No es válido el razonamiento que en sí mismo parte de presunciones y no de hechos que puedan presumirse como ilegales. (F.129)</p> <p>Una resolución judicial suficientemente motivada tiene que estar fundada en hechos específicos, no en meras conjeturas que se pueden desprender de declaraciones de terceros que no confirman la participación del imputado (F.130)</p> <p>Cabe la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto; se lesiona el derecho a la motivación cualificada. (Fs.131,158)</p> <p>La valoración de una declaración, no justifica de manera cualificada la existencia de un elemento de convicción respecto de la calidad de autora mediata de un acto ilícito, vulnera el</p>

derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (F.160) (F.163)

Una **referencia** a la que se alude como argumentación, presenta un **vicio de motivación interna** cuando no explica razonablemente cómo arriba a dicha conclusión. (F.166)

Las **declaraciones de testigos requieren un mínimo de corroboración**, para que constituyan elementos de convicción; de omitir tal fundamentación los argumentos resultan incongruentes para el dictado de una prisión preventiva, por lo que lesiona el derecho a **la motivación de las resoluciones judiciales. (ausencia de motivación)** (Fs.173, 175, 191,194)

La **presunción de inocencia y el derecho de defensa** deben también ser ponderados frente a las evidencias presentadas por la Fiscalía.

No se cumple una **motivación cualificada**, si un elemento de convicción, **se sustenta en función a una inferencia**, que resulta una presunción, que puede ser razonable, pero requiere un sustento directo en hechos y o elementos debidamente acreditados y no en hechos presuntos. (F.182)

Se evidencia la **ausencia de motivación** cuando solo se hace una mención general sobre el delito, sin que se explique cómo se habrían desarrollado los hechos delictivos. En tal sentido, dicho argumento no justifica la presunta comisión del delito imputado. (F.184)

La motivación escueta y general de la valoración conjunta de las declaraciones, no precisa cómo es que se traducen en elementos de convicción del delito imputado, evidenciándose un defecto de motivación interna (F.203)

Se debe fundamentar por qué **las declaraciones de testigos** en su conjunto son fundadas y graves elementos de convicción, de no hacerlo no se guarda coherencia el inciso a), del artículo 268, del Nuevo Código Procesal Penal. (F.214)

Las declaraciones de los testigos deben sustentar la existencia de elementos de convicción, lo cual no ocurre si los testigos no han confirmado que la favorecida intervino, únicamente han hecho referencias a suposiciones no comprobadas-. Es un **defecto de motivación interna** (F.215)

De valorar un elemento de convicción del delito imputado, se debe indicar las razones de tal convencimiento, así como contrastar **la declaración del testigo** con la realidad de los hechos, y así pasar de una presunción a un hecho comprobado de lo contrario, estamos **ante la afectación del derecho a la motivación** de las resoluciones (F.218)

Es necesario **que la motivación** explique cómo es que la conclusión a la que se arriba a partir de presunciones, se

	encuentre mínimamente corroborada con hechos y no con otras presunciones o inferencias (F.222)
--	--

Prognosis de pena superior a 4 años (artículo 268 inc. b) del Código Procesal Penal)	Si la argumentación del primer presupuesto Fundados y graves elementos de convicción, lesiona el derecho a la motivación de las Resoluciones Judiciales, en el entendido que los presupuestos de la prisión preventiva son copulativos , la conclusión a que se hubiere arribado sobre este segundo presupuesto resulta igualmente inconstitucional (F.107)
--	--

Peligro Procesal (artículo 268 inciso c) del Código Procesal Penal)	<p>El artículo 269. 4 del Código procesal penal “no autoriza la valoración del peligro de fuga en función al comportamiento de otros imputados” por cuanto, no resulta ceñido a las reglas de un estado constitucional; mucho más si la defensa técnica nunca podrá desvirtuar la fuga de otros investigados. No existe indicio razonable para presumir el peligro de fuga de la investigada (F.111)</p> <p>Los actos obstruccionistas, no se deben fundamentar en presunciones que, no confirman, la participación de la investigada, dado que tal sindicación efectuada por el testigo protegido, se sostiene en otras presunciones sin corroboración mínima. (F.225) (F.228)</p> <p>En los actos de obstaculización, la motivación sobre la participación de la investigada resultaría aparente al no explicitar su conclusión en hechos mínimamente corroborados, vulnerándose el derecho a la motivación. (F.229)</p>
---	--

Bajo los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional, decidió:
 Parte RESOLUTIVA:
 Declarar 1.FUNDADA la demanda en consecuencia: NULA la Resolución 7 de fecha 31 de octubre del 2018 expedida por el juez del Primer juzgado de Investigación Preparatoria Nacional ...NULA la resolución 26 de fecha 03 de enero del 2019 expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional NULA la ejecutoria del 9 de agosto del 2019 expedida por la Sala Penal Permanente dela Corte Suprema de justicia y retrotrayendo las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, DISPONER la inmediata libertad...

Tabla 13

Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en el Análisis de Nuevos Elementos De Convicción para Variar Una Medida de Comparecencia por Prisión Preventiva. Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia. Expedientes acumulados

Fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre el principio de proporcionalidad en el Análisis de Nuevos Elementos de Convicción para Variar Una Medida de Comparecencia por Prisión Preventiva. Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia. Expedientes acumulados 4780-2017 y 0502- 2018	
Nuevos Elementos de Convicción	<p>-Resulta una argumentación inconstitucional, negarse a valorar las pruebas de descargo para la prisión preventiva, no siendo de recibo la afirmación de que sólo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten para justificar su rechazo, lo cual a todas luces resulta lesivo del derecho a probar, componente del debido proceso". (F.58, 59)</p> <p>- En la prisión ninguna prueba es analizada con fines de acreditación punitiva. Hacerlo, resultaría inconstitucional por violar la presunción de inocencia. Pero distinto es considerar que las pruebas de descargo no merecen valoración en esta etapa; todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, a fin de determinar la vinculación con el hecho delictivo. Un razonamiento distinto es violatorio del derecho a probar, del derecho de contradicción, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. (F.60)</p> <p>-Se debe valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable la presunta existencia de elementos que permitan razonablemente vincular a los procesados con la comisión del delito, a razón de salvaguardar la presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva de la dilucidación de la responsabilidad penal. (F.64)</p>
Incremento del Peligro Procesal	Resulta necesario el reconocimiento de los audios por parte del investigado y de los intervinientes, no puede darse por sentado que interviene en la conversación. Lo contrario, sería un razonamiento violatorio del derecho de defensa y del derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del debido proceso.
A.- Riesgo de perturbación de la actividad probatoria	Resulta un razonamiento inconstitucional asumir que en un incidente de prisión preventiva- y no en el espacio del proceso principal, se autoriza "relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso , negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo. Se

trata, pues de un **enfoque violatorio del derecho a la defensa y del debido proceso**". (F.93)

Para justificar el **peligro de obstaculización**, no se requiere probar que estas conductas efectivamente se han dado, sino solo el "riesgo razonable" de que puedan darse. Se trata en definitiva de una presunción. **Han basado su sospecha razonable en otra sospecha razonable.** (Fs.95, 96)

En una **motivación cualificada**, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se basen, en hechos presuntos y provenientes, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad (F.97)

Según la Corte Interamericana, **una resolución judicial suficientemente motivada para limitar la libertad personal "tiene que estar fundada en hechos específicos (...) Esto es, no en meras conjeturas"** Es decir, el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar. (F.98)

Se **considera violatorio a la debida motivación** que se haya aceptado como elemento de juicio para presumir el riesgo de perturbación de la actividad probatoria, la transcripción de audios que no habían sido legalmente incorporadas y que solo permitían presumir, una influencia en testigos en un proceso anterior, pero no permiten acreditar una conducta anterior en los mismos términos. (F.100)

La presunción de la Sala, a la luz de hechos probados, carece, de un mínimo grado de razonabilidad, que no justifica el peligro de fuga. Se trata de una argumentación que **viola el derecho fundamental a la debida motivación** de las resoluciones judiciales y, por derivación, **el derecho fundamental a la libertad personal.** (F.106)

B.- Peligro de fuga

Las declaraciones o conductas que no se acercan a **la verdad** no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización "la versión incoherente de los hechos que el procesado pueda manifestar, no constituye indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso. (Fs.107,109 ,111)

Una medida de prisión preventiva debe ser respetuosa del test de proporcionalidad. la conducta compatible con **la verdad** es un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (subprincipio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la

prisión. la distorsión de una grafía no da mérito al dictado de una prisión preventiva, es desproporcionado y, violatorio de la libertad personal. (F.112)

Los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión. (F.117)

Pertenencia a organización criminal como justificación al peligro de fuga.

"Se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva está determinada esencialmente, **por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos se está aplicando una pena anticipada,** porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia" (Cfr. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 2013, p. 58). (F.119)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que la razonable verosimilitud de una **futura grave condena, la naturaleza del delito** y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva (F.121)

Sostener que pueda bastar **la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal** para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. por sí solos no son suficientes. (F.122).

La presunta **pertenencia a una organización criminal**, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal **no puede ser una razón en sí misma suficiente para justificarlo**, a menos que se sumen elementos para presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal. (F.123)

El país viene viviendo en **una actitud de sospecha colectiva** que ha terminado colocando a la persona en general y **a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo "proclive al delito"**. Es decir, **se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva**, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes... (F.124)

Esa actitud, contradice el artículo 1 de la Constitución, que a la letra preceptúa que: **"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"**. Este precepto muestra la lógica y filosofía del Legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación

constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y **de respetar su dignidad, en cuanto ser humano** que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional. (F.125, 126)

Conciérne al Estado y a la **judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pivó de todo su accionar**, en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan los principios. El respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; **es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal**, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y en general, de todo el derecho positivo. (F.127)

FALLO: Declarar FUNDADAS las demandas de hábeas corpus presentadas por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda. 2. Declarar NULA la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; y NULA la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional. 3. Retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, devolviendo la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones que tenían al momento inmediato anterior, esto es, devolver la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida a los favorecidos.

5.5. Fundamentos Constitucionales que Sustentan la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva con la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad

Si bien admitimos que la proporcionalidad es indeterminable, resulta difícil aunque no imposible pretender delimitarla en parte, sobre todo cuando se utilizará la proporcionalidad como método argumentativo para justificar la prisión preventiva, medida cuya gravedad permitirá la restricción de derechos fundamentales, en una investigación de naturaleza penal, mientras tanto

seguirá latente el derecho a la presunción de inocencia del ciudadano afectado, hasta que una decisión firme declare su responsabilidad penal.

Por esta razón es que consideramos que los motivos de una decisión tan grave que priva de la libertad ambulatoria, requieren de fundamentos más predecibles para su motivación y así sea posible minimizar la insuficiencia, vaguedad y arbitrariedad en su emisión, y sobre todo lograr una motivación cualificada de la prisión preventiva de estándar constitucional y que además prescinda de argumentos que desnaturalizan la prisión preventiva.

La propuesta de motivación cualificada del mandato de prisión preventiva sobre la debida aplicación del principio de proporcionalidad que alcanzamos como producto de esta investigación, se obtuvo de la selección y el análisis de diferentes fuentes tanto de la doctrina como de la Jurisprudencia --- (la doctrina nacional e internacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Instrumentos internacionales, pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe sobre la prisión preventiva en las américas), El Acuerdo plenario 1-2019 sobre prisión preventiva); fuentes emitidas hasta la culminación de esta investigación, lo que implica que con el devenir del tiempo, se pueden incorporar más fundamentos de motivación.

Para exponer los resultados de nuestra investigación, vinculados al problema general y por ende al objetivo general, previamente abordaremos un aspecto formal, relacionado a la ubicación del principio de proporcionalidad en el análisis de la prisión preventiva.

5.5.1. Fundamento Formal: Ubicación del Principio de Proporcionalidad en el Análisis de la Prisión Preventiva.

Si bien por efecto de la Casación 626-2013 Moquegua, los jueces han incorporado en el debate de los presupuestos de la prisión preventiva, la proporcionalidad de la medida, sin embargo ello se ha interpretado de manera errónea como si la proporcionalidad fuera un 4° presupuesto independiente y desligado de los 3 presupuestos materiales de la prisión preventiva, cuando lo correcto debiera ser considerar al principio de proporcionalidad como base o categoría central de argumentación para el análisis de los 3 presupuestos materiales de la prisión preventiva.

Cuando se considera que es un 4° presupuesto, se desliga de los 3 presupuestos materiales de la prisión preventiva regulados en el artículo 268 del Código Procesal Penal, y ello suprime de contenido y esencia al principio de proporcionalidad, su análisis se reduce a una mera repetición de su definición y de los sub principios y finalmente para aparentar su justificación se utiliza el argumento de la finalidad de la prisión preventiva que considera el interés colectivo por la seguridad ciudadana y/o la eficacia de la administración de justicia frente al derecho a la libertad de tránsito. (ello conforme hemos advertido del análisis de las resoluciones que conforman la muestra)

Frente a lo expuesto considero que lo correcto es que la valoración de los tres únicos presupuestos materiales de la prisión preventiva: 1) fundados y graves elementos de convicción; 2) Prognosis de pena superior a 4 años; y 3) peligrosismo procesal, se debe realizar desde la argumentación del principio de proporcionalidad. Y particularmente en el sub principio de necesidad se debe analizar los presupuestos fundados y graves elementos de convicción y prognosis de pena, de resultar positivo el test y no ser posible aplicar otra alternativa menos gravosa se pasaría al análisis del sub principio de proporcionalidad propiamente dicha, en el cual

se deberá analizar el tercer presupuesto de peligrosismo procesal, en sus dimensiones de peligro de fuga o de obstaculización.

En la siguiente tabla, graficamos la ubicación del análisis del principio de proporcionalidad según la casación Moquegua

Tabla 14

Casación Moquegua y la ubicación del análisis del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva. (FJ 23)

1	2	3	4	5
Fundados y graves elementos de convicción	Prognosis de pena	Peligro Procesal	Proporcionalidad	Duración

Discusión:

No estamos de acuerdo con el 4° lugar en la ubicación asignada al Principio de proporcionalidad en el análisis de la prisión preventiva, en mérito a los siguientes fundamentos de orden constitucional.:

Al tratarse de un principio, la proporcionalidad, cumple una función de irradiación y orientación e interpretación sobre la regulación normativa de la prisión preventiva artículos 268 y siguientes. Por lo tanto, le corresponde una ubicación de categoría central en el análisis de los tres presupuestos.

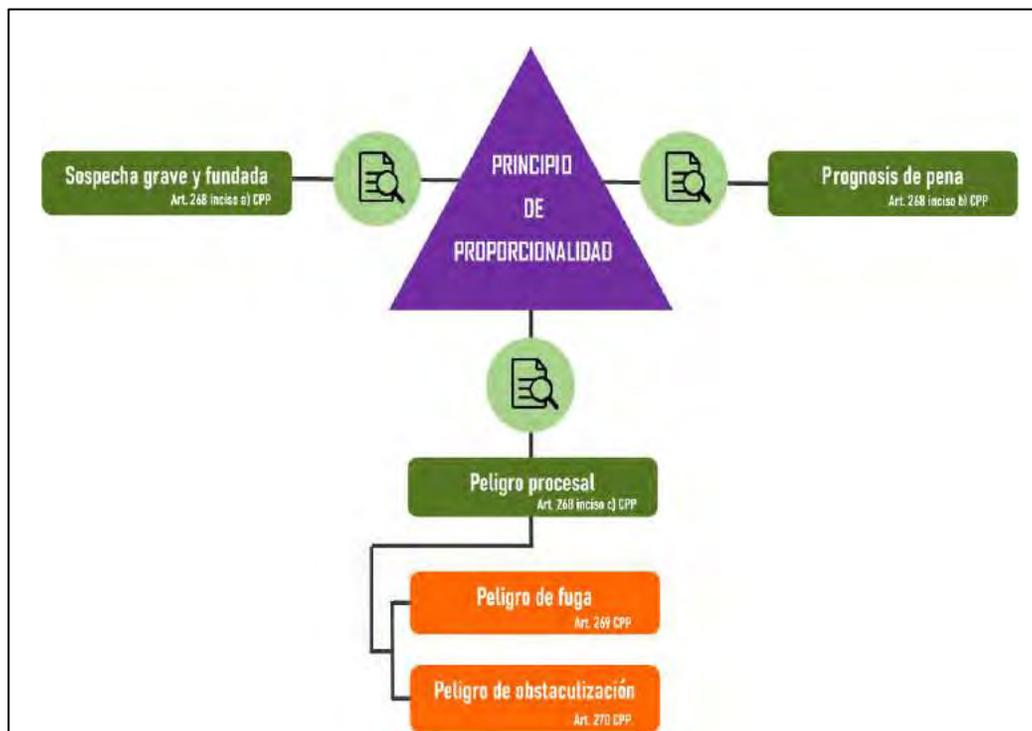
Ubicar el principio de proporcionalidad en el 4° nivel de análisis, siguiendo a los 3 presupuestos de la prisión preventiva, en la práctica, reduce al principio de proporcionalidad a un presupuesto más, y limita el cumplimiento de los fines de la proporcionalidad, lo que origina que la motivación del mandato de prisión preventiva sea deficiente. Lo expuesto tiene respaldo en cuando se sostiene “La proporcionalidad, no puede calificarse como “un presupuesto o una simple

característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación a posteriori de la medida adoptada”, sino más bien “es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto” (Acuerdo Plenario 1-2019).

En base a ello formulamos nuestra propuesta:

Nuestra Propuesta:

Figura 1. *Ubicación del Principio de proporcionalidad en el análisis de la prisión preventiva*



Consideramos que la debida aplicación del principio de proporcionalidad debe ocupar una posición de categoría central en el análisis de los presupuestos de la prisión preventiva lo cual se sustenta en los siguientes fundamentos constitucionales de la doctrina.

El principio de proporcionalidad como Límite a la intervención del Estado – Prohibición de exceso en la prisión preventiva.

El Principio de proporcionalidad como garante de la presunción de inocencia, en la medida de prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad como medida de equivalencia en la prisión preventiva.

El Principio de proporcionalidad como expresión del Principio de necesidad para la aplicación de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad como solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y la persecución penal eficaz en la prisión preventiva.

El Principio de proporcionalidad como expresión de la Excepcionalidad del mandato de prisión preventiva.

La propuesta de que el principio de proporcionalidad con sus tres sub principios sea el eje central o la categoría central en el análisis de los presupuestos de la prisión preventiva, permite:

- Que la motivación no se limite a la sola aplicación de la norma procesal, sino que se complete y corrija con la debida aplicación del principio de proporcionalidad, para que la medida alcance legitimación constitucional.
- La vinculación entre los presupuestos materiales de la prisión y los sub principios de la proporcionalidad, permiten un análisis e interpretación más profundo y conectado con el hecho concreto, lo cual garantizan que la limitación de la libertad fundamental sea la más indispensable.
- Que se aplique adecuadamente cada sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, y se observe el procedimiento que cada uno exige, vale decir relación de medio a fin, comparación de medios y nivel de intensidad de la intervención del derecho fundamental a la libertad y nivel de satisfacción de la persecución penal eficaz.

5.5.2. Fundamentos Constitucionales para la Motivación Cualificada del Mandato de Prisión Preventiva y la Debida Aplicación del Principio de Proporcionalidad Según la Doctrina y la Jurisprudencia.

5.5.2.1. Debida aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la prisión preventiva

A.- Sub Principio de Idoneidad o adecuación en la prisión preventiva

El sub principio de idoneidad debe fundamentarse desde el caso concreto; no se agota con la simple mención de su definición.

Se debe identificar los principios o valores en conflicto “se sitúa entre el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad, independientemente de la pena esperada” Acuerdo plenario 1-2019.

El juicio de adecuación, o llamado también mandato de idoneidad implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; esto tiene dos exigencias: primera que toda medida de intervención en los derechos fundamentales tenga un fin constitucional legítimo, y, segunda, que sea idónea para favorecer la obtención de dicha finalidad, esto es, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (Cubas, 2018, p. 122)

Oré (2014), citando a Pujadas Tortosa destacó,

Se tiene que una medida de coerción será idónea cuando su aplicación impida (o por lo menos reduzca) la existencia de un riesgo de frustración procesal o la peligrosidad del imputado para materializar ese riesgo, en el caso en concreto”. se tiene “si la medida de la prisión preventiva

tiene como consecuencia la prisión del procesado, no hay problema en aceptar que con ella se impide totalmente que este pueda evadir la acción de la justicia (p.39,40).

Entonces, aunque la realidad nos demuestra que la prisión preventiva nos asegurará “la no interferencia y obstaculización” de la justicia, se entiende que sí lo hace en buena medida, de modo que en uno y otro caso pueda considerarse que la prisión preventiva es una medida idónea para la consecución del fin. (Castillo, 2005) citado por (Guerrero, 2013, p.29),

En la práctica su aplicación no genera mayor complejidad, tanto más que la norma constitucional autoriza la privación de la libertad, bajo los supuestos descritos en la ley.

B.- Sub Principio de Necesidad, de subsidiaridad, de la alternativa menos gravosa o de mínima intervención”

Debe analizarse desde el caso concreto, se omite la motivación si se limita a la simple mención de su definición.

(Acuerdo plenario 1-2019)

Se requiere el análisis de las circunstancias específicas de la comisión del hecho y su calificación jurídica.

En el análisis del sub principio de necesidad, el Juez debe evaluar en relación al caso concreto la alternativa menos gravosa, sea que fuera o no propuesto por la defensa, caso contrario se incurre en ausencia de motivación.

Importa la obligación de imponer de entre la totalidad de las medidas restrictivas que resulten idóneas la que signifique el menor grado de limitación a los derechos de la persona, se

deberá imponer la medida menos lesiva o aflictiva de entre todas las igualmente idóneas (Villegas, 2013, p.120).

Se aplica un criterio comparativo, junto a la medida limitativa cuya admisibilidad se comprueba, otras medidas que pudieran ser adoptadas en el caso concreto, que sean suficientemente idóneas para la satisfacción del fin perseguido, con la posterior elección de la menos lesiva para los derechos individuales. (Del Río, et al., 2016, p.48).

En ese sentido las otras medidas de restricción con las que se puede verificar la comparación, son la vigilancia electrónica, la comparecencia con restricciones, comparecencia con caución, impedimento de salida del país. Previstas en la norma adjetiva.

“Hasta aquí se cumplen los dos parámetros primero el análisis de la idoneidad para promover el fin legislativo y el segundo parámetro el análisis de la menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa” (Lopera, 2010, p.164).

El sub principio de necesidad no se puede sustentar en fines ajenos a la prisión preventiva, si se sustenta sólo en Gravedad de la pena y/o del delito, interés colectivo, daño a la sociedad, antecedentes, reincidencia -habitualidad, calidad de arraigos, protección o interés a la víctima, condiciones personales del imputado, de ser así se pervierte la naturaleza de la prisión preventiva.

El análisis del sub principio de necesidad debe comprender a su vez la concurrencia de los 2 primeros presupuestos materiales del artículo 268 del CPP:

- a) Fundados y graves elementos de convicción;
- b) prognosis de pena;

C.- Sub Principio de Proporcionalidad. -

Debe analizarse desde el caso concreto, Se omite la motivación si se remite a su mera definición.

Debe justificarse desde las circunstancias concretas del hecho delictivo, (sospecha grave) la prognosis de pena concreta, las condiciones personales del agente (ocupación, familia, trabajo) y las razones objetivas que fundamentan el peligro de fuga y de obstaculización. (Acuerdo plenario 1-2019)

La relación de ponderación, siguiendo a la doctrina se formula de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

La ponderación puede dividirse en tres pasos: El primero involucra definir el grado de afectación de uno de los principios. El segundo define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. El tercer paso define si la importancia de la satisfacción del principio contrario, justifica la restricción”. Alexy (2007) citado por (Del Río, et al., 2016, pp.49-50).

“En el ámbito del proceso penal, lo que se tiene que ponderar es el interés de la persona en que se respeten sus derechos fundamentales que habrán de ser objeto de restricción, y el interés estatal en el éxito de la persecución penal, ambos de sustento constitucional” (Villegas, 2013, p.125).

En la motivación de los presupuestos de la prisión preventiva implica el análisis del tercer presupuesto. Peligrosismo procesal, siempre que previamente haya sido satisfactorio el análisis de los sub principios de Idoneidad y Necesidad. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto también exige reparar en el caudal probatorio que pueda existir sobre un determinado grado de riesgo para la investigación del supuesto hecho delictivo, de tal manera que no se puede recurrir a medidas que importen graves restricciones a los derechos del investigado cuando no existan medios probatorios que permitan afirmar, en un grado

por lo menos medio de probabilidad, que el imputado perturbará los actos de investigación (Guerrero, 2013, p.35).

Se debe justificar las razones del peso por el que se afecta gravemente la libertad personal y además otros derechos conexos para satisfacer en medida alta o mediana la eficacia de la persecución penal

El sub principio de proporcionalidad, permitirá argumentar en relación a la intensidad de la afectación al derecho fundamental a la libertad y a la presunción de inocencia,

Se deberá valorar también los demás derechos que pueden afectarse, como al trabajo y/o estudio, familia y su subsistencia, salud y repercusiones sobre las personas dependientes del imputado como los hijos.

La intensidad de afectación se medirá de grave, media o leve, y en paralelo se debe ponderar el grado de satisfacción al bien constitucional que se protege, eficacia de la tutela penal, cuya realización se puede medir en escala de alta, media y baja, entonces corresponde aplicar la regla, “tanto mayor es el grado de afectación al derecho fundamental, mayor debe ser el grado de satisfacción del derecho protegido”.

No se debe desnaturalizar la prisión preventiva, concediendo mayor peso a fines ajenos a la misma como son: el interés o protección de la víctima, interés de la colectividad, connotación social.

No se puede conceder mayor peso, sólo a la gravedad del delito y la pena, necesariamente ese criterio debe ir acompañado de otro que justifique el peligrosismo procesal. De ser así se pervierte la prisión y se convierte en adelantamiento de pena (Caso Ollanta y Nadine Fj 120, 121)

No se puede conceder mayor peso sólo a los antecedentes, reincidencia o habitualidad, requiere ir acompañado de otro criterio que justifique el peligrosismo procesal. Pervierte al derecho penal de acto, en derecho penal de autor.

No se puede sustentar con el criterio general que se concede mayor peso al interés de la colectividad, frente a la libertad del agente. Ello implica como sostiene Sussana Pozolo una involución garantista en el que los derechos fundamentales terminan cediendo por el interés colectivo.

5.5.2.2. Fundamentación del principio de proporcionalidad en los presupuestos de la prisión preventiva.

A.-Fundados y graves elementos de convicción.

Se requiere suficiencia de actos de investigación, rodeados de objetividad, tanto de la comisión del delito como de la vinculación del agente. Las pruebas deben ser contrastadas con otras, a los efectos de lograr certeza o verosimilitud, además de la necesidad de corroboración mínima sobre la participación del imputado. No se deben basar en meras presunciones, conjeturas o simples especulaciones que lleven a colegir la existencia de sospecha grave. (Caso Keiko Fj 85,127, 130, 173).

Se debe explicar mínimamente como se habría desarrollado los hechos delictivos, caso contrario se evidencia ausencia de motivación (Caso Keiko Fj 184)

“La evaluación de actos de investigación se debe realizar de manera individual y conjunta; así como bajo criterios de imputación objetiva y subjetiva” (Acuerdo Plenario 1-2019 Fj 27)

Se debe observar el debido proceso para la incorporación de los actos de investigación, lo cual puede ser objeto de cuestionamiento por la defensa, en el mismo incidente. Así como impedir su cuestionamiento en el incidente, es violatorio del derecho a la defensa y el debido proceso (Ollanta y Nadine Fj.93)

También se deben valorar las pruebas de descargo (Ollanta y Nadine Fj 58,59)

Las valoraciones del juez, deben sujetarse al derecho de dignidad de las personas (Caso Keiko Fj 86)

B.- Fundamentación del Principio de Proporcionalidad en el presupuesto prognosis de pena

Para sustentar la prognosis de pena superior a 4 años, se requiere analizar primero la gravedad del delito y de la gravedad de pena desde una óptica general y luego se debe analizar en concreto las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, específicas o cualificadas que concurran (Acuerdo Plenario 1-2019)

Se evalúa desde un criterio objetivo cualitativo. (Acuerdo Plenario 1-2019 Fj. 35)

“Sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y la naturaleza del delito es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal”. (Caso Ollanta Humala Fj 117,119,120,121)

“Además, se debe considerar como nuevo margen de pena mínima 8 años en aplicación del Decreto legislativo 1322 Vigilancia Electrónica Personal para delitos sancionados con pena privativa no mayor de 8 años”. (Acuerdo Plenario 1-2019 FJ 38)

“El Juez debe considerar y poner en debate tanto la calificación jurídica que propone el Ministerio Público, como la propuesta por la defensa, propuestas que se sujetan al estado de investigación, en tanto la calificación, siempre es provisional. Resulta atentatorio al derecho de defensa, no valorar la propuesta de calificación jurídica que alcanza la defensa en el debate de prognosis de pena, para sustentar el mandato de prisión preventiva”. (Acuerdo plenario 1-2019)

C.- Fundamentación del Principio de Proporcionalidad en el Presupuesto Peligro Procesal

Peligro de Fuga

“La razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva” (Caso Ollanta y Nadine Fj 121)

“Es decir, el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar”. (Caso Ollanta y Nadine F.98)

“Se requiere datos objetivos y sólidos no meras conjeturas, signos de alta importancia inductiva; Deben Ponderarse circunstancias a favor y en contra de la probable huida” (Acuerdo Plenario 1-2019 Fj 40, 42)

En una motivación cualificada, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se base, a su vez, en hechos presuntos y provenientes, además, en este caso, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad personal. (Caso Ollanta y Nadine Fj 97)

“El artículo 269.4 del CPP no autoriza la valoración del peligro de fuga en función al comportamiento de otros imputados”. (Caso Keiko Fj. 111)

“La presunta pertenencia a una organización criminal, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal, no puede ser una razón en si misma suficiente para justificar la prisión a menos que

se sumen elementos que permitan presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal”.
(Caso Ollanta y Nadine Fj 123)

“Se debe explicar cómo eludirá la acción de la justicia cuando tenga la oportunidad de hacerlo”. (Acuerdo Plenario 1-2019 Fj 42)

El Factor tiempo resulta un criterio relevante para ser considerado en los primeros momentos de la investigación, mayor peso adquieren en los primeros momentos por la falta de datos, en el transcurso de tiempo se ponderan más circunstancias personales del agente y del caso concreto. El transcurso del tiempo va disminuyendo el peligro de fuga (Acuerdo plenario 1- 2019 Fj. 45,46)

Peligro de Obstaculización

“Resulta inconstitucional justificar el presunto riesgo razonable (de obstaculización) no en un hecho probado, sino en una mera sospecha”. (Caso Ollanta Fjs. 95, 96)

Inexistencia de arraigo no genera aplicación automática de Prisión Preventiva.

Para justificar el peligro de obstaculización, no se requiere probar que estas conductas efectivamente se han dado, sino solo el “riesgo razonable” de que puedan darse.

El peligro de obstaculización se supedita a que las fuentes de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal y la capacidad del imputado para acceder por si o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados (Acuerdo plenario 1-2019 Fj. 49).

Las declaraciones o conductas que no se acercan a la verdad no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización que justifique el dictado de una prisión preventiva. no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso, resulta violatorio de la proporcionalidad y afecta el derecho a la libertad personal (Caso Ollanta y Nadine 107, 109).

Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad del imputado de obstaculizar la prueba, además la capacidad y aptitud (Acuerdo plenario 1-2019 Fj. 49).

Se viola el principio de presunción de inocencia cuando la aplicación de la prisión preventiva está determinada, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia" (Cfr. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 2013, p. 58). (Caso Ollanta y Nadine Fj 119)

A pesar de lo sostenido en la Casación [Moquegua), existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional (Cfr. Sentencia 1091-2002-HC/TC, fundamento 9, entre otras) (Acuerdo Plenario 1-2019 Fj 117)

La Corte Interamericana ha sostenido "la privación de libertad del imputado no puede residir [solamente] en fines preventivo-generales o preventivo- especiales atribuibles a la pena"... "Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva" (Fj Caso Ollanta y Nadine 120)

CONCLUSIONES

Primera. En la actualidad se ha generalizado la mención al principio de proporcionalidad en el mandato de prisión preventiva por efecto de la Casación Moquegua, empero ello sólo es formal, en vista que su aplicación respecto al fondo es deficiente y no cualificada, debido a que se considera que la proporcionalidad es un cuarto presupuesto para el análisis de la prisión preventiva, y su análisis no se vincula con los tres presupuestos de la prisión preventiva, la motivación de los tres sub principios se limitan por lo general a mencionar su definición, el análisis sobre el caso concreto resulta muy escueto y vago. Al sustentar el sub principio de necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, se utilizan argumentos ajenos a los fines de la prisión preventiva, por lo que se desnaturaliza y pervierte la prisión tornándola en adelanto de pena.

Segunda. La motivación del principio de proporcionalidad, en el mandato de prisión preventiva legitima constitucionalmente la restricción de la libertad, porque la norma procesal penal que autoriza la prisión preventiva artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal, no es suficiente para privar del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y requiere complementarse con la aplicación del principio de proporcionalidad; toda vez que la proporcionalidad impone límites a la intervención del Estado, haciendo que la prisión preventiva sea estrictamente necesaria, excepcional y se imponga con respeto al principio de presunción de inocencia; la ponderación permite diferenciar la prisión preventiva de la condena, preserva la naturaleza de la prisión para estrictos fines procesales. Y finalmente porque el principio de proporcionalidad plantea una solución legítima y constitucional al conflicto entre el derecho a la libertad personal y la persecución penal eficaz.

Tercera. Las repercusiones que se derivan de la deficiente aplicación la proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva son de orden constitucional y de orden procesal, en el primer caso se vulnera el principio- derecho dignidad humana, el cual es fundamento del Estado Constitucional, Social y Democrático del derecho en virtud a que la proporcionalidad se sustenta en el principio de dignidad de la persona; se afecta el Estado de derecho constitucional, que garantiza el respeto y la observancia de los derechos fundamentales, como la libertad de tránsito y la presunción de inocencia: En el segundo caso, no se controla el ejercicio de facultades discrecionales del juez, permitiendo decisiones arbitrarias, que se basan en la sola aplicación de artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal, permitiendo decisiones arbitrarias.

Cuarta. El Tribunal Constitucional en las sentencias del Caso Keiko Fujimori; y, Ollanta Humala y Nadine Heredia, desarrolló importantes fundamentos constitucionales que coadyuvan a una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en compatibilidad con los presupuestos materiales de la prisión preventiva, si bien estas sentencias se refieren a casos concretos, lo relevante es que sancionan expresamente de inconstitucional argumentos que afectan la motivación de resoluciones sobre prisión preventiva, que además han sido recurrentes en los mandatos de prisión preventiva; y, de otro lado brindan criterios como; la objetividad en las valoraciones, la necesidad de contrastar y corroborar los actos de investigación; el debido proceso en la incorporación de actos de investigación, y la obligación del juez de respetar la dignidad de la persona humana, como base para fundamentar su decisión.

Quinta. Los fundamentos constitucionales para la motivación cualificada de la prisión preventiva y la debida aplicación del principio de proporcionalidad, se consolidan de forma dinámica con el aporte de la doctrina especializada nacional e internacional, y la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, los que contribuyen a una motivación cualificada de los tres sub principios de la proporcionalidad y su aplicación sobre los presupuestos materiales de la prisión preventiva, eliminando erróneos criterios de motivación que desnaturalizan la prisión preventiva y convierten la medida en inconstitucional, argumentos que limitan la amplia discrecionalidad de los jueces y se centran en la objetividad en la valoración de los actos de investigación, su debida incorporación y corroboración ; el nuevo marco de pena de 8 años para la prognosis de pena, y el debate sobre la calificación jurídica; la objetividad en la valoración del peligro de fuga y el peligro de obstaculización, la naturaleza del delito y gravedad de la pena, como criterios insuficientes, son fundamentos que permiten aproximarnos a una motivación suficiente, razonable y cualificada de la prisión preventiva, en un contexto de respeto al Estado Constitucional de Derecho .

RECOMENDACIONES

Primera. Se recomienda a los señores (as) jueces, fiscales, abogados de defensa pública y privada que para el cumplimiento del estándar de una motivación cualificada de la prisión preventiva, utilicen como eje central de análisis el principio de proporcionalidad con la debida aplicación de los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, sobre los tres presupuestos de la prisión, a fin de superar una motivación aparente, insuficiente o deficiente, para que la restricción de la libertad ambulatoria alcance legitimación constitucional, se constitucionalice el debate de la prisión preventiva y no se limite a la mera aplicación de la ley, en coherencia con el Estado Constitucional de Derecho.

Segunda. Se sugiere al Pleno de la Corte Suprema de Justicia en materia penal que teniendo como base el aporte dinámico de la doctrina especializada, nacional e internacional y la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional se consolide un nuevo Acuerdo Plenario sobre prisión preventiva, en el que se puntualice sobre la debida aplicación del principio de proporcionalidad como eje central de análisis de los presupuestos de la prisión preventiva para que ello facilite el que hacer de los operadores jurídicos y encuentren en una misma fuente fundamentos para una motivación cualificada del mandato de prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia de la Magistratura - Hernando Nieto, E. (Marzo de 2017). Material Auto Instructivo Curso "Argumentación Jurídica III Nivel de la Magistratura". 25,26,27,28.
- Aguado Correa , T. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporaneo*, 257-296.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios Político Constitucionales . colección: El Derecho y la Justicia*. (Tercera Reimpresión a la Primera edición ed.). (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid- España: Centro de Estudios Políticos y Cosntitucionales.
- Alexy, R. (2011). *La construcción de los Derechos Fundamentales. En CLERICO, Laura y SIECKMANN, Jan-R. Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Granada: Editorial Comares.
- Almeyda Chumpitaz, F. T. (2017). La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de cañete 2016. *Tesis de Maestria*. Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Asencio Mellado, J. M. (2016). *Derecho Procesal Penal Estudios Fundamentales*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Crimonología y Ciencias Penales.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y las penas, instroducción, notas y traducción de Francisco Tomas y Valiente*. Madrid: Madrid.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El Principio de proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia .
- Cáceres J., R. E. (2009). *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Cáceres Julca , R. (2006). *Las Medidas de Coerción Procesal*. Lima Perú: IDEMSA.
- Cáceres Pérez, R. S. (2012). La debida motivación en los autos de prisión preventiva dictados en los juzgados de investigación preparatoria del cercado del cusco desde la entrada en vigencia del código procesal penal de 2004. *Tesis de Maestria*. UNSAAC, Cusco.
- Carrara , F. (1957). *Programa de derecho criminal* . Bogota: Bogota.

- Castillo Alva, J. L. (2015). *Prisión Preventiva*. Lima: Instituto Pacífico.
- Castro, C. S. (28 de Enero de 2019). *Recurso de Nulidad N°1882-2018, Sala Penal Permanente Lima*. Obtenido de Corte Superior de Justicia de la República:
<https://laley.pe/art/7289/prision-preventiva-el-arraigo-debe-ser-mas-estricto-cuando-el-delito-es-muy-grave>
- Castro, J. S. (2018). *Recurso Casación N° 1445/Nacional*. Obtenido de Corte Suprema de Justicia de la República:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1adab500497ed8f7bdfbffa6217c40f1/SPP-RC-1445-2018-NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1adab500497ed8f7bdfbffa6217c40f1%20url>
- César, S. M. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima Peru: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales-Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Clérico, L. (2009). *El Exámen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos aires: Eudeba.
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de derechos humanos*. España: España - Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Organización de los Estados Americanos. Obtenido de www.oas.org/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es
- Cordón Moreno, F. (2002). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: ARANZADI A THOMSON COMPANY.
- Corte de Justicia de la República. (12 de Agosto de 2016). *Casación N° 216-2016 El Santa. Sala Penal Transitoria*. Obtenido de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/07/Casaci%C3%B3n-216-2016-El-Santa-En-fase-de-apelacion-se-puede-presentar-actos-de-investigaci%C3%B3n-actuados-posteriores-al-auto-de-prision-preventiva-legis.pe_.pdf
- Corte Interamericana De Derechos Humanos . (17 de Noviembre de 2009). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Corte Superior de Justicia de la República. (15 de Abril de 2016). *Casación 724-2015, Piura Sala Penal Transitoria, Lima*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/cas-724-2015-piura-casacion-jurisprudencial-decisiones-vinculantes-no-a-fallos-linea-jurisprudencial/>

- Corte Suprema de Justicia. (26 de Abril de 2011). *La Casación N° 70-2010 Lambayeque* .
Obtenido de Poder Judicial: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Casacion-70-2010-Lambayeque-LP.pdf>
- Corte Suprema De Justicia De La República. (16 de Abril de 2015). *Casación 2159-2013, Lima*.
Obtenido de Sala Civil Permanente: <https://lpderecho.pe/diferencias-motivacion-omitida-motivacion-insuficiente-motivacion-contradictoria-casacion-2159-2013-lima/>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (30 de Junio de 2015). *Casación N° 626-2013-Moquegua. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de Poder Judicial:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b334ac0043b4e20682d8afd60181f954/CAS+626-2013+Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b334ac0043b4e20682d8afd60181f954%20URL>.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (21 de Diciembre de 2015). *Casación N° 631-2015 Arequipa. Sala Penal Transitoria Lima*. Obtenido de Poder Judicial:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/13839b004d4a877a8265cb9bdaa016c5/Resolucion_631-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=13839b004d4a877a8265cb9bdaa016c5
- Corte Suprema de Justicia de la República. (27 de Noviembre de 2017). *Casación N° 704-2015 Pasco, Primera Sala Penal Transitoria* . Obtenido de Corte : https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casaci%C3%B3n-704-2015-Pasco-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (10 de Setiembre de 2019). *XI Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente, transitoria y especial*. Obtenido de pj.gob:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4648ac004b66895982828691cd134a09/XI-PLENOJURISDICCIONAL-SPP-SPT-Y-SPE-01-2019-CIJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4648ac004b66895982828691cd134a09%20URL>
- Cubas Villanueva, V. (2018). *Las Medidas de coerción en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Del Rio Labarthe, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Cautelares*. Lima: Instituto Pacífico.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. (M. Gustavino, Trad.) Barcelona España: Ariel.
- Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razon*. Madrid: Trotta.
- Franco Bazán, N. N. (2014). *Garantías constitucionales y presupuestos que repercuten en la prisión provisional. Análisis de la realidad del preso sin condena en España y América*

- Latina. *Tesis de Pos Grado*. Universidad de Salamanca, España. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54497>
- Fuerbach, P. (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Buenos Aires.
- García Yzaguirre, J. V. (2012). *El Test De Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales*. Arequipa Perú : ADRUS.
- Gascón Abellan, M., & García Figueroa, A. J. (2003). *La Argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.
- Gimeno Sendra, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. España: Aranzadi SA.
- Gonzalez- Cuellar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Guastini, R. (2004). *La interpretación de la Constitución*. (S. (. Ortega, Trad.) Lima: Hermeneia Editores. .
- Guerrero Sanchez, A. (2013). *Detención, comparencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatan, autor y prefacio de Manuel Sanchez Sarto*. Mexico: Mexico.
- Lecaros Cornejo, J. L. (12 de Noviembre de 2018). *Casación N° 564-2016/ Loreto Sala Penal Transitoria. Apariencia del delito: Perspectivas Sustantiva y Procesal*. Obtenido de Corte Suprema de Justicia de la República: <https://laley.pe/art/6647/nueva-doctrina-jurisprudencial-penal-sobre-prision-preventiva%20url>.
- Londoño Ayala, C. A. (2009). *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Lopera Mesa, G. (2010). *Principio de proporcionalidad y control de las leyes penales*. Lima: Pelestra editores S.A.C.
- Mendoza Escalante, M. (Julio de 2018). *Www.consultoriaconstitucional.com I Ponderación, Test De*. Obtenido de <https://xdoc.mx/documents/wwwconsultoriaconstitucionalcom-1-ponderacion-test-de-609a039f8db5d>
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- Nieva Fenoll, J. (2017). *Derecho Procesal III Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.

- Obando Bosmediano, O. F. (2018). Prisión preventiva Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia. *Maestría en Derecho Procesal*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Oré Guardia, A. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal. Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal*. Lima: Editorial Reforma.
- Ore Guardia, A. (2014). *Manual Derecho Procesal Penal Las medidas de coerción en el proceso penal*. Lima Perú: Editorial Reforma S.A.C.
- Paco Antenor, C. W. (2018). La proporcionalidad en la prisión preventiva. *Tesis de Doctorado*. Universidad Nacional Federico Villareal, Lima.
- Palacios Dextre , D. O. (2018). *Detención y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Pedraz Penalva , E. (2000). *Derecho Procesal Penal Principios del Proceso Penal*. Madrid: Colex.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Exegesis Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: RODHAS.
- Picó I Junoy, J. (2012). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. España: Bosch Editor .
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de la teoriz de la teoria del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Reátegui Sánchez , J. (2010). *La problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal*. Lima: Gaceta Penal.
- Reátegui Sánchez, J. (Mayo de 2015). Aspectos fundamentales de la prisión preventiva como medida Coercitiva. *Prisión Preventiva (coordinador Jose Luis Castillo Alva)*, 214,215,216,217.
- Reyna Alfaro, L. M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacifico.
- Roberto E. Cáceres J.; Ronald D. Iparraguirre N. (2017). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Rosas Yataco, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- San Matín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.

- Sanguiné, O. (2004). *La Prision Provisional y los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Silva Astete, M. H. (2017). Tratamiento jurídico doctrinal de la prisión preventiva en el Perú. *Tesis de Doctorado*. UNSAAC, Cusco.
- Tribunal Constitucional. (26 de Abril de 2018). *EXP N ° 04780-2017-PHC/TC - EXP N ° 00502-2018-PHC/TC*. Obtenido de Sentencia Del Tribunal Constitucional: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00502-2018-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (11 de Diciembre de 2006). *Exp. 3943-2006-PA/TC Lima*. Obtenido de Resolución Del Tribunal Constitucional : <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (08 de Octubre de 2008). *Exp. N. 0 00728-2008-PHC/TC - Lima*. Obtenido de Sentencia Del Tribunal Constitucional: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (28 de NNoviembre de 2019). *Exp. N. ° 02534-2019-PHC/TC Lima*. Obtenido de Tribunal Constitucional: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/02534-2019-HC.pdf>
- Uruquiza Olachea, José; Salazar Sánchez, Nelson; Aguado Correa, Teresa . (2012). *Derecho Constitucional Penal; El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal CInstitucional Peruano, Teresa Aguado Correa*. Lima: IDEMSA .
- Villegas Paiva, E. A. (2013). *La detención y prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal* (Primera Edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Vitale, G. (1990). *Inconstitucionalidad de una ley sobre excarcelación (una brecha hacia la deslegitimación de la prisión durante el proceso*. Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. (1999). *Límites al Poder coactivo del Estado, en AAVV protección interrnnacional de los derechs humanos*. Buenos Aires.

ANEXOS

ANEXO N° 1



Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco
Gerencia de Administración Distrital
Unidad de Planeamiento y Desarrollo

Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad

Cusco, 26 de Diciembre del 2019



OFICIO N° 000286-2019-ESTAD-UPD-GAD-CSJCU-PJ

Sr(a). Cecilia Julia Huaycochea Nuñez de la Torre

Presente. -

Asunto : INFORMACIÓN ESTADÍSTICA PARA TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Referencia : HOJA DE ENVIO 2019-S/N
PROVEÍDO N° 267-2019-P-CSJCU-PJ

Es grato dirigirme a usted previo cordial saludo a fin de brindar información estadística autorizada por la Presidencia de esta Corte Superior de Justicia de Cusco, según lo solicitada respecto de la cantidad de requerimientos de privación preventiva y prolongación de prisión preventiva en el Distrito Judicial del período comprendido entre enero 2018 a la fecha.

Debo precisar que, de la información proporcionada del sistema de Expedientes Judiciales no reporta información específica de procesos de prisión preventiva en trámite o resueltos, en primera o segunda instancia, por lo que se remite la información de requerimientos de prisión preventiva reportados en los Juzgados de Investigación Preparatoria y la información del total de incidentes resueltos en las Salas de Apelaciones de Cusco (estas comprenden incidentes de prisión preventiva, constitución actor civil, entre otros); tal como se muestra en las tablas 1 y 2.

Así también, especificar que de los 8 Juzgados de Investigación Preparatoria de Cusco; el 1°, 3°, 4°, 5° y 6° Juzgados tramitan exclusivamente procesos comunes y de estos el 4° Juzgado en adición a sus funciones tramita procesos en delitos contra el medio ambiente con competencia en todo el Distrito Judicial; el 2° y 7° Juzgados tramitan exclusivamente procesos en delitos de flagrancia y el 8° Juzgado tramita exclusivamente procesos en delitos de corrupción de funcionarios con competencia en todo el Distrito Judicial.

Los Juzgados de Investigación Preparatoria de provincia tramitan procesos comunes y de flagrancia.

Es cuanto se informa para los fines requeridos.

Atentamente,

APS/nph


Lic. ARELI SANDRA PARI SALLO
COORDINADORA DE ESTADÍSTICA
Corte Superior de Justicia de Cusco
PODER JUDICIAL





Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco
Gerencia de Administración Distrital
Unidad de Planeamiento y Desarrollo

TABLA 1.
CSJCU: REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA Y PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA A LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. AÑOS 2018 - 2019

OO. JJ.	INGRESOS DE REQ. PRISIÓN PREVENTIVA 2018		INGRESOS DE REQ. PRISIÓN PREVENTIVA ENE-NOV 2019	
	PRISIÓN PREV.	PROLONG. PRISIÓN PREV.	PRISIÓN PREV.	PROLONG. PRISIÓN PREV.
1er. JIP - Cusco (Procesos Comunes)	32	15	34	32
1er. JIP - Cusco (Corrupción / Funcionarios)	2	2	0	0
2do. JIP - Cusco (Flagrancia)	16	5	5	1
3er. JIP - Cusco (Procesos Comunes)	46	28	43	25
4to. JIP - Cusco (Procesos Comunes)	41	32	55	39
4to. JIP - Cusco (Delitos Ambientales)	0	0	0	0
5to. JIP - Cusco (Procesos Comunes)	47	36	50	44
6to. JIP - Cusco (Procesos Comunes)	39	32	38	25
7mo. JIP - Cusco (Procesos Flagrancia)	7	0	15	4
8vo. JIP - Cusco (Corrupción / Funcionarios)	11	4	24	12
JIP - Anta	17	17	18	15
JIP - Calca	23	18	39	19
JIP - Canchis	26	22	29	15
JIP - Santa Permanente Ana/La Convención	35	28	27	16
JIP - Santa Transitorio Ana/La Convención	11	5	32	11
JIP - Chumbivilcas	12	6	16	4
JIP - Espinar	14	3	13	4
JIP - Quispicanchi	25	16	30	26
JIP - Urubamba	67	21	75	32
TOTAL	471	290	543	324

Fuente: SIJ-Hitos Estadísticos

Elaboración: ESTADÍSTICA - UPD - CSJCU





Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco
Gerencia de Administración Distrital
Unidad de Planeamiento y Desarrollo

TABLA 2.
CSJCU: INCIDENTES RESUELTOS LAS SALAS PENAL DE APELACIÓN DE CUSCO SEGÚN FUNCIÓN Y
POR MES AÑOS: 2018 - 2019

OO. JJ.	AÑO	FUNCIÓN	INCIDENTES RESUELTOS												TOTAL
			ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	
1ra. SAP - Cusco	2018	Procesos Flagrancia	33	9	28	46	56	50	42	81	59	53	47	46	550
		Procesos en Liquidación	3	1	3	2	1	2	2	0	1	2	3	3	23
2da. SAP- Cusco		Procesos Comunes	41	10	37	48	57	46	59	68	54	53	40	31	544
		Delitos Ambientales	1	0	1	4	5	3	1	2	5	4	0	0	26
		Corrupción / Funcionarios	10	1	4	6	5	5	15	11	8	18	12	9	104
		Procesos en Liquidación	3	0	0	0	3	0	1	2	0	0	0	3	12
1ra. SAP - Cusco	2019	Flagrancia	40	6	44	45	49	47	46	33	37	38	53	12	450
		Procesos en Liquidación	1	0	1	0	1	0	3	2	0	1	0	1	10
2da. SAP- Cusco		Procesos Comunes	3	9	36	44	52	45	49	44	57	37	41	23	440
		Delitos Ambientales	2	0	2	2	2	2	1	1	0	3	1	0	16
		Corrupción / Funcionarios	9	1	8	8	13	16	6	8	9	14	15	10	117
		Procesos en Liquidación	0	1	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0	3

Fuente: SIJ-Hitos Estadísticos

Elaboración: ESTADÍSTICA - UPD - CSJCU



ANEXO N° 2

Presentación de las 25 Resoluciones Judiciales (Muestras) que Declararon Fundada La Prisión Preventiva*

N° de Expediente y Juzgado	Delito	N° Resolución y Fecha	Duración
01105-2019-0-1001-JR-PE-02	Hurto agravado	Rs. 02, Cusco 14 de febrero del 2019	4 meses
1483-2020-9-1001-JR-PE-0	Robo agravado	Rs. 02 , Cusco 4 de marzo del 2020	4 meses
02389-2018-0-1001-JR-PE-01	Violencia familiar- Actos contra el pudor	Rs. 02, Cusco 19 de abril del 2018	6 meses
03121-2018-1-001-JR-PE-01	Lesiones graves	Rs 03, Cusco 10 de mayo del 2018	9 meses
03754-2019-65-001-JR-PE-01	Homicidio	Rs 02, Cusco 4 de mayo del 2019	6 meses
04460-2018-0-1001-JR-PE-01	Hurto agravado	Rs 02, Cusco 6 de julio del 2017	6 meses
04919-2018-5-1001-JR-PE-07	Violación sexual de menor Tentativa	Rs 02, Cusco 26 de julio del 2018	9 meses
05202-2018-9-1001-JR-PE-01	Hurto simple	Rs 02 Cusco, 03 de agosto del 2019	6 meses
5258-2019-30-1001-JR-PE-01	Robo agravado	Rs 02 Cusco, 21 de junio del 2019	6 meses
05540-2018-6-1001-JR-PE-01	Tráfico ilícito de drogas	Rs 02 Cusco, 16 de agosto del 2018	9 meses
05902-2019-32-1001-JR-PE-01	Receptación agravada	Rs 03 Cusco, 11 de julio del 2019	9 meses
06246-2019-44-1001-JR-PE-01-	Extorsión	Rs. N° 02 Cusco, 26 de julio del 2019	9 meses
07117-2019-40-1001-JR-PE-01	Robo agravado	Rs 02 Cusco, 06 de septiembre del año 2019	9 meses
09607-2019-53-1001-JR-PE-04	Violación contra la libertad sexual-	Rs 02 cusco, 25 de diciembre del año 2019	7 meses
9612-2019-95-1001-JR-PE-01-	Homicidio simple en grado de tentativa	Rs 02 Cusco, 26 de diciembre del 2019	6 meses
09656-2019-58-1001-JR-PE-01	Tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 30 de diciembre del 2019	9 meses
00871-2018-70-1001-JR-PE-06	Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 15 de febrero del 2018	9 meses
05617-2018-86-1001-JR-PE-04	Falsedad genérica- Tenencia ilegal de armas	Rs. 02 Cusco, 22 de agosto del año 2018	9 meses
00003-2018-91-1001-JR-PE-01	Feminicidio	Rs. 02 Cusco, 5 de enero del año 2018	9 meses
02816-2018-83-1001-JR-PE-02	Robo agravado	Rs. 02 Cusco, 30 de abril del año 2018	9 meses
06805-2018-42-1001-JR-PE-04 –	Robo agravado-	Rs 02 Cusco, 19 de octubre del 2018 -	8 meses
05540-2018-6-1001-JR-PE-01	Promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	Rs. 02 Cusco, 16 de agosto del 2018	9 meses
06411-2018-36-1001-JR-PE-01	Violación a la indemnidad sexual	Rs. 02 Cusco, 3 de octubre del 2018	9 meses
04249-2018-44-1001-JR-PE-06	Violación sexual de menor de edad	Rs 02 - Cusco, 25 de junio del 2018	6 meses
04409-2017-68-1001-JR-PE-04	Violación de la libertad sexual	Rs. 02 Cusco, 27 de abril del año 2018	9 meses

Fuente: Corte Superior de Justicia del Cusco.

ANEXO N° 3

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	CATEGORIAS	METODOLOGIA
<p>GENERAL</p> <p>¿Qué fundamentos constitucionales sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva, con la debida aplicación del principio de proporcionalidad?</p> <p>2.-PROBLEMAS ESPECIFICOS:</p> <p>¿Cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva?</p> <p>¿Cómo Incide la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva?</p> <p>¿Qué repercusiones se derivan de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva?</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos del Tribunal Constitucional para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva?</p>	<p>1.GENERAL</p> <p>Establecer los fundamentos constitucionales que sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad</p> <p>2.-OBJETIVOS ESPECIFICOS:</p> <p>Conocer cómo se viene aplicando el principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva.</p> <p>¿Establecer la incidencia de la debida aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva?</p> <p>Identificar las repercusiones que se derivan de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva</p> <p>Conocer los fundamentos del Tribunal Constitucional para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva</p>	<p>Existen fundamentos constitucionales, en la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que sustentan la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva con la debida aplicación del principio de proporcionalidad</p> <p>2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>La aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva en el Perú es deficiente.</p> <p>La debida aplicación del principio de proporcionalidad incide directamente en la motivación cualificada del mandato de prisión preventiva</p> <p>Las repercusiones de la deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en los mandatos de prisión preventiva son de orden constitucional y de orden procesal</p> <p>El Tribunal Constitucional en las Sentencias caso Keiko; y Ollanta Humala y Nadine Heredia emitió fundamentos constitucionales para una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva</p>	<p>1.-Fundamentos constitucionales para la motivación cualificada del mandato de la prisión de prisión preventiva</p> <p>-La prisión preventiva- Características-Principios Naturaleza jurídica Finalidad</p> <p>-Derechos fundamentales afectados</p> <p>-Motivación cualificada Neoconstitucionalismo</p> <p>2.- Debida aplicación del principio de proporcionalidad</p> <p>-El principio de proporcionalidad</p> <p>- sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. características- finalidad naturaleza</p> <p>- motivación cualificada</p>	<p>ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN</p> <p>Cualitativa documental</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Dogmático propositivo</p>