



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL**

**La aplicación del principio de proporcionalidad en la
resoluciones judiciales que conceden la medida
cautelar de prisión preventiva en el distrito judicial de
Lambayeque**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

AUTOR:

Bach. Bustamante Delgado, Wilmer
Orlando

ASESOR:

Dr. Hernández Rengifo Freddy Widmar

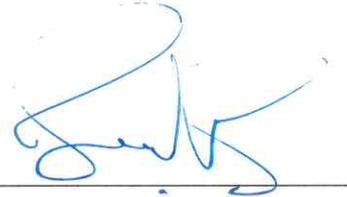
Lambayeque 2023

La aplicación del principio de proporcionalidad en las resoluciones que conceden la medida cautelar de prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lambayeque.



Abg. Bustamante Delgado Wilmer Orlando

Autor

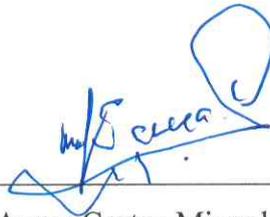


Dr. Hernández Rengifo Freddy Widmar

Asesor

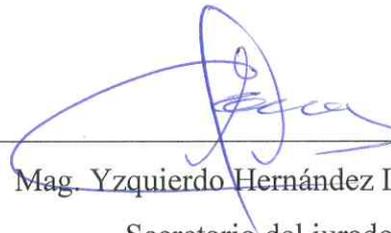
Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal.

Aprobado por:



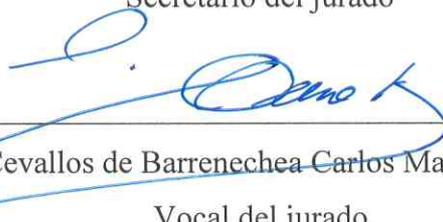
Dr. Arana Cortez Miguel Arcángel

Presidente del jurado



Mag. Yzquierdo Hernández Leopoldo

Secretario del jurado



Mag. Cevallos de Barrenechea Carlos Manuel Antenor

Vocal del jurado

Lambayeque, 01 de junio de 2023

La aplicación del principio de proporcionalidad en las resoluciones que conceden la medida cautelar de prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lambayeque

INFORME DE ORIGINALIDAD

13%

INDICE DE SIMILITUD

13%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
3	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	doku.pub Fuente de Internet	1%
5	idoc.pub Fuente de Internet	1%
6	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	<1%
7	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1%
8	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1%



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Wilmer Orlando Bustamante Delgado
Título del ejercicio: Tesis Posgrado
Título de la entrega: La aplicación del principio de proporcionalidad en las resolu...
Nombre del archivo: Bustamante_Delgado_Orlando._Tesis_2022.docx
Tamaño del archivo: 250.62K
Total páginas: 132
Total de palabras: 37,410
Total de caracteres: 198,660
Fecha de entrega: 29-dic.-2022 01:14p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 1987333661

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL



TESIS

La aplicación del principio de proporcionalidad en las resoluciones que conceden la medida cautelar de prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lambayeque

Investigador:

Bach. Wilmer Orlando Bustamante Delgado

Asesor:

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo

Lambayeque, 2022

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, **Freddy Widmar Hernández Rengifo**, asesor de tesis del trabajo de investigación del estudiante **Wilmer Orlando Bustamante Delgado**, titulada: **La aplicación del principio de proporcionalidad en las resoluciones que conceden la medida cautelar de prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lambayeque**, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de 13% verificable en el reporte del programa Turnitin.

El suscrito analizado dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 05 de enero de 2023.



FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
DNI: 17450122
Asesor

 UNPRG <small>UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO</small>	ESCUELA DE POSGRADO <i>M. Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 1 de 3	

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 12.00 m. del jueves 01 de junio de 2023, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°1003 – 2022 de fecha 29 de setiembre de 2022, conformado por:

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ	Presidente
Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ	Secretario
Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA	Vocal
Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO	Asesor

Para evaluar el informe de tesis del tesista WILMER ORLANDO BUSTAMANTE DELGADO, candidato a optar el grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL, con la tesis titulada “LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS RESOLUCIONES QUE CONCEDEN LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”.

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°480-2023-EPG de fecha 23 de mayo de 2023, que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de

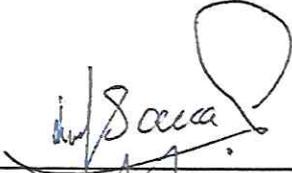
Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

 UNPRG <small>UNIVERSIDAD NACIONAL DEL PERÚ</small>	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 18 puntos, equivalente a MUY BUENO, quedando el candidato apto para optar el Grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

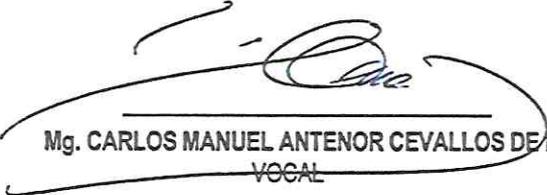
Siendo las 13.50 p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.



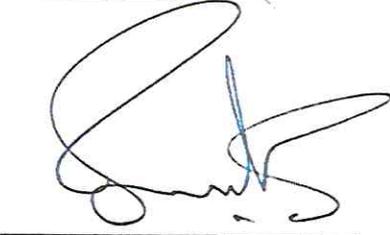
Dr. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ
 PRESIDENTE



Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ
 SECRETARIO



Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA
 VOCAL



Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
 ASESOR

Dedicatoria

La presente investigación lo dedico a mis padres Mario Antonio y Nimia Clemira por su invaluable apoyo en mi formación profesional.

Agradecimiento

A mi asesor Freddy Hernández Rengifo, por su invaluable apoyo académico.

Índice General

Acta de sustentación (copia)	3
Declaración jurada de originalidad	4
Dedicatoria	5
Agradecimiento	6
Índice General	7
Resumen	10
Abstract	12
Introducción	14
Capítulo I.....	17
Las medidas precautorias en general.....	17
1. El proceso penal: Una construcción democrática.	17
2.1. Concepto y naturaleza.	21
3. Clasificación de las medidas cautelares penales.	24
3.1. Medidas de coerción reales.	25
3.2. Medidas de coerción personales.	26
3.2.1. Generalidades.	26
3.2.2. Concepto.	27
3.2.3. Fundamentos de las medidas cautelares personales.	28
3.2.4. ¿En qué derecho incide las medidas cautelares personales?	28
3.2.5. Principios.	29
3.2.6. Tipos de medidas cautelares personales.	32
Capítulo II	38
La prisión preventiva:	38
Enfoque doctrinal y legislativo	38
1. Consideraciones previas: Libertad personal y presunción de inocencia.	38
1.1. Libertad como derecho	38
A) Libertad individual:	38
B) Libertad personal:	39
1.2. Presunción de inocencia.	39
1.2.1. Breves nociones sobre su existencia	39
1.2.2. Concepto.	41
1.2.3. Dimensiones de la presunción de inocencia.	42
3. De la prisión preventiva en específico.	44
3.1. Concepto.	44

3.2.	Notas distintivas de la prisión preventiva.	44
3.3.	Principios de rigen a la prisión preventiva.	45
3.3.1.	El principio de legalidad.	45
3.3.2.	El principio de excepcionalidad	46
3.3.3.	El principio de jurisdiccionalidad.	46
3.3.4.	El principio de provisionalidad	46
3.3.5.	El principio de proporcionalidad.	46
3.3.6.	El principio de prueba suficiente	47
3.3.7.	El principio de debida motivación	47
3.3.8.	El principio de instrumentalidad.	47
4.	La prisión preventiva en el Perú.	48
4.1.	Presupuestos sustanciales de la prisión preventiva.	48
4.1.1.	Fumus delicti comissi	48
4.1.2.	La gravedad de la probable pena a imponerse.	49
4.1.3.	Periculum in mora (peligro de retardo).	49
4.2.	Prisión preventiva: audiencia y resolución.	56
4.3.	Prisión preventiva: duración.	56
4.4.	Prisión preventiva: impugnación.	57
4.5.	Prisión preventiva y comparecencia.	58
4.6.	Prisión preventiva e incomunicación.	58
4.7.	Prisión preventiva: conclusión o cese.	58
Capítulo III		60
El principio de proporcionalidad		60
1.	Constitución y derecho procesal penal.	60
2.	El principio de proporcionalidad:	61
2.1.	A modo de introducción.	61
2.2.	Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios.	61
2.3.	Principio de proporcionalidad en sentido amplio.	62
2.3.1.	El mandato de optimización y proporcionalidad de los derechos fundamentales.	62
3.	Fundamentación del principio de proporcionalidad.	63
3.1.	Proporcionalidad y razonabilidad.	63
3.1.1.	El Estado constitucional de derecho y proporcionalidad	63
3.1.2.	Fin del principio de proporcionalidad.	64
3.2.	Un apunte general: elementos de la proporcionalidad.	64
3.2.1.	El juicio de idoneidad.	64

3.2.2.	El juicio de necesidad.....	65
3.2.3.	El juicio de proporcionalidad strictu sensu.	65
4.	Estudio pormenorizado de la proporcionalidad.....	65
4.3.	Presupuestos.	67
4.4.	Requisitos.....	68
4.4.1.	El principio de idoneidad.....	68
4.4.2.	El principio de necesidad.....	71
4.4.3.	El principio de proporcionalidad en sentido estricto.	74
5.	Consagraciones positivas del principio de proporcionalidad en el derecho comparado.	75
5.1.	Argentina.	76
5.2.	Colombia.....	76
5.3.	Costa Rica.....	77
5.4.	Ecuador.....	77
5.5.	México.	78
5.6.	Panamá.....	78
5.7.	Chile.....	78
5.8.	Alemania.....	79
5.9.	España.....	79
5.10.	Perú.....	79
Capítulo V.....		81
Diseño Metodológico		81

Resumen

Las medidas precautorias en general en el Código Procesal Penal se denominan medidas de coerción reales y personales y están reguladas en los artículos 253 al 320 del Código Procesal Penal. Nuestra investigación está enfocada en las medidas de coerción personales que comprende la detención policial, el arresto ciudadano, la detención preliminar judicial, la incomunicación, la comparecencia, la detención domiciliaria, la internación preventiva, el impedimento de salida, la suspensión preventiva de los derechos y la conducción compulsiva.

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal que consiste en la privación de la libertad de una persona sujeta a una investigación penal, y que cumpla con los presupuestos que establece el artículo 268 del Código Procesal Penal y son los siguientes: Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y 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).

El principio de proporcionalidad es un mecanismo que utiliza el juez penal para dictar una prisión preventiva dentro de un proceso penal a fin de lograr el aseguramiento del imputado en el proceso penal y que éste no obstaculice el proceso. El principio de proporcionalidad tiene tres sub principios: El principio de idoneidad (donde se verifica que la medida de la prisión preventiva logre la finalidad esperada), el principio de necesidad (aplicar la medida idónea menos gravosa para el imputado de las medidas idóneas que existan) y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (que consiste en pondera los principios y derechos en conflicto para poder garantizar uno de ellos y afectar el otro).

Las resoluciones de prisión preventiva emitidas por los juzgados de investigación preparatoria de la Provincia de Lambayeque de la Corte Superior de Justicia se puede establecer que el 7.69% de los jueces si cumple con aplicar el principio de proporcionalidad adecuadamente para ordenar la prisión preventiva a los procesados, el 15.38% de los jueces

no cumple con aplicar los criterios establecidos en la Casación N° 626-2013 sobre prisión preventiva; y el 92.30% de los jueces no cumple con aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, sino que lo mencionan de una manera general sin ningún análisis.

PALABRAS CLAVE: Medidas precautorias, medidas de coerción personal, prisión preventiva, principio de necesidad, principio de idoneidad, principio de proporcionalidad y proceso penal.

Abstract

Precautionary measures in general in the Criminal Procedure Code are called real and personal coercion measures and are regulated in articles 253 to 320 of the Criminal Procedure Code. Our investigation is focused on personal coercive measures that include police detention, citizen arrest, judicial preliminary detention, solitary confinement, appearance, house arrest, preventive hospitalization, the impediment to exit, the preventive suspension of rights and compulsive driving.

Preventive detention is a coercive measure of a personal nature that consists of the deprivation of liberty of a person subject to a criminal investigation, and that complies with the assumptions established in article 268 of the Criminal Procedure Code and are the following: That there are well-founded and serious elements of conviction to reasonably estimate the commission of a crime that links the accused as author or participant thereof; that the sanction to be imposed is greater than four years of imprisonment; and that the defendant, based on his background and other circumstances of the particular case, can reasonably infer that he will try to evade justice (flight risk) or hinder the discovery of the truth (hazard danger).

The principle of proportionality is a mechanism used by the criminal judge to order preventive detention within a criminal proceeding in order to secure the defendant in the criminal proceeding and that this does not hinder the process. The principle of proportionality has three sub-principles: The principle of suitability (where it is verified that the preventive detention measure achieves the expected purpose), the principle of necessity (apply the least onerous ideal measure for the accused of the ideal measures that exist) and

the principle of proportionality in the strict sense (which consists of weighing the conflicting principles and rights in order to guarantee one of them and affect the other).

The preventive detention resolutions issued by the preparatory investigation courts of the Province of Lambayeque of the Superior Court of Justice, it can be established that 7.14% of the judges comply with applying the principle of proportionality adequately to order the preventive detention of the defendants. , 14.28% of the judges do not comply with applying the criteria established in Cassation No. 626-2013 on preventive detention; and 78.58% of the judges fail to adequately apply the principle of proportionality, but mention it in a general way without any analysis.

Introducción

El principio de proporcionalidad es una técnica que viene desde el estado griego y poco a poco se ha ido construyendo en Europa, primero en la vía administrativa y posteriormente, de forma más perfeccionada en el ámbito judicial y en los tribunales constitucionales.

La aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la judicatura no ha sido nada sencillo debido a que su desarrollo doctrinario tiene un enfoque filosófico abstracto y no hay muchos ejemplos para aplicarlo; por lo que los jueces, tienen cierta dificultad en su aplicación sobre todo en los requerimientos de prisión preventiva.

Las resoluciones de los jueces del Poder Judicial en el Perú sobre prisión preventiva son muy cuestionadas, no solo al aplicar los criterios que se deben tener en cuenta de acuerdo al código procesal penal, sino también cuando se aplica el principio de proporcionalidad en sus principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; razón por la cual, el suscrito ha realizado la presente investigación para analizar dichas resoluciones, encontrar las dificultades que tienen los jueces y proponer una solución que permita a los jueces ser más justos en sus decisiones.

La formulación de la presente investigación es la siguiente:

¿Los Jueces de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Lambayeque aplican adecuadamente el principio de proporcionalidad al momento de resolver los requerimientos de prisión preventiva?

El Objetivo General es el siguiente: Determinar si los Jueces de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Lambayeque aplican adecuadamente el principio de proporcionalidad al resolver los requerimientos fiscales de prisión preventiva.

Los objetivos específicos son los siguientes:

- Conocer cuáles son las medidas precautorias que regula el Código Procesal Penal Peruano.
- Estudiar cuales son los criterios que deben tener los jueces para aplicar la prisión

preventiva, de acuerdo al Código Procesal Penal y a la jurisprudencia nacional.

- Conocer cuáles son los sub principios del principio de proporcionalidad y como se aplica en el ordenamiento jurídico peruano.
- Analizar las resoluciones de prisión preventiva del Distrito Judicial de Lambayeque donde se aplique el principio de proporcionalidad en el Poder Judicial.
- Proponer criterios que ayuden a aplicar el principio de proporcionalidad en las decisiones de prisión preventiva.

La hipótesis es la siguiente: Si, los jueces de investigación preparatoria del Distrito Judicial de Lambayeque aplican adecuadamente el principio de proporcionalidad al momento de resolver los requerimientos fiscales de prisión preventiva; entonces, se garantiza la libertad personal del investigado.

La variable independiente es la aplicación adecuada del principio de proporcionalidad al momento de resolver los requerimientos fiscales de prisión preventiva, por parte de los Jueces de investigación preparatoria del Distrito Judicial de Lambayeque; y la variable dependiente es la libertad personal del investigado.

El tipo de investigación es aplicada porque se ha estudiado la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva teniendo en cuenta a las resoluciones de prisión preventiva emitida por los jueces del poder Judicial y se ha propuesto para solucionar el problema criterios que ayuden a los jueces a aplicar el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.

Los métodos generales que se han utilizado en la presente investigación, son los siguientes:

- El método inductivo: Se ha utilizado en el análisis de cada una de las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas, y la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre prisión preventiva.

- El método deductivo: Se ha aplicado al sacar las conclusiones del análisis de las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas, y la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre prisión preventiva.

- El Método Dialéctico: Se ha utilizado al analizar las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas, y la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre prisión preventiva que tengan contradicciones entre sí.

- El Método Histórico: Se ha aplicado en el estudio de los antecedentes de la prisión preventiva y el principio de proporcionalidad; así como, en la evolución de las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas, y la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre prisión preventiva.

El método específico que se ha utilizado, es el siguiente:

- El Método estadístico: Se ha utilizado para elaborar los datos estadísticos de los resultados del análisis de las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas.

Las técnicas de recolección de datos que se ha utilizado para recoger las muestras de resoluciones de prisión preventiva, son las siguientes:

- Revisión documental: Se ha utilizado fichas textuales, fichas resumen, fichas de análisis, recurriendo como fuentes a libros especializados, jurisprudencia y documentos oficiales.

- Análisis de contenidos: Se ha utilizado para analizar la jurisprudencia a través de matriz de análisis.

El Autor

Capítulo I

Las medidas precautorias en general

1. El proceso penal: Una construcción democrática.

El proceso penal tal cual se concibe hoy como un aporte de la democracia. En el sentido que la producción jurídica responde a “la constitución material del propio ordenamiento jurídico” (GUASTININ, 2016, pág. 288), es decir el análisis del modo de formación del ordenamiento jurídico está alumbrado por el llamado Estado democrático. La Democracia se encuentra garantizada por el Estado constitucional, donde las normas son creadas por aquellos sujetos a las que se dirigen, donde la libertad está conferida y garantizada, los derechos y libertades tienen mínima restricción, y por ende el derecho penal y el proceso penal no pueden responder más que una construcción democrática de legalidad y ésta a la constitucionalidad.

La democracia como pilar de los Estados modernos tiene su génesis en la Grecia Antigua, el mismo que va a tener como base y como pilar fundamental la libertad del individuo, y la libertad no va a tener más que un fundamento superior en todo Estado Constitucional el mismo que es la dignidad humana. Los términos democracia, dignidad humana y libertad parecen una unidad, pues sin democracia no hay libertad, pues la libertad es una expansión de actuación de la dignidad, bajo este último se postularía que los hombres nacen libres por el simple hecho de ser seres humanos ya que estos tienen dignidad.

Como bien se dice, operativizar la democracia no es dejar que los ciudadanos vayan y voten por sus representantes, sino que la democracia es un acto de libertad, donde, para que su acto sea ejercido de manera plena es necesario que el Estado brinde ciertas condiciones previas, como educación básica regular de alta calidad, educación en aspectos políticos, educación electoral, etc. Sólo así se podrá ejercer y operativizar la democracia en un mundo de libertades limitadas.

Es decir, no podría hablarse de democracia si la dignidad humana y la libertad, como derechos fundamentales están siendo vulnerados, pues en un Estado Constitucional de Derecho los derechos se presentan como un elemento negativo el mismo que comunica al Estado la obligación de abstenerse de vulnerar los derechos y así mismo como un

elemento positivo es decir de actuar en favor de los derechos, al parecer lo dicho sólo obligaría al Estado a respetar los derechos fundamentales, no obstante, el deber de respetar también incumbe a los sujetos privados, en el sentido que la Constitución es de carácter erga omnes para todos los sujetos que están dentro del Estado no importa si el sujeto sea nacional o extranjero.

La democracia, no puede postularse con un fin en sí misma, sino con un medio para la concretización de valores y principios e ideales de libertad e igualdad, donde los derechos y libertades sea cumplan y se satisfagan en el plano de la realidad. La democracia ha de ayudar a promocionar a que la igualdad y libertad no sólo sean formales, sino que la expresión y ejercicio de dichos derechos sean materiales, aceptando que el mundo globalizado tiene personas en los cuales conviven una diversidad cultural.

La democracia, bajo tal contexto no puede estar alejado del sentido transformador, igualitario, y el respeto de la participación ciudadana, no se puede perseguir, limitar derechos basados en una visión utilitarista o por otros fines que tiendan a minimizar los derechos que corresponden vigilar y proteger al Estado. O como bien se precisa, las tendencias “formalistas, , *minimalistas y encubridoras muchas veces de profundas desigualdades y exclusiones que tiene ahora en muchas partes del mundo*”. (SUBIRATS, 2008, pág. 29).

Sobre la libertad existen concepciones políticas, filosóficas y diferentes definiciones sobre la misma desde Aristóteles, Kant, Rawls, entre otros. Lo que corresponde desarrollar de manera breve es la libertad en el campo democrático, en tanto cuanto en esta forma de Estado las libertades son amplias como libertad personal, libertad de conciencia, expresión, transito, comunicación, etc., no obstante, la libertad es una libertad con límites pues el individuo vive asociado con otros individuos, ahora esta libertad viene garantizada por mecanismos para su ejercicio y protección, en tanto el individuo respete la esfera de libertad de otros y este no se extralimite del ejercicio del mismo.

Por otro lado, en las Constituciones democráticas el pilar y base de todo Estado, es la dignidad humana como fin supremo, la dignidad no puede ser más que el fundamento esencial para la democracia, en razón que sin democracia no hay libertad y sin libertad

no hay democracia. Se podría decir que no siendo libres se puede elegir, pero una elección sin la libre libertad no es libertad.

Los argumentos señalados *supra*, conllevan a determinar que hay una relación co-existencial un sistema democrático y el derecho de libertad de los ciudadanos. Cuando se describe o establece los principios que fundamentan el derecho penal y procesal penal, no se puede extralimitar y abandonar los valores emanados de un Estado democrático, en razón que una persecución extralimitada quebranta el valor de libertad emanada de la democracia. La persecución y sanción extralimitada no es de una democracia sino de un Estado fallido y policiaco.

La democracia, libertad e igualdad, comunican que las decisiones arbitrarias, aquellas dadas por una simple sospecha como justificación de una decisión judicial no es justificable mientras no se respeten y promocionen los estándares de dignidad humana como base de todo acto que priva la libertad o restringa derechos consustanciales al hombre.

Ahora, cabe preguntarnos, ¿por qué el proceso penal sería una construcción democrática?,. La respuesta a nuestra pregunta objeto de respuesta, sería que: La cuestión democrática e iluminación de este principio se vería concretizada en las audiencias donde se debaten los derechos de una persona, sea en la audiencia de tutela de derechos, de incomunicación, detención preventiva, pero esto se resalta más en la audiencia de juzgamiento en el cual la persona en cuestión interviene y esta puede aceptar los cargos dando lugar a una sentencia conformada.

El contradictorio donde el abogado defensor formula su defensa con argumentos sólidos y válidos a fin de presentar la perspectiva de defensa para que el juez tome en consideración otra perspectiva, ya que ello lo ayudará en cierta medida a tomar decisiones que correspondan a un proceso con exigencias de justicia, es ahí donde la cuestión democrática se manifiesta, pues se admite un acto de libertad de defensa reglada y además pública en aquellos casos que correspondan a casos de persecución pública.

De lo anterior, si el Ministerio Público cuando va a ejercer la acción penal como persecutor del delito en contra de un individuo no puede vulnerar los derechos

fundamentales bajo el afán de la lucha contra la corrupción, pues como órgano constitucional autónomo y en aras de fortalecer los principios democráticos, está obligado a atender en primer lugar al individuo en cuanto fin del estado y de la sociedad y por ende en cualquier audiencia el juez está obligado a que los derechos no sean vulnerados cuando por ejemplo la fiscalía busca que se condene a un sujeto con simples indicios sin ser corroborados o la fiscalía busca la condena de un sujeto más que con pruebas ilícitas. Las restricciones a la libertad cuando invaden el ámbito de actuación dada por el derecho como un ius fundamental, resultan inconstitucionales, en tanto y cuando sean arbitrarias; serán legítimas si estas medidas son consecuencia del cumplimiento de las garantías dadas por el ordenamiento jurídico.

2. Las medidas cautelares en el proceso penal.

Tanto la creación, y aplicación de las normas procesales responden a un diseño de la democracia donde las libertades y los derechos se promocionan y se ejercen. Bajo tal contexto, se puede señalar que el proceso penal concebido en su diseño actual constituye un aporte de todo estado democrático de derecho, ya sea porque garantiza la vigencia de derechos fundamentales individuales (en especial la libertad) o porque viabiliza la vigencia de las normas sustantivas frente a la sociedad fortaleciendo los principios informadores del sistema de gobierno al que está adscrito el Estado, es decir a la democracia.

Si bien los aportes o las construcciones propias de la democracia son indudablemente, positivos para el desarrollo de la comunidad, no puede soslayarse el hecho de que pueden presentar en el curso de su existencia algunas desventajas que terminan desacreditando a dichas construcciones.

En esta parte de la investigación nos enfocaremos a estudiar las medidas cautelares que brindan protección y cierta eficacia al proceso penal. Esta elemental parte, que tiene como fin asegurar la eficiencia del curso del proceso, se conoce como medidas cautelares. Las medidas cautelares, no obstante, cuando se activan, restringen derechos fundamentales de los sujetos contra quienes el Estado ha decidido ejercitar su poder punitivo. Y por ello, debe procurarse que dicha ejecución, sea debida y proporcional.

2.1. Concepto y naturaleza.

Para (DOTÚ I GURI, 2013), citando a Gómez Orbaneja y Herce Quemada: las medidas cautelares son actuaciones tendientes a asegurar el juicio y la efectivización de la sentencia, y cuya naturaleza es subsidiaria. La naturaleza cautelar de esta medida es definida por ciertas características que fundan su naturaleza de instrumento del instrumento, dado que estos elementos serían la instrumentalidad, la provisionalidad, la homogeneidad (p. 04) de las medidas cautelares en general.

En el proceso civil, la tutela cautelar, constituyendo una anticipada administración de justicia en ciertos casos, como parte de la tutela judicial efectiva. Es decir, la tutela cautelar también es tutela jurisdiccional efectiva y el ordenamiento procesal así lo demuestra. Se llama tutela cautelar a la tutela provisional que el órgano jurisdiccional ofrece a los justiciables cuando estos se ven en la necesidad de amparar sus derechos e intereses legítimos. Con la tutela cautelar se persigue dar una efectiva respuesta a la dilación temporal del proceso principal.

En el proceso civil, se puede definir las medidas cautelares como aquella decisión que adopta el juez de manera preliminar, antes o durante el proceso, a pedido de la parte interesada o en su caso de oficio, ello con la finalidad de garantizar un derecho, de tal manera que cuando se emita la sentencia dicho proceso sea efectivo y acertado

Las medidas cautelares reflejan el espíritu de una auténtica práctica judicial, máxime si lo que se busca es proteger derechos e intereses.

Podemos decir también, es un mecanismo idóneo para neutralizar o disminuir los peligros de que el proceso sea estropeado por el imputado, de tal manera sea asegurada una eventual sentencia de condena (HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE, 2008, pág. 342).

Hasta aquí hemos señalado que las medidas cautelares penales, son similares a las civiles dada su instrumentalidad en la que coinciden, pero obviamente las medidas cautelares penales tienen ciertas connotaciones de las que difiere de las civiles, como por ejemplo las civiles se dirigen sobre bienes u objetos, en cambio las procesales penales se dirige sobre una persona. Es decir, ambas comparten la naturaleza en que se fundan. A esto hay que agregar, que las medidas cautelares surgen a fin de ahuyentar el peligro al que se enfrenta el

Ministerio público por la demora de los actos procesales cuando se persigue arribar a una sentencia condenatoria contra un imputado.

2.2. Historia de la prisión preventiva.

2.2.1. En Grecia.

Respecto a su origen histórico no encontramos señales de esta en el proceso de Grecia, los mismos que estaban a cargo éforos, los cuales eran jueces y acusadores al mismo tiempo.

2.2.2. En Roma.

Fue en Roma, en el periodo monárquico (S. VIII al V a. c.) y los primeros años de la república, en la que se imponían esta medida como medio de coerción, pues la *coercio* era el único instrumento de persecución del delito, el mismo que se utilizó de manera arbitraria e ilimitada, lo cual conllevó a que se expidiera las *leges poeciae*, tendientes a reprimir tales prácticas (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 115).

En el siglo V al 134 (a. c.), cuando entró en vigencia la ley de las doce tablas, si se ordenaba la detención del inculpaado, muchas veces la prisión era sustituida, pues se podía confiar la custodia a los particulares o quedaba en libertad con garantía que una persona fuese responsable como un fiador (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 115)

Con la dación de las leyes Iulia de vi pública et privata en el año diecisiete a. c., no se imponía la prisión preventiva a los romanos, salvo en los casos que se cometiesen crímenes contra el estado o el imputado había confesado.

Esta medida revertía algunas modalidades como 1) *in carcelum* (para crímenes graves); 2) *Milite Traditio* (la custodia se confiaba a los militares); 3) *Custodia libera* (se ponía al imputado bajo la custodia de un particular).

Cabe resaltar con la ley de las doce tablas se propugnó la igualdad entre el acusado y acusador, y esta medida fue utilizada con carácter excepcional.

2.2.3. En la Edad media.

Con el sistema procesal inquisitivo y por ende con la Santa Inquisición, en especial en el siglo XVI, la medida de prisión preventiva era la regla general como medio de confesión

de la culpa mediante la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. No era una medida cautelar sino una ínsita pena.

Ahora, en la edad Moderna con la revolución francesa con el principio de legalidad como máxima, expresión se restringió el uso de la prisión preventiva, más aún con la dación de la Constitución francesa de 1791 la cual recogía principios de la declaración francesa (1789), no obstante, según el código de instrucción criminal de 1808 esta medida se dictada a discreción del juzgador, pero en algunos casos los delincuentes primarios bajo caución podrían estar en libertad, siempre y cuando sean pasibles de sanción correccional o lo equivalente a las faltas de hoy.

La medida cautelar con sus actuales características y naturaleza, fue implementada en el siglo veinte con el Código Procesal Italiano del 40. Si bien fueron los italianos los que fundamentaron las medidas cautelares civiles, pero en el ámbito penal son los alemanes que le dieron especial importancia a esta medida como mecanismo para asegurar “la eficacia del proceso durante su tramitación” (ARANDIA GUZMÁN, 2014, pág. 27).

2.3. Presupuestos o requisitos de las medidas cautelares penales.

Dentro del lapso del inicio del proceso y hasta que esta concluye mediante una sentencia pueden surgir problemas y tiempos largos, los tiempos pueden ser largos debido a la complejidad de las investigaciones, “los mismos que pueden presentar peligros para determinar los hechos y para la efectividad de la sentencia” (TONINI, 2010, pág. 391).

Por doctrina mayoritaria, tanto regional como nacional, se afirma para la aplicación de las medidas cautelares debe observar ineludiblemente dos requisitos imprescindibles (HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE, 2008) son: el Fumus boni iuris o apariencia ("humo") de buen derecho y Periculum in mora o peligro de retardo(p. 345).

En términos generales el primero de ellos se representa al grado de justificación preciso o suficiente de la presencia de conjeturas de un suceso delictuoso, esta atribución estará dirigida a un determinado individuo de realizar un hecho punible. La sospecha de que el sujeto realizó el hecho punible deberá ser fundada, no puede ser cualquier sospecha (GOMES DUMBA, 2014, pág. 03).

Y respecto del segundo requisito, se refiere a que la efectividad de la sentencia condenatoria se vea amenazada, o que el imputado no esté en el juicio oral, este se sospecha de la fuga o de su ocultación *personalem* (GOMES DUMBA, 2014, pág. 3).

En la misma línea de argumentación se ha recogido en la jurisprudencia penal peruana, cítese el Expediente: 000918-2009, emitido por la Corte Suprema, en la cual en el considerando tercero se señala la medida cautelar está supedita a los presupuestos el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El primero hace referencia a la relación entre hecho delictivo y sujeto, esa vinculación responde a los elementos probatorios existentes, el segundo se refiere al peligro que el sujeto se sustraiga de la acción de la justicia o en todo caso realice acciones tendientes a perturbar la actividad probatoria.

2.4. Finalidad de las medidas cautelares penales.

El primer punto a establecer es respecto de la razón teleológica de la medida cautelar de carácter penal. La doctrina responde señalando la razón de existir de estas medidas estriba en asegurar el cumplimiento de una posible sentencia a lo cual se arribará después de un debido proceso, éstas se darán con la “finalidad de prevenir un posible daño y evitarlo”. (ARANDIA GUZMÁN, 2014, pág. 27).

Según (CUBAS VILLANUEVA, 2013), se aplicaría esta medida para evitar el peligro de reiteración delictiva” (pág. 373) pero ello es falso, sería contradictorio a un Estado Constitucional de derecho donde a la medida cautelar se lo adopte fines especiales propios de la pena, ello es propio de sistemas inquisitivos y por ende de estados dictatoriales, que no son propios del sistema peruano.

Las únicas finalidades de estas medidas constitucionalmente aceptadas tanto por la doctrina nacional como para la extranjera son los fines adoptados por el NCPP, art. 268, evitar el peligro de fuga y la ocultación de los medios de prueba. Razón por la cual las finalidades no pueden ser más que estas. Aunque en Alemania, Italia se trata de evitar la reiteración delictiva, que para nosotros no es fin del proceso penal.

3. Clasificación de las medidas cautelares penales.

Partimos de su ubicación en el Código procesal penal, se encuentra comprendida en el libro segundo en lo referente a la actividad procesal, en la sección tres cuando refiere “las

medidas de coerción procesal”. Existe un bagaje de medidas de coerción que responden a un criterio *numerus clausus*, y por el criterio de legalidad sólo se pueden aplicar estrictamente aquellas.

De manera general se pueden clasificar en atención sobre el objeto de incidencia y sus fines. Comúnmente se suele clasificar como sigue:

3.1. Medidas de coerción reales.

Conforme a la regulación en el código P. P peruano, estos se encuentran en los artículos 303, 310, 311, 312, 312-A, 313, 314, y 316. Estas medidas inciden en los bienes individuales, o también de un grupo colectivo cuando se incide sobre las personas jurídicas, esto sin confundir la personalidad de la personalidad jurídica; las medidas se dictan con la finalidad de prohibir la disposición de los activos.

Ahora, la cuestión en la práctica surgió una problemática, en el sentido, se imponía una medida cautelar real (embargo sobre un bien) a efectos del pago de la reparación civil el propietario del bien embargado vendía su bien. El embargo siendo una carga de un bien registrable al que se le puede imponer el mismo no impide la transferencia a terceros. Se agravaba más cuando después se descubría que ese bien tenía en parte activos ilícitos, el problema se suscitaba ahora de otra manera como ordenar el decomiso, si ese bien ya había sido transferido a terceros de buena fe.

De esto surgió si sobre un mismo bien podían concurrir dos medidas cautelares, a fin de evitar posibles frustraciones futuras. Al respecto surgieron dos posiciones la primera es que no pueden transcurrir por la misma naturaleza de las medidas en tanto en cuanto el embargo y la inhibición recaen sobre bienes lícitos y por otra parte la incautación tiene por objeto bienes o reses ilícitas.

La segunda posición precisó siendo las medidas cautelares reales de carácter precautoria de carácter temporal, y en atención a que en las investigaciones de diligencias preliminares, investigación preparatoria todavía no se cuenta con suficiencia probatoria a efectos de determinar si el bien tiene o no parte de los activos de procedencia ilícita a tenor del artículo 102 del código penal, art. 255 del código penal en el que se regula la variabilidad de las medidas precautorias, si se puede imponer ambas medidas debido a que el código

procesal penal no distingue tampoco condiciona que las medidas tengan estrictamente por objeto bienes lícitos o ilícitos en cada caso particular. El segundo pleno jurisdiccional especializado de corrupción de funcionarios llegó a concluir conforme en la segunda posición.

A priori, pareciera que dicha conclusión rompiera todo el esquema de tipicidad de las medidas cautelares cuando se revisa el bagaje de artículos que tipifican las medidas precautorias y su aplicabilidad, no obstante, el art. 102 del código penal es una norma de carácter procesal, la cual deja abierta la aplicación de medidas cautelares sin importar si su objeto es lícito o ilícito. Ahora, en cuanto a la concurrencia, si se exige la unicidad para cada peligro algunas medidas si se aplican solas no impiden la transferencia, por lo que estas medidas resultarían poco eficaces para los fines del proceso. Siendo la posición dos una medida razonable concordamos con la misma, por lo que se concluye que se pueden imponer dos medidas precautorias reales sobre un mismo objeto.

3.2. Medidas de coerción personales.

En el punto anterior sucintamente hemos señalado a las acciones procesales penales que constituyen medidas cautelares penales de carácter real. Corresponde ahora abarcar las medidas precautorias penales de carácter personal.

3.2.1. Generalidades.

Antes de conceptualizar al tema que nos ocupa es menester realizar algunos apuntes respecto del mismo. De semejante temática la doctrina ha vertido diversas opiniones coincidiendo en la descripción de sus efectos respecto del derecho personal afectado.

Estas medidas se circunscriben en el marco del proceso penal actual, el cual es fruto del arraigo de la democracia. Y como hemos señalado, la democracia defiende categóricamente la libertad como bien supremo. Por lo tanto, es valedero afirmar que dichas medidas atacan la libertad, la libertad como derecho limitado.

Esta restricción no puede ser arbitraria, por ello, el legislador del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en el apartado VI TP, ha regulado, una serie de principios y reglas que el juez obligatoriamente debe observar al imponer la medida precautoria en atención al riesgo a evitar dentro del proceso.

Del tenor de la norma se puede deducir con facilidad, que estamos adscritos al modelo garantista. Lo que conlleva a postular la actuación del poder punitivo, en cualquiera de sus actuaciones, tiene demarcaciones limitativas. (ORÉ GUARDIA, 2008, pág. 131) .

Es decir, estamos frente a una inflexible garantía de la protección de la libertad como eje del Estado Democrático y de Derecho. Para ello los gobiernos, el legislador, tienen la obligación que conlleva a establecer que el legislador no puede crear leyes populistas que minimizar las garantías de los ciudadanos, ni tampoco extralimitar las existentes para el contento popular, sino que la creación deberá responder a criterios donde se promuevan también fines constitucionales de acuerdo a los derechos, es decir el derecho penal también debe responder al principio de progresividad de los derechos, el cual quiere decir que la protección debe ir de menos a más, y no de más a menos, porque este último es el que hace el legislador en legislaciones populistas como la peruana.

Hasta lo aquí expuesto, podemos concluir que el proceso penal es garantista, por lo tanto, es obligación de los operadores de la justicia cuando imponen una contención personal, buscar entre las plurales alternativas la que cumpla el fin y así mismo proteja en alguna medida el derecho objeto de intervención.

3.2.2. Concepto.

Existen diferentes conceptualizaciones que versan sobre esta institución, pero entre todas ellas hay una coincidencia en que proviene de juez, que actúa sobre la libertad de un sujeto, con el fin de proteger el sumario. De lo señalado, para nuestra posición, se le puede conceptualizar como medida limitativa de la libertad, la cual es decidida por un juzgado en el proceso penal frente a un individuo.

En la misma línea, (GARRIDO, 2006) afirma que este tipo de medidas tienen por objeto extinguir una etapa del proceso, la cual sería evadir que el inculcado se pueda sustraer a la acción de la justicia ante una potencial condena (pág. 1).

Ante esto, las medidas cautelares no tienen como fin el agotamiento del proceso, sino proteger al proceso frente a eventuales peligros, pues el agotamiento del proceso como fin es muy vaga, imprecisa, ahora, el agotamiento depende de otros factores, económicos,

personales etc., del ministerio público o de la parte investigada , y no de las precautorias reales o personales, si antepones ese fin, sería aceptable decir, si la investigación dura 8 años, entonces la PP también debe estar activa todo este lapso, ello es un error, contraviene el principio de eventualidad, pues las medidas pueden variar en cualquier momento. También debemos agregar, bajo esta interpretación del autor precitado no habría la variación la institución, lo cual es un absurdo.

Ahora, reforzando nuestra perspectiva, concluyamos esta parte, precisando, dentro de distintos enfoques de conceptualización siempre se tiene un elemento personal (naturalem hominem), y la limitación de la libertad personal (libertatem personalem) o “la libertad de determinación en las relaciones familiares y sociales” (TONINI, 2010, pág. 395) por estrictas necesidades procesales. Por lo que este último sería nuestro concepto.

3.2.3. Fundamentos de las medidas cautelares personales.

Cualquier dación de estas medidas no puede fundarse más que, en la posibilidad de asegurar un proceso y no anticipar una sanción o significar una sanción para el sujeto al que se le presume inocente.

Pues estas medidas no pueden tener tácita ni abiertamente, un signo sancionador o de conminación penal, sino que han de estar situadas únicamente a la obtención de fines jurídico-procesales.

3.2.4. ¿En qué derecho incide las medidas cautelares personales?

El derecho fundamental afectado es la libertad personal de manera directa y otros derechos indirectamente.

Con la aplicación de estas, se priva de libertad a un ser, entendiendo a dicha privación un componente eficaz para asegurar el progreso de la causa. Nos preguntamos entonces en que consiste la privación de la libertad. Al respecto, (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015), señala que dicho concepto no es materialmente posible en tanto con ello se restringe una dimensión de la libertad que sería la fenoménica, entendida esta como la realización del ser humano en el mundo exterior(p. 68). Y agrega que la real privación de la libertad solo se da con el fallecimiento de la persona (ídem, p. 68).

Desde nuestra perspectiva, y sin partir de una noción puramente filosófica, la libertad constituye una fuente real de posibilidades del ser. Es decir, el hombre-ser es libre en el orden natural de las cosas y ello le da una existencia superior. La realización que lleva a cabo en el curso de su vida, es producto de su libertad. Y para nosotros esta fuente real de posibilidades, no puede ser transgredida por ningún ente externo, y menos por el estado; por el contrario, esta conculcado a protegerla y a promoverla.

3.2.5. Principios.

Los principios no son meras disquisiciones o declaraciones líricas en ningún campo jurídico, sino que estos establecen los lineamientos que se deberán tener en cuenta y asimismo fundamentos claves que se tendrán presentes al momento de adoptar decisiones. En todo caso, son los que fundamentan y dan la razón de ser de una institución o de una intervención de manera razonada.

Hemos señalado que el derecho perjudicado por las providencias de coerción es la libertad. Esta afectación debe ser legítima, por ello el ordenamiento adjetivo propone que su aplicación debe observar indefectiblemente una serie de principios, a fin de garantizar la protección de la persona humana.

Dentro del bagaje encontramos:

3.2.5.1. Principio de legalidad.

a) Concepto del principio de legalidad.

Regulado en el literal “d”, inciso 24) del artículo 2 de nuestra constitución, art. II del, Cód. penal, los cuales comunican sólo se puede penar si un acto está calificado como delito de manera anterior al acto.

Desarrollando una interpretación teleológica del artículo antes referido, se tiene no es suficiente crear las penas y medidas de seguridad respetando los procedimientos formales, sino también es necesario que en dicha creación se tenga en cuenta la fuerza activa y pasiva de los preceptos. En términos sencillos quiere decir que la norma debe tener suficiente entidad para que normas de menor jerarquía no la invaliden. (URQUIZO OLAECHEA, 2005, pág. 283).

Es decir, el apartado 51° de la Constitución del Perú, señala que la norma constitucional prepondera ante todo canon legal; la ley, sobre las reglas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

En la misma línea, el principio de legalidad como algo *prius* es tomado en cuenta en diversos tratados sobre derechos humanos, los cuales no son mera exigibilidad sino obligaciones propias de un Estado de Derecho. Así mismo se encuentra regulado por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derecho Humanos, los cuales son: La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; La CAHD, art. 9; El PIDCP, art. 15.

Por el principio de Legalidad el poder del Estado no está solamente sometido a la ley sino a la constitución, y los derechos solamente se puede restringir base de una plataforma jurídica de una norma con rango de ley.

En otras palabras, se encuentra prohibido la atribución de la comisión de una falta y pena, así como la aplicación de sanciones si es que no están previamente determinadas en la ley.

b) Legalidad y las medidas cautelares.

Si se tiene en cuenta en base a la legalidad no existe restricción más que la previamente establecida en la ley, sólo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos reconocidos y ratificados por el Perú, de lo anterior, siendo las medidas cautelares medidas que restringen derechos, si en un proceso se está en juego la libertad es indispensable tener en cuenta el criterio de legalidad.

3.2.5.2. Principio de jurisdiccionalidad.

Cuando se impone una medida cautelar de carácter penal, no solo hay que verificar si se cumple con la imperativa legalidad, sino si es jurisdiccionalmente válida. Para que la medida sea jurisdiccional, y por ende, legítima, como bien apunta, (RUBIO CORREA, 2010), debe respetarse el mandato de la constitución cuando confiere la atribución de resolver sobre un asunto a los tribunales, es decir, dicho asunto debe ser resuelto por estos y

no por otro órgano del Estado (p. 119).

3.2.5.3. Principios de excepcionalidad e instrumentalidad.

La excepcionalidad como principio de una medida preventiva penal personal debe observarse obligatoriamente a fin de dotar a la misma de firmeza y utilidad plena. En ese sentido, toda medida que interviene con alta incidencia en los derechos no se pueden tomar a priori dentro del procedimiento, sino que su aplicación se justifica cuando no existe otro medio, y su aplicación tiene un carácter eventual.

Y en cuanto *al principio de instrumentalidad*, se califica así porque ellas no persiguen un fin para sí, sino que son instrumentales: están orientadas a la obtención de fines de carácter procesal. Es decir, son complementarios.

Por lo tanto, una medida cautelar penal personal debe ser aplicada excepcionalmente, es decir, cuando se haya agotado otros mecanismos para afirmar el avance del proceso.

3.2.5.4. Principio de provisionalidad

Para que una medida cautelar o de coerción tenga amparo y no sea atacada por el agente o por un tercero legitimado, debe cumplir con el principio de provisionalidad. Por este principio, la medida impuesta debe durar en tanto existan las razones que originaron su aplicación.

En términos sencillos la vigencia en el tiempo, de esta institución resulta fundada y justificada en tanto exista el proceso, al no existir este, resulta infundada su vigencia en el tiempo, si nuestra institución fuera una medida principal ya no hablaríamos de una institución cautelar, sino de un tipo de pena en estricto.

Pero en un Estado constitucionalizado, las penas no pueden imponerse bajo cualquier término, sino que existen reglas y pasos para su aplicación, y debe responder a un juicio de debate.

3.2.5.5. Principio de proporcionalidad.

Partimos precisando que en este parte de la investigación no corresponde realizar estudios profundos sobre el tema, sino que se desarrollará más adelante. Por ahora, podemos

señalar que este es otros de los principios fundadores de la imposición de las cautelares.

La proporcionalidad orienta que las decisiones dentro de un proceso sean racionales y justas, por lo que, en las medidas cautelares, en mayor énfasis en las cautelares es de obligatoria observación.

8.2.6. Tipos de medidas cautelares personales.

En el ordenamiento vigente, tal como existen distintos tipos de medidas cautelares de carácter real, también existen varios tipos de las personales. Señalemos que no se trata de estudiar de manera profunda estas medidas sino de señalarlas de manera genérica, así tenemos:

a) La detención policial

Configurada en el art. 259 NCPP, por medio de la cual el policía priva de libertad a un sujeto sin mediar disposición de magistrado, lo cual será factible y viable en los supuestos prefijados de flagrancia a tenor de ley. Lo anterior bajo la obligatoriedad del policía de cumplir en 48 horas, en poner al delincuente a disposición del magistrado.

b) El arresto ciudadano.

Lo encontramos regulada en el art. 260° del Código Procesal Penal. Con lo cual se faculta al ciudadano arrestar a aquellos delincuentes que son sorprendidos cometiendo el delito, pero este no es necesariamente una medida cautelar sino es medida precautel, ya que es obligación del ciudadano poner a disposición de la policía o la autoridad competente, y la policía deberá dar cuenta de forma inmediata en atención al término de la distancia a la autoridad judicial, y cuando el juez autoriza la validez de este, ahí cobra eficacia estrictamente procesal y cautelar.

En el país de Chile, también está regulada esta figura respecto de su contenido es similar a la nuestra, pero en ese país, esta institución también puede ser ejercido por una autoridad incompetente, y también por los ciudadanos.

c) La detención preliminar judicial.

Esta medida se impone con autorización del Juez I.P., según ordena el art. 261° del

cuerpo legal bajo análisis, la detención como categoría jurídica penal debe conceptuarse, como una medida estrictamente transitoria que es dictada por supuestas huellas delictivas y que el sujeto posible autor se fugue u oculte la investigación de los hechos.

Esta medida no es menos importante, dado que la igual que las precedentes, restringe la libertad personal. Por ello, la doctrina refiere que para su imposición el fiscal debe procurar solicitarla en los casos en que no haya flagrancia, pues si fuese ese supuesto estaríamos en la detención judicial.

En todo caso existió flagrancia, pero dentro de los parámetros y requisitos de ésta el presunto delincuente no fue atrapado, o si ya había sido capturado bajo el supuesto de detención preliminar, pero se fugó, bajo estos supuestos se puede aplicar la medida in comento.

d) Incomunicación

Esta al ser aplicada como complementaria a la detención y prisión preventiva, agrava los efectos de estas, por lo que se fundamenta que, el juez por rogación (jamás de oficio) del fiscal puede restringir o prohibir o limitar las comunicaciones del detenido o preso, observándose las siguientes reglas (en Chile): a) Duración limitada. Puede durar hasta diez días. b) Debe serlo a petición del ministerio público. c) Se trata de una facultad privativa del juez, quien accederá a lo pedido por el fiscal solamente si lo considerase necesario para el exitoso progreso de la averiguación. Es el magistrado, quien dispondrá la manera de llevarla a efecto. No puede tener las cualidades ni el carácter de pena, d) Es limitada, pues en ningún caso puede limitar el acceso del imputado a su defensor ni al juzgado, ni a su atención médica” (SILVA MONTES, 2011, pág. 65).

En el Perú, también se tiene el mismo sentido, pues la doctrina, comentado la norma adjetiva refiere que esta impide al procesado o imputado tenga contacto con terceros e influya sobre estos para alterar las declaraciones u oriente a otros a desaparecer huellas del delito. En el Perú esta medida se puede aplicar de manera conjunta con otras de mayor gravedad como la prisión preventiva y la detención emanada del magistrado (art. 265). Hay que agregar se persigue con esta providencia asegurar el fin deseado del sumario.

Su imposición responde a criterios complementarios a las más gravosas, ayudando a que estas cumplan su fin de manera eficaz, es decir no tiene una vida autónoma en nuestra normativa, aunque en el art. 267 se establece que se puede impugnar, ello se erige del derecho a impugnar, pero esto en nada desliga que su puesta en acción no responda a fines complementarios.

e) La comparecencia

En términos doctrinales sobre el concepto de este, se habla de una acepción amplia y estricta: sobre la primera, sería cuando una persona va frente a una autoridad judicial ante un llamado mediante notificación, y el segundo, el estricto, sería cuando las personas acudan ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio del derecho de defensa y con el fin de ejercer el derecho de acceso a la jurisdicción en tanto contenciosa o no. (CASARINO VITERBO, 2005, pág. 33),

En nuestro código esta medida tiene gradaciones, de tal manera que puede ser simple o con restricciones (art. 288). Están sometidas a los principios y reglas generales del art. 253 del mismo código.

Los parámetros de estas medidas están precisados en el art. 288, como la circunscripción del ciudadano a determinados lugares, no ausentarse del círculo de acción prefijado, comunicarse con determinadas personas, ofrecer garantía de caución si el caso amerita y de acuerdo a las posibilidades del sometido a esta medida, acercarse al juzgado, entre otras precisiones.

f) La detención domiciliaria

Se puede decir, que es la segunda medida precautoria con más incidencia sobre la libertad después de la prisión preventiva. Su aplicación responde al modelo de sistema que sigue los códigos, es bien conocido el sistema amplio en el que se le denomina arresto domiciliario y su aplicación es facultativo por parte del juez, y sólo en algunos casos se flexibiliza por razones de salud. En estricto, su aplicación es sustitutiva es de decir de carácter obligatoria en defecto de la medida más grave de las precautorias, y en algunos casos estrictamente establecido se le impone prima facie, obviamente si cumple los requisitos establecidos en el art. 290 del Cód. PP, como sustituto a la prisión preventiva.

En los casos que se aplica *prima facie* no es tanto que la medida se aplique por razones humanitarias, sino por el criterio de proporcionalidad, pues la imposición no puede generar más perjuicio que lo que se quiere proteger, es necesario que el juez también verifique las circunstancias en las que se da la medida, las cuestiones carcelarias, si la afectación es desmedida frente a otros derechos conexos, por ejemplo si la medida se aplica sobre un anciano con amplio potencial de adquirir graves enfermedades en los establecimientos penitenciarios que pueden peligrar su vida, o si la madre es cabeza de la familia y es el único sustento entonces enviarle a prisión sería una grave afectación a derechos con carácter de *ius cogens*.

Más allá de señalar los modelos que rigen sobre la detención domiciliaria, debemos señalar que esta medida es una salida democrática frente al excesivo uso de la prisión preventiva.

g) La internación preventiva.

Esta medida, se distingue de las demás, porque se aplica a aquellas personas que presuntamente han infringido la norma y presentan alguna discapacidad mental, previa verificación de dictamen pericial. En atención a los elementos recopilados por la fiscalía hará un análisis prospectivo sobre el peligro de que este no se someta al proceso.

Debe, entenderse que en este caso no se está *a priori* en el supuesto de la inimputabilidad regulada en el inciso 2 art. 20 del CP, sino en casos de personas que sufren alguna discapacidad de manera general que afecta la psique. Lo anterior se deduce del inc. 2 art. 193 del código en el cual literal establece si se está en el supuesto del inc. 2 art. 20 el JIP deberá remitir al juez penal competente para que *in primis* determine la inimputabilidad e internación y una vez cumplido este requisito lo remitirá al JIP.

h) Impedimento de salida

Su acción se caracteriza por circunscribir la libertad de tránsito del agente dentro del ámbito territorial de un Estado o a cierta porción de este, por estar el ser bajo investigación por presuntos actos de relevancia delictuosa o por ser un órgano de prueba importante dentro del proceso el cual se busca tutelar. Su plataforma jurídica lo encontramos en los arts. 295-296.

i) La suspensión preventiva de los derechos

Su regulación y directrices de aplicación lo encontramos en los arts. 297-299, del Código PP, y que fueran puestos en vigencia por el decreto legislativo 1190 de fecha 22 de agosto de 2015.

El art. 297, precisa se aplica cuando el sujeto está siendo investigado por un delito que conlleva la sanción de inhabilitación sea como *principale o conexa*.

La condición para que se imponga la suspensión preventiva de derechos es que el delito este sancionado con inhabilitación. Atendiendo al principio de legalidad penal, entonces el juez verificara previamente si la conducta punible tiene como sanción ya sea principal o accesoria, la inhabilitación.

j) Conducción compulsiva

Otra medida que restringe derechos fundamentales es la conducción compulsiva. Al respecto el art. 66 del CPP, establece la potestad del fiscal de ordenar la conducción a su despacho de la persona citada a fin de prestar o de brindar datos que considere la fiscalía necesarios para la investigación delictiva, esta medida es estrictamente temporal, dado si la orden fue impartida y ya se consumó la presentación de la persona y al mismo tiempo se realizó la diligencia, esta medida deberá perder vigor en el plazo de un día. Como bien lo señala el TC, en este dispositivo no se distingue una persona en concreto a la que se le debe aplicar, pues de aquel se desprende que es de carácter general para cualquier sujeto, la misma que emana el fiscal, quien actúa en el marco de su ley orgánica, y también este debe aplicarse a tenor y en función de los artículos 129, 164, y 291; con lo cual se condice que no puede interpretarse esta acción como una requisitoria judicial ni mucho menos equipararlo a la orden de captura. (Cubas).

Esta institución no puede equipararse a las medidas cautelares, pues estas tienen especiales características, su emanación responde a un tribunal, a criterios de motivación, racionalidad, entre otros principios luminares propias de las cautelares.

De todas las medidas explicitadas que se tipifican en la normativa procesal, todas están orientadas a contribuir en mayor o menor medida la protección del proceso y que este se desarrolle de manera eficaz.

Lo que distingue entre estas, es su mayor o menor incidencia ya sea en el soma, psique, o las libertades de los investigados o algunas personas conexas con la indagación de hechos con relevancia penal.

También se verifica que las cautelares en estricto responden a su dictación por parte del tercer poder, como órgano que controla la legalidad y racionalidad en las leyes.

Capítulo II

La prisión preventiva:

Enfoque doctrinal y legislativo

1. Consideraciones previas: Libertad personal y presunción de inocencia.

1.1. Libertad como derecho

A groso modo puede conceptuarse como aquella cualidad que lo convierte al ser humano en un ser superior frente a la naturaleza. Así lo entendía Jean-Jacques Rousseau, cuando afirmaba que "la calidad de ser libres es lo que distingue a los hombres de los animales" (RODRÍGUEZ URIBES, 2001, pág. 259) .

Ahora, la libertad en los términos de la RAE, significa la facultad de obrar del hombre de una manera u otra, y también de omitir esa facultad, y ser responsable de sus actos.

Similar al anterior la Corte IDH, el caso Yvon Neptune Vs. Haití, expresa en sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer todo lo que está lícitamente permitido (párr. 89). En otras palabras, la persona puede organizar su vida individual y social con arreglo a ley.

No obstante, hablar de libertad, es muy amplio, pues nos vamos a dedicar hablar sobre la libertad desde distintas concepciones ya sea filosófica, sociológica, etc., sino de términos estrictamente jurídicos en especial sobre esa libertad que incide la medida precautoria de ultima razón.

Al parecer en la jurisprudencia frecuentemente se habla de libertad personal y libertad individual como si fuesen sinónimos, ahora, lo que viene a colación si eso es correcto, para tales efectos nos remitiremos al Exp. 04780-2017-PHC/TC-caso Ollanta, en el cual se estableció:

A) Libertad individual:

El TC peruano, precisa que "es un derecho continente" (f. j. 25), pero que no son ilimitados dado que admite la posibilidad de limitación, restricción o intervención constitucionalmente admitidas para proteger otros fines amparados por la misma.

B) Libertad personal:

Siguiendo al TC (Exp. 04780-2017-PHC/TC-caso Ollanta) este indicó que este derecho está contenido en el derecho a la libertad individual. Esta libertad tendría doble carácter:

a) Subjetiva: Por lo que la persona sin excepción alguna no puede sufrir limitación o restricción de su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias (f. j. 27).

b) Objetiva: Por cuanto esta libertad sea protegida y promocionada cumpliría una función institucional, y que se presentaría como elemento vital para el funcionamiento del Estado actual, ya que esta deviene como manifestación implícita de la libertad, y presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos (fj. 27).

La libertad personal ha sido reconocida en diversos instrumentos de los que el Perú es parte art. 9.1 del PIDCP, art. 5.2 de la Convención americana, a nivel interno se encuentra en la Const. Art. 2 inc. 24.

La libertad personal es la razón del proceso penal en tanto sea garantizado en un Estado democrático de derecho.

La libertad personal, la cual como hemos dicho no puede ser afectada por el Estado ni mucho menos por un particular, sin justa causa alguna y permisión legal. La afectación o ejercicio del monopolio de la violencia física legítima(ATORLA) en contra de un sujeto debe estar regulada, solo cuando sea necesaria.

De lo anterior se concluye, libertad personal es el género que comprende varias libertades, como libertad sexual, libertad recreación, etc., y que también contiene a la libertad individual, por lo que este vendría ser la especie, entendida como libertad corporal.

1.2. Presunción de inocencia.

1.2.1. Breves nociones sobre su existencia

Que el acusador prueba sus afirmaciones ya deviene desde Roma(STUMER, 2018, pág. 21). Ya con el código Justiniano se les advertía a los acusadores que sus “cargos no serán preferidos a menos que puedan ser probados por testigos probos o por documentos concluyentes, o por evidencias circunstanciales que equivalen a pruebas indubitadas y claras

como el día” (STUMER, 2018, pág. 22).

De lo anterior se puede decir demostrar la culpabilidad en Roma competía al acusador, es decir esta presunción bajo estudio, estaba ligado especialmente a la carga de la prueba. Pero esto se hizo con la finalidad de cuidar al inocente de cualquier sentencia que no corresponda a su persona sino al verdadero culpable, pues como se decía en el Digesto “se prefería que el delito de un hombre culpable no resulte castigado, a que un inocente sea condenado” (STUMER, 2018, pág. 22)

Lo anterior se vio invertido en la baja edad media con las practicas inquisitivas, como bien afirma (FERRAJOLI, 1995):

[B]asta recordar que el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve (pág. 550).

Y estas prácticas servirían de instrumento eficaz para uno de los postulados de la ideología absolutista el cual va a tener su apogeo a mediados de la edad moderna, en el cual el soberano tenía el atributo de castigar, y este atribuye también los concedía a sus representantes (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 514). Ahora, estos disponían de la libertad de sus súbditos sin juicio alguno.

En el derecho alto medieval, la culpabilidad se dejaba al juicio de dios, pero estos juicios irracionales llegarán a su fin con el concilio de Letrán 1215, donde se “abolió la culpabilidad de los juicios por ordalías” (STUMER, 2018, pág. 22).

Debe aceptarse que en el Deuteronomio ya se protege al inocente (Cap. 16 versículo 18), y también el (capítulo 21) del mismo libro, en este último se teme se castigue a un inocente porque no ha tenido pruebas, ya que nadie fue visto de la muerte de un prójimo, en la misma línea la “Corte Suprema de Estados Unidos afirma que esta doctrina de la presunción de inocencia se remonta al Deuteronomio” (LAUDAN, 2013, pág. 139)

En la edad Moderna este principio fue afirmado por Hobbes, Montesquieu, y

Beccaria, precisamente el siglo XVIII con el pensamiento iluminista fue aún más reforzado, pero no fue suficiente para superar el antiguo régimen despótico y represivo. Con la revolución francesa y consecuentemente en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, se reconoció este derecho de manera expresa (GONZALES NAVARRO, 2009, págs. 513-520).

Con el código de Napoleón de instrucción criminal de 1808, se retrocedió un poco, dado que se amplió la facultad del juez de dar órdenes de prisión preventiva (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 520).

Pero el dogma de la presunción de inocencia no feneció, sino que siguió en vigencia en el siglo XIX, sobre todo con los representantes de la escuela clásica: CARMIGNANI, FRANCESCO DE CARRARA, este último fue quien “elevó este principio de inocencia a postulado fundamental de la ciencia penal, y a presupuesto de todas las garantías del proceso” (FERRAJOLI, 1995, pág. 550)

Fue la escuela clásica que le dio una concepción dualista a nuestra institución en estudio, “porque atribuye a dicho proceso dos finalidades: castigar a los delincuentes, por un lado, y evitar que sean castigados los inocentes. Aunque esto del miedo de castigar a los inocentes también lo había resaltado Blackstone en el derecho inglés: “[E]s mejor que diez culpables escapen a que un inocente sufra” (STUMER, 2018, pág. 23). No debe obviarse, que también ha sido cuestionada la presunción, sobre todo por RAFAEL GARÓFALO, ENRICO FERRI, BERENINE, EUGENIO FLORIAN, VICENZO MANZINI, ENRICO ALTAVILLA. No vamos a explicitar o señalar todos los pensamientos de estos autores sino solamente lo señalamos como se ve supra, porque esta investigación no es una de historia de la presunción de inocencia. Lo que nos interesa son las matizaciones del presente.

1.2.2. Concepto.

La presunción de inocencia ha sido definida por el Tribunal constitucional en el Exp. N° 0618-2005-HC, como una “Presunción, iuris tantum, es decir que a todo procesado le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad. Tal concepción es conforme lo establecen las garantías del debido proceso, artículo 2 inciso 24 literal “e” de la Constitución, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, es decir toda persona es considerada

inocente mientras que judicialmente no se haya declarado su responsabilidad.

De lo anterior se establece el derecho a la presunción de inocencia recibe un tratamiento positivo dentro de la constitución de 1993 y así mismo recibe protección en el ámbito del ius internacional de los derechos humanos, por lo que siendo el Perú un país que ha ratificado los tratados referidos a los derechos humanos tiene obligaciones positivas y negativas a fin de que este derecho se preserve y se promueva su protección.

Al parecer el proceso se incoa para restringir o limitar la libertad de una persona a la que se le imputa haber actuado en el marco un tipo penal. Sin embargo, a pesar que se busque la restricción de la libertad, el procesado es presuntamente culpable, lo cual se traduce en que también es presuntamente inocente, primando esta última sobre la primera presunción. Este derecho a decir de (QUISPE FARFÁN, 2001) se conceptúa como un principio capital del proceso (pág. 84). La autora agrega que también puede considerársele garantía y derecho. En primer lugar, es un principio, dado que es guía y razón de ser de un sumario legítimo y justo. En segundo lugar, es una garantía, en tanto pues, nadie tiene que “construir” su inocencia; sino, que sólo una sentencia legitima declarará lo contrario.

Y en tercer lugar es un derecho en tanto, se le considera una obligación para los operadores jurisdiccionales y a la comunidad en general tratar como inocente hasta que el proceso sea finiquitado, ergo tal presunción sea soterrada con la suficiente prueba.(QUISPE FARFÁN, 2001, pág. 16).

1.2.3. Dimensiones de la presunción de inocencia.

En la doctrina mayoritaria se ha reconocido tres dimensiones de esta presunción los cuales serían:

1) Dimensión extra procesal.

Bajo esta dimensión, fuera del proceso no hay autorización legal permisiva que faculte referirse como autor a un ser que supuestamente infringió una disposición penal. Esta obligación es erga omnes (todos deberá respetar como inocente), dado que sólo les corresponde a los magistrados del juzgado establecer si un sujeto es culpable. No le corresponde bajo ningún supuesto a otros poderes más que al judicial determinar la culpabilidad, bajo tal supuesto queda proscrito todo trato de culpable a un inquirido.

2) Dimensión procesal.

El terreno principal de la aplicación del principio de presunción de inocencia y su efectivización es del proceso judicial, en especial en la jurisdicción penal ya entablado. Se ha especificado a nivel jurisprudencial las siguientes facetas:

2.1. La Presunción de inocencia como principio informador del proceso penal.

Esta vertiente implica que actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal. Es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del ius puniendi en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, frente a ataques indiscriminados de la actuación penal. Lo que se busca es equilibrar los intereses del Estado, tanto la tutela y represión del delincuente, toda vez, por un lado, está la de promover y promocionar los derechos y por otro de penar al transgresor.

2.2. La presunción de inocencia como regla de juicio.

Referente a esta faceta de la presunción de inocencia el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1230-2012-HC, ha establecido, para derribar esta presunción se tiene garantizar que la obtención y la actuación de las pruebas se hayan celebrado o actuado con el debido respeto de todas las garantías que le corresponden al imputado.

Este sentido la carga de prueba no puede atribuirse a quien es objeto de imputación, si fuera este sentido, no se sentenciaría por materiales vinculantes de la persona al delito, sino por falta de demostración del sujeto en su intervención de un acto criminal.

Siguiendo la misma línea argumentativa, en términos de la sentencia del Tribunal Constitucional STC N° 02192-2004-AA/TC: “[...] la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia.

3. De la prisión preventiva en específico.

3.1. Concepto.

En el punto anterior hemos señalado los alcances de dos derechos fundamentales en el marco de un legítimo proceso penal. Como hemos dicho, el diseño del proceso penal actual responde a una tendencia democrática. Es decir, quiere llevar a la cumbre la justicia inspirada en principios democráticos. En ese afán de tener una justicia democrática, el - Estado peruano y demás Estados latinoamericanos, se ven en la necesidad de implementar políticas criminales tendientes a solucionar los problemas que delincuencia genera en la sociedad. El resultado de esa tendencia, sin lugar a dudas es la medida precautoria bajo estudio. Para muchos autores esta institución es una forma de limitar la libertad personal cuando existen causas justificadoras para hacerlo (SILVA MONTES, 2011, pág. 60).

No obstante, esta limitación legítima, también es vista, como un conflicto entre al menos dos intereses trascendentes un lado de perseguir y sancionar el delito y por otro la de defender al imputado (GOITE PIERRE & MEDINA CUENCA, 2016, pág. 04). Es decir, con la privación de la libertad a fin garantizar la presencia del imputado en el proceso, se podría socar el derecho a la presunción de inocencia, bajo esta noción estas medidas sólo se aplicarán cuando no haya otra medida para solventar los fines buscados en el enjuicio.

No debe olvidarse, que dicha medida no puede aplicarse prima facie de la presencia de indicios, sino que se requiere la medida “*sea racional y proporcional en el caso particular*” (CASTILLEJOS CERVANTES, 2011, pág. 12). Es decir, la PP no puede consistir erga omnes en la regla procesal para asegurar el buen horizonte del proceso penal en todo momento.

3.2. Notas distintivas de la prisión preventiva.

De los conceptos glosados en el punto anterior podemos aseverar que lo que la distingue de las demás medidas es la gravedad que implica para el sujeto perse, es decir, se distingue a partir del despliegue de sus efectos, como sabemos, el efecto inmediato es la restricción de libertad personal.

La *jurisdiccionalidad*, implica que, teniendo en cuenta sus efectos, es una exigencia la intromisión en los derechos devenga de una medida que debe ser jurisdiccional. En ese sentido, podrá ser dictada únicamente por el órgano jurisdiccional competente mediante una

resolución debidamente motivada, y con el respecto a lo establecido por la ley. (URQUIZO VIDELA, 2011, pág. 252).

Otra nota distintiva de la prisión preventiva es la **variabilidad**, conceptuada como aquella característica identificadora de la prisión preventiva en tanto no varíen los elementos por el que se dictó la medida esta estará vigente en el tiempo.

Por otro lado, le asiste como a todas las medidas cautelares la instrumentalidad, dado estas sirven lograr la eficacia del proceso y este sirve para aplicar la norma sustantiva.

Otra característica de la prisión preventiva es la **temporalidad**. Como toda medida, su duración es temporal y se supedita al curso del proceso principal. Como bien lo sostiene la Suprema Corte, esta constituye una regla importante, pues la medida jamás puede ser definitiva (Recurso de Nulidad 3685-2004)

La prisión preventiva deber ser siempre provisional, quiere decir, que la restricción impuesta responde a razones temporales, y esto es una vez realizada o cumplida la misión de la medida esta fenecerá.

Obviamente, estas medidas cuando son solicitadas por el seguidor del delito, no implica prima facie que el juez las dicte, sino que depende del cumplimiento de los requisitos y de la facultad del juez de imponerlo

3.3. Principios de rigen a la prisión preventiva.

Esta medida tiene límites, de tal manera al imponerla a un sujeto, debe observarse necesariamente una serie de principios, lo cuales van a garantizar la legitimidad de la intromisión en la libertad individual, las cautelares serán legítimas en tanto no se aparten de sus principios.

Entre estos tenemos:

3.3.1. El principio de legalidad.

Como hemos señalado supra, este es la piedra angular del derecho penal. Y desde luego del proceso penal, y por tanto de la prisión preventiva, pues asiste al ciudadano frente al ius puniendi del Estado (FERNÁNDEZ OGALLAR, 2014, pág. 358) . Por ello, la prisión

preventiva, debe ajustarse a las disposiciones que la regulan.

3.3.2. El principio de excepcionalidad

Bajo este principio, la medida bajo estudio debe imponerse para aquellos casos en que el concreto peligro de fuga o de peligro de obstaculización en la indagación de la realidad del evento se vea en riesgo y sólo se puede evitar mediante esta institución.

En ese camino, a la prisión preventiva, no le concierne seguir fines punitivos (prohibición de penas anticipadas), precisamente porque el imputado es inocente hasta que la sentencia de condena firme lo declare su culpabilidad y lo someta a una pena (nulla poena sine iudicio) y, por tanto, no puede ser penado sin juicio previo (MAIER, 2008, pág. 193).

3.3.3. El principio de jurisdiccionalidad.

Líneas supra hemos indicado que las medidas de coerción se caracterizan por provenir de un órgano jurisdiccional competente. Dada su naturaleza esta medida, solo debe ser impuesta por el magistrado facultado para ello mediante una ley conforme se desprende de la plataforma jurídica art. I TP del CPP., bajo tal premisa la prisión preventiva si o si, debe ser ordenada por un juez.

3.3.4. El principio de provisionalidad

La prisión preventiva es y debe ser provisional. Quiere decir que la medida tanto en cuanto demorará en tanto dure el sumario principal o en todo caso estará vigente dentro del lapso para cuyo objeto fue destinado.

La medida estará vigente si las circunstancias subsisten, pero no algunas circunstancias sino todas por las que se adoptó esta medida. entonces si desaparecen las circunstancias todas o algunas de ellas, esta debe concluirse(cesarse) o en su caso tendría que variarse.

3.3.5. El principio de proporcionalidad

La prisión preventiva para no adolecer de nulidad debe ser proporcional. Por ello, la medida coercitiva estudiada debe observar todos los presupuestos establecidos por el legislador. Es decir, será proporcional siempre que se corrobore la concurrencia de los

presupuestos y en función a estos se aplique la referida medida (ASENCIO MELLADO, 2005, pág. 512) . No vamos a profundizar sobre este principio toda vez que más adelante se desarrollara de manera profunda.

3.3.6. El principio de prueba suficiente

Para ser dictada esta medida, debe existir prueba suficiente que indique su presunta conducta en el marco de un hecho punible. Por ello, el juez, debe motivar la resolución destacando las pruebas presentadas a fin de demostrar la probable realización del hecho y la intervención en él del imputado (VILEGAS PAIVA, 2013, pág. 287).

Aunque debe señalarse en la etapa en las que se ordenan las cautelares todavía no se puede hablar en estricto de prueba, dado que no se hace un control pleno sobre su admisibilidad con respeto a los derechos que la constitución reconoce y así mismo la norma procesal.

3.3.7. El principio de debida motivación

Exige toda resolución que dicte esta disposición debe estar determinada debidamente, el magistrado deberá expresar cual es el motivo, la causa, porqué se está dictando la cautelar, y porque no otras menos intensas.

Esta institución representa la exposición formal y solemne del razonamiento en un documento(generalmente), y la máxima expresión de racionalidad jurídica en las decisiones judiciales (BUENAGA CEBALLOS, 2016).

Pues es a través de este principio que el juez configura el resultado de su razonamiento lo cual deberá responder a criterios racionales, un proceso que responda a criterios comprobables jurídico y empíricamente en el campo del derecho no puede estar apartado de lo racional.

3.3.8. El principio de instrumentalidad.

La prisión preventiva en cuanto medida cautelar es instrumental, es decir, como hemos señalado líneas supra, no cuenta con una finalidad en sí misma, sino que constituye en un medio que pretende garantizar el resultado eficaz de la causa y la realización de la eventual fallo que declare la culpabilidad del imputado.

4. La prisión preventiva en el Perú.

Este mecanismo está regulado en los artículos 268 a 285 del Tít. III del CPP de 2004.

En la legislación y doctrina nacional, de manera frecuente se habla de aspectos formales y materiales de la PP, incluso se considera a la proporcionalidad como presupuesto propio a nuestra institución. Aquí demos adelantar, nosotros tenemos ciertas disquisiciones propias acerca de esta institución jurídica, pues es necesario interpretar desde el ámbito de legalidad.

Tal así tenemos:

4.1.Presupuestos sustanciales de la prisión preventiva.

Sus presupuestos materiales se encuentran de manera explícita y expresa en el art. 268 de mismo cuerpo normativo pre citado.

Comentando el contenido de la norma, la doctrina señala que ahora, por mandato legal, debe presentarse la concurrencia de los todos por presupuestos (VILEGAS PAIVA, 2013, pág. 320), a fin de aplicarse la medida de coerción, contrario sensu, de observarse la ausencia de alguno de los mismos, la aplicación de la medida devendría en ilegítima.

En esta sección, corresponde analizar cada uno de los presupuestos establecidos por el legislador

4.1.1.Fumus delicti comissi

La doctrina señala que este presupuesto equivale al *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) del derecho civil. Según el precitado artículo, implica un juicio previo de imputación, lo que significa que se va a solicitar la medida en atención a la fundada sospecha de la intervención del inculpado en un presunto suceso criminal (VILEGAS PAIVA, 2013, pág. 320).

Es decir, se requiere indicios fuertes de participación del imputado en un delito, o al menos la cierta probabilidad de la comisión de la acción punible, sobre la base de presuntos indicios racionales de criminalidad con apariencia de delito (VELASCO NÚÑEZ, 2014,

pág. 340) .

Lo anterior nos lleva a preguntarnos a que se refiere la norma cuando señala que debe haber fundados elemento de convicción. Para la doctrina eso no hace referencia más que a la delictuosidad de hecho investigado y por ende el elemento personal que realice en el mundo empírico ese hecho por sí o con ayuda de otros.

En suma, existe un delito y el imputado es aparentemente el responsable o autor de la acción punible.

Cuando se habla de los elementos no hace referencia más que a los medios de prueba que se recaban con referencia el hecho criminal, los cuales si pasan el filtro de la etapa intermedia incluso pueden llegar a ser pruebas en estricto.

4.1.2. La gravedad de la probable pena a imponerse.

Conforme al literal b del artículo 268 sub análisis, el legislador ha establecido como presupuesto material la prognosis de pena a fin de aplicar racionalmente la prisión preventiva.

Es de 4 años a más, el criterio base, debe señalarse esa prognosis deberá determinarse como la pena in concreto a imponer y no la abstracta. El fiscal en sus alegatos tendrá que precisar con razones fundadas y los medios que corroboren la presencia de agravantes, atenuantes, cualificadas y privilegiadas respectivamente según la particularidad de los casos, con esta información el juez también deberá cerciorarse si tales circunstancias se presentan para fundar con mayor intensidad este requisito.

4.1.3. Periculum in mora (peligro de retardo).

Se traduce como riesgo en la demora. Es decir, se corre el riesgo de sufrir algún daño si no se cautela la situación que ha dado origen a un emprendimiento o proceso cuyo final es el esperado o el planificado. En el derecho procesal civil, constituye el peligro concreto de sufrir un daño como consecuencia de la demora del proceso (Exp. N° 227-2010-considerando segundo).

En el punto anterior, analizando el literal a (art. 268), hemos dejado sentado que la exigencia establecida por el legislador consiste en la verificación de la apariencia delictiva imputada a una persona específica. En el segundo punto hemos dicho, que esta apariencia criminal debe estar circunscrita en un marco punitivo mínimo a imponerse. Corresponde ahora analizar el literal c del referido artículo.

Se entiende por *Periculum in mora*, a decir de (NEYRA FLORES, 2015), “el riesgo frustración y peligro procesal” . Los cuales al realizarse ya sea de manera individual o conjunta dificultan o impiden realizar una correcta investigación de lo fáctico o la efectiva sanción que se busca en los procedimientos del sumario.

En este sentido, la jurisprudencia señala que este presupuesto consiste en:

[E]l peligro de perjuicio para la efectividad de la tutela legal proyectada en la causa principal. Corresponde demostrar la específica probabilidad de que se cause, durante la pendencia del proceso, circunstancias que imposibiliten o entorpezcan la eficacia del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal -peligro de infructuosidad-. En el proceso penal, se concreta por el “peligro de fuga” o de ocultación personal o patrimonial del imputado (...) [AP N° 7-2011/CJ-116, fj N° 19-B].

En un estado garante de bienes jurídicos, no se puede permitir la impunidad cuando estos son lesionados por terceros. A ese fin, se dirige el derecho penal sustantivo y adjetivo. No obstante, ello, cuando se decide imponer una medida cautelar personal, debe verificarse el mérito de la misma. Es decir, debe ser impuesta para garantizar que no se corra el riesgo de afectar los fines del proceso. Para VILLEGAS PAIVA, según el mandato normativo, este presupuesto está compuesto por un doble peligro, el de fuga y el de obstaculización.

4.1.3.1. Peligro de fuga.

Forma parte del contenido del tercer presupuesto establecido por el legislador. Cuando con la medida se tiende a asegurar la presencia del inculcado a fin de la realización del precepto penal o de la búsqueda de la verdad se concretizará la legitimidad de la prisión preventiva, es decir custodiar la presencia del inculcado “en el proceso declarativo y preservar su asistencia a los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara” (HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE, 2008, pág. 131) es uno de los fines. En suma, se corre el riesgo que durante el proceso el agente se fugue del lugar o del país donde está

siendo investigado.

Para solicitar este tipo de medidas, el fiscal deberá observar si la libertad del imputado pone en peligro los elementos de la investigación o que posiblemente pasará a ocultarse de los órganos tanto persecutores y judiciales.

No debe olvidarse, en el ámbito internacional este peligro se encuentra reconocimiento tanto PIDCP (art. 9 inc. 3), CADH (art. 7 inc.5). los cuales admiten concretizar medidas precautorias en un sumario.

Para delimitar este peligro, se tendrá en consideración los requisitos que prefija el art. 269, como el tipo de arraigo, la magnitud de pena, la conducta del investigado en la investigación ya iniciado el proceso, y además en particular si pertenece a organizaciones criminales. Actualmente en el campo legislativo, los criterios para admitir este presupuesto están recogidos en el artículo 269 del Código Procesal Penal:

4.1.3.2. El arraigo del imputado.

El numeral uno del artículo bajo análisis se refiere al arraigo del imputado. Esta figura es entendida como la circunscripción de una persona en un determinado lugar por su vinculación con especial con sus familiares y bienes localizados dentro del Estado.

Este sub-requisito presenta tres aspectos:

El primero describe a una vivienda acreditada o de manera más específica que el sujeto investigado cuente con bienes inmuebles. Sobre este aspecto demos precisar, en el caso peruano la mayoría de ciudadanos no poseen bienes inmuebles, por lo cual al no tener el imputado, bienes identificados o identificables no es justificable objetivamente tener por establecido que el investigado no presenta arraigo domiciliario, máxime que la gran mayoría en las urbes viven en domicilios alquilados. El segundo, hace referencia a la residencia, no es más que la casa donde vive la persona y la cual es conocida o es de conocimiento público.

El tercero hace referencia al asiento de la familia, es decir el sujeto deberá tener lazos familiares dentro del país, pero aquí surge una cuestión, que pasa con aquellas personas que no tienen familia, como por ejemplo, aquellos que quedaron como hijos únicos ya que todos sus familiares fallecieron ante una pandemia o todos los padres, hermanos, tíos fallecieron

y éste es el único superviviente y que mucho tiempo después cometió un hecho presuntamente delictuoso, y es soltero, no tiene novia, ni muchos amigos pero que ha delinquido. En estas particularidades se presentan casos difíciles donde el juez con el solo argumento que el investigado no tiene familia dado que es el único ser de su descendencia no puede concluir con total absolutés que el investigado no goza de asiento familiar, razón por la cual no goza de arraigo, llegar a esa conclusión conllevaría a determinar que toda persona que no tiene familia alguna no goza arraigo, pues deberá evaluarse aspectos periféricos que puedan ayudar a establecer este criterio de manera razonada. Lo mismo sucede con una persona que tiene su familia en el extranjero, el no tener familia no implica fuga a priori. Y el cuarto presupone que el demandado tenga un trabajo en el Perú, si hablamos de relación laboral, es una quimera exigirle a todo ciudadano un trabajo de prestación personal, subordinado, y remunerado. Si se toma los datos, el Perú es un país informal, donde la mayoría depende de la empleabilidad que se genere de mutuo propio. En estos casos también podrían presentarse problemas, por ejemplo, el investigado “lalito” no trabaja porque tiene acciones en el extranjero, o es un gran accionista en el Bitcoins, o alguien que se dedica sólo a disfrutar su dinero que ha ganado de la tinka o a recibido una gran herencia como único heredero universal. Bajo estos términos el trabajo debe interpretarse en un sentido amplio teniendo en cuenta la realidad laboral peruana, y deberá determinarse caso por caso. Para Labarthe, este sub-requisito exigiría, que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país (DEL RÍO LABARTHE, 2010, pág. 112). ¿Ante esto ponemos un ejemplo, que pasa con aquellos que se dedican a invertir en el Bitcoins?, este tipo de trabajo o forma de ganar dinero no tiene fronteras, no requiere un país determinado como pre requisito para invertir y ganar dinero.

Este criterio ha sido recogido en el considerando cuarto de la sentencia de Corte Suprema Exp: 631-2015. De la misma manera ha sido recogido por la sentencia de la Corte Suprema en el Exp 626-2013/ Moquegua. De concurrir uno de estos supuestos, debe procurarse la no imposición de la medida cautelar. Sin embargo, como bien anota (VILEGAS PAIVA, 2013), es un error habitual sustentar que preexiste arraigo cuando el inculcado tiene residencia conocida, trabajo, familiar, etc. Agrega que tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del derecho procesal, pues la norma no requiere valorar la presencia o inexistencia de un presupuesto, sino instruye ponderar la calidad del arraigo. Es decir, es factible la imposición de la medida si el inculcado tiene domicilio acreditado,

pero en una eventual ponderación de intereses da lugar a correr un riesgo respecto del aseguramiento del proceso (p. 338).

4.1.3.3. La gravedad de la pena.

El numeral dos del apartado 269 regula que para estimar el peligro de fuga debe verificarse la magnitud de la penalidad. Este numeral debe ser concordado con el literal b del artículo 268 del mismo cuerpo normativo.

La magnitud o dosimetría del castigo bajo ninguna razón puede ser el argumento fuerte del fiscal y también del juez para solicitar y fundar respectivamente, la medida restrictiva supra grave en disquisición en esta investigación.

A este punto hay que traer a colación la Res. Administrativa N° 325-2011-P-PJ, Circular sobre Prisión Preventiva (13/09/2011) en cuyos considerandos tercero y cuarto establece que la que la medida no constituye una pena anticipada y ni por asomo, puede ser inmediata o automática.

La jurisprudencia actual, precitada en el punto anterior a este respecto refiere que, la magnitud no es más que un elemento a valorar por parte del juez y del fiscal de acreditarlo durante la audiencia, pues este no es un elemento determinante para la concesión de la medida, sino que se tiene que evaluar de manera holística con los demás elementos que concurran en los casos.vo

La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.

Este tercer criterio establece la norma para valorar el peligro de fuga del inculpado. Es natural de la comisión de un delito resulte un daño, y la víctima reclame el correspondiente resarcimiento por parte del agente criminal. Entonces, es comprensible se presuma que quien cause daños graves intente huir y no repararlos. De ocurrir ello, y después de valorar el arraigo, la gravedad de la pena, se puede imponer prisión preventiva. Sobre este punto, no obstante, la jurisprudencia nos adoctrina y refiere; que este debe entenderse como el desvalor del resultado de la conducta ilícita para con el bien jurídico, el desvalor del bien jurídico es analizado por parte del juez para verificar los elementos objetivos del tipo, y por ende para aplicar la dosis de pena.

Esta magnitud debe entenderse como la gravedad del delito, y no como el daño causado. Dado que cuanto más grave sea el delito por consecuencia mayor dosis será el castigo.

Respecto a la segunda parte de la idea, al investigado no se le puede exigir la reparación del daño causado, pues exigirle sería hacer que este acepte que ha causado la lesión al bien jurídico y por ende que confiese que es el autor, esto iría contra el principio de no auto incriminación, lo cual es contrario a los fines constitucionales, y por ende a los fines procesales que le conciernen las medias cautelares.

El proceso penal no puede ir contra la presunción de inocencia, mucho menos una medida cautelar puede exigir una auto incriminación, toda vez que el proceso ha sido creado para garantizar que la presunción de inocencia sea respetada.

4.1.3.4. 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.

Si el imputado demuestra voluntad de someterse a la investigación penal, no se le puede adjudicar el peligro de fuga. Si se tiene el antecedente de una actitud negativa en otro proceso, debe evaluarse con mayor rigurosidad la posibilidad de la imposición de la medida.

4.1.3.5. Pertenencia a una organización delictiva.

Este punto fue agregado por la Ley N° 30076 (19/12/ 2013). Para la doctrina es un acierto del legislador en tanto la pertenencia a una organización criminal o banda criminal constituye un criterio fundamental para la acreditación del peligro de fuga.

Por ejemplo, si a un comerciante se le encontró 1500 kilos de pasta básica de cocaína en su avioneta con destino Perú-Costa Rica, y este es detenido, según sus datos, este tiene una familia bien acomodada, varias casas en la ciudad, etc. De esta información es de presumir de manera razonable que este señor presta servicios de transporte a una organización que se dedica al tráfico ilícito de drogas, que tiene contactos en el exterior, con el cual su arraigo familiar tiene menor estándar dado que los elementos: delito y pena grave y además pertenencia a una organización criminal son más intensas que su arraigo.

De lo anterior, como bien lo ha sostenido fundada jurisprudencia, el sólo elemento de pertenencia a una o más organizaciones criminales no determina en sí, que sólo en base a este dato deberá ordenarse prisión, si no que este tendrá que ser tomado en cuenta con otros elementos como la intensidad del delito y la pena. En lo referente a la organización criminal, este no sólo requiere una mención, sino que existan indicios fundados de que esta exista, de manera determinada o determinable.

4.1.3.6. El peligro de obstaculización.

El delincuente por máximas de la experiencia, si sabe que existen indicios que puedan ser encontrados por los investigadores, emprenderá todo tipo de conductas y métodos a que estos no sean encontrados.

Este criterio como fundamento, puede presentar varias aristas con relación al aspecto temporal de la medida precautoria.

Uno, si el objeto de investigación está determinado y conocido por su ubicación, si se tiene por objeto recabar el testimonio de un testigo, por ejemplo, si está en peligro su vida, o se tiene miedo de que el investigado incida sobre éste mediante coerciones a fin de que no declare, entre otras acciones coactivas. Ante estos riesgos la fiscalía puede evitar consecuencias riesgosas aplicando la prueba anticipada. En estos casos la medida cautelar se ajustará al plazo que se hará tal acto, no puede ir más allá. Estos mismos lineamientos se seguirá para objetivos identificados.

Dos, cabe preguntarse, si el fiscal puede alegar el peligro de obstrucción, si no tiene de manera identificada cual es el objeto sobre el que debe recaer su actuación, cuales son los elementos que podría ocultarse, pero en su mente hay algo que le dice que el investigado va a ocultar algo.

La prisión provisional no puede basarse en fantasías del fiscal sino en una serie de indicios de la existencia que en realidad el investigado va obstaculizar un acto en concreto o como bien lo sostiene Asencio mellado, se debe valorar la capacidad y aptitud del imputado de influir en hallazgo e integridad de los elementos de prueba (ASENCIO MELLADO, 2005, pág. 515).

El objetivo sobre el que va a actuar el investigado en estas clases de peligro tiene una suma relevancia, dado que dependiendo de la actividad concreta que va a realizar el fiscal, se determinará el plazo de prisión.

La obstaculización se puede presentar de variados modos, conforme los verbos establecidos en el art. 270 del articulado del Código Procesal Penal, bajo esta plataforma el fiscal tendrá que precisar sobre que verbos rectores hará o sobre los cuales el investigado emprenderá sus actos.

Es oportuno en este punto traer a colación la resolución administrativa N°: 325-2011-P-PJ, citada supra, mediante la cual se establecen los patrones para la aplicación de la prisión preventiva y se fijan los criterios para valorar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. En consecuencia, si se demuestra que la conducta del imputado podría dirigirse a evadir la justicia deshaciéndose de los medios de prueba, será objetivamente pasible de recibir la medida coercitiva.

4.2. Prisión preventiva: audiencia y resolución.

Su imposición debe ajustarse al nuevo modelo procesal penal art. 271 CPP, por ello, el legislador ha dejado por sentado la forma como debe aplicarse. Además, ha dispuesto que se conceda en audiencia pública mediante resolución motivada. Se exige que se conceda en una audiencia, pues con ello se garantiza principios procesales penales como el de publicidad y el de oralidad. Este último es entendido por SCHMIDT como el único paso por intermedio de la cual se puede conseguir un fallo justo. Que la audiencia concreta sea realice no es una exigencia formal, sino que con esta se garantiza principios inherentes al proceso como: oralidad y la publicidad que garantizan la legitimidad de la misma, es decir, de responder a razones objetivas. La resolución debe ser motivada, tanto externa e internamente, atendiendo a los principios que rigen las medidas de coerción personal.

4.3. Prisión preventiva: duración.

Teniendo en cuenta la temporalidad, y carácter instrumental esta medida está sujeta a un estricto orden temporo-eventual, por cuanto se imponga el juez deberá precisar el tiempo, pero no cualquier tiempo sino el tiempo razonable. Es decir, en su imposición otro elemento a valorarse es el tiempo efectivo que ha de durar.

El plazo razonable forma parte del debido proceso, y se conceptúa como derecho fundamental, por el que la prisión preventiva no puede durar más que el tiempo necesario para el logro del objetivo o de los objetivos del proceso penal, “*debiendo ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano*” (SALINAS MENDOZA, 2012, pág. 74).

Entonces atendiendo al principio de legalidad, el tiempo de prisión, no puede durar más que el tiempo máximo señalado en la norma procesal, pero recordando que el plazo máximo no es necesariamente el plazo razonable, bajo tal contexto el juez como garante de los derechos fundamentales deberá imponer no siempre el tiempo legal sino el razonable.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que esta se prolongue, tal como lo indica el artículo 274 del Código Procesal Penal. Sobre este punto la jurisprudencia ha fijado como criterio lo siguiente: *si no se acredita la mayor complejidad como exige la norma, no puede prolongarse el plazo de prisión preventiva*(EXPEDIENTE 0091-2014-95-5001-JR-PE-OJ).

El plazo de la prisión preventiva está recogido en los artículos 272 al 277 del código procesal penal. Específicamente en los procesos no complejos, la prisión preventiva no puede extender más de nueve meses, prolongado hasta 27 meses. Y en los procesos complejos (artículo 343, inc. 3 CPP) puede durar hasta un límite de 18 meses, prolongada por 36 meses.

4.4. Prisión preventiva: impugnación.

Conforme el art. 278 CPP el auto de su concesión es impugnable, el mismo que procederá dentro de los 3 días contadas del día siguiente a la sentencia.

Con lo cual se garantiza la corrección del derecho aplicable, la correcta valoración de los indicios que puedan existir, el respeto de los derechos sustanciales del proceso y la audiencia. Además, garantiza que la vulneración del derecho sea repuesta en su Estado que le corresponde.

Por su parte (NUÑEZ VÁZQUEZ, 2009), la define “como un remedio ante una resolución injusta por lo que el afectado” (p. 316), acude a una instancia superior a fin de corregir el pronunciamiento de la primera. En tal sentido, la técnica legislativa se orienta a

salvaguardar la presunción de inocencia del imputado, y a cuidar el principio de la doble instancia inherente a todo proceso.

4.5. Prisión preventiva y comparecencia.

La prisión preventiva se impondrá si concurren y confluyen todos los presupuestos señalados por el legislador, tanto en su plano material y formal. Es decir, su imposición es subsidiaria a otras medidas de coerción, por ejemplo, como la comparecencia.

El legislador, ha señalado conforme el art. 279 del CPP, que, de haberse otorgado la comparecencia, y de encontrarse en el curso de ésta, elementos objetivos que colocan al imputado en los presupuestos de la prisión preventiva, el juez tiene la facultad de revocar el auto que la concede la comparecencia e imponer la medida de la prisión preventiva, siempre que se lo solicite el Fiscal.

4.6. Prisión preventiva e incomunicación.

A la prisión preventiva se le puede acumular la incomunicación, pero de modo excepcional. Como hemos señalado supra, se trata de una medida complementaria que persigue la imposibilidad para el imputado de tener contacto verbal, escrito, telefónico u otro con terceros, a fin de evitar el entorpecimiento procesal (NEYRA FLORES, 2015, pág. 197).

Debe precisar la incomunicación no está orientada a restringir todo tipo de comunicaciones, esta no puede ser ilimitada, sino que dicha medida irradiará estrictamente las que resulten necesarias para el cumplimiento del fin propuesto o en el que se fundamenta la imposición de la medida bajo estudio. De tal plataforma los derechos inescindibles para la defensa formal que corresponde al imputado no puede estar prohibida, ejemplo, que el imputado se reúna con su abogado defensor para los fines pertinentes de la defensa.

La resolución que concede la incomunicación puede ser apelada. Y por otro lado de concluir el plazo de la incomunicación, la resolución queda sin efecto.

4.7. Prisión preventiva: conclusión o cese.

Para (ROSAS YATACO, 2009), la prisión preventiva puede cesar y ser sustituida por una medida de comparecencia. Agrega el autor precitado que se podrá cesar esta medida

cuando a partir de nuevos datos o elementos de convicción se verifica los motivos por el cual se adoptó la medida, bajo tal evento resulta “necesario cambiarla por la comparecencia (pág. 471).

Este figura anota, (REYNA ALFARO), responde a la característica de la variabilidad de las medidas cautelares personales, dando lugar al cambio de una por otra, en tanto se corrobore los elementos idóneos para la aplicación de la segunda (pág. 455). Por su parte, (NEYRA FLORES, 2015), apunta que es un derecho del imputado a que se cese dicha medida cuando ya no existe justificación para que siga vigente, y se le aplique una posible sustitución por la comparecencia, la persona puede solicitar la cesación las veces que lo considere(p. 195).

Este derecho QUE ASISTE AL IMPUTADO, puede ser solicitado por sí mismo o por intermedio de su abogado (DAVALOS GIL, 2013, pág. 131).

La forma de actuación procesal respecto del cese, está contemplada en los artículos 283-285 del vigente C. P. P.

Capítulo III

El principio de proporcionalidad

1. Constitución y derecho procesal penal.

Actualmente, en el marco del “espacio-tiempo-jurídico”, asistimos a la constitucionalización del Derecho Procesal Penal. Así lo afirma (LANDA ARROYO, 68, 2015), cuando señala que hoy no puede entenderse el derecho procesal penal, sino se observa las reglas del derecho constitucional convencionalizado(p. 182). Ello implica establecer una relación ineludible entre el rango legal y el constitucional a efectos de una idónea administración de justicia, pues tenemos un derecho procesal penal constitucionalizado, cuya prueba es el T. P. C. del código de 2004. Bajo el paradigma constitucional el juez no sólo tendrá que tomar una decisión circunscrita dentro del ámbito legal, sino que esta sea conforme a la carta magna.

Dependerá del juez, entonces establecer la relación entre el derecho constitucional y procesal penal, a fin de garantizar una idónea tutela jurisdiccional efectiva. Es decir, no puede entenderse un proceso penal justo, sino hay una observancia de la constitución, lo cual consiste en un objetivo político criminal para el legislador.

Lo cual equivale a sostener que en un sistema como el nuestro, el proceso penal es un proceso constitucionalizado , por el que primero el legislador al momento de legislar con respecto a las normas procesales deberá respetar los principios y valores del Estado Constitucional y por ende el reglamentar el proceso mediante el cual se aplicará la ley material (BARRERA RODRÍGUEZ, 2016, pág. 105)”

Por otro lado, y en la misma línea, (RODRÍGUEZ HURTADO, 2013), afirma en un Estado democrático el proceso penal no puede desvincularse de la constitución, pues deberá tener como umbral, orientación, principios “modelo y como vigas maestras a la carta suprema; la cual esta fortalecida contemporáneamente por los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la materia (p. 342) .

Todo ello, persigue, afirma el autor precitado, salvaguardar el equilibrio entre la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores, y como

también velar por el respeto de los derechos, garantías de la persona procesada. Roto este equilibrio, se arruinan los elevados objetivos del proceso (NETTEL DÍAZ, 2014, pág. 29). En síntesis, el proceso penal no puede desvincularse de principios constitucionales y convencionales, en tal sentido la observancia de ambas fuentes hará del proceso, un auténtico mecanismo de solución de conflictos.

2. El principio de proporcionalidad:

2.1. A modo de introducción.

Como se ha sostenido en los puntos precedentes, el ámbito sustantivo y adjetivo en el campo penal tienen plena vigencia en un Estado Democrático y de Derecho si respetan los principios que impone la Constitución. Los principios constitucionales están recogidos en los Títulos Preliminares de ambas normas, los cuales constituyen sus límites. El principio de proporcionalidad es uno de ellos. Cabe entonces cuestionarse respecto de su concepción semántica. La respuesta lo da el diccionario RAE, según el cual, proporcionalidad en el ámbito procesal es *“la nota característica del procedimiento de medidas cautelares en cuya virtud se adopta siempre la medida que resulte menos gravosa para el fin que se pretende”*.

Corresponde estudiar todo cuanto concierne a su a su contenido esencial, en un sentido amplio y estricto, puesto que es la razón de esta investigación.

2.2. Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios

Para DWORKIN: “los principios dan razones para decidir, mientras las normas se aplican o no se aplican” (pág. 9). En otros términos, diremos que, si se tiene en cuenta que los principios se distinguen de las reglas, porque esta última en un caso particular se aplica o no se aplica, en cambio en los principios la aplicación no siempre está orientado en el mismo sentido cuando entra en conflicto con otros derechos. Entonces los principios, se determinarán según sea el caso, tratando de optimizarlos siempre.

Los derechos fundamentales son mandatos de optimización; como tales, son normas de principio que ordenan realizar algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas (ROBERT, 2019, pág. 112)

2.3. Principio de proporcionalidad en sentido amplio.

2.3.1. El mandato de optimización y proporcionalidad de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, afirma (CASTILLO CÓRDOVA, 2010), tienen un ámbito de protección cuasi ilimitado, lo cual implica que no existe modo de evitar que choquen entre sí (p. 34). En otras palabras, hay un evidente conflicto, donde precisamente los derechos fundamentales deben constituirse en mandatos de optimización para garantizar la vigencia de la constitución. Los derechos no vienen jerarquizados a priori, sino que su aplicación dependerá de cada aplicación particular.

Sobre este conflicto puede concebir, conflictos de derechos fundamentales en sentido amplio y estricto. Será un conflicto en sentido amplio entre derechos fundamentales y bienes colectivos, y entre derechos fundamentales e institutos de rango constitucional (MENDOZA ESCALANTE, 2007, págs. 42-43)

Respecto al primero, habrá conflicto sentido amplio, cuando hay conflicto entre derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión con honor, etc.

En segundo lugar, habrá un conflicto entre derechos fundamentales y principios fundamentales; por ejemplo, cuando chocan el libre desenvolvimiento de la personalidad, libertad científica, de arte, de contratación (autonomía privada) con el principio de dignidad de la persona; el derecho de propiedad con el principio de Estado social y democrático.

En tercer lugar, el conflicto entre derechos fundamentales y garantías institucionales, por ejemplo, cuando existe un choque entre la libertad de cátedra y libertad científica frente a autonomía universitaria; y finalmente, habrá conflicto entre derechos fundamentales y fines o bienes constitucionales; cuando exista un choque entre «lealtad a la Constitución», «buenas costumbres», «orden público», «seguridad nacional», «orden interno» frente a cualquier derecho fundamental (MENDOZA ESCALANTE, 2007, págs. 42-43). Así, en la aplicación de una medida de coerción personal, deberá ponderarse el conflicto que existe entre la medida a imponerse y la conducta delictual imputada a un sujeto que se le presume inocente.

3. Fundamentación del principio de proporcionalidad.

3.1. Proporcionalidad y razonabilidad.

Para el TC peruano, [E]l test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior de justicia” (R N° 0050-2004-AI/TC), al parecer este supremo interpreta, en el sentido que en nada habría diferencia entre estas.

Si bien se parte de una notación que ambas tienen por objeto evitar la arbitrariedad en toda actuación del Estado, pero ello no implica que sea iguales.

Al parecer estamos ante género especie, pero cabe preguntarse si ambas tienen elementos estrictamente definidos para analizar cada uno independientemente. Si verificamos en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se observa la proporcionalidad tendría sus elementos plenamente identificados, en cambio sobre la razonabilidad no existen elementos o pasos puntuales que se deben seguir para arribar a decir que una medida será razonable, pero se ha dicho que este deberá ser evaluado caso por caso.

Al parecer es mejor aceptar, que la razonabilidad “se determina con base en la identificación de las consideraciones relevantes y su ponderación de acuerdo a su peso” (BARAK, 2017, pág. 410), con lo cual se plantearía que la razonabilidad se llega por medio de la proporcionalidad (p. 16).

Con esta concepción del TC deja en claro que el principio de proporcionalidad es el camino más óptimo para llegar a una solución razonable cuando se pretende imponer una medida de coerción de carácter personal. En todo caso hablaríamos de una medida de coerción personal aplicada racionalmente atendiendo al principio de proporcionalidad. De lo precisado por el Tc del cumplimiento y correcta aplicación de la proporcionalidad se llegará a que una resolución judicial sea razonable.

3.1.1. El Estado constitucional de derecho y proporcionalidad

En el estado de derecho, “los poderes públicos son conferidos por ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” (FERRAJOLI, 2001, pág. 31). El Estado legal o estado de derecho, como se conoció, los poderes públicos no estaban sometidos bajo principios constitucionales o valores superiores, por lo que después de la II

guerra mundial, se entró al Estado Constitucional, con lo cual la “constitución es rígida, escrita, garantizada y amplia” (CELANO, 2019, pág. 165), donde la sola producción de las normas con criterio legal no asegurar su legitimidad, sino que este sería legítimo en tanto esté conforme a la constitución, y aquellas leyes que le son incompatibles son reinterpretadas o sacadas del ordenamiento jurídico, por ser contradictorias.

Por tanto, la relación Estado Constitucional y proporcionalidad, nos lleva a conjeturar que la imposición de una medida de coerción, sobre todo debe responder a los principios que impone el primero, los cuales, como hemos señalado líneas arriba están recogidos en la Constitución.

3.1.2. Fin del principio de proporcionalidad.

Cuando se estudia la proporcionalidad como un supra principio, de solucionar conflictos entre principios postula que este tiende y orienta a una solución justa y necesaria. En el presente no conviene estudiar las finalidades que puede cumplir en todos los campos del derecho, sino en aquello que nos importa, su finalidad en el ámbito de actuación de las medidas cautelares procesales penales al momento de ser adoptadas en una audiencia cautelar.

Al respecto apunta (CASTILLO CÓRDOVA, 2010), la finalidad no sería más que verificar si la medida adoptada que interviene en un derecho distinto y opuesto, tendría o no cobertura en el ámbito constitucional(p.38). En suma, este principio ayuda a determinar si la medida a imponer tiene justificación dentro de los parámetros normativos y si la intervención es justa.

3.2. Un apunte general: elementos de la proporcionalidad.

La aplicación de la proporcionalidad, en cualquiera de los ámbitos donde se le requiera, debe cumplir con tres requisitos esenciales:

3.2.1. El juicio de idoneidad.

A nivel semántico, según la RAE, este tiene dos acepciones más usadas. Así tenemos en primer lugar, que idóneo es aquello considerado adecuado o apropiado para algo. En segundo lugar, “es una nota característica del procedimiento de medidas cautelares, en cuya virtud se adoptarán aquellas medidas cautelares que conduzcan a la finalidad de garantizar

la efectividad de la sentencia estimatoria”.

En el campo jurídico la medida a imponer tiene un fin, y el fin deberá ser legítimo; la medida no sólo deberá cumplir un fin, sino que también esta deberá ser adecuada para lograr el fin propuesta constitucionalmente.

En otras palabras, la medida precautoria deberá ser idónea para el logro del fin a perseguir, o las más adecuada a lo que se pretende proteger, lo cual sería evitar la sustracción del proceso incoado por parte del imputado o impedir que obstaculice el proceso investigativo.

3.2.2. El juicio de necesidad

En términos comunes se podría decir necesidad implica, aquello que no puede ser sustituible, que es algo imprescindible.

Jurídicamente, implica que mediante este juicio se analiza entre las medidas que orientan a llegar a una finalidad constitucionalmente aceptable, debe elegirse la más efectiva para la consecución de dicho objetivo y aquella que restringe de manera razonable el derecho intervenido. A decir de nosotros, la medida de prisión preventiva, solo será necesaria si no existe otra medida de coerción menos gravosa respecto de la restricción de los derechos fundamentales y que cumpla el fin propuesto.

3.2.3. El juicio de proporcionalidad strictu sensu.

Como se ha venido sosteniendo de manera sucinta se puede restringir derechos fundamentales siempre que la medida sea proporcional, lo cual implica que la misma debe ser idónea, necesaria y ponderada. Precisamente para que la medida se proporcional debe aplicarse la ley de ponderación.

4. Estudio pormenorizado de la proporcionalidad.

4.1. Apunte general histórico.

La corriente filosófica que alumbró al principio de proporcionalidad es la Ilustración. Como sabemos, según esta doctrina, se concibe al hombre datado de libertad, atributo que existe antes de la formación de los Estados o de las organizaciones políticas, es decir con un derecho natural preexistente frente a todo Estado. (SOTO FREGOSO, 2014, págs. 101-102).

Un hombre que goza de una libertad absoluta, corre el riesgo de estar sometido a la ley del más fuerte. Ante esto los individuos se ven obligados a entrar un pacto civil, en el cual sus libertades están sometidas a las leyes del Estado, por ello el Laviatán a respetar tanto libertades como bienes de este. (SOTO FREGOSO, 2014, págs. 101-102).

También Santo Tomás de Aquino, precisó que el poder se legitima, cuando este actúa con justicia, y el rey debe actuar de manera ejemplar. Es decir, desde estas concepciones el uso del poder no se legitima con la sola producción de la norma por el poder, sino que esta tiene que ser justa, y por ende proteger a los hombres que se encuentran en su territorio.

Pues bien, como señalamos en el primer párrafo de este punto, el principio de proporcionalidad surge con la escuela de la ilustración. En seguida, aducimos que ya Santo Tomas de Aquino trataba de explicar que el poder de un gobernante para que sea legítimo debe ser democrático, lo cual nos lleva a conjeturar que el principio de proporcionalidad es una expresión de la democracia.

Beccaria, en su monumental obra “De los delitos y la penas” postuló que las penas responderán y serán proporcionales a la culpabilidad, dado que sólo esta es útil. (FERNÁNDEZ NIETO, 2008).

No obstante, a lo anterior, como refiere Hassemer, el principio bajo enfoque, no es una creación de juristas y legisladores, sino un estatus propio del hombre en civilización, el mismo que se aplica en las relaciones con los demás, en la vida diaria, en el ámbito jurídico y filosófico por supuesto, en todo caso siguiendo al anterior autor, se puede concebir este principio como expresión de cargas o justicia de cargas.

4.2. Concepto.

Podemos afirmar que el principio de proporcionalidad detenta sendas concepciones. Así pues, refiere, (SÁNCHEZ GIL, 2010), que dicho principio ocasiona que un derecho se afecte sólo en lo estrictamente indispensable, es decir, es sumamente importante para establecer los alcances de las garantías individuales. Por lo tanto, su carácter normativo depende que la intervención en el derecho sólo se hará cuando sea necesario respetando el contenido esencial del derecho; aportando reglas para establecer dicho contenido esencial y

lograr su máxima efectividad.

Para (FERNÁNDEZ OGALLAR, 2014), el principio bajo análisis configura en el ordenamiento jurídico un límite cardinal frente al *ius puniendi* del Estado, determinando que las conductas punibles que se tipifiquen y las respuestas punitivas que lleven aparejadas han de guardar una cierta consonancia con los comportamientos considerados lesivos y con la trascendencia que se otorgue a los bienes jurídicos objeto de protección, evitando así intervenciones estatales inapropiadas o excesivas, lo que obedece a la premisa de que el Estado de Derecho no sólo ha de proteger los citados bienes jurídicos, sino también aquellos derechos y garantías inherentes al individuo, especialmente en relación al derecho a la libertad(p. 384).

Es un instrumento metodológico del juzgador, sentencia (HIGUERA ARIAS, 2016), según el cual, su finalidad es resolver conflictos que se susciten entre los contenidos esenciales de las disposiciones normativas fundamentales (p. 63). Para (GONZÁLEZ DE LA GARZA, Dikynson), este principio “cumple en la actualidad la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación de los derechos fundamentales” (p. 184).

Desde una perspectiva procedimental, dice (ARIAS HOLGUÍN, 2012), este principio se aplica o cobra utilidad en los casos difíciles, en ese sentido lo puede emplear el juez al momento de resolver e imponer una medida de coerción “(...) a un ciudadano, porque se ha demostrado que en tal acto judicial se debe resolver una tensión entre razones a favor y en contra de la imposición de aquella”(p. 147).

4.3. Presupuestos.

Son dos los presupuestos que sostienen al principio de proporcionalidad. Uno formal y otro material.

a) Formal:

Está conformado por el principio de legalidad de los delitos y de las penas, y consiste básicamente en una limitación al poder coercitivo del estado.

b) El material:

Está constituido por principio de justificación teleológica por el cual las injerencias

del Estado en los derechos de sus ciudadanos, será admisible en tanto persigue salvaguardar valores del Estado democrático y fines del mismo, los cuales deben ser admitidos por la norma constitucional (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 110), es decir, una injerencia estatal en un derecho fundamental está condicionada a que la misma sea lo suficientemente legítima a fin de no abusar del poder de coerción que posee el Estado.

4.4. Requisitos.

Este principio requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Los primeros, son externos al contenido de las medidas y pueden atender bien a la judicialidad y a la motivación. El requisito de judicialidad se concreta cuando los órganos judiciales garantizan de manera inmediata la eficacia de los derechos, quedando a criterio del juez en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas que este dictare, en esta decisión no interviene el legislador sino es enteramente del juzgador. Por su parte el requisito de la motivación se concreta cuando las resoluciones judiciales son debidamente razonadas, fundadas, o fundamentadas, como manifestación del deber de motivar impuesta por la constitución y vislumbrado por el Estado Constitucional de Derecho.

En lo que concierne a los requisitos intrínsecos, depende del contenido de la actuación estatal en el caso concreto, y este está constituido por 3 criterios o subprincipios como se esboza en los siguientes:

4.4.1. El principio de idoneidad.

4.4.1.1. Concepto.

Desde la perspectiva penal, a este principio también se le denomina “sub principio de adecuación”, refiriéndose así a la sanción penal, ahora, esta sanción deberá ser adecuada para la consecución y obtención del fin propugnado por la pena. Y a la vez este exige que la sanción persiga fines legítimos y además que sea idónea para favorecer la obtención del fin perseguido (PASTRANA BERDEJO, 2009, pág. 179).

Entonces en base a este sub elemento se deberá verificar que la intervención persiga fines concordantes con la constitución o los fines esbozados por ella. Esta expresión de necesidad no se puede limitar al ámbito penal, sino también al procesal y al de ejecución.

Por su parte, González-Cuéllar Serrano, citado por (DUART ALBIOL, 2014), refiere

que el principio de idoneidad, sería un criterio comprobable, y ello se corroboraría en la prohibición de exceso emanado de la constitución, es decir, no puede haber una medida idónea si la medida es aplicada indiscriminadamente. En la misma línea (FERNÁNDEZ CRUZ, 2010), enfatiza que el requisito de idoneidad, en el ámbito penal, se le identifica como principio de utilidad de la intervención penal, que se fundamenta, (...) en el Estado social, es decir, el derecho penal se legitima socialmente cuando su intervención se muestra útil a los ciudadanos(p. 280).

De los conceptos glosados por la doctrina, podemos inferir que, a la luz de la presente investigación, la medida de la prisión preventiva, en tanto limita la libertad personal, será idónea si y solo si, alcanza legítimamente el fin que el legislador le ha asignado.

4.4.1.2. Notas esenciales

El principio de idoneidad, debe distinguirse por su respaldo constitucional, su valor empírico, y flexibilidad. El principio de idoneidad debe caracterizarse por su constitucionalidad, toda vez que se pretende a través de este realizar un juicio de proporcionalidad frente a la posible lesión a derechos fundamentales. su carácter empírico hace que el principio de idoneidad sea visto como el resultado del ejercicio técnica que se realiza a través del análisis medio-fin, donde también se pueden analizar el telos de las medidas precautorias, este ejercicio corrobora que este análisis conlleva un análisis empírico.

Y también se puede decir que es flexible, porque en su análisis no se analiza si el fin buscado inconstitucional o no, sino sólo se analiza si con una determinada opción se puede alcanzar el fin. (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 112).

4.4.1.3. Exigencias.

Una vez conocido su concepto y sus rasgos distintivos, es oportuno preguntarnos sobre qué es lo que exige el principio de idoneidad.

La respuesta es que exige una adecuación tanto cualitativa como cuantitativa de las medidas, y en el campo subjetivo las medidas deben presentar adaptación para su aplicación.

Se estará ante una adecuación cualitativa si las medidas son aptas para la consecución

de los fines previstos, esto implica que las medidas deben ser idóneas por sí mismas, por otro lado, si dirá que existe adecuación cuantitativa, cuando la intensidad y duración de la medida adoptada estén acorde con el objetivo que se ha planteado alcanzar, sin importar el tipo de proceso y los fines.

Esta segunda exigencia, conlleva a la necesaria individualización del elemento subjetivo, sobre el derecho objeto de restricción, con el propósito de obtener los fines previstos por las normas que permiten la actuación de los poderes públicos a fin de restringir o de concretizar las injerencias necesarias (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 112)

4.4.1.4. El principio de idoneidad y el derecho penal.

Corresponde ahora establecer la relación entre el principio de idoneidad y el campo penal. En primer lugar, es propicio señalar que, desde la perspectiva penal, el referido principio, como requisito intrínseco del principio de proporcionalidad está dirigido al legislador y al juez penal.

Se dirige al legislador penal, puesto que es el quien, tiene la tarea de seleccionar sólo las conductas más graves para la sociedad y por ende la sanción que corresponde a esas conductas (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009), y ello lo establece respetando la imposición de ciertos mandatos y prohibiciones implícitos y explícitos derivados de los derechos fundamentales, que por política criminal, no puede transgredir.

Bernal Pulido refiere que el legislador pese a lo anterior puede ir más allá de acorde a la política criminal, si bien es cierto que el legislador puede criminalizar las conductas, pero ello no es ilimitado, pues existen una serie de valores y principios rectores del Estado derecho que alumbran toda creación normativa, una creación ilimitada de normas que limiten derechos, no es aceptada, máxime en el ámbito penal rige el principio de subsidiaridad, ultima ratio, etc. Bajo estos últimos, la fijación de conducta como lesionadora de bienes jurídicos debe ser idónea y no un antojo del legislador.

También se dirige al juez penal, puesto que es él quien en su afán de administrar justicia, interpreta los enunciados legislativos conforme a uno o más enunciados constitucionales, so pena de realizar una ponderación de los derecho fundamentales en conflicto (BINDI, 2016, pág. 299). Es decir, el juez determinara si la medida es o no idónea,

lo cual responde a una tutela jurisdiccional efectiva.

4.4.2. El principio de necesidad.

a) Concepto.

En alemán (Erforderlichkeit). En este caso se “debe escoger- de todos los medios que pueden promover el propósito de la medida restrictiva- aquel que menos restrinja el derecho humano en cuestión” (BARAK, 2017, pág. 351)

En otros términos, como ha establecido el TC (N° 034-2004-PI/TC): se compara la medida con otros medios alternativos, pero teniendo en cuenta la idoneidad tiene que ser equivalente o mayor a la del medio alternativo, y además deberá evaluarse que esta medida tenga menor intensidad de grado de intervención en el derecho. Por tanto, “se exige, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos” (CIANCIARDO, 2004, pág. 79).

En líneas generales, se parte, que las medidas dictadas por el legislador tienen un fin adecuado, por lo que el examinar la idoneidad no hay lugar para analizar la constitucionalidad de la ley. (BARAK, 2017, pág. 354).

b) Elementos.

Para analizar si la medida es necesario se debe seguir dos pasos:

1) La existencia de un medio alternativo hipotético que promueva igual o en mayor medida el fin de la medida.

Si no existen otros medios alternativos que promuevan el cumplimiento con igual o mayor intensidad no cabe ir a mayor análisis, pues la medida prima facie es necesaria. Para seguir el análisis comparativo deben existir al menos dos medidas que ayuden a cumplir la misma finalidad “desde el punto de vista, cuantitativo , cualitativa y probabilístico (BARAK, 2017, pág. 358).

2) El medio alternativo hipotético que restringe el derecho fundamental en una menor magnitud

Aquí se compara la intensidad en que el medio alternativo y la medida que se quiere adoptar afecta el derecho fundamental en cuestión, se propugna que se tiene que tomar

aquella que restrinja en menor medida el derecho a intervenir. Si se verifica que la medida restrictiva alternativa ayuda a cumplir la finalidad, y afecta en menor intensidad, entonces la medida principal no será necesaria, sino más bien lo será la alternativa.

La magnitud, o intensidad de restricción sobre el derecho, deberá realizarse, “entre otras cosas, examinando el alcance de la restricción, su efecto, su duración y su probabilidad de ocurrencia” (BARAK, 2017, pág. 361). Esa magnitud o intensidad sobre el derecho, obviamente deberá estar basada en criterios epistemológicos, objetivos, corroborables en la realidad empírica, o al menos que la afectación puede devenir a ser grave.

Según (BARAK, 2017), el test objetivo, en gran parte, se determina según el estándar del sentido común” (pág. 361) de los ejemplos que él propone, refiere que es más grave ordenar cerrar una tienda de manera permanente que hacerlo por horas determinadas. Arribar a esta conclusión, no es un simple sentido común, sino que esta conclusión está respaldada por máximas de la experiencia, realidades empíricas, o a criterios lógicos.

Debe tenerse en cuenta, que en la necesidad no se abordan cuestiones valorativas, pues estas se realizan en la proporcionalidad en sentido estricto (CLÉRIGO, 2009).

De lo anterior, este “test excluye restricciones a los derechos que son ineficientes” (BARAK, 2017, pág. 380).

4.4.2.1. Notas esenciales.

Al igual que ocurre con el principio de idoneidad, el principio de necesidad debe distinguir por tener asidero constitucional, dado que su regulación está implícita en la carta política de 1993, por versar esta sobre derechos fundamentales. Su segunda característica es su cualidad comparativa, pues el análisis de equiparación que el principio implica no se limita sólo admitir a la medida únicamente desde la perspectiva de sus efectos, contenido y fines, sino también promueve que el órgano jurisdiccional busque otras alternativas idóneas, de modo que sea predicable su eficacia de manera suficiente para el logro del cometido buscado, esto es la protección eficaz del bien jurídico tutelado (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 116) .

Como no precisar que otro de sus componentes característicos es su tendencia a la

optimización del grado de eficacia de los derechos individuales limitados , en este contexto los jueces están obligados a rechazar las medidas si estas son factibles de ser sustituidas por otras menos gravosas (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 122) .

4.4.2.2. El principio de idoneidad y el derecho penal.

El juez para realizar un análisis concienzudo en el proceso penal, tendrá que tener en cuenta cual es la finalidad que se quiere proteger al adoptar una medida precautoria. Esa finalidad protegida por el Estado prima facie, no puede considerarse como algo absoluto, ello conllevaría a considerar que la finalidad del Estado se realice sin importar el medio o la necesidad para su aplicación.

Respecto a las medidas cautelares, tiene que tener en cuenta que estas son instrumentales, en tanto estas no buscan para sí una determinada finalidad propia.

Para el análisis de nuestra investigación tiene que tenerse en cuenta, la prisión preventiva es un medio para el logro del fin del Estado, en ese sentido si la fiscalía ha presentado como requerimiento esta medida, cuando el juez llegue al análisis de la necesidad, **en primer lugar**, en esta faceta deberá verificar otras medidas alternativas como la comparencia, detención domiciliaria, cumplen o no con tutelar la finalidad perseguida por el Estado. Si el juez verifica que otras alternativas cumplen también la finalidad igual que la medida solicitada por el Fiscal, deberá pasar al siguiente elemento de la necesidad. Prima facie, si no hay medidas alternativas que cumplen la finalidad buscada, deberá abandonarse el análisis para pasar a la proporcionalidad en estricto con respecto a la medida principal.

En segundo lugar, si se ha entrado varias medidas alternativas a la prisión preventiva que cumplen con proteger la finalidad buscada, entre estas y la principal, deberá el juez escoger aquella que afecte en menor intensidad el derecho intervenido. Como se ha establecido líneas arriba, la intensidad será evaluada por el juez teniendo en cuenta el alcance, efecto, duración y probabilidad de la restricción.

Bajo lo anterior presente el proceso penal, con sus medidas de coerción, serán necesarias en la medida que se concrete un respaldo auténtico hacia la dignidad de la persona humana. En suma, la intromisión en todo derecho, deberá ser la mínima. Por ello el legislador y el juez, se convierten en la mejor garante e indispensable para la protección de

derechos fundamentales y la aplicación de la sanción cuando estos son vulnerados.

4.4.3. El principio de proporcionalidad en sentido estricto.

4.4.3.1. Concepto.

El medio para lograr el fin, puede cumplir con la idoneidad, y por ende con el de la necesidad, pero ello no garantiza en concreto que la medida sea proporcional, pues “permanecen débiles como criterios de decisión” (CLÉRIGO, 2009, pág. 164), se necesita un análisis exhaustivo mediante el sub principio bajo estudio, porque puede ser que los perjuicios que se causan son mayores que beneficios mediante la implementación y aplicación de la intervención.

No debe olvidarse que éste se aplica tanto a reglas como principios que inciden en derechos prioritarios para el hombre. “Él se aplica si el fin de la medida restrictiva es el de proteger otro derecho fundamental o si el fin de la medida es el de proteger el interés público relevante” (BARAK, 2017, pág. 377).

Cualquier medida sin excepción que actué sobre un derecho protegido por el ámbito constitucional deberá pasar por este tamiz. Este test compara los efectos positivos de la realización del fin adecuado de la medida con los efectos negativos causados por la restricción al derecho fundamental. (BARAK, 2017, pág. 377)

4.4.3.2. Estructura.

Este sub principio está conformada por dos leyes:

1) La ley de colisión.

“Los derechos fundamentales y/o bienes colectivos constitucionales colisionan cuando en una situación determinada no pueden al mismo tiempo ser realizados de forma completa” (CLÉRIGO, 2009, pág. 175). La realización de un derecho disminuye la actuación de otro derecho (es decir es restringido este derecho), y a la inversa.

2) La ley de ponderación

Esta ley fue formulada por Robert Alexy, analizando las ponderaciones iusfundamentales. Esta ley contiene un parangón y dice:

“Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, y otros, 2008, pág. 15).

4.4.3.3. Notas esenciales.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por ser un enunciado valorativo, ponderativo y por poseer un contenido formal y material. Es valorativo por situarse dentro del esquema medio-fin, desemboca en el examen de la relación empírica medida-finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, aunque su campo propio de aplicación es el terreno de los valores (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pág. 122), es decir, esta para precisar algunas pautas o directivas de valoración (OSSANDÓN WIDOW, 2011, pág. 466).

Como bien dice, (OSSANDÓN WIDOW, 2011), la proporcionalidad debe ser entendida conforme a la finalidad de tutela, que es el auténtico objeto de ponderación (p. 468). Sobre esto, hemos reseñado algunas ideas en la parte del sentido amplio del principio de proporcionalidad.

4.4.3.4. El principio y el derecho penal.

Es un límite para el legislador y para el juzgador. Lo que interesa aquí es la aplicación de este sub principio, y este exige al juez al momento de imponer una medida deberá realizar juicio de ponderación sea entre la fuerza coactiva de la pena o la media de coerción y el fin perseguido con dichos instrumentos, para arribar a la conclusión si las medidas son proporcionales o no para la defensa del bien jurídico y por ende para el derecho intervenido. Tal como lo dijera (BECCARIA, 2011):

Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas, debe por tanto haber proporción entre las medidas de coerción y el fin que persiguen la imposición de las mismas.

5. Consagraciones positivas del principio de proporcionalidad en el derecho comparado.

El principio de proporcionalidad, tiene consagración positiva no solo en nuestra legislación, sino también en la comparada.

5.1. Argentina.

En nuestra vecina república de Argentina, las medidas de contención se sistematizan en el libro “V” del Código Procesal Penal (2014), “referida a las medidas de coerción y cautelares”. En su apartado 176, se regulan los principios generales, el mismo establece que todas las medidas precautorias se ajustarán a los artículos 15, 16 y 17 del código in comento. No nos interesa estudiar todos los apartados anteriores, sino en específico al apartado 16, el mismo, en resumen, precisa que toda restricción responderá entre otros principios “[...] a la *proporcionalidad* [...]”.

Ahora, cabe precisar los artículos a los que se nos ha remitido se encuentran en libro I (principios fundamentales), título I [principios y garantías procesales]. Lo importante de esta parte es que se regulan principios aplicables a toda la normativa procesal a los cuales se supedita las medidas que versen sobre libertades y otros derechos.

Con lo que respecta a la PP como institución lo encontramos en el artículo 185, y si verificamos no se encuentra regulación que refiere que la proporcionalidad sea un elemento, entonces en esta legislación este se presenta como un principio aplicable a las intervenciones en general.

5.2. Colombia.

En la norma de procedimiento penal colombiano del dos mil cuatro, en el título IV, referido al “régimen de la libertad y su restricción, en el capítulo I se encuentran las disposiciones comunes a las instituciones que inciden en la libertad mediante restricciones. Una de ellas es el art. 295 del cuerpo legal precitado, establece, las autorizaciones de privación o restricción [...] debe ser [...] proporcional [...]”.

Dentro de este mismo título se encuentra IV, capítulo III, se tipifican las medidas de aseguramiento. Estas medidas a tenor del apartado 307, se dividen en privativas de la libertad y las no privativas, la institución de PP se encuentra dentro de la primera, bajo el nomen iuris de “detención preventiva en establecimiento de reclusión”.

Revisando los arts. 307 al 311 no encontramos artículos o artículo en el cual se haya plasmado que la proporcionalidad sea un elemento de la prisión preventiva.

Conforme lo señalado, en éste código colombiano, la proporcionalidad se regula como disposición general aplicable a aquellas restricciones que actúan sobre la libertad, más no como elemento. Bajo términos simples regula como criterio de aplicación e interpretación, no como elemento sino como principio general.

5.3. Costa Rica.

En el dispositivo Procesal Penal costarricense, la PP lo ubicamos en el libro IV (medidas cautelares), en el título I, se encuentran las medidas de coerción personales, en el art. 238, se establecen ciertas condiciones que son obligatorias para la aplicación en la praxis de la PP. En el párrafo final de este precitado apartado, en el tenor literal, se establece: “[L]a privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser ***proporcional*** a la pena que pueda imponerse en el caso”.

En el art. 239 se tipifica los elementos concurrentes para la concesión de la PP, y una vez verificado, no hay párrafo o inciso que haga alusión que la proporcionalidad sea un elemento para su constitución.

5.4. Ecuador.

Primero ubiquemos la sistematización de nuestro objeto de estudio en el código de procedimiento penal 2000, de este Estado. En el tercer libro, se regula lo referente a las medidas cautelares, y dentro de este se encuentra el cap. Uno, se establecen reglas generales, en el párr. dos, art. 159., se establece las medidas privativas se *aplicarán cuando otras medidas no fueran suficientes para evitar que se elude la acción de la justicia.*

Dentro de esta misma sección “reglas”, encontramos el art. 160, donde se tipifican varias medidas precautorias personales, y la PP se encuentra en el inciso 13.

La PP, en estricto se desarrolla en el capítulo IV, sus elementos concurrentes para ser aplicado lo encontramos en el art. 167, en este código no se encuentra referencia alguna a la proporcionalidad.

Lo anterior no quiere decir, que su no regulación indique que se pueda aplicar una medida sin más, sin respetar los criterios de proporcionalidad.

Si se rechazase tal interpretación, no quiere decir que aquí no se aplican medidas proporcionadas, sino que en cualquier Estado toda intervención responderá a este principio, por el cual el juez estaría obligado a exigir que esta resulta proporcional.

5.5. México.

Este principio aplicable a las cautelares encuentra fundamento en el art. 29 de la carta mexicana de 1917, en el párr., 3, cuando precisa, que “[L]a restricción o suspensión [...] debe¹ [...] ser proporcional al peligro que se hace frente[...].

En el cap. IV referente a las medidas cautelares, en la sección uno se regula las disposiciones generales a las medidas precautorias, apartado 156 (Cód. nacional de procedimientos penales (2014)), en el párrafo 2 se establece en específico que la **proporcionalidad** es una exigencia como justificación de las medidas cautelares.

En México la imposición de las cautelares bajo estudio presentar particularidades dado que se aplica de oficio en el caso de delincuencia organizada. En cuanto a sus elementos revisamos los arts. 168, 169, 170 no se establece como elemento a la proporcionalidad.

5.6. Panamá.

Se encuentra regulada en el título “V” referido a las medidas cautelares, en el apartado 222, en la que se regula los requisitos aplicables a las medidas cautelares, en el inciso 3 del referido apartado se establece que la medida se impondrá “Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción [...]”.

Respecto a los elementos concurrentes con los que se debe contar para imponer la “prisión provisional”, art. 237, si verificamos no hay referencia alguna al principio de proporcionalidad entre sus requisitos.

5.7. Chile.

En el proceso penal (19696) chileno, en el Título V se regula medidas cautelares personales, en el art. 140 se especifica sus requisitos, en el mismo no se fija como requisito

¹ Agregado nuestro.

la proporcionalidad.

En el apartado 141, de este mismo código, se exige que la PP no se dictará “cuando ésta aparezca desproporcionada.

5.8. Alemania.

En el Código P.P de Alemania (§ 112 StPO), revisando, encontramos que la proporcionalidad es un elemento de la prisión preventiva, tal así que su tercer elemento es: [...] “c) *Proporcionalidad de la orden de prisión preventiva*”

5.9. España.

En la ley de enjuiciamiento criminal español, la PP reciben el nomen iuris de “prisión provisional”, se ubica en el título VI, cap. III, los requisitos para su dictado, lo encontramos en el artículo 503, en este articulado a la proporcionalidad no se le considera un requisito.

Más adelante, en el art. 506, del mismo cuerpo legal, se establece que tanto la concesión y prolongación expresarán los motivos por las que se considera necesaria y **proporcionada** con los fines por los que se justifica su adopción.

Vemos que, en esta legislación, la proporcionalidad no es un requisito sino una obligación para su imposición y justificación.

5.10. Perú.

Para establecer si la proporcionalidad es un elemento formal o material de “PP”, en nuestro código, es necesario ubicar sistemáticamente a qué tipo de regulación responde nuestra institución.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestro país, el principio de proporcionalidad ha sido recogido en varios instrumentos normativos. Sin embargo, solo nos limitaremos a indicar lo normado en el en el corpus legal procesal penal del año 2004.

En la sección tres, título I, se establecen los preceptos generales de las medidas cautelares, en el art. 253, se establece que la restricción de un derecho [...] responderá al principio de proporcionalidad.

El desarrollo de la PP, en estricto sus presupuestos sustanciales lo encontramos en el apartado 268, y una vez verificado, no se constata que la proporcionalidad se haya regulado como presupuestos de esta institución.

Estando al estudio pormenorizado en el derecho comparado de la proporcionalidad en las legislaciones arriba indicadas podemos establecer lo siguiente:

En casi todas las normas procesales (decimos casi, porque en el proceso ecuatoriano no se establece de manera expresa referencia a la proporcionalidad en las cautelares) se establecen como una exigencia de justificación y de su necesidad que las medidas en sí sean proporcionadas.

Las diferencias de esta institución, se encuentra en su forma de tipificación, por ejemplo, se regulan como principios inspiradores de manera general necesarios para su justificación a todas las medidas precautorias en los códigos de Colombia, Argentina, México, Panamá, y también aquí ubicamos a nuestro código. Es decir, es una obligación que los jueces exijan a los fiscales que la medida se proporcional y así mismo este en su sentencia tendrá que justificar porque la medida resulta proporcionada.

En España, Chile, no se regula como principio general para todas las medidas cautelares, sino como una exigencia para su dictado en especial en la PP.

En el caso alemán, a diferencia de los anteriores grupos de tipificación, se verifica que la proporcionalidad es un requisito que pertenece a la propia institución de PP.

De lo anterior, no puede confundirse ni interpretarse en contrario a lo normado por legislador: a) una cuestión es establecer que la proporcionalidad es un requisito que pertenece a la institución cautelar y, b) otra muy diferente es que sea un principio general para su dictación. En el caso peruano en atención a lo comparado haciendo uso el del derecho comprado, encaja en el sentido último, por lo que, a nuestra consideración, en el caso de Arequipa-2013, los jueces han cometido un grave error al establecer que la proporcionalidad pertenezca como requisito de la institución “PP”. Tal enfoque rompería el esquema de competencias, dado que no es una tarea de los jueces crear requisitos más que del tenor legal fijado por el legislador, sino solamente propugnar medidas racionales en concordancia con los principios y valores en los que se basan la carta constitucional.

Capítulo V

Diseño Metodológico

La unidad de análisis va a ser las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas de los juzgados de investigación preparatoria de Lambayeque, correspondientes a los años 2018, 2019 y 2020.

La población va a estar constituida por las resoluciones judiciales sobre requerimiento de prisiones preventivas, de los juzgados de investigación preparatoria de Lambayeque correspondientes a los años 2018, 2019 y 2020.

La muestra ha sido obtenida bajo un criterio de razonabilidad, teniendo en cuenta las dificultades para poder obtener las resoluciones judiciales de prisión preventiva, por lo que se ha trabajado con 14 resoluciones de prisión preventiva de los juzgados de investigación preparatoria de Lambayeque de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, correspondientes a los años 2018, 2019 y 2020.

Las 13 resoluciones de prisión preventiva donde se analizan la aplicación del principio de proporcionalidad, son los siguientes:

1. Expediente N° 11090-2018-83

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Juan Roberto Ventura Chapoñán
Agraviada (o)	A. K. S. P. P. (16 años)
Fecha de emisión	27-09-2018

Antecedente o hecho	El día 24 de septiembre del 2018 aproximadamente a horas 03:00 de la mañana el imputado Juan Roberto Ventura Chapoñán, en compañía de otra persona de sexo masculino no identificada, ingresaron al inmueble ubicado en la Calle San Martín N° 155 del Distrito de Túcume, por una ventana del segundo piso, la cual se encontraba sin marco ni lunas, solamente cubierta por una cortina,
----------------------------	--

para ello se utilizó una escalera colocada en el frontis del inmueble y luego ingresaron a la casa, se supone que bajaron al primer piso por una escalera interna de material noble para dirigirse a uno de los dormitorios dónde se encontraba la menor de iniciales A. K. S. P. P. de 16 años de edad conjuntamente con su señora madre Liliana Aldana Damián, procediendo el imputado Juan Roberto Ventura Chapoñán a destapar a la menor, le bajó el pantalón hasta las rodillas y la efectuó tocamientos en sus partes íntimas por encima de su trusa, asimismo, le tocó sus piernas; ante lo cual la menor despertó y se percató de lo que estaba sucediendo, por lo que alertó a su madre diciendo: “mamá hay alguien aquí”. En ese momento la madre se levantó, encendió la luz, observó que un sujeto sin pantalón, vestido con calzoncillo y camisa se iba hacia la sala para luego subir por la escalera de cemento hacia el segundo piso, siendo perseguido por la madre de la agraviada quien también había gritado para despertar a sus otros dos hijos varones de 18 y 14 años de edad que estaban en sus cuartos durmiendo, y fue uno de ellos Edinson Jair Pizarro Aldana quien se dio cuenta al observar por la ventana de la sala que había una escalera fuera de la sala optando por retirarla ya que vio que uno de los sujetos bajó por ella y huyó y quiso evitar que el otro hiciera lo mismo, procediendo a llamar a la policía de Túcume cuyo personal acudió inmediatamente hacia el domicilio y a realizar patrullaje por la zona aprehendiendo posteriormente en una casa abandonada cerca de hechos al denunciado Juan Roberto Ventura Chapoñán.

- Presupuestos de la Prisión Preventiva** En los fundamentos quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
- Principio de Proporcionalidad** Fundamento octavo: “En cuanto al análisis de proporcionalidad en consecuencia al concluirse que concurren copulativamente los presupuestos procesales que contempla el artículo 268 del Código Procesal Penal para imponer la medida de prisión provisional de Prisión Preventiva para el imputado Juan Roberto Ventura Chapoñán la razonabilidad del uso de la excepcionalidad de la

Prisión Preventiva se justifica al no advertir sé por ahora una medida distinta que cumpla con las finalidades que esta medida. Además la finalidad coercitiva tan gravosa como la Prisión Preventiva es el de asegurar la presencia física del imputado en la investigación preparatoria y en el futuro juicio oral garantizando la eficacia de una futura sentencia al respecto lo que sea divertido en el caso que nos ocupa en efecto la agraviada resulta ser una menor la cual ha sido víctima de actos contra el pudor. En consecuencia siendo su naturaleza de persona vulnerable y que al parecer la conducta ha sido realizada por el procesado considero que los elementos de convicción suficientes para amparar lo solicitado por el Ministerio Público.”

Análisis

En esta resolución el órgano jurisdiccional lo que hace es limitarse a señalar que la medida de Prisión Preventiva sería proporcional a la restricción de la libertad del investigado en tanto no existe otra medida para garantizar la presencia de este en el proceso. Consideramos que el juez no cumple con la garantía exigida por la norma procesal y por la casación 626 – 2013, Moquegua, en tanto se exige se explique las razones por las que una medida que restringe la libertad personal tan gravosa como la Prisión Preventiva es proporcional y por ende constitucional. Con la emisión de la resolución en comentario se evidencia una afectación no sólo al principio de proporcionalidad que constituye un límite a las actuaciones de las entidades jurisdiccionales si no incide gravemente en la libertad del investigado. Por ello, sé es de la opinión que el órgano jerárquico superior debió declarar nula dicha resolución a fin de salvaguardar la norma procesal, la jurisprudencia vinculante y los derechos fundamentales del investigado.

2. Expediente N° 09881-2018-81

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	William Fernando Fernández Pasache
Agraviada (o)	Sulamita Raquel Fiestas Balladares
Fecha de emisión	02-09-2018

Antecedente o hecho	<p>El día 29 de agosto del año 2018 a las 3:45 del día o de la mañana aproximadamente una ciudadana Sulamita Raquel Fiestas Valladares se encontraba esperando un vehículo en las intersecciones de la avenida Elvira García y Alfonso Ugarte del Distrito de San José para ir a vender a Moshoqueque su pescado fresco. Fue en esos instantes que aparece un vehículo marca Chevrolet de color rojo con placa de rodaje M2B - 252, conducido por el imputado William Armando Fernández Pasache, quién llevaba como pasajero a otra persona de sexo masculino, el pasajero le dijo si va a demorar mucho a lo que la agraviada le dijo que sí, dichas personas que se encontraban en el interior del vehículo le dijeron que suba, mientras el imputado acomodaba sus cosas, la agraviada fue a su casa a sacar su celular y dinero, al regresar vio que el imputado había colocado los seis baldes con pescado en la parte de atrás 3 en el asiento y los otros tres en el piso encima de 6 tinas pequeñas acomodadas una dentro de otra conteniendo una de las tinas pescado y su balanza la llevaba el otro señor en la mano; subiendo la agraviada en el asiento del copiloto. Minutos después la misma al darse cuenta que no era un vehículo conocido le dijo que pare y baje sus cosas en lo que la persona que iba atrás le jaló del cabello y el chófer le dijo “concha tu madre no grites porque te mato”, amenazándola con el cuchillo que llevaba entre sus piernas para poder limpiar el pescado que iba a vender a lo que la agraviada respondió “no me hagan nada llévense todo ya perdí” entregándole su monedero el mismo que llevaba por sus senos. Asimismo el chofer la insultaba</p>
----------------------------	---

mientras ella le rogaba que no le hagan daño por sus hijos, comenzó a tocarla encima de su ropa descubriendo que tenía escondido su celular el mismo que le dijo que se lo entregué, la agraviada le pedía bajar ante lo cual el chófer le dijo “cállate porque yo sé dónde te voy a bajar” para luego ir por la carretera Pimentel ya la altura de la granja de pollos donde detuvo el carro y le dijo “bájate, bájate concha tu madre”.

Presupuestos de la Prisión Preventiva

En los fundamentos cuarto y quinto el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva, esto es, elementos de convicción graves y fundados, pronóstico de pena y peligro procesal.

Principio de Proporcionalidad

Fundamento Sexto: “Respecto al análisis de proporcionalidad considero que al existir copulativamente los supuestos que establece el artículo 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida provisional preventiva contra el imputado William Fernández Pasache por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de Robo Agravado, en agravio de Sulamita Raquel Fiestas, si bien es cierto se trata de una medida excepcional en donde está de por medio la libertad del investigado considero que se justifica al no advertirse por ahora una medida que permita desarrollar el proceso y sobre todo con la finalidad de este. En consecuencia debo amparar el requerimiento presentado por el representante del Ministerio Público, además teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 253 del Código Procesal Penal esto es respecto a las medidas que resultan necesarias y proporcionales y sobre todo para asegurar el proceso y así también para la ejecución de una probable sentencia y más aún si estamos ante lo expuesto por la defensa este pronunciamiento estaría suscitado lo que se actúe posteriormente y también hoy que aporte la defensa a los intereses de su patrocinado”

Análisis

Somos de la opinión que el juzgado al ejercer su potestad jurisdiccional y aun cuando puede alegar que no existe otra

medida más eficaz para asegurar la presencia del investigado en el curso del proceso penal, yerra en la aplicación del principio de proporcionalidad porque no realiza un adecuado análisis técnico jurídico que nos debe llevar a asumir que se está frente a una resolución debidamente motivada y por ende legítima no sólo a nivel de la normativa procesal penal sino de la normativa constitucional que rige el proceso penal en el marco de un Estado Democrático y de Derecho. En ese sentido consideramos que dicha resolución presenta no solamente un vicio formal, esto es, no añade adecuadamente el principio de proporcionalidad a la fórmula que debe contener una resolución jurisdiccional si no presenta vicios en el fondo que la convierten en nula y por ende debe ser rectificadora por el órgano superior.

3. Expediente N° 12322-2018-65

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Marco Antonio Fernández Torres
Agraviada (o)	G. F. G. R.
Fecha de emisión	25-10-2018

Antecedente o hecho	Al investigado Marco Antonio Fernández Torres se le atribuye la autoría del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual en agravio de la persona de iniciales G. F. G. R. El hecho, según la denunciante Ismenia Cecilia Rodríguez Castañeda habría ocurrido el día 25 de octubre del 2018 a las siete de la mañana en su domicilio ubicado en la avenida San Martín N° 582-Mochumi. Según la denunciante su hija que posee habilidades especiales habría salido de su casa a las dos de la madrugada con un maletín pequeño con rumbo desconocido y por información de sus vecinos ésta se habría dirigido con dirección a Túcume, y luego de una búsqueda encontraron a la víctima en compañía de una persona mayor en el interior de un Hostal, y se
----------------------------	--

	<p>identificó a la persona que estaba con ella cómo Marco Antonio Fernández Torres de 38 años de edad. Luego de las diligencias se determinó que el investigado habría accedido carnalmente a la víctima, aprovechándose de su situación especial.</p>
Presupuestos de la Prisión Preventiva	<p>En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.</p>
Principio de Proporcionalidad	<p>Fundamento octavo: “Considero que al haberse concluido que existen copulativamente los presupuestos procesales que contempla el artículo 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para el imputado Marco Antonio Fernández Torres, considero que la razonabilidad del uso de la excepcionalidad de la Prisión Preventiva se justifica al no advertirse por ahora que una medida distinta cumpla con las mismas finalidades que esta medida, siendo así es procedente amparar el requerimiento solicitado por el Ministerio Público, además, de acuerdo a la tesis de la defensa debo decir también que todas las medidas cautelares en cuanto a su naturaleza son provisionales, variables y pueden ser modificadas, pero por el momento no es atrás o no hable que se pueda aplicar una medida menos gravosa a la que ha solicitado el Ministerio Público, por lo que se debe amparar el requerimiento fiscal así como también el plazo que ha considerado esto es 9 meses de Prisión Preventiva.”</p>
Análisis	<p>El autor considera que esta resolución al igual que las anteriores no cumple con la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales. Y ello es así porque se limita a transcribir un concepto genérico de razonabilidad, sin motivar fundadamente la proporcionalidad de la medida de Prisión Preventiva impuesta al investigado y porque erróneamente Aassume qué la imposición de dicha medida obedece a que no existe otra menos gravosa, sin señalar cuál es la razón de esa inexistencia. Conforme se verifica, dos son las debilidades de dicha resolución no señalar</p>

porque la medida es proporcional y no señalar porque no existe una menos gravosa. Con ambas premisas irresueltas por el órgano jurisdiccional, consideramos que debe revisarse dicha resolución y declararse su nulidad porque en puridad no respeta la normativa procesal vigente los principios procesales de orden constitucional y la Constitución propiamente dichas. Así las cosas, si bien se está frente a un delito grave, también es cierto que dicha gravedad no puede ser la única justificación para que se imponga una medida cautelar personal como la Prisión Preventiva la cual es la excepción en nuestro Estado de Derecho.

4. Expediente N° 13112-2018-66

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	José Luis Saavedra Herrera y otros
Agraviada (o)	Juan Carlos Chavesta Guerrero y otros
Fecha de emisión	15-11-2018

Antecedente o hecho	<p>El investigado y otros integrarían una banda criminal denominada “Los Malditos de la Victoria”, que se dedicaría a cometer actos del robo de vehículos a mano armada en todo el departamento de Lambayeque principalmente en la ciudad de Chiclayo, la Victoria y Lambayeque siendo la modalidad, tomar carreras de taxi, esto es, taxi a bordo y amenazar y reducir a los conductores con arma de fuego y llevarse los vehículos para luego venderlos. el primer hecho consistiría en el robo del vehículo a la persona de Juan Carlos Chavesta Guerrero quién se encontraba realizando el servicio de taxi por la calle Elías Aguirre-San Martín donde una persona de sexo masculino le tomó la carrera con destino a la vía de evitamiento y cuando llegó al destino acordado el sujeto que le tomó la carrera le quitó las llaves del vehículo y en escena aparecieron dos o más desconocidos portando armas de fuego más para que así no ponga resistencia y entregué la unidad. El segundo hecho se habría producido el día siete de noviembre 2018 en agravio de Iván Tenazoa Rivera, a quién una fémica le solicitó el servicio de taxi con destino al Hospital Regional, y cuando ya estaban transitando uno de los acompañantes de la fémica le amenazó con arma de fuego y le quitaron su unidad. El tercer hecho habría sucedido el 10 de noviembre del 2018 en agravio de Víctor Hugo flores Manosalva a quién le solicitaron el servicio de taxi a la altura de la avenida Pedro Ruiz y Angamos en Chiclayo cuatro personas desconocidas entre ellas una mujer con destino al Pueblo Joven Ricardo Palma, ya llegaron uno de los pasajeros específicamente quién se encontraba detrás del</p>
----------------------------	--

conductor sacó un arma de fuego lo agarró por el cuello y lo amenazó a fin de que la entregue el vehículo logrando su cometido. El cuarto hecho, Ocurrió el día 11 de noviembre de 2018 cuando personal policial tomó conocimiento que los integrantes de la banda se dirigían por la carretera Panamericana y pretendían comercializar el vehículo motorizado robado a la persona de Hugo Flores Manosalva, logrando intervenir dos y junto a ellos ubicar dos vehículos que presuntamente también habrían sido robados.

Presupuestos de la Prisión Preventiva En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.

Principio de Proporcionalidad Fundamento octavo: “respecto al análisis de proporcionalidad, considero que en el presente caso concurren copulativamente los presupuestos que establece la norma procesal artículo 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para los imputados, (...), considero que es procedente amparar el requerimiento solicitada por el Ministerio Público por no existir por ahora mayor garantía para que los referidos imputados puedan estar sujetos al proceso; por lo que la razonabilidad del uso de la medida excepcional esto es la medida coercitiva se justifica al no advertirse una medida distinta que cumpla con la misma finalidad que la Prisión Preventiva, teniendo en consideración sobre todo la gravedad del delito que se les atribuye y que sobre todo afectan gravemente a seguridad ciudadana, no solamente en esta localidad sino en la región así como también los daños probables que habrían ocasionado a los agraviados teniendo en consideración sobre todo de que se trata de hechos injustificados acontecidos encontrar personas que se dedican a una actividad laboral de riesgo como es la conducción de vehículos motorizados en la manera de taxis, razones por las cuales considero que no hay medida menos gravosa que nos permite

asegurar la presencia de los imputados sobre todo como se ha dicho a los actos de investigación que aún faltan por realizar y que de acuerdo a la teoría de los señores abogados presentes debe de materializarse y sobre todo también al probable juicio al que serían sometidos; por lo que considero razonable privarlos de su libertad a efectos de evitar reiteración delictiva conforme a lo previsto en el artículo 253 del Código Procesal Penal último párrafo.”

Análisis

De la lectura integral de la resolución se advierte que se trataría de la comisión de un delito grave cometido por una presunta banda criminal, la misma que se dedicaría al robo de vehículos motorizados en la modalidad de tomar taxi a lugares alejados del radio urbano de la ciudad. El órgano jurisdiccional ampliamente analiza los elementos de convicción aportados por el Ministerio Público, la probable prognosis de pena y el peligro procesal. Sin embargo, cuando le corresponde referirse al principio de proporcionalidad, se limita a señalar de forma genérica que la medida es proporcional para todos los imputados porque no existe mayor garantía para que estos puedan estar sujetos al proceso. Desde nuestra perspectiva consideramos que el juez, aun cuando dice que con la imposición de la medida cautelar se va a proteger la Seguridad Ciudadana y evitar mayores daños, no cumple con la debida fundamentación que exige el principio de proporcionalidad, es decir, debería señalar porque la medida es idónea, necesaria y proporcional respecto de cada uno de los investigados y no de forma global afectando con ello el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Dicha resolución por tanto debería ser revisada por el órgano superior a fin de que se declare nula y se cumpla con motivar debidamente la imposición de una medida tan gravosa como lo es la Prisión Preventiva. Finalmente, consideramos que la medida impuesta, sí sería proporcional por qué persiguen efectivizar la vigencia del proceso penal, asegurando la presencia de los

investigados en cada una de las etapas que la norma procesal exige se cumplan para así llegar a un fin procesal jurídicamente válido, sin importar el resultado final del proceso pudiendo ser este absolutorio o condenatorio.

5. Expediente N° 13084-2018-82

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Danilo Alexander Yamunaque Barrera y otros
Agraviada (o)	Gustavo Adolfo Sandoval Chayán
Fecha de emisión	30-11-2018

Antecedente o hecho	<p>El día 27 de noviembre del año 2018 a las 12:30 aproximadamente en circunstancias que Gustavo Adolfo Sandoval Chayán, se encontraba trabajando en su moto taxi por el Asentamiento Humano Primero de Marzo a la altura de la huaca que se encuentra en la calle paralela a la calle Emiliano Niño de Lambayeque la persona de Danilo Yamunaqué Barrera que tiene las características cabello corto y crespo contextura mediana de 1.70 de estatura aproximadamente de 28 años de edad estaba vestido con buzo y polera color plomo que no iba manejando una moto taxi de color rojo con negro y llevaba como pasajero a Luis Ángel Pasache Flores quién vestía un polo de color negro y bermuda color negra de 20 años de edad aproximadamente y Leonardo Yamunaqué Barrera que vestía con Jean y polo color blanco, iba manejando la moto taxi de color negro con rayas quienes le cerraron el paso, luego los tres sujetos descendieron de las mototaxis, se dirigieron al agraviado, le pidieron que entregue la llave del vehículo, le amenazaron con arma de fuego y le insultaron, agrediendo le con la cachá del arma en la cabeza ocasionándole lesiones traumáticas de origen contuso , y cuando los delincuentes se disponían a llevarse la moto taxi del agraviado, fueron impedidos por los residentes del lugar, no obstante los investigados se dieron a la fuga dejando el vehículo en el lugar.</p>
Presupuestos de la Prisión Preventiva	<p>En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.</p>

Principio de Proporcionalidad	Fundamento octavo: “En cuanto al análisis de proporcionalidad, habiéndose concluido que concurren copulativamente los presupuestos procesales del artículo 268 del Código Procesal Penal, esto es, para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva a los imputados (...), la razonabilidad de uso de la excepcionalidad de la prision preventiva se justifica al no advertirse por ahora una medida distinta que cumpla con las mismas finalidades que tiene esta medida siendo procedente para el requerimiento fiscal”.
Análisis	Desde nuestra óptica consideramos que la fundamentación jurídica en cuanto al principio de proporcionalidad es vacua y constituye una un ultraje a la norma procesal porque no se condice con lo que el legislador ha pretendido garantizar con la inclusión del principio de proporcionalidad de las medidas cautelares. Limitarse a decir que no existe otra medida que cumpla con lo que persigue la Prisión Preventiva es un atentado a principios constitucionales cómo son el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Con semejante razonamiento, aun cuando la medida puede resultar legítima y viable, deja abierta la posibilidad de que la defensa de los investigados recurran la misma y soliciten su nulidad por cuánto no aplica idóneamente el principio de proporcionalidad. Cómo se refiere supra es una resolución limitada que no cumple con los estándares que deben tener las decisiones de orden jurisdiccional más aún si se trata de la limitación de derechos fundamentales como la libertad. Esta deficiencia acarrea que se inutilice el esforzado trabajo del Ministerio Público en su lucha contra la delincuencia y el crimen que se desarrolla en la jurisdicción de Lambayeque. Por ello consideramos que debe exigirse al órgano jurisdiccional señalar la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida más aún si es una postulación del Ministerio Público, pues de lo contrario podría asumirse en el Ministerio Público ni el poder judicial motivan sus requerimientos y resoluciones respectivamente.

6. Expediente N° 14983-2018-28**Medida** Prisión Preventiva**Órgano** Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque**Denunciado** Guilllermo Alonso Tuñoque Peche
Jesús Baldera Sandoval**Agraviada (o)** Carmen Liliana Baldera Chapoñán**Fecha de** 02-01-2019**emisión**

Antecedente o hecho	El día 30 de diciembre del año 2018 a las 12:50 aproximadamente la persona de Carmen baldera chapoñan, salió de su domicilio con dirección al caserío Campodónico del Distrito de Túcume fue interceptada por dos personas de sexo masculino, de los cuales, uno le cogió del brazo e intentó quitarle su celular de marca Sony, frente a lo cual, puso pero fue amenazada con la expresión “ Oye concha de tu madre ya suelta el celular si no oíste aquí te tiro” por lo que la agraviada se sintió intimidada y se puso nerviosa, más aún cuando el otro sujeto que era más alto se encontraba a unos metros de distancia como campana y podrían atentar contra su integridad optando por entregar el celular. Una vez que los delincuentes obtuvieron el objeto se dieron a la fuga, sin embargo la agraviada solicitó apoyo a la policía y comenzaron la persecución hasta lograr su captura, siendo identificados los sujetos como Jesús Baldera Sandoval y Guillermo Alonso Tuñoque Peche.
Presupuestos de la Prisión Preventiva	En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de Proporcionalidad	Fundamento octavo: “En cuanto al análisis de la proporcionalidad se tiene que al existir copulativamente los presupuestos que establece la norma procesal, artículo 268 del Código Procesal Penal para imponer la medida provisional de la Prisión Preventiva contra los imputados, aun cuando se dice que TUÑOQUE PECHE tendría pues un domicilio conforme lo

acredita con un certificado expedido por el teniente gobernador del caserío San Carlos mucho me dé una constancia de trabajo expedida por Edgardo Damián Vidaurre presidente de una asociación civil, considero que estos documentos resultarían siendo irrelevantes no consistentes y también para los fines de la investigación, además, considero (...) no se advierte por ahora una medida distinta que cumple con las finalidades de la Prisión Preventiva por lo que debe ampararse la pretensión del Ministerio Público, en cuanto a la duración de la Prisión Preventiva, se argumentó y se citó a la casación de Moquegua 623-2013 habiéndose iniciado el proceso y aún más existiendo al parecer un unas contradicciones en cuanto a las defensas de los imputados y conforme también lo dicho por la representante del Ministerio Público considero que los 09 meses que están solicitando serían prudentes a efectos de que se realice una investigación teniendo en consideración el acto de investigación sólo para demostrar la responsabilidad y consecuencia de una sentencia condenatoria sino también para dé para establecer el grado de responsabilidad por parte de cada uno de los investigados”.

Análisis

El autor sostiene su disconformidad con el razonamiento desplegado por el Juzgado de Investigación Preparatoria. Advertimos en la resolución bajo análisis que no cumple con la exigencia ordenada por el Código Procesal Penal. Así, identificamos una ineludible vulneración al derecho de defensa de los imputados pero sobre todo a su libertad. No se niega su aparente participación en el delito materia de investigación pero dicha circunstancia no es determinante para que los imputados enfrente en la investigación en prisión por el plazo de 9 meses. Consideramos que debió indicarse la razonabilidad del plazo y la proporcionalidad de la Prisión Preventiva. En el primer caso por respeto al principio procesal del plazo razonable y en el segundo por respeto a la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema,

específicamente, a la casación número 623-2013-Moquegua, según la cual debe señalarse porque la Prisión Preventiva es proporcional a la limitación de la Libertad de un investigado. Contrario sensu, si no se indica razones plausibles respecto de dicho principio en la aplicación de la medida cautelar anotada la decisión tomada por el órgano jurisdiccional deviene en inminente mente nula o viciada.

7. Expediente N° 00731-2019-95

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Baltazar Acosta Vidaurre
Agraviada (o)	María Guadalupe Chapoñán Zapata
Fecha de emisión	22-01-2019

Antecedente o hecho	Se tiene que los hechos imputados sucedieron el día 18 de enero del año 2019 a horas 18:00 aproximadamente cuando personal de la comisaría de San José-Lambayeque se trasladó hasta el Caserío Mirador-Centro Poblado Los Bodegones, Lambayeque a solicitud del Teniente Gobernador de dicho lugar quien señaló que en el tren se encontró una persona de sexo masculino quien dijo llamarse Baltazar Acosta Vidaurre quien al parecer había sustraído ganado ovino, carneros que se encontraba maniatado de sus patas, personal policial se percató además que el sujeto se encontraba con aliento alcohólico, presentaba diversas lesiones en el cuerpo cabeza y brazos siendo que esta persona se encontraba con una mochila de lona color negro azul y en su interior se encontraba prendas de vestir y dos armas de fuego un revólver marca Smith y Wesson abastecidos con municiones color negro con serie número 35344 y una pistola cromada sin marca con mango de madera serie número 168985, dos cacerinas señalando el intervenido que no contaba con licencia para portar armas así como también habría cometido el delito de abigeato en agravio de María Chapoñán Zapata.
Presupuestos de la Prisión Preventiva	En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de Proporcionalidad	Fundamento octavo: “Respecto al análisis de proporcionalidad, considero que en el presente caso concurren copulativamente los presupuestos que establece la norma procesal 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida

provisional de Prisión Preventiva para el imputado Baltazar Acosta Vidaurre, considero que es procedente amparar el requerimiento solicitado por el Ministerio Público pues no existe por ahora mayor garantía para que el referido imputado puede estar sujeto al proceso; por lo que la razonabilidad del uso de la medida excepcional, esto es, la medida coercitiva, se justifica al no advertirse una medida distinta que cumple con la misma finalidad de que la Prisión Preventiva, teniendo en consideración sobre todo la gravedad del delito que se le atribuye y que sobre todo afecta gravemente la Seguridad Ciudadana, no solamente en esta localidad sino en la región, asimismo, en el plazo de 9 meses que se tiene, más aún conforme lo ha referido el representante del Ministerio Público existe la posibilidad que se tenga que ampliar la investigación, considero que resulta razonable sino también llegará la posibilidad de un juzgamiento, y el plazo de nueve meses es razonable porque está dentro de los parámetros que prevé la ley procesal, por tales fundamentos considero que no hay una medida menos gravosa que nos permita asegurar la presencia del imputado sobretodo como se dice a los actos de investigación que aún faltan por practicar y que de acuerdo a la teoría de los señores abogados presentes debe de materializarse y sobre todo también al probable juicio al que serían sometidos por lo que considero razonable privarlo de su libertad a efectos de la reiteración delictiva conforme a lo previsto por el artículo 253 del Código Procesal Penal último párrafo, siendo razonable el plazo de nueve meses solicitado”.

Análisis

En nuestra tesis buscamos que la doctrina y la jurisprudencia respecto del principio de proporcionalidad en la aplicación de la medida cautelar de Prisión Preventiva sea acorde a los parámetros convencionales y constitucionales. No se niega que para efectivizar un proceso cerrado de la privación de la libertad del investigado, toda vez que se considera que debe ejercerse

efectivamente el ius puniendi estatal; sin embargo, verificamos que la imposición de dicha medida en muchos casos es arbitraria, convirtiéndose en un atropello a la dignidad y a la vida de los investigados a quienes se le aplica. Es por ello, que las bases de nuestra república tienen como fin garantizar que las personas procesadas no sean objeto de un inmerecido castigo previo o condena anticipada, exigiendo que en el curso de la aplicación de medidas coercitivas transgresoras de la Libertad se revise la proporcionalidad de las mismas. En el presente caso, verificamos que el juez, no cumple con su rol constitucional de señalar cuáles son las razones por las que la medida es proporcional a la privación de la Libertad. Se limita a decir que el tiempo es razonable porque está dentro de los cánones procesales, y que es proporcional porque se cumple con los tres presupuestos normativos previos de la Prisión Preventiva. Identificamos un razonamiento deficiente respecto del requisito de proporcionalidad, el cual sólo tiene una mención de nomenclatura y no de contenido, convirtiendo a la resolución en un acto arbitrario o en su caso, nulo.

8. Expediente N° 795-2019- 68

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Filomena Vera Pizarro y otros
Agraviada (o)	El Estado
Fecha de emisión	25-01-2019

Antecedente o hecho	<p>Se tiene que la Policía Nacional en afán de buscar y encontrar información y capturar a personas que se encuentran inmersos en Delitos de Tráfico Ilícito de drogas, el día 9 de enero del 2019 se constituyó al Distrito de Tucume, Provincia de Lambayeque, donde personal policial de dicho resguardo y otras fuentes tomó conocimiento que un sujeto alias “zambo” llegaría en horas de la mañana a dejarle cierta cantidad de droga pasta básica de cocaína a una persona de sexo femenino identificada como “Tía Vanessa” que vive y tiene una bodega de abarrotes al costado de la institución educativa Víctor Andrés Belaunde ubicado en la calle Santa Rosa cuadra 1 de dicho lugar, por dedicarse a la venta de dicho estupefaciente en donde personal de la arena ARENADRO en coordinación con la CPNP de Túcume se mimetizan en mediaciones del citado domicilio, como resultado divisaron a un sujeto de sexo masculino que vestía color polo guinda, pantalón Jean, color azul y caminaba en forma sospechosa ya que miraba a todos lados, luego ingresó a una tienda que se encontraba con la puerta abierta por lo que personal de la Policía Nacional del Perú de inmediato ingreso tras de él y luego lo intervino en el momento que conversaba con una fémima, en donde el sujeto dijo llamarse José Eduardo Barrueto Chiroque, y al solicitarle que exhiba sus pertenencias se negó a hacerlo por lo que se le efectuó el registro personal encontrando en el bolsillo delantero izquierdo un envoltorio hecho de bolsa negra precintada con cinta de embalaje que al abrirlo contenía 124 envoltorios tipo kets hechos de papel de cuaderno</p>
----------------------------	--

	<p>cuadrulado, conteniendo cada uno sustancia parduzca pulverulenta con olor y características a pasta básica de cocaína indicando que dicho envoltorio era para la dueña de la tienda Vanessa Vera quién dijo llamarse Filomena Vanessa Vera Pizarro.</p>
Presupuestos de la Prisión Preventiva	<p>En los fundamentos tercero, cuarto, quinto y sexto el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.</p>
Principio de Proporcionalidad	<p>Fundamento séptimo: “Respecto al análisis de proporcionalidad Consideró que en el presente caso concurren copulativamente los presupuestos que establece la norma procesal 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para los imputados (...) considero que es procedente amparada el requerimiento solicitado por el Ministerio Público pues no existe por ahora mayor garantía para que los referidos imputados puedan estar sujetos al proceso; por lo que la razonabilidad del uso de la medida excepcional se justifica al no advertirse una medida distinta que cumpla con la misma finalidad que la Prisión Preventiva teniendo en consideración sobre todo la gravedad del delito que se les atribuye que sobre todo afectan gravemente la Seguridad Ciudadana, no solamente en esta localidad sino en la región en general, así también los daños probables que habrían ocasionado a los menores que asisten al centro educativo donde supuestamente se ha venido realizando la actividad que es materia de esta investigación, asimismo en el plazo de 9 meses que se tiene más aún si se tiene conforme lo ha referido el representante del Ministerio Público existe la posibilidad de que se tenga que ampliar la investigación, considero que resulta razonable que no solamente esté comprendida la investigación en sí sino también llegará la posibilidad de un juzgamiento, siendo así considero que el plazo de nueve meses es razonable y está dentro de los parámetros que prevé la ley procesal, por tales fundamentos considero que no</p>

hay una medida menos gravosa que nos permita asegurar la presencia de los imputados Sobre todo como se ha dicho a los actos de investigación que aún faltan por practicar y que de acuerdo a la teoría de los señores abogados presentes debe materializarse y sobre todo también al probable juicio al que serían sometidos, por lo que consideró razonable privarlos de su libertad a efecto de evitar la reiteración delictiva conforme a lo previsto por el artículo 253 del Código Procesal Penal, último párrafo”.

Análisis

En nuestra opinión la resolución en comento se muestra endeble y por tanto merece una supervisión desde el rigor jurídico que impone la Constitución a la función jurisdiccional. Verificamos, que la motivación de la resolución es insuficiente, arbitraria y defectuosa en el sentido de que no indica plausibles razones por las cuales la Prisión Preventiva impuesta a los investigados es proporcional a la privación de su libertad. El autor considera Que debe observarse y privilegiarse la regla y no la excepción. Si se parte de la hipótesis de que se va aplicar la Prisión Preventiva Entonces está, debe ser impuesta con todas las garantías que implica apartarse de la regla y hacer uso de la excepción. La excepción es viable en tanto la medida a imponerse es la única para satisfacer los intereses de la investigación y siempre y cuando observe los parámetros del test de proporcionalidad. Es decir, se utiliza lo excepcional cuando desde la proporcionalidad no existe otra medida menos gravosa que reemplace a la Prisión Preventiva, dejando como justificación su idoneidad su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, debemos ser celosos en el control de las decisiones jurisdiccionales pues éstas, inciden de manera directa en derechos fundamentales de ciudadanos a quienes Durante la etapa de investigación se les presume inocentes. Y esta presunción, con una desproporcionalidad medida coercitiva se ve flagrantemente lacerada, lo cual debe corregirse, en aras de la

imperatividad del Estado de derecho. En suma, son las reglas del ordenamiento social que imponen a los administradores jurídicos El Deber de garantizar en primer lugar la vigencia de los derechos fundamentales y eventualmente su restricción. Si la restricción no es acorde a derecho, es inconstitucional. En el caso concreto, se advierte meridianamente que la decisión jurisdiccional no es acorde a derecho, porque solamente se limita a repetir que la medida es proporcional en tanto se cumple con los tres primeros presupuestos normativos de la Prisión Preventiva y olvida que el principio de proporcionalidad dentro de una imposición de semejante naturaleza tiene autonomía y concurre junto a los demás presupuestos como una cualidad que debe observarse obligatoriamente. Si no hay razones que nos indiquen que la medida es idónea es necesaria y es proporcional, la medida es desproporcional y por tanto ilegal.

9. Expediente 2620-2019-73

N°

Medida Prisión Preventiva**Órgano** Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque**Denunciado** Carlos Valentín Suyón Lupuche**Agraviada** Maritza Yanayaco Lupuche

(o)

Fecha de 12-03-2019**emisión**

Antecedente o hecho	El día 7 de marzo del año 2019 a horas 19:00 cuando la agraviada Maritza Yanayacu Lupuche se dirigía por la calle Sucre y Poncianas de Lambayeque, con la finalidad de ver cómo seguía su caso por lesiones ocurrido el día 21 de enero del año 2019, escucho detrás de ella una mototaxi, la misma que freno y escuchó la voz de su primo Carlos Valentín quién le mentó la madre entre otras palabras soeces cómo “prostituta por qué no retiras la denuncia te voy a matar”, asimismo, bajó de la moto y colocó una soguilla en el cuello de la denunciante y empezó a ahorcarla aproximadamente por un minuto, ella trató de voltear intentando coger la soguilla y el denunciado le propinó un puñete en el pómulo izquierdo, pasando en ese momento cerca de ellos una mototaxi de donde gritaron “OYE carajo deja la chica”, en esos momentos el denunciado le quitó la soguilla y se retiró a su mototaxi, luego de ello la denunciante se puso a llorar y caminando fue a su casa encontrando a su esposo e hijos y les contó lo sucedido denunciando el hecho el día 8 de marzo del 2019 a horas 9:45 de la mañana aproximadamente.
Presupuestos de la Prisión Preventiva	En el fundamento tercero, cuarto, quinto y sexto el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de Proporcionalidad	Fundamento Séptimo: “Respecto al análisis de proporcionalidad Consideró que en el presente caso concurren copulativamente los presupuestos que establece la norma procesal 268 del Código

Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para el imputado Carlos Valentín Suyón Lupuche, considero que la razonabilidad del uso de la excepcionalidad de la Prisión Preventiva se justifica, al no advertirse por ahora que una medida distinta cumpla con las mismas finalidades que esta medida por lo que considero que es procedente amparar el requerimiento del Ministerio Público, teniendo en consideración el comportamiento del imputado es de forma ascendente en cuanto al agresión, siendo así este juzgado debe dar una respuesta rápida por sobre todo al Estado de comisión social que se vive por este tipo de delitos y garantizar la seguridad e integridad de la víctima por lo que considero razonable privarlo de su libertad a efectos de evitar la reiteración delictiva conforme a lo previsto por el artículo 253 del Código Procesal Penal último párrafo”.

Análisis

El autor considera que el órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia yerra en la aplicación del principio de proporcionalidad, en tanto, manifiesta que dicha medida sería razonable por el plazo de 9 meses en virtud a que no existe otra medida que cumpla con la misma finalidad, aduciendo implícitamente que sólo la Prisión Preventiva tiene la entidad para garantizar una investigación prolífica y coherente con el estado social y democrático de derecho. Desde nuestra perspectiva debemos señalar enfáticamente, que la Prisión Preventiva es una medida cautelar de carácter provisional e instrumental, y aun cuando el delito es grave en su aspecto objetivo y subjetivo, no debe soslayarse las razones por las cuales se imponen la Prisión Preventiva a un investigado. En el presente caso se advierte esa ausencia de razones, lo cual convierte a la decisión jurisdiccional incontrovertiblemente recurrible a fin de que se subsane un error in iudicando e in procedendo. Así pues, debemos señalar que esta resolución tampoco cumple con la

garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, y afecta gravemente al principio del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, a la que aspira cada ciudadano incluso siendo investigado.

10. Expediente	03017-2019-73
N°	
Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Jorge Alberto Morales Sandoval
Agraviada	Menor de iniciales M. D. R. S. LL.
(o)	
Fecha de emisión	21-03-2019

Antecedente o hecho	El día 17 de marzo del 2019 a horas 12:20 se encontraba descansando en su dormitorio de su domicilio ubicado en la calle 28 de Julio N° 188 Centro Poblado Cruz del Médano Mórrope-Lambayeque la persona de Juana LLontop Siesquén, al despertar se dirigió al cuarto de la menor agraviada de iniciales M. D. R. S. LL. de trece años de edad, para verla, pero ella no estaba, procedió a buscarla y tras revisar las cosas de la menor se dio cuenta que faltaba una mochila y prenda de vestir, entonces salió a buscarla, preguntó a los vecinos y logró llegar a una vivienda ubicada en el caserío Lagartera en Mórrope, tras tocar la puerta salió una señora a quién le preguntó si su hijo estaba con la menor agraviada, la señora fue a ver, regresó y le respondió que sí estaba, entonces la denunciante le comunicó que sólo quería llevarse la menor para que siga estudiando, se la llevó y en su casa le preguntó si había tenido relaciones sexuales con el denunciado, respondiendo la menor que si en dos ocasiones siendo la última vez el 16 de marzo del 2019, porque era su enamorado y por eso se fue de la casa a vivir con él.
Presupuestos de la Prisión Preventiva	En los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de Proporcionalidad	Fundamento octavo: “Respecto al análisis de proporcionalidad Consideró que en el presente caso concurren copulativamente los tres presupuestos que establece la norma procesal 268 del Código

Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para el imputado Jorge Alberto Morales Sandoval quien al parecer podría tener responsabilidad en la investigación que le sigue por el delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, considero que es procedente amparar el requerimiento solicitada por el Ministerio Público pues no existe por ahora mayor garantía para que el referido imputado pueda estar sujeto al proceso, por lo que la razonabilidad del uso de la medida excepcional esto es la medida coercitiva se justifica no advertirse una medida distinta que cumpla con la finalidad que la Prisión Preventiva, teniendo en consideración sobre todo el escenario donde se ha suscitado los hechos, la gravedad del delito y La minoría de edad.”

Análisis

En nuestra opinión, estamos frente a una resolución judicial cuya característica más resaltante es su insuficiencia en la motivación, respecto de la garantía denominada principio de proporcionalidad. Por este principio, se entiende, debe realizarse una ponderación entre dos derechos fundamentales y luego de ello establecer con criterios razonables cuál es el derecho que tiene mayor relevancia. Verificamos en la resolución comentada, que el juez no realiza ninguna contemplación al principio de proporcionalidad y su aplicación es insignificante. Podría decirse categóricamente que no existe aplicación de principio de proporcionalidad en la resolución analizada, puesto que se limita, simplemente a señalar lo ya repetido en el análisis de los otros presupuestos que la norma procesal exige para la aplicación de la medida de Prisión Preventiva. En ese orden de ideas, el autor, considera que no se puede vulnerar principios elementales de la democracia, sobre todo cuando se administra justicia, porque de dicha vulneración, resulta un daño irreparable, el cual es soportado, por alguien, a quién se le considera o se le presume inocente. No basta pues, referirse escuetamente al principio de

proporcionalidad, como si este fuese un atavío para completar el formato de la resolución, sino que debe observarse para dotar de contenido jurídico a la misma. Una resolución que impone una medida de Prisión Preventiva, debe ser el reflejo de sólidas instituciones procesales a las que el juez se encuentra vinculado y tiene el deber de respetar de forma irrestricta. En suma si en una resolución no hay razones jurídicas válidamente explicadas, no estamos frente a una resolución jurisdiccional, si a nocivo para el desarrollo de la justicia, valor al que no sólo aspira el estado como detentador del ius puniendi, sino el investigado, como detentador de la presunción de inocencia. Por ello es vital que se señale si la medida cautelar de Prisión Preventiva impuesta en el caso concreto es o no proporcional. Si no hay esa mención, la resolución deviene nula.

11. Expediente N° 03421-2019-31

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque
Denunciado	Yair Yampier Zevallos Niños George Louis Gamboa Rodriguez
Agraviada (o)	EL Estado
Fecha de emisión	29-03-2019

Antecedente o hecho El día 26 de Marzo de 2019, cuando personal policial de la Comisaría PNP de Lambayeque, realizaba patrullaje por diferentes vías de la ciudad, fue alertado por personal de Serenazgo, que habían sujetos que estaban en una actitud sospechosa a la altura de la loza deportiva ubicada en la Avenida Suto de la Ciudad de Lambayeque, percatándose de la presencia de un sujeto que se encontraba acostado en la vereda frente a una motocicleta marca Honda, de placa de rodaje N° 6028FM, y sobre la moto había un casco y al solicitarle sus documentos dijo llamarse George Louis Gamboa Rodríguez, refiriendo desconocer la propiedad de la moto y al efectuársele el registro personal en el bolsillo trasero del lado izquierdo del pantalón se le encontró una llave de contacto de la motocicleta color negro y plateado y al proceder a realizar el encendido quedó demostrado que dicha llave era compatible, en esas circunstancias el personal policial advirtió que dos automóviles estaban estacionados frente al lugar de la intervención y los conductores al notar la presencia policial emprendieron la fuga del lugar, siendo perseguidos e intervenido uno de ellos, quien dijo llamarse JAIR JAMPIER ZEVALLOS NIÑO, y al registro personal se le encontró un arma de fuego, tipo pistola, marca GLOCK, de fabricación de Austria con cacerina abastecida con cinco cartuchos calibre 09MM, la misma que resultó ser de propiedad de José Luis Puelles Adrianzen.

Presupuestos de En los fundamentos tercero, cuarto, quinto y sexto y séptimo, el

la Prisión Preventiva	Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de Proporcionalidad	Fundamento octavo: “Respecto al análisis de proporcionalidad considero que en el presente caso concurren copulativamente los tres presupuestos que establece la norma procesal 268 del Código Procesal Penal para imponer una medida provisional de Prisión Preventiva para los imputados, siendo procedente amparar el Requerimiento solicitado por el Ministerio Público, pues no existe por ahora mayor garantía para que los imputados queden sujetos al proceso, por lo que la razonabilidad del uso de la medida excepcional esto es la medida coercitiva se justifica no advertirse una medida distinta que cumpla con la finalidad que la Prisión Preventiva, teniendo en consideración la gravedad de los delitos que afectan gravemente la seguridad de nuestra localidad, así como el daño que habría ocasionado a los agraviados, razones por las cuales se justifica también el plazo de nueve meses más aún si se tiene en consideración que recién se está iniciando la investigación y sobre todo porque al parecer se presenta dificultades para la realización de actos de investigación, por estas razones considero que no existe otra medida menos gravosa que nos permita asegurar la presencia de los investigados en los actos de investigación que faltan practicar y al juicio oral al que serán sometidos, por lo que considero razonable privarles de su libertad a los imputados s efectos que también se evite la reiteración delictiva conforme establece el artículo 253°, último párrafo del CPP”.
Análisis	La medida de Prisión Preventiva en tanto medida cautelar, persigue de forma excepcional limitar el derecho fundamental de la Libertad en aras de garantizar la eficiencia del proceso penal. Para su imposición, deben haber grave si fundados elementos de convicción, en un nivel de sospecho fuerte o sospecha grave, qué implica, asumir como responsable de la comisión de un delito, al investigado para quien se está

requiriendo la medida cautelar. El otro presupuesto consiste, en qué la prognosis de pena del delito imputado, en su extremo mínimo sea superior a los 4 años. El tercer presupuesto, está orientado a verificar en el caso concreto, la concurrencia del peligro procesal, traducido en peligro de fuga y peligro de obstaculización. En cuarto lugar, debe señalarse, la razón es por las cuales, de ser amparada la solicitud de Prisión Preventiva, es proporcional, desvirtuando su excepcionalidad. La excepcionalidad de la medida, es la regla que no debe soslayar y por tanto debe realizarse un pormenorizado análisis en el que se identifique qué en el caso concreto la Prisión Preventiva si es proporcional y por lo tanto no puede alegarse que sea violado su naturaleza excepcional. Es decir, en la regla consiste en respetar la excepcionalidad de la Prisión Preventiva, o dicho de otro modo la Prisión Preventiva se usa de forma excepcional. Pero no es sólo decir que se está aplicando la medida de forma excepcional, sino señalar objetivamente la razón de su proporcionalidad. El análisis de este principio obliga a los operadores jurídicos del Ministerio Público y especialmente del poder judicial a argumentos que fortifiquen la imposición de la medida y no sea un simple acto jurisdiccional producto de una mala praxis jurídica. Señalar que una medida es proporcional, implica justificar que la limitación del derecho fundamental es legítima y por lo tanto válida en el estado democrático y de derecho. Si no existe ni siquiera esa mención, entonces la medida impuesta deviene en inconstitucional.

12. Expediente **03490-2018-74**

Nº

Medida Prisión Preventiva

Órgano Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque

Denunciado Máximo Suclupe Santisteban
Francisco Elmer Sandoval Chapoñán

Agraviada Arcadio Bereche Suclupe.

(o)

Fecha de 02-09-2018

emisión

Antecedente o hecho	El Día 11 de marzo del 2018, en horas de la madrugada, se encontró a un cadáver y junto a él un machete de aproximadamente 60 cm con pequeñas manchas pardas oscuras en la hoja y al ser sometida al examen de orientación dio positivo para sangre, asimismo por manifestación de la esposa del agraviado Arcadio Bereche Suclupe, se conoció que ella ya se encontraba en compañía del occiso, quien optó por levantarse, y observó una mano dentro de la ventana, por lo que el occiso lo golpea con un machete causándole lesiones en la mano, momento en el cual se escuchó un disparo, percatándose que su esposo yacía en el suelo desangrándose. Posteriormente, luego de las diligencias se determinó que la persona de Vicente Santisteban Sandoval se encontró en el lugar del hecho delictivo, pues de la pericia realizada a las muestras de sangre recabadas en lugar del hecho así como de las muestras extraídas del antes citado imputado se determinó mediante prueba de ADN que era la persona a quien le correspondía a las muestras recabadas en el lugar donde se produjo el evento delictivo.
Presupuestos de la Prisión Preventiva	En los fundamentos: segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.
Principio de	Fundamento octavo: “Analizado lo expuesto por el representante

Proporcionalidad del Ministerio Público y lo expuesto por los abogados de las defensas, considero que al haberse establecido en cierto modo que existen graves y fundados elementos de convicción, de la comisión de un delito grave, razón por la cual debe haber una respuesta inmediata por parte del órgano jurisdiccional, a efecto de garantizar el acto de investigación considero que existe proporcionalidad en cuanto la medida solicitada por el Ministerio Público, siendo está idónea y no encontrando por ahora otra similar que pueda cumplir con la misma finalidad de la Prisión Preventiva esto es asegurar la concurrencia de los imputados a los actos de prueba de investigación que requiere el Ministerio Público y además también asegurar la presencia de ser el caso de una posible sentencia o resolución final, así también considero que el plazo que ha solicitado la fiscalía, esto es 9 meses, atendiendo la forma y circunstancias como se ha desarrollado los hechos Considero que es razonable iba con la norma procesal”.

Análisis El caso concreto se verifica una limitada exposición respecto al principio de proporcionalidad en la aplicación de la medida cautelar personal Prisión Preventiva en contra de los investigados. El razonamiento jurídico expedido por el órgano jurisdiccional se deslegitima porque al no explicar las razones por las cuales la medida que en la regla es excepcional, en el caso concreto es proporcional. La proporcionalidad de las medidas cautelares, es un requisito inherente que exige qué haría un análisis sustancial de institutos cautelares, que buscan garantizar de forma eficiente, un proceso, el cual se vería gravemente afectado si el imputado se encuentra en libertad. En otras palabras, se identifica que las medias personales cautelares son útiles, siempre y cuando salvaguarden intereses de carácter superior a los de la propia libertad humana. Así, el autor considera que la medida de Prisión Preventiva, en el presente caso, es jurídicamente y por tanto debe realizarse el control que

corresponda al acto jurisdiccional, no sin antes, de solicitar al operador jurídico mayor comprensión de las instituciones procesales en conflicto. No es posible pues, que un poder del estado que se inspira en la democracia, vulnere, no sólo los derechos individuales sino las garantías constitucionales que están dirigidas a custodiar esos derechos individuales. Un proceso penal es, en simple, el control y el resguardo de las garantías, que bien pueden verse atacadas por el ius puniendi estatal. En síntesis, la privación de la libertad debe ser la única vía jurídicamente posible que permita un legítimo ejercicio punitivo. La resolución en comento es, el de arbitrariedad, pues solo refiere que la medida es proporcional porque no hay otra de similar jerarquía. Dicha premisa, debe ser proscrita, porque no atiende a una auténtica aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva.

13. Expediente N° 749-2020-54

Medida	Prisión Preventiva
Órgano	Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Jaén
Denunciado	Alfonso Mendoza Sánchez
Agraviada (o)	Menor de iniciales E. M. M.
Fecha de emisión	11-07-2020

Antecedente o hecho	<p>Se le imputa a la persona de ALFONSO MENDOZA SÁNCHEZ que, en una primera oportunidad, específicamente entre los meses de junio o julio del año 2015, en el domicilio ubicado en el Caserío Yambolón-Pucará-Jaén, cuando la menor de iniciales E. M. M. su hija de 11 años de edad en dicha fecha; en circunstancias que la madre de ésta, Eva Mendoza Bravo, se dirigió al Distrito de Pomahuaca a hacer trámites junto a sus hermanos Adán y Benjamín, su papá se dirigió hasta su cama donde se encontraba junto a su hermana ELIDA a quien le ordenó que se vaya a la cama de él, para luego una vez solos con la menor agraviada, quitarle el buzo y su ropa interior, colocarse en su encima duramente y proceder a sobar su pene en la parte externa de la vagina de la menor, contra su voluntad, con amenaza contra su vida, pues le refirió que si hablaba la iba a matar. Asimismo, cuando la menor tenía 13 años, esto es, en el año 2017, en circunstancias que se encontraba cerca de su casa, al lado de una planta de huayaba, a donde el investigado le había ordenado ir, lugar al que llegó el investigado para hacerla echar y decirle "DAME, DÉJAME METERTE UN PEDAZITO Y TE MANDO A LA FIESTA DE POMAHUACA" a lo que la menor le dijo "TÚ NO ME MANDAS", entonces le repetía "DÉJATE, SI TE MANDO" y ella se dejó acceder carnalmente porque creyó que la iba a mandar a la fiesta. En otra oportunidad, cuando la menor tenía catorce años, esto es, en el año 2018, en circunstancias que se dirigían a pie, la menor agraviada, su hermana Elida y el denunciado, a Pomahuaca a cambiar sus DNI, porque habían</p>
----------------------------	---

vencido, este último abrazó a la menor agraviada, lo cual fue observado por Elida a quien el denunciado ordenó que se adelante en el trayecto, y cuando ya estaban solos, la abrazó, le tocó sus senos y le metió su dedo en su vagina y cuando se encontraban a la altura del puquio, la desvió y la llevó hacia una parte donde había monte para bajarle su pantalón y sobar su pene en sus glúteos, hecho que fue rechazado por la menor agraviada, y una vez que se satisfizo, siguieron su camino a Pomahuaca. Siendo la última vez, el día martes 07 de julio a las 03:00 pm.

Presupuestos de la Prisión Preventiva

En los fundamentos: segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto y séptimo, el Juez analiza los presupuestos de la Medida de Prisión Preventiva.

Principio de Proporcionalidad

Fundamento 06: “El Tribunal Constitucional también refiere que cuando se pretenda limitar un derecho fundamental como la libertad, el Principio de Proporcionalidad exige examinar adecuadamente los siguientes sub principios: a) Principio de Idoneidad; esto es, si la medida de detención preventiva que limita el derecho fundamental a la libertad es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida. En el caso concreto, este despacho considera que dicha medida es idónea, puesto que va a garantizar que el investigado se encuentre presente en el proceso; b) Principio de Necesidad; si la medida de detención o Prisión Preventiva es estrictamente necesaria o si por el contrario existen otras medidas menos limitativas y con las cuales se puede lograr el fin deseado. En este caso, evaluando los criterios para determinar el peligro de fuga, es evidente que la medida que va a conseguir la finalidad del proceso, cual es asegurar al investigado durante su desarrollo es la Prisión Preventiva, puesto que la comparecencia restrictiva no la garantizaría. c) Principio de Proporcionalidad estrictamente; si el grado de limitación de la libertad por parte de la detención o a Prisión Preventiva es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida en este sentido la Prisión

Preventiva será proporcional cuando: i.) Exista un real peligro de fuga por parte del imputado o que este dificulte la investigación de los hechos. ii.) Que no exista otra medida de coerción procesal mediante lo cual se puede alcanzar los fines ya señalados. Yiii.) Que la gravedad del delito imputado haga necesaria la presencia del imputado y su castigo mediante una Pena Privativa de la Libertad con carácter de efectiva en caso de hallársele responsable. *En el caso concreto, en relación al grado de realización del fin constitucional que orienta la medida de Prisión Preventiva, se ha hecho alusión a la existencia del peligro de fuga, respaldado por los elementos de convicción suficientes a los que se ha hecho referencia anteriormente; asimismo, dicha medida deviene en necesaria, porque la medida de comparecencia restrictiva no garantizaría la presencia del investigado en el proceso; y sobre el probable castigo con una pena de carácter efectiva que haría necesaria la presencia en el proceso del imputado, se ha efectuado una prognosis de pena de cadena perpetua que se le impondría al investigado. En cuanto a la ponderación de la medida de Prisión Preventiva que limita el derecho a la libertad y el fin de la medida estatal; se tiene, por un lado, que la medida persigue asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso; por otro lado, la medida coercitiva personal afectaría la libertad personal del investigado. Aplicado al caso concreto, la afectación del derecho a la libertad del investigado hasta la conclusión del proceso, sería por un tiempo no muy prolongado (por el plazo que dure la medida), es decir, la afectación no sería muy intensa; mientras que la afectación del fin de la medida estatal, sí se vería afectado en mayor intensidad, ante la alta probabilidad de que el investigado no se presente a la última etapa del proceso (juicio oral), caso en el cual estaríamos ante un hecho que quedaría impune. (...)*”.

Análisis

El autor considera que esta resolución cumple con los parámetros

que la función jurisdiccional debe observar de modo *sine qua non*. Nos referimos, a la motivación de las resoluciones judiciales, en tanto, señala las razones por las cuales la imposición de la medida de Prisión Preventiva es proporcional a la privación de la libertad del investigado. Así se tiene que el operador jurídico no solamente analiza los supuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal, sino que analiza, porque debe declararse procedente el requerimiento, y por qué es proporcional, señalando además la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Con ello, el juez no sólo está cumpliendo con su función, si no está respetando el derecho fundamental de motivación de resoluciones judiciales que le asiste a Cada ciudadano cuando es parte en un proceso. El investigado, en ese sentido no podría alegar vulneración a sus derechos, primero porque la resolución es Clara y precisa en su fundamentación, y segundo, porque centra la imposición de la medida en la persona del investigado. El juez comprende, y haciendo una valoración de los Derechos en conflicto, que la medida es proporcional en un tiempo menor al requerido por el Ministerio Público, en el cual debe ocurrir no sólo la investigación sino concluir el proceso penal. El autor, considera que la resolución en comento es legítima y por tanto constitucional.

Capítulo V

Resultados y discusión de los resultados

1. Resultados.

Del análisis de las resoluciones de prisión preventiva emitidas por los juzgados de investigación preparatoria de la Provincia de Lambayeque de la Corte Superior de Justicia se verifica los siguiente:

- El 7.69% (01 Resolución) los jueces si cumple con aplicar el principio de proporcionalidad adecuadamente para ordenar la prisión preventiva a los procesados, no existe una adecuada motivación de la resolución judicial.
- El 15.38% de los jueces (02 resoluciones) no cumple con aplicar los criterios establecidos en la Casación N° 626-2013 sobre prisión preventiva, el análisis del principio de proporcionalidad es muy genérico, y no existe una motivación adecuada de las resoluciones judiciales.
- El 84.61% de los jueces (10 resoluciones) no cumple con aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, porque lo mencionan de una manera general, no hacen el análisis de los hechos y las pruebas en función a los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respectivamente.

2. Discusión de los resultados.

De los resultados del análisis del 100% de las resoluciones (13 resoluciones) emitidas por los juzgados de investigación preparatoria de Lambayeque sobre prisión preventiva en donde se aplicó el principio de proporcionalidad para dar la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público, se verifica que solamente el 7.69% de las resoluciones aplican adecuadamente el principio de proporcionalidad, siendo la decisión de dar la prisión preventiva proporcional, legítima y constitucional.

En cambio, el 15.38% (02 resoluciones) no tiene una adecuada motivación de la aplicación del principio de proporcionalidad, por dos razones, porque no se aplica los criterios establecidos en la casación N° 626-2013, y porque el juez no analiza

adecuadamente los hechos, las pruebas y los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, el 76.92% de los jueces (10 resoluciones) no cumple con aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, existe una falta de motivación de las resoluciones judiciales y una inadecuada aplicación de los sub principios de proporcionalidad.

Por lo tanto, el 92.30% de las decisiones de otorgar prisión preventiva contra los procesados mientras dure el proceso penal afecta el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

3. Propuesta de intervención.

Se recomienda que los jueces del poder judicial cuando emitan una resolución de prisión preventiva tengan en cuenta la Casación N° 626-2013 y los siguientes criterios de aplicación del principio de proporcionalidad:

1ro. Deben fijar los hechos y los medios de prueba que haya presentado el Ministerio Público y el abogado de la defensa.

2do. Señalar cual es la medida idónea que el juez quiere imponer al procesado en forma provisional para lograr la finalidad de la pena.

3ro. Verificar, si existe otras medidas idóneas que el juez puede señalar en forma provisional para lograr la finalidad de la pena.

4to. Aplicar la medida idónea menos gravosa para afectar el derecho a la libertad personal y asegurar la finalidad de la pena. Si solo existe una medida idónea, entonces se aplica la única medida.

5to. En caso de que la medida tomada por el juez sea idónea y necesaria, entonces de debe ponderar la libertad personal como derecho afectado y la finalidad de la pena como principio protegido, y el derecho o principio que tenga mayor peso (valor) debe ser protegido. Si es la libertad la que tenga más peso, se debe dar otra medida como la

comparecencia restringida; y si es la finalidad de la pena la que tiene mayor peso, se debe dar la prisión preventiva.

CONCLUSIONES

1. Las medidas precautorias son medidas cautelares que consiste en actuaciones tendientes a asegurar el juicio y la efectivizarían de la sentencia. Prevalece en las medidas cautelares los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad. Las medidas cautelares pueden ser de coerción reales y personales. Las medidas cautelares personales son la detención policial, el arresto ciudadano, la detención preliminar judicial, la incomunicación, la comparecencia, la detención domiciliaria, la internación preventiva, el impedimento de salida, la suspensión preventiva de los derechos y la conducción compulsiva.

2. La prisión preventiva, consiste en la privación provisional de la libertad del procesado, y de acuerdo al artículo 268 del Código Procesal Penal, el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si concurren con los siguientes presupuestos: que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y 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). El límite a la prisión preventiva es el derecho a la presunción de inocencia que tiene el procesado mientras no se pruebe lo contrario y tenga en su contra una sentencia condenatoria que haya quedado firme.

3. El principio de proporcionalidad es una técnica instrumental que aplica el juez penal para tomar una decisión judicial más justa en los procesos penales y especialmente en las decisiones de prisión preventiva. Este principio tiene una relación muy estrecha con el principio de razonabilidad que influye en la decisión. Tiene tres sub principios: El principio de idoneidad (la sanción penal debe ser adecuada para lograr el fin propugnado de la pena), el principio de necesidad (cuantas medidas idóneas existen para sancionar y se debe aplicar la menos grave) y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (se tiene que ponderar la libertad personal afectado y la finalidad de la pena como satisfacción, en caso de responsabilidad penal).

4. Del análisis de las resoluciones de prisión preventiva emitidas por los juzgados de investigación preparatoria de la Provincia de Lambayeque de la Corte Superior de Justicia se verifica que el 7.69% de los jueces si cumple con aplicar el principio de proporcionalidad adecuadamente para ordenar la prisión preventiva a los procesados; El 15.38% de los jueces no cumple con aplicar los criterios establecidos en la Casación N° 626-2013 sobre prisión preventiva; y el 76.92% de los jueces no cumple con aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, porque lo mencionan de una manera general, no hacen el análisis de los hechos y las pruebas en función a los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, t. (2010). *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal peruano: El Principio de Proporcionaliad en el Derecho Comtemporáneo*. Lima: Palestra.
- Alexy, R., Bernal Pulido, C., Moreso, J. J., Prieto Sanchis, L., Clérico, L., Villaverde Menéndez, I., . . . Avila Santamaria, R. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: V. M. Gráfica .
- ARANDIA GUZMÁN, O. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal: Estudios Jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y Europeo*. Madrid: Dykinson.
- ARIAS HOLGUÍN, D. P. (Julio de 2012). Proporcionalidad, pena y legalidad. *División de Ciencias Jurídicas*(38), 147.
- ARNOLD, R., MARTINEZ ESTAY, J. I., & ZÚÑIGA URBINA, F. (julio de 2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista de Estudios Constitucionales*.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2005). *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú* (Primera ed.). Lima: Palestra.
- BACIGALUPO, E. (2009). *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Chile: Las Américas.
- BAHENA VILLALOBOS, A. R. (2015). *El principio pro persona en Estado constitucional y democrático de Derecho*. México: Universidad de Guanajuato.
- BARAK, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. VILLA ROSAS, Trad.) VILLA ROSAS, Gonzalo: Palestra.
- BARRERA RODRÍGUEZ, L. (2016). Principio acusatorio: ¿Presupuesto Constitucional del Procedimiento Penal en Colombia? *Cuadernos de Derecho Penal*, 105.
- BECCARIA, C. (2011). *De los delitos y las penas*. México: Fondo de Cultura económica.
- BERNAL PULIDO, C. (Enero de 2006). El principio de proporcionalidad de la legislación penal. *Revista de Jurisprudencia y doctrina*, 228.
- BINDI, E. (Mayo de 2016). Test de proporcionalidad en AGE OF BALANCING. *Revista de Derecho Político*(96).
- BOVINO, A. (Julio de 2007). Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo. *Revista de Derecho*, 41-42.
- BUENAGA CEBALLOS, Ó. (2016). *Metodología del razonamiento jurídico-práctico*.
-

- Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*. Madrid: Dykinson.
- CALDEVILLA MICCICHE, F. E. (2009). El principio de intervención mínima del Estado como límite al ejercicio del ius puniendi en nuestro sistema de derecho penal. *Unión Nacional de Juristas de Cuba*, 443.
- CARMO DA SILVA, E. (Julio de 2015). La legitimidad democrática de la restricción de derecho fundamental en la teoría del consenso de Jüergen Habermas. *Revista de Derecho(Siete)*, 110.
- CARMONA CASTILLO, G. A. (2009). *Juicio oral penal. Reforma Procesal en Aoxaca*. México D.f: Las Ámericas.
- CASARINO VITERBO, M. (2005). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Chile: Jurídica.
- CASTILLEJOS CERVANTES, H. (2011). ¿ Estamos ante los estertores de la prisión preventiva? *El Mundo del Abogado*(150), 12.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2004). *Principios del derecho penal. Parte General* (Primera reimpresión ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2010). *principio de proporcionalidad y hábeas corpus, temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CELANO, B. (2019). *Los derechos en el Estado Constitucional*. (F. MORALES LUNA, Trad.) Lima: Palestra.
- CÉSAR KALA, J., ALBARRÁN GARCÍA, I., & FERNÁNDEZ LOZANO, P. (2015). El ámbito penal de la jurisdicción penal plena de las pruebas originarias: Elementos para su análisis desde el marco del constitucionalismo garantista. *Ciencia jurídica*(4-7), 100.
- CIANCIARDO, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Depalma.
- CLÉRIGO, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- CUBAS VILLANUEVA, V. (2013). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación* (Primera ed.). Lima: Gaceta.
- DAVALOS GIL, E. N. (2013). *Prisión Preventiva: Requerimiento y Concesión* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- DE LA JARA, E. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: Medida cautelar o pena anticipada?* (Primera ed.). Lima: Defensa Legal.
-

- DEL RÍO LABARTHE, G. (2010). *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DOTÚ I GURI, M. d. (2013). *Los Derechos Fundamentales: Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*. Barcelona: Bosch.
- DUART ALBIOL, J. J. (2014). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- DUCE, M., & RIEGO, C. (2009). *Proceso Penal*. México: Américas.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J. Á. (Enero de 2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿ La letimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*(17), 80.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, B. (2014). *El derecho penal armonizado de la unión Europea*. Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2015). ¿ Es antijuricidad una categoría jurídica? ¿ existen las llamadas penas privativas de la libertad? *Themis*(68), 68.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. (A. I. PEFFECTO, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Italia. Recuperado el 14 de 07 de 2020, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>
- GARCÍA AMADO, J. A., & ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra.
- GARRIDO MONTT, M. (2010). *Derecho penal. Parte General*. Santiago: Jurídica de Chile.
- GARRIDO, J. (30 de Julio de 2006). Reflexiones sobre las medidas de coerción. *Gaceta judicial*, 01.
- GOITE PIERRE, M., & MEDINA CUENCA, A. (2016). *Prisión preventiva. ¿ Medica cautelar o penal de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad?. Reformas y retrocesos de la reforma procesal penal latinoamericano desde la visión México y Cuba*. Cuba: Unión Nacional de Jurísticas deCuba.
-

- GOMES DUMBA, A. A. (Marzo de 2014). La detención y el interrogatorio como acciones de instrucción que comprometen derechos fundamentales del imputado. *VLex Internacional*(19), 03.
- GONZALES NAVARRO, L. A. (2009). *La Detención preventiva en el proceso penal acusatorio*. Bogota: Leyer.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. (Dikynson). *Redes sociales, instrumentos de participación democrática. Análisis de las tecnologías implicadas y nuevas tendencias*. Madrid.
- GUASTININ, R. (2016). *Sintaxis del Derecho*. (Á. NUÑEZ VAQUERO, Trad.) Madrid/Barcelona/Buenos Aires/SÃO PAULO: Marcial Pons.
- HIGUERA ARIAS, J. d. (2016). ¿Qué es el famoso test de proporcionalidad? *Foro jurídico*(151), 63.
- HORVITZ LENNON, M. I., & LÓPEZ MASLE, J. (2008). *Derecho procesal penal Chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. México: América.
- HUERTA BARRERA, T. R. (Enero de 2014). La constitucionalización de la razonabilidad como imperativo. *Ciencia Jurídica*(3-5), 46.
- ISLA MONTES, R. (2015). *Sobre el principio de legalidad en el Derecho Penal*.
- LANDA ARROYO, C. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- LANDA ARROYO, C. (Diciembre de 2015). La constitucionalización del derecho procesal penal peruano: El nuevo Código Procesal Penal peruano en perspectiva. *Revista de Derecho*, 182.
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, Error y Proceso Penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez, & E. Aguilera, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ BETANCOURT, E. (2013). *Diccionario Jurídico*. Barcelona: Vlex.
- MAIER, J. B. (2008). *Antología. El proceso Penal contemporáneo*. Lima: Palestra.
- MALDONADO MALDONADO, H. G. (Julio de 2010). Reglas de aplicación de las normas penales. *Revista del Instituto de la judicatura vebal*(10).
- MANRIQUE, J. (Febrero de 2016). Prisión preventiva y derechos humanos. *El Mundo del Abogado*.
- MENDOZA ESCALANTE, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra.
- MORALES BRAND, J. L. (2011). *Sistema penal acusatorio y el derecho a la libertad*
-

- personal. *Derechos humanos y estudios sociales*(5), 149.
- NETTEL DÍAZ, A. L. (2014). *Las salidas alternas al juicio: los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal, en alegatos*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Primero ed.). Lima: Idemsa.
- NÚÑEZ SÁNCHEZ, J. (2010). Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena. *Cenipec*(29), 4.
- NUÑEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009). *Tratado del Proceso Penal y del Juicio oral*. México: Americas.
- OLIVER CALDERÓN, G. (2008). *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Primera ed.). Chile: Jurídica de Chile.
- ORÉ GUARDIA, A. (Diciembre de 2008). Problemas de la aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano. *Revista de jurisprudencia y doctrina*(V-08), 131.
- OSSANDÓN WIDOW, M. M. (2011). *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de Técnica Legislativa*. Chile: Jurídica de Chile.
- PASTRANA BERDEJO, J. D. (2009). La proporcionalidad de las penas en el sistema acusatorio México. *Criminogenesis*(4), 179.
- PELAEZ BARDALES, M. (2005). *El proceso cautelar, manual práctico*. Lima: Grijley.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2013). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PEÑA CABRERA, R. (1999). *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*. Lima: Grijley.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2007). *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿ Dos funciones excluyentes?* México: Criminogenesis.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2005). *Parte general del derecho penal*. Navarra: Thomson -Arazandi.
- QUISPE FARFÁN, F. S. (2001). *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra.
- REYNA ALFARO, L. M. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto pacífico.
- ROBERT, A. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra.
- RODRÍGUEZ HURTADO, M. P. (2013). *La constitucionalización del derecho procesal*
-

- y su repercusión en la forma de la normatividad ritual(CPP) y el sistema justicia penal.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RODRÍGUEZ URIBES, J. M. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales* (Vol. II). España: Dikynson.
- ROSAS YATACO, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal. Nuevo Código Procesal Penal.* Lima: Jurista.
- RUBIO CORREA, M. (2010). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ RODRÍGUEZ, V. (2014). *Democracia y Derechos Humanos en México. Situación actual de derechos humanos del Estado de México.* México.
- SALINAS MENDOZA, D. (2012). *El plazo razonable del proceso en la jurisprudencia contemporánea.* Lima: Palestra.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. E. (2009). *Recursos de apelación de casación penal. Teoría de la impugnación.* Lima: Palestra.
- SÁNCHEZ FRANCISCO, J. R. (2007). El principio de intervención mínima en el Estado de México. *Instituto de la Judicatura Federal*, 280.
- SÁNCHEZ GIL, R. (2010). El principio de proporcionalidad. Notas esenciales y aplicaciones prácticas. *Mundo del abogado*(130).
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (s.f.). *La flagrancia y el proceso inmediato.*
- SAUX, E. I. (2008). Conflicto entre derechos fundamentales. *Revista de trilogía*, 5.
- SECO MARTÍNEZ, J. M. (Enero de 2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar,. *Derechos y libertades.*
- SILVA MONTES, R. (2011). *Manual de procedimiento penal.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- SOTO FREGOSO, M. A. (Diciembre de 2014). El principio de proporcionalidad en tres piezas. *Quid Iuris*, 101-102.
- STUMER, A. (2018). *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos.* (W. REINFARTH MUÑOZ, Trad.) Barcelona: Marcial Pons.
- SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, C. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Tercera ed.). Navarra: Thomson-Civitas.
- SUBIRATS, J. (2008). *Democracia, participación ciudadana y transformación social.* Madrid: Dykinson.
- SUÑEZ, Y. (2003). *El derecho a la presunción de inocencia durante el juicio oral. El*
-

- caso Cubano*. Cuba: Académica Española.
- TIEDEMANN, K. (2003). *Constitución y Derecho penal*. Lima: Palestra.
- TONINI, P. (2010). *Manuale di Procedure penale* (Undicesima edizione ed.). (R. MARTINEZ DE LA CRUZ, Trad.) Florencia: Giuffrè Editore.
- URQUIZO OLAECHEA, J. (2005). *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- URQUIZO VIDELA, G. (2011). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- VARAPINTO MÁRQUEZ, O. S. (s.f.). *La suspensión preventiva de derecho en el código procesal penal*. Obtenido de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/otto_santiago_verapinto_m%C3%A1rquez.pdf.
- VELARDE RODRÍGUEZ, J. (s.f.). *El principio de legalidad en el Derecho Penal*.
- VELASCO NÚÑEZ, E. (2014). *Medidas cautelares sobre la persona jurídica delictuente*. Madrid: Dykinson.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2009). *Anteproyecto de la parte general del código penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VERGARA MESA, H. D. (Julio de 2015). La insubsistencia administrativa discrecional en Colombia: Una mirada desde el principio de proporcionalidad. *División de ciencias jurídicas*, 08.
- VILEGAS PAIVA, E. A. (2013). *La prisión preventiva en el código procesal penal de 2004: Principios y presupuestos legitimadores*. Lima: Gaceta Jurídica.
- VON HIRSCH, A., SEELMEN, K., & WOHLERS, W. (2012). *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. (R. ROBLES PLANAS, Ed.) Barcelona: Atelier.
-