



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“PEDRO RUIZ GALLO”  
ESCUELA DE POSTGRADO**



**MAESTRIA EN DERECHO**

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PRISIÓN  
PREVENTIVA”**

**T E S I S**

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO  
DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN  
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

**A U T O R:**

**Abg. REYNALDO LEONARDO CARRILLO**

**A S E S O R:**

**Mg. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA**

**LAMBAYEQUE – PERÚ**

**2017**

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PRISIÓN PREVENTIVA”**

-----  
**AUTOR**

-----  
**ASESOR**

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo,  
para optar el grado de Maestro en Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad.

**APROBADO POR:**

-----  
PRESIDENTE DEL JURADO

-----  
SECRETARIO DEL JURADO

-----  
VOCAL DEL JURADO

**Noviembre, 2017.**

## **DEDICATORIA**

A mi familia, especialmente, y aunque en forma tardía a mis padres: Segundo Leonardo Ventura y Angelita Carrillo Leonardo, por su inconmensurable sacrificio para forjar mi porvenir.

## **AGRADECIMIENTO**

Al Poder Judicial, que incluye a sus trabajadores, quienes en forma desinteresada, me brindaron la información necesaria, para poder validar las hipótesis planteadas en el presente trabajo.

## TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	V
RESUMEN.....	1
ABSTRACT .....	2
INTRODUCCIÓN .....	3
CAPITULO I.....	9
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO .....	9
I.- UBICACIÓN.-.....	10
II.- REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	10
1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ....	10
2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	21
3.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO. ....	21
4.- OBJETIVOS. ....	24
5.- HIPÓTESIS. ....	25
6.- MARCO METODOLOGICO.....	27
CAPITULO II .....	31
MARCO TEÓRICO.....	31
SUB CAPÍTULO I.....	32
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	32

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ....	33
II.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	38
1.- STATUS JURÍDICO. ....	38
2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN. ....	43
3.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA RAZONABILIDAD.....	45
III.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	48
1.- EL CARÁCTER JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	48
2.- EL VALOR JUSTICIA. ....	49
3.- PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO. ....	49
4.- EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.....	51
IV.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	52
1.- DEFINICIÓN.....	52
2.- EL CONCEPTO DE NORMA IUSFUNDAMENTAL PRIMA FACIE. ....	55
3.- LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL.....	59
4.- LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	64
V.- ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	68
a.- EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD.....	68
b.- EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD. ....	73
c.- EL SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. ....	78

SUBCAPÍTULO II.....	87
PRISIÓN PREVENTIVA .....	87
I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- .....	88
II.- LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL .....	90
III.- PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL.....	93
IV.- EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	96
1.- DIMENSIÓN EXTRAPROCESAL. ....	98
2.- DIMENSIÓN INTRAPROCESAL. ....	99
V.- PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRISIÓN PROVISIONAL .....	104
1.- LEGALIDAD. ....	104
2.- JURISDICCIONALIDAD.....	106
3.- MOTIVACIÓN.- .....	107
4.- EXCEPCIONALIDAD.....	111
5.- VARIABILIDAD.- .....	112
6.- PROPORCIONALIDAD.- .....	114
VI.- PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	117
1.- FUMUS DELICTI COMISSI.-.....	119
2.- PROGNOSIS DE PENA.- .....	122
3.- PELIGRO PROCESAL.-.....	124
CAPITULO III.....	141

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....	141
I.- PRESENTACIÓN .....	142
TABLA N° 1.....	142
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTADO DE PRISIÓN PROVISIONAL. ....	142
TABLA N° 2.....	143
APLICACIÓN DE LOS SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	143
TABLA N° 3.....	145
DERECHOS, BIENES JURÍDICOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS EN EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	145
TABLA N° 4.....	148
CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA IMPORTANCIA DE LA REALIZACIÓN DEL FIN DE LA MEDIDA: .....	148
TABLA N° 5.....	150
DELITOS OBJETO DE IMPUTACIÓN DONDE CON MAYOR INCIDENCIA SE HA REQUERIDO LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	150
TABLA N° 6.....	153
SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES ANTE UN REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PROVISIONAL. ....	153



II.- PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	154
1.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL. ....	154
2.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS SECUNDARIA. ....	156
III.- DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....	158
IV.- PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO .....	168
RECOMENDACIONES .....	173
CONCLUSIONES .....	176
BIBLIOGRAFÍA.....	180
ANEXOS.....	187

## RESUMEN

En el presente trabajo estudiamos el principio de proporcionalidad, en su aplicación a un problema práctico, quizá uno de los más sensibles, antiguos, y a la vez, vigentes, desde la aparición del Estado Liberal. Nos estamos refiriendo a la prisión provisional, cuya imposición implica, como se sabe, limitar la libertad personal de un ciudadano, cuando aún no ha sido condenado en un proceso penal, es decir, cuando conforme a la Constitución Política del Estado, se presume que es inocente.

No pretendemos abordar aspectos procesales, en el lenguaje del Tribunal Constitucional, controversias de mera legalidad, referidos a la prisión provisional, sino el aspecto constitucional que subyace en su dictado. En tal orden de ideas, postulamos que en el debate para dictar tal medida de coerción procesal, concurren dos principios contrapuestos: el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.

Para determinar la precedencia en un caso concreto de cualquiera de tales principios, es necesario, aplicar el principio de proporcionalidad, cuyo análisis, en el ámbito del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, importa aplicar una serie de criterios empíricos y normativos, a fin de determinar, el nivel de intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado, y el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional persecución del delito. El resultado, que constituye una norma adscrita y como tal aplicable a futuros casos análogos, nos permitirá resolver en forma constitucionalmente adecuada tal conflicto, al establecer cuál de los principios en juego tiene precedencia, en el caso concreto.

## **ABSTRACT**

In the present work we study the principle of proportionality, in its application to a practical problem, perhaps one of the most sensitive, ancient, and at the same time, vigent since the emergence of the Liberal State. We are referring to the provisional imprisonment, whose imposition implies, as is known, to limit the personal freedom of a citizen, when he has not yet been convicted in criminal proceedings, that is, when, according to the Political Constitution of the State, is presumed innocent.

We do not intend to deal with procedural aspects, in the language of the Constitutional Court, disputes of mere legality, referring to the provisional prison, but the constitutional aspect that underlies its dictation. In this context, we postulate that in the debate to dictate such a measure of procedural coercion, two conflicting principles concur: the fundamental right to personal liberty of the accused and the constitutional legal right to prosecute the crime.

In order to determine the precedence in any particular case of any of those principles, it is necessary to apply the principle of proportionality, whose analysis, in the context of the sub-principle of proportionality strictly speaking, requires a series of empirical and normative criteria to be applied. To determine the level of intensity of intervention in the fundamental right to the personal freedom of the accused, and the level of satisfaction of the constitutional legal right to prosecute crime. The result, which constitutes a norm attached and as such applicable to future analogous cases, will allow us to resolve in a constitutionally adequate manner such a conflict, when establishing which of the principles at stake takes precedence, in the specific case.

## INTRODUCCIÓN

El concepto proporcionalidad, que incluye argumentaciones en audiencias, escritos, resoluciones y hasta normas jurídicas, es utilizado en nuestro quehacer jurídico, con diferentes connotaciones. Por ejemplo a nivel legal, en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, se señala que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, lo que nos da una idea, que entre la pena y el hecho atribuido a un ciudadano, debe existir correspondencia.

Es probable, que tal disparidad de significados tenga como causa la evolución de tal principio, a partir de distintas vertientes. Así en el ámbito de la proporcionalidad de las penas, fue BECCARIA (2015), quien lo incorporó como idea al menos con mayor elaboración, al precisar que:

No solo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas (pág. 25).

Desde otra vertiente, CIANCIARDO (2009), quien identifica al principio de proporcionalidad con el de razonabilidad, señala que:

En la tradición anglosajona, el referido principio tiene su origen remoto en documentos medievales del derecho inglés, específicamente en la Carta Magna, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan Sin Tierra, en cuyo capítulo 139 se

establecía que “ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído, o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado; ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie contra él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la tierra” y que dicha garantía en un inicio de carácter exclusivamente procesal (debido proceso adjetivo), con el tiempo se interpretó que además, reconocía un resguardo constitucional contra la legislación irrazonable (debido proceso sustantivo) (pág. 47).

Por su parte, en la tradición romano germánica el principio de proporcionalidad, entendido como control al poder discrecional, tuvo su génesis en el Derecho de Policía alemán y de ahí pasó al Derecho Constitucional. Actualmente el principio de proporcionalidad:

Ha adquirido carta de ciudadanía en todos los manuales y tratados de derechos público alemán (...) considerado ya como principio general que surca el entero derecho administrativo y constitucional. Ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional y contencioso – administrativa y apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del derecho público que pueda excluir su estudio y aplicación (BARNES, 1994, pág. 499).

La evolución del principio de proporcionalidad, ha permitido precisar su contenido, naturaleza jurídica y ámbito de aplicación, y seguramente debido a su importancia y divulgación en el ámbito del derecho constitucional, fue recogido en nuestro país por el Tribunal Constitucional. Así se afirma que:

La recepción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha sido obra, como en muchos otros casos, del seguimiento del Derecho Comparado, en un esfuerzo por construir los pilares de una estructura institucional que permita una efectiva defensa de los derechos fundamentales en el marco del Estado democrático constitucional de Derecho (GRANDEZ CASTRO, 2010, pág. 337).

Una de las peculiaridades del principio de proporcionalidad es su carácter relativo:

Del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso, según la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer. No proscribe para siempre el empleo de un instrumento cualquiera (v.gr., la expropiación forzosa), como tampoco la persecución de un determinado objetivo (causa de interés general) aisladamente considerados. Es sólo la secuencia en la que uno y otro se insertan, bien sea en la norma, bien en su aplicación al caso concreto, lo que le interesa. Es, por ello, un principio relacional en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin (BARNES, 1998, pág. 17).

A partir de los antecedentes reseñados anteriormente, en el presente trabajo, pretendemos establecer, si la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva; y además, si el debate donde se determina la procedencia o no de la referida

medida de coerción procesal, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse un conflicto entre principios constitucionales contrapuestos.

Para efectos del presente trabajo se entiende por principio, en el ámbito de los derechos fundamentales:

A las normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios con mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos (ALEXY, 2008, págs. 67-68).

Nuestra preocupación, para resolver tales problemas, parte de la constatación del estado de cosas actual, donde se advierte que los jueces penales, si bien vienen aplicando el principio de proporcionalidad, en la mayoría de los casos donde decretan la prisión preventiva, sin embargo la argumentación y los criterios que han utilizado para tal efecto, son poco uniformes y endebles, por lo que mediante la presente investigación, proponemos establecer criterios para formular normas adscritas, lo que constituye una auténtica creación judicial del derecho, y permite el establecimiento de una regla, que puede ser aplicada en casos futuros similares, y así evitar por un lado, la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales, y por otro lado, el pleno respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En tal orden de ideas los objetivos que nos hemos planteado son los siguientes: a)  
**objetivo general:** Analizar si la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el

establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva; y, **b) objetivos específicos:** i) Establecer si el debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito; ii) Determinar si el derecho fundamental a la libertad del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito colisionan en el dictado de la prisión provisional; iii) Estudiar los criterios y cargas de argumentación aplicables para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado mediante la prisión preventiva y el nivel de satisfacción del bien jurídico persecución de delito con la imposición de la misma; y iv) Establecer criterios para la creación de normas adscritas en la resolución del conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico persecución de delito, que se presenta en la imposición de la prisión preventiva.

El problema antes precisado y los objetivos planteados nos han llevado a formular las siguientes hipótesis: **a) Hipótesis principal:** La aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva; y, **b) Hipótesis secundaria:** El debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe



resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.

El trabajo ha sido estructurado en tres capítulos: **a) Capítulo I:** Se describe la realidad problemática, la justificación del estudio, los objetivos, las hipótesis y la metodología empleada; **b) Capítulo II:** Contiene el marco teórico, esto es, el estudio por un lado, del principio de proporcionalidad, evolución histórica, aproximación conceptual, fundamento constitucional, breve referencia a los derechos fundamentales, y estructura: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; y por otro lado, de la prisión provisional, antecedentes históricos, su relación con el proceso penal, su carácter de medida cautelar, el principio de presunción de inocencia, principios: legalidad, jurisdiccionalidad, motivación, proporcionalidad, excepcionalidad y variabilidad; presupuestos materiales: *fumus delicti comissi*, prognosis de pena y peligro procesal; y, **c) Capítulo III:** donde se realiza el análisis y discusión de los resultados, mediante la presentación de los resultados, la contrastación de las hipótesis, la discusión de los resultados y la presentación del modelo teórico; y en un rubro aparte las recomendaciones y conclusiones.

# **CAPITULO I**

## **ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

## **I.- UBICACIÓN.-**

La presente investigación tiene por objeto realizar el estudio y análisis de las decisiones emitidas por los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria del distrito y provincia de Chiclayo, en el año 2015, donde se debatió la procedencia de la medida de prisión preventiva, a efecto de determinar si se consideró que en el mismo se presentaba un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución penal, y, en su caso, si con la aplicación del principio de proporcionalidad se resolvió en forma adecuada tal colisión, mediante la elaboración de normas adscritas.

## **II.- REALIDAD PROBLEMÁTICA**

### **1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

En el derecho comparado, el principio de proporcionalidad, constituye actualmente un instrumento interpretativo básico, utilizado en el ámbito de la justicia constitucional, en virtud del cual:

La intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal -en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo,

norma, resolución judicial) - debe ser útil, necesaria y proporcionada. A su vez, cada uno de los subprincipios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad strictu sensu) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario -el más moderado- respecto de todos los medios útiles y proporcionada la ecuación costes-beneficios (BARNES, 1994, pág. 500).

Pese a la gran importancia que actualmente tiene el principio de proporcionalidad, su formulación, delimitación conceptual y expansión en el ámbito del Derecho Público, recién ocurrió en el siglo pasado, y a mi juicio, aún no ha concluido. Sin embargo, en cuanto a su utilización como instrumento para resolver conflictos entre derechos fundamentales:

El mencionado principio surgió en el marco de la jurisprudencia constitucional alemana para dotar de fundamento teórico a la ponderación de bienes y valores asociada a la valoración de la licitud constitucional de la introducción de límites a los derechos y libertades fundamentales, dicho instrumento de ponderación ha extendido ulteriormente su campo de aplicación a otros ordenamientos y ha proyectado igualmente su operatividad sobre otros sectores jurídicos del Derecho Público, terminando por convertirse en una especie de bálsamo de Fierabrás, llamado a explicar, e incluso dar cumplida justificación, a todo tipo de intervención o incidencia de los poderes públicos en el terreno de las posiciones jurídicas de los particulares (AGUIAR DE LUQUE, 1998, pág. 7).

El principio de proporcionalidad tiene una cualidad sui géneris que lo distingue de los demás principios constitucionales. Se trata de su carácter relativo:

Del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso, según la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer. No proscribire para siempre el empleo de un instrumento cualquiera (v.gr., la expropiación forzosa), como tampoco la persecución de un determinado objetivo (causa de interés general) aisladamente considerados. Es sólo la secuencia en la que uno y otro se insertan, bien sea en la norma, bien en su aplicación al caso concreto, lo que le interesa. Es, por ello, un principio relacional en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin (BARNES, 1998, pág. 17).

En la jurisprudencia constitucional peruana, la utilización del principio de proporcionalidad comenzó:

A partir de una reflexión sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones constitucionales: El Tribunal Constitucional encontró ambos conceptos en la parte final del artículo 200 de la Constitución<sup>1</sup>, referidos a circunstancias en las que se ha establecido el régimen de excepción y se plantea un hábeas corpus, y consideró que ambos principios debían ser extendidos a toda la vida constitucional y, en verdad, a todo el derecho. De allí, pasó progresivamente a considerar que la razonabilidad y la proporcionalidad están contenidas en el test de proporcionalidad (RUBIO CORREA, 2012, págs. 11-12).

Una primera referencia al principio de proporcionalidad, con sus sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo encontramos en la

---

<sup>1</sup>El artículo 200, último párrafo, de la Constitución prescribe que “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

sentencia N° 0649-2002-AA/TC de fecha 20 de agosto del 2002, en cuyo tercer fundamento, se precisó que:

La igualdad ante la ley es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales. En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no sólo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.

Pero recién en la sentencia N° 045-2004-AI/TC, de fecha 29 de octubre del 2005, (fundamento 33), por primera vez se analiza en forma secuencial cada uno de los sub principios del principio de proporcionalidad. Así se afirma que:

Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes: (...) a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación (...) b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad (...) c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin) (...) d) Examen de idoneidad (...) e) Examen de necesidad (...) f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

A partir de esta sentencia, también en la jurisprudencia peruana el “análisis de proporcionalidad de cualquier medida que interviene en el ámbito prima facie protegido por un derecho fundamental, deberá realizarse mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación” (GRANDEZ CASTRO, 2010, pág. 352).

A nivel legislativo el principio de proporcionalidad, ha sido incorporado expresamente en el Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 1 de diciembre del 2004, en el artículo 23, al regularla procedencia de los procesos constitucionales en el régimen de excepción, precisando al respecto que:

Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios: (...) 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; (...) 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, (...) 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez (...); y en el artículo 25 inciso 172, que regula la procedencia del proceso de hábeas corpus, en la ejecución de una condena o de una medida cautelar personal.

---

2 El artículo 25 inciso 17 del Código Procesal Constitucional señala que “Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual: (...) 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de

En el ámbito del proceso penal, el principio de proporcionalidad ha sido incorporado en el Código Procesal Penal del 2004, vigente de modo progresivo en los diversos distritos judiciales del país, como un principio a tenerse en cuenta al analizar la constitucionalidad de cualquier restricción de un derecho fundamental, estableciéndose en el artículo VI del Título Preliminar que:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ha sido citado también, entre otros, en los artículos 203 inciso 13, 253 inciso 24, y 315 inciso 1 del Código Procesal Penal en relación al dictado de medidas de restricción de derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas y en el dictado de medidas de coerción procesal.

En este orden de ideas, es de señalar que una de las medidas previstas en el Código Procesal Penal, que limita el derecho fundamental del imputado a la presunción de

---

razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena”.

3 El artículo 203 inciso 1 del Código Procesal Penal señala que “1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción”.

4 El artículo 253 inciso 2 del Código Procesal Penal, establece que “2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.



inocencia y a la libertad personal es la prisión preventiva. Mediante su adopción “se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia” (DEL RIO LABARTHE, 2008, pág. 99).

En la literatura especializada nacional, se ha escrito bastante sobre la prisión preventiva, sin embargo, es escaso el tratamiento que se ha dado a la relación existente entre dicha medida de coerción y el principio de proporcionalidad, entendiéndose al último como instrumento que permite solucionar la colisión de al menos dos derechos o bienes jurídicos constitucionales en una determinada controversia. Más bien, dicho principio ha sido considerado como un principio general del derecho, en el significado usual del término, es decir, como un pilar o referente que condiciona y orienta la interpretación de una determinada institución jurídica. Así por ejemplo, se afirma que:

Por esta razón, todo cuanto se ha dicho hasta aquí sobre que la prisión preventiva, por ejemplo, debe perseguir funciones estrictamente cautelares, sustentarse en presupuestos específicos y legalmente previstos, respetar el principio de proporcionalidad, aplicarse en forma excepcional y subsidiaria, solo puede ser entendido si las resoluciones que la disponen respetan la correcta motivación (DEL RIO LABARTHE, 2008, pág. 119).

En similar sentido, el propio Tribunal Constitucional en la STC N° 03784-2008-PHC/TC de fecha 06 de enero del 2009, fundamento séptimo, ha precisado que:

Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la

decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

Pese a que como se anotó anteriormente con antelación en la sentencia N° 045-2004-AI/TC, definió claramente la estructura del principio de proporcionalidad, lo que implica admitir que para su aplicación deben concurrir en forma incompatible al menos dos garantías, derechos o bienes jurídicos constitucionales.

Esta posición del máximo intérprete de la Constitución ha sido reiterada, en la STC N° 07901-2013-PHC/TC de fecha 11 de marzo del 2015, fundamento 2.3.4., suscrita por sus miembros actuales, al precisar que la:

(...) judicatura constitucional no es la competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva (prisión preventiva), lo cual es tarea que le compete a la judicatura penal ordinaria. Sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, lo que debe estar motivado en la resolución judicial que lo decreta.

Es de acotar, que hasta donde hemos podido revisar dicho órgano constitucional hasta ahora no ha emitido algún pronunciamiento, donde haya analizado la aplicación del test de proporcionalidad, como principio relacional, ante el dictado de la prisión preventiva, para lo cual, como se sabe es preciso determinar, entre otros, los principios o derechos constitucionales en colisión.

Es más, si se analiza la posición del Tribunal Constitucional, se puede concluir que en la controversia surgida para el dictado de la prisión preventiva, no existen principios o derechos constitucionales en colisión, sino determinadas circunstancias, respecto de las cuales se debe analizar si encajan en los presupuestos legales de dicha medida de coerción, los mismos que deben ser aplicados e interpretados, entre otros, a la luz de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad.

No obstante ello, la Corte Suprema, en la Casación N° 626-2013-MOQUEGUA de fecha 30 de junio del 2015, fundamento vigésimo cuarto<sup>5</sup>, en mi opinión, en forma escueta y parcial, ha establecido como precedente vinculante, que en la audiencia de prisión preventiva, uno de los puntos a debatir es la proporcionalidad de la medida, lo que implica reconocer, al menos implícitamente, que en tal caso nos encontramos ante la colisión de al menos dos principios o derechos constitucionales, pues para verificar si la medida supera el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, necesariamente debe ponerse en la balanza a principios contrapuestos, a efecto de establecer cuál de ellos tiene precedencia en el caso concreto. Así, en el fundamento vigésimo segundo, de la mencionada sentencia señaló que:

Se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

---

5 En la Casación N° 626-2013 MOQUEGUA, fundamento veinticuatro, se señala que “En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida”.

La confusión de conceptos ha llevado a los operadores jurídicos en muchos casos a aplicar el principio de proporcionalidad en forma incorrecta al evaluar un requerimiento de prisión preventiva, o en su caso, al analizar en un proceso constitucional de hábeas corpus, si tal medida, es constitucionalmente válida, y como tal justa. Por lo que, uno de los fines de este trabajo, es establecer, que el debate para la determinación de la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia de índole constitucional, donde debe evaluarse si en el caso concreto prevalece el derecho a la libertad personal del imputado, o en su caso, el deber del Estado de perseguir y sancionar el delito, al asegurar la presencia de aquel en el proceso, para la ejecución de una probable condena, y en su caso, impedirle que obstruya la actividad probatoria, y así esclarecer debidamente los hechos objeto de imputación.

La precisión conceptual antes señalada, es de suma importancia para esclarecer el principal problema del que nos ocuparemos en este modesto trabajo. En mi opinión, el elemento esencial del principio de proporcionalidad, es la ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues recién en su ámbito, se pone a los dos derechos o bienes constitucionales en juego en la balanza, a efecto de determinar cuál de los dos en un caso concreto tiene precedencia. Por esa razón se afirma que:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación (ALEXY, 2008, pág. 92).

Ahora bien, el resultado del principio de proporcionalidad en sentido estricto que consiste en una relación de precedencia condicionada entre los derechos o principios constitucionales en juego, constituye una norma adscrita, que no sólo determina la solución para el caso concreto sino para futuros casos análogos. Por esa razón, considero que resulta importante, establecer normas adscritas para que en casos similares, donde se discuta la procedencia o no de la prisión preventiva, se apliquen las mismas.

En nuestro país, como se adelantó, no se viene aplicando en forma correcta el principio de proporcionalidad, por existir falta de precisión conceptual, y en los casos que se ha aplicado, conforme a su estructura (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), no se ha establecido, hasta donde hemos revisado, por lo menos en forma completa, ninguna norma adscrita que sea aplicable a futuros casos similares. Por esa razón, en este trabajo, pretendemos establecer algunos criterios y cargas de argumentación, que permitan estatuir normas adscritas, en la resolución de un pedido de prisión preventiva.

Es de considerar que:

Norma adscrita es un término mucho más general utilizado en la doctrina constitucional, que consiste en una regla obtenida mediante la interpretación de una disposición de derecho fundamental y que debe cumplir dos requisitos: en primer lugar, que se pueda fundamentar a partir de la disposición de derecho fundamental, o de su equivalente deóntico: la norma directamente estatuida aplicable, y en segundo lugar, que tenga una relación directa con el objeto del caso concreto (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 110).

## **2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

### ***a.- PROBLEMA GENERAL.***

¿La aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva?

### ***b.- PROBLEMA ESPECÍFICO.***

¿El debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal y el bien jurídico constitucional persecución del delito?

## **3.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.**

Mediante la presente investigación pretendemos resolver el problema práctico, que se presenta en los procesos penales, donde se ha requerido la imposición de la prisión preventiva, mediante la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad. Dicho principio, en el ámbito del proceso penal, ha sido recogido en el Código Procesal Penal del año 2004, que progresivamente ha sido puesto en vigencia en los diversos distritos judiciales del país.

En relación a las medidas que limitan derechos fundamentales, en el artículo VI del Título Preliminar del referido Código se señala que:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

En similar sentido, al regular las medidas de coerción procesal, dentro de las cuales se encuentra la prisión provisional, en el artículo 253 inciso 2) del mencionado Código se establece que “2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.

No obstante lo antes anotado, los jueces en la resolución que decreta o deniega dicha medida de coerción procesal, en muchos casos, no han venido utilizando en forma adecuada el principio de proporcionalidad, al que sólo se le cita, como si con su sola mención se otorgara un plus de motivación y por ende de legitimidad a su decisión; y en otros, se ha precisado algunos criterios para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado o en su caso, para determinar el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional persecución del delito, que requieren sistematizarse.

Tal situación tal vez propició para que la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 626-2013/MOQUEGUA de fecha 30 de junio del 2015, en el fundamento vigésimo segundo estableciera, en forma un tanto confusa, que:

Se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto”.

En mi opinión, es confuso el argumento antes señalado, porque deja entrever que para aplicar el principio de proporcionalidad debe considerarse solamente los criterios de la magnitud del peligro procesal y el plazo de la prisión preventiva, lo cual no es así, pues la duración de la misma, es sólo uno de los criterios a considerar para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental del imputado, y la magnitud del peligro procesal, es un criterio a tener en cuenta para determinar la satisfacción o no del deber del Estado de perseguir y sancionar el delito.

La evolución legislativa y jurisprudencial reseñada en el párrafo que antecede, ha dado lugar para que los jueces, actualmente apliquen el principio de proporcionalidad, en la mayoría de casos donde han decretado prisión preventiva, sin embargo la argumentación y los criterios que han utilizado para tal efecto, son poco uniformes y endeble, por lo que mediante la presente investigación, pretendemos cambiar el mencionado estado de cosas. Para ello proponemos criterios para establecer normas adscritas, que constituye



una auténtica creación judicial del derecho, y permite el establecimiento de una regla, que puede ser aplicada en casos futuros similares.

#### **4.- OBJETIVOS.**

##### ***a.- GENERAL.***

- Analizar si la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva.

##### ***b.- ESPECÍFICOS.***

- Establecer si el debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.

- Determinar si el derecho fundamenta la libertad del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito colisionan en el dictado de la prisión provisional.

- Estudiar los criterios y cargas de argumentación aplicables para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado mediante la prisión preventiva y el nivel de satisfacción del bien jurídico persecución de delito con la imposición de la misma.

- Establecer criterios para la creación de normas adscritas en la resolución del conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico persecución de delito, que se presenta en la imposición de la prisión preventiva.

## **5.- HIPÓTESIS.**

### ***a.- HIPÓTESIS PRINCIPAL.***

A lo largo de esta investigación, se intentará demostrar, que la aplicación adecuada del principio de proporcionalidad, y consecuentemente el establecimiento de normas adscritas, como resultado del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, tiene una incidencia directa en la resolución del caso concreto, y en futuros casos similares, donde se requiera la imposición de la prisión preventiva.

Y es que la ponderación es un procedimiento que evidentemente implica “elaboración judicial” o “creación judicial del derecho”.

Ello en tanto trae consigo la elaboración de “enunciados de precedencia” que, luego, pueden convertirse en firmes y generales a través de la jurisprudencia. Ello se debe a que, como consecuencia de “toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso” (MENDOZA ESCALANTE, 2007, págs. 103-104).

En tal sentido la hipótesis central es formulada así: “La aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva”.

### *a.1.-VARIABLES.*

#### *a.1.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE*

- La aplicación del principio de proporcionalidad mediante el establecimiento de normas adscritas.

#### *a.1.2.- VARIABLE DEPENDIENTE*

- Resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva.

### ***b.- HIPÓTESIS SECUNDARIA.***

Nuestra hipótesis secundaria, pretende demostrar, que el debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva constituye una auténtica controversia constitucional, donde por un lado, entra en conflicto el derecho a la libertad personal del imputado, y por otro lado, el bien jurídico persecución del delito, descartándose así, que en tal caso, solamente se debe verificar la presencia de los presupuestos legales de dicha medida de coerción procesal.

De ahí se sigue, que al aplicar el principio de proporcionalidad para resolver tal controversia, en determinados casos prevalecerá, los derechos a libertad personal del imputado, y en otros, el bien jurídico constitucional persecución del delito. Esto es así, debido a que:

El principio de proporcionalidad implica establecer una jerarquía móvil, que constituye “una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida – en un caso concreto diverso” (GUASTINI, 2010, pág. 79).

Así las cosas, la hipótesis secundaria es formulada de la siguiente manera: “El debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito”.

***b.1.- VARIABLES.***

***b.1.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE***

- El debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva.

***b.1.2.- VARIABLE DEPENDIENTE***

- Controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.

**6.- MARCO METODOLOGICO.**

***a.- TIPO DE INVESTIGACION.***

La presente investigación es CUANTITATIVA: DESCRIPTIVA y CORRELACIONAL.

***a.1.- DESCRIPTIVA.***

En el presente trabajo se estudia si en las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales antes mencionados, para imponer o rechazar un pedido de prisión preventiva, se ha aplicado el principio de proporcionalidad, y si, para ello se han estatuido normas adscritas. Además, se busca especificar las propiedades de los derechos y garantías constitucionales en juego en el debate para la imposición de la prisión preventiva, y a partir de ahí, concluir que se trata de una controversia constitucional.

### *a.2.- CORRELACIONAL.*

Asimismo, pretendemos demostrar la relación que existe entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la resolución adecuada del conflicto de los derechos fundamentales del imputado a la libertad personal y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el debate para la imposición de la prisión preventiva.

### ***b.- DISEÑO DE LA INVESTIGACION.***

La investigación es no experimental transversal, pues no se han manipulado las variables, sino que se ha realizado el análisis de los datos obtenidos mediante fichas de recolección de datos en un espacio de tiempo (años 2015).

### ***c.- METODOS.***

Se ha empleado el método DEDUCTIVO, ANALÍTICO, SISTEMÁTICO Y DOGMÁTICO.

#### *c.1.- MÉTODO DEDUCTIVO.*

Se ha utilizado para el análisis del principio de proporcionalidad y así concluir que resulta aplicable a cualquier medida que restrinja derechos fundamentales, siendo una de ellas la prisión provisional.

#### *c.2.- MÉTODO ANALÍTICO.*

Se ha utilizado para desmembrar cada una de las resoluciones judiciales objeto de estudio, y así determinar, si se ha aplicado el principio de proporcionalidad en forma adecuada, y si se han establecido normas adscritas.

### *c.3.- MÉTODO SISTEMÁTICO JURÍDICO.*

Se ha utilizado para el estudio de las diversas instituciones jurídicas, legislación y jurisprudencia, aplicables al requerimiento de prisión preventiva, para así establecer que la resolución del conflicto el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional que se presenta en tal caso, mediante el principio de proporcionalidad, tiende a garantizar la supremacía de la Constitución.

### *c.4.- MÉTODO DOGMÁTICO.*

Se ha utilizado para determinar la naturaleza, ámbito de aplicación y fundamento constitucional de las dos variables: principio de proporcionalidad y prisión preventiva.

### ***d.- POBLACION Y MUESTRA.***

#### *d.1.-POBLACIÓN.*

La población está constituida por la totalidad de las resoluciones judiciales emitidas por los Juzgados Especializados Penales de Investigación Preparatoria de Chiclayo, durante el año 2015, donde consta el debate generado para la imposición de la prisión provisional, que ascienden a un total de 114.

#### *d.2.- MUESTRA.*

La muestra es probabilística, es decir que:

Todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra, y por medio de una selección aleatoria o mecánica de las unidades de análisis (HERNANDEZ SAMPIERI, FERNÁNDEZ COLLADO, & BAPTISTA LUCIO, 2006, págs. 240-241).

El tamaño de la muestra es de 89 casos, con un error estándar menor a 0.015.

***e.- TÉCNICAS DE RECOLECCION DE DATOS.***

***ANÁLISIS DE CONTENIDO.***

Se ha analizado las resoluciones judiciales sobre prisión preventiva emitidas por los mencionados órganos jurisdiccionales, en el año 2015, y la información pertinente se ha registrado en sendas fichas de registro de datos.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**



## **SUB CAPÍTULO I**

### **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

## I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

El principio de proporcionalidad como idea filosófica se remonta a la antigüedad.

Platón (1872), al respecto señaló:

¿Qué es lo que piensas cuando dices que es preciso no hacer diferencia entre un robo grande y un robo pequeño, ni fijar tampoco la atención en si ha sido cometido en un templo o en otro lugar sagrado, ni en ninguna de las demás circunstancias que alteran la condición del robo? Me parece que el legislador debe dictar penas diferentes según la diversidad de las condiciones del robo (pág. 113).

En el continente Europeo, se realizó puntuales alusiones al principio de proporcionalidad, en la Carta Magna de 1215, en cuyos apartados XX y XXI, se estableció la necesaria proporción entre la pena y la transgresión<sup>6</sup>.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad se reafirmó, en el Derecho Público Europeo, en la época de la ilustración, en el ámbito del pensamiento contractualista iusnaturalista, que concebía al hombre como un ser dotado de libertad, atributo que le pertenecía desde antes de la conformación de las asociaciones políticas. En el estado de naturaleza, sostuvo Locke (1994), que el hombre es:

Señor absoluto de su propia persona”, sin embargo, en este estado de absoluta libertad está expuesto a toda clase de peligros, provocados por el ejercicio ilimitado de dicha libertad. A fin de superar tal circunstancia, los individuos se ven compelidos a asociarse, sobre la base de un pacto civil, mediante el cual restringen su libertad, a

---

<sup>6</sup>La Carta Magna de 1215 señala que “XX. Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él; salvo las cosas que posee juntamente con el fundo que tiene; y si fuere comerciante, salvo su mercadería. Y un villano podrá ser multado de la misma manera, salvo su aparejo de carro, si cayere bajo nuestra clemencia; y ninguna de las dichas multas será adjudicada sino por el juramento de hombres buenos del vecindario (por un jurado) (...) XXI. Los condes y los barones no serán multados sino por sus pares, y según la gravedad del delito”.

cambio de que su vida, sus bienes, y su propia libertad, sean protegidos por el Estado frente a todo tipo de amenazas (pág. 32)

De tal postulado respecto a la fundación del Estado, se derivan los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad.

Por un lado, la directriz que en toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo a su propia determinación; y por otro, como correlato de lo anterior, que el Estado debe intervenir en la libertad del individuo, sólo en los casos necesarios y en la medida imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás, y de los intereses esenciales de la comunidad (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 39).

En ese sentido, Montesquieu (2003), señalaba que en el ámbito de la pena “es esencial que las penas guarden entre sí cierta armonía, porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofenda a la sociedad que lo que menos la hiera” (pág. 138).

Esta concepción, constituyó la base para que posteriormente en el ámbito jurídico, se exigiera que la intervención del Estado en la libertad individual fuese proporcionada. Entre las primeras manifestaciones de esta exigencia, y en el ámbito del derecho penal, se puede mencionar a Beccaria (2015), quien sostuvo que “debe existir una proporción entre los delitos y las penas” (pág. 25). Esta doctrina fue recogida en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”.

Sin embargo, recién posteriormente y tomando como apoyo la filosofía de la ilustración, dicho principio adoptó un concepto propio.

En el Derecho de Policía de Prusia, Carl Glottlieb Svarez, esbozó los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo en dicho país se consideró que el ejercicio del poder delegado en la Monarquía y en la Administración sólo era legítimo, cuando se encaminaba hacia la persecución de fines relevantes para la comunidad. A la confluencia de los principios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que formaron parte de un único concepto jurídico, se le dio el nombre del principio de proporcionalidad en sentido amplio o de principio de prohibición de exceso, y adquirió el rango del principio de Derecho de Policía (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 41).

A partir de ahí, el principio de proporcionalidad, se ha expandido incesantemente en el Derecho Público Europeo, hasta convertirse en un instrumento imprescindible para determinar el respeto a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios. Así, en el siglo XIX, comenzó a aplicarse en las diversas áreas del Derecho administrativo alemán. El principal factor, para que tuviera lugar tal estado de cosas, fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado.

Un hito particularmente importante, tras la segunda guerra mundial, fue la aprobación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950, donde el principio de proporcionalidad encuentra consagración al establecerse que las injerencias a las libertades que reconoce, solo se admitirán cuando sean necesarias en una sociedad democrática para el cumplimiento de los objetivos que se precisan en los artículos 8, 9, 10 y 11 del mencionado Convenio.

Posteriormente, la utilización del principio de proporcionalidad se generalizó en las jurisdicciones administrativas europeas, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración. Así, las jurisdicciones francesa e italiana lo aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial de aquéllos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 42).

E incluso en la jurisprudencia comunitaria el principio de proporcionalidad ha tenido un desarrollo importante. En sentido Barnes (1994), afirma que:

La jurisprudencia comunitaria, por su parte, lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970 en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que le han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como «el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común» y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamen que emane la Comunidad. Y es que, en efecto, entre los principios generales no escritos del Derecho Comunitario originario que el TJCE ha inducido por la vía del análisis comparado de los ordenamientos nacionales emerge, en lugar preeminente, el principio de proporcionalidad, al lado de los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica (confianza legítima) y de la tabla de derechos y libertades, lo que ha terminado por reflejarse en el propio Tratado de la Unión Europea al positivizar el artículo 3B, párrafo 3.º, TCE (en el ámbito del ejercicio de competencias comunitarias) la proporcionalidad en los siguientes términos: «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado» (pág. 498).

Actualmente el principio de proporcionalidad se utiliza de modo incuestionable, en el Derecho Administrativo:

En particular en relación a la imposición de sanciones disciplinarias, pero también, de modo general, en cualquier ámbito de actuación estatal donde se restrinja libertades individuales, convirtiéndose así en principio rector fundamental que opera, como límite material al ejercicio de aquella actividad estatal que actúa sobre ámbitos de libertad de los ciudadanos y como instrumento en el control jurídico de decisiones discrecionales (PERELLO DOMENECH, 1997, pág. 69).

La utilización del mencionado principio, se ha generalizado en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

En el proceso penal, constituye el punto de partida para delimitar la aplicación de cualquier medida de carácter cautelar o de indagación probatoria que pueda adoptarse, obligando a atender el necesario equilibrio entre las ideas de libertad y de seguridad y el correcto desarrollo de la búsqueda de una verdad material que, no puede, pretenderse lograr a cualquier precio (BARONA VILAR, 1987, pág. 847).

Asimismo, en el Derecho Europeo, su existencia se ha consolidado con el expreso reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en el año 2000 por el Parlamento Europeo, cuyo artículo 149, prescribe que "(...) la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción".

Huelga, agregar que la interpretación del Tribunal Constitucional Alemán, junto a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido fundamental en la formulación actual del principio.

## **II.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **1.- STATUS JURÍDICO.**

En la doctrina se ha propuesto hasta tres tesis en relación al status jurídico del principio de proporcionalidad: a) es un principio general del Derecho; b) es un límite de los límites de los derechos fundamentales; y c) es un criterio estructural para determinar el contenido de los derechos fundamentales. A continuación trataremos brevemente cada una de ellas.

#### ***1.1.- PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.***

El principio de proporcionalidad constituye un principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto (AGUADO CORREA, 1999, pág. 57) con la finalidad básicamente de limitar, en cualquier ámbito - y especialmente en los que se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales-, la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultades de actuación (DE LA MATA BARRANCO, 2007, pág. 165).

Por esa razón DE LA MATA BARRANCO (2007) señala que:

En la doctrina existe consenso, en entender que se trata de un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable, por ello a todo el ordenamiento jurídico. Su significado, ha de estar presente especialmente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos o libertades. El principio de proporcionalidad en cada sector jurídico no es sino una

especie o rama del tronco común, pero su alcance y ámbito de aplicación si será diferente atendiendo al resto de principios que informen cada uno de ellas y a los propios presupuestos que definan su finalidad (págs. 168-169).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 010-2002-AI/TC, fundamento 195 y 197, al respecto precisó que:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (...) En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material.

Tal postura ha sido objeto de críticas en la doctrina, porque:

Las propiedades de los principios generales del Derecho son más crípticas, ambiguas y evanescentes que los rasgos del principio de proporcionalidad, al no existir claridad suficiente sobre su significado como categoría conceptual, así como tampoco sobre el fundamento de validez jurídica de cada uno de ellos, ni sobre la manera de



identificarlos, ni de definir sus ámbitos y criterios de aplicación(BERNAL PULIDO, 2003, pág. 506).

### **1.2.- LÍMITE DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

El principio de proporcionalidad constituye una barrera tendiente a acotar el ámbito de las limitaciones que el poder público impone a los derechos fundamentales.

En ese sentido MEDIDA GUERRERO (1997) considera que:

Los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo detallado de mandatos y prohibiciones, destinados a regular la acción política del Parlamento. Por el contrario, el legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos, para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política. Sin embargo, comoquiera que el ejercicio de esta libertad puede implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites. Tales límites están conformados por el principio de proporcionalidad y la cláusula del contenido esencial (pág. 115).

En similar sentido, BACIGALUPO (1993), señala que:

La expresión "límite de los límites de los derechos fundamentales" pone de relieve esencialmente, que la habilitación constitucional al Legislador para que configure y restrinja tales derechos de acuerdo con los criterios derivados de la conveniencia

política, no supone necesariamente el abandono de la libertad a las decisiones de las mayorías políticas de turno. El Parlamento tiene un ámbito de actuación discrecional, pero debe respetar los límites de los límites a los derechos fundamentales (pág. 299).

### ***1.3.- CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR.***

Al respecto BERNAL PULIDO (2003) señala que:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución (pág. 75).

Es de añadir, conforme a esta postura que tal función del principio de proporcionalidad, se puede extrapolar a cualquier medida que limite algún derecho fundamental, a efecto de determinar si tal restricción es o no constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano, parece asumir esta posición, al precisar en la sentencia N° 2192-2004-AA /TC, fundamento dieciocho, que:

El principio de proporcionalidad (...) está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de

proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas". Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada".

De la lectura de lo argumentado por el mencionado Tribunal, se aprecia, que el principio de proporcionalidad constituye una herramienta de interpretación que permite determinar el contenido esencial de los derechos o bienes constitucionales en juego en un determinado caso, para luego aplicar, el sub principio de ponderación.

En conclusión, según esta tesis, el principio de proporcionalidad, es un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Es decir, cumple la función de fundamentar la concreción de las normas iusfundamentales adscritas en los casos difíciles (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 533).

## **2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN.**

En la doctrina y jurisprudencia constitucional, en muchos casos tales términos son utilizados como sinónimos. Por eso BERNAL PULIDO (2003) afirma que:

Con bastante probabilidad una de las causas de este uso inconsistente estriba en la pluralidad de significados que puede adscribirse al término ponderación. Por ponderación se puede entender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen (pág. 563).

BARNES (1998) afirma al respecto que:

La ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan solo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios. La ponderación consiste en el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos y valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego (pág. 35).

Para efecto del presente trabajo, tomaremos la diferencia entre ambos conceptos que propone BERNAL PULIDO (2003), quien afirma que:

La ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer sub principio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado(pág. 564).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 045-2004-PI/TC, fundamento 33, precisó que el principio de proporcionalidad en el análisis de la igualdad:

Ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes: (...) a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación (...) b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad (...) c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin) (...) d) Examen de idoneidad (...) e) Examen de necesidad (...) f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”, y en el fundamento 40, añadió que “Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: (...) “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o

de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (...) Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

### **3.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA RAZONABILIDAD.**

La similitud entre ambos conceptos estriba en que apuntan al mismo objetivo de evitar arbitrariedad, pero guardan ciertas diferencias, no sólo en su contenido, sino en su evolución histórica. La razonabilidad tiene su origen en el Derecho anglosajón y la proporcionalidad en el derecho europeo continental.

Sobre la relación que existe entre ambos conceptos, en la literatura especializada se ha señalado que:

Parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (IGNACIO MARTÍNEZ & ZÚÑIGA URBINA, 2011, pág. 201).

Y respecto al procedimiento y el ámbito de aplicación de los mencionados principios, se ha precisado que:

(...) si bien en Estados Unidos y en Alemania los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se manifiestan en test o parámetros concretos de control de los actos

potestativos de los poderes públicos, sus ámbitos de aplicación son diferentes. Así (...) en Estados Unidos el test resulta aplicable fundamentalmente a los actos de regulación o limitación de la actividad económica y de la propiedad. Por su parte, en Alemania y en los países en que opera el juicio de proporcionalidad, éste se aplica en general a todo acto de regulación o limitación del ejercicio de derechos” (IGNACIO MARTÍNEZ & ZÚÑIGA URBINA, 2011, pág. 202).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.2, al desarrollar el principio de igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación, señaló que:

(...) la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica; d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad”.

Del análisis de tal postura, se puede inferir que:

Para determinar si hay afectación o no en un caso concreto al principio de igualdad, se debe aplicar en forma concurrente el principio de razonabilidad y el de

proporcionalidad, pues la razonabilidad en su aspecto subjetivo, constituye la conclusión de un proceso de interpretación, lleno de ponderaciones y meditaciones que realiza el juez, inspirado en los valores o principios que informan su conciencia jurídica y atendiendo a las circunstancias que connotan los hechos(HARO, 2001, pág. 182).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 2192-2004-AA/TC, fundamento quince, dejó entrever que ambos conceptos son diferentes, pero que tienen grandes convergencias, pese a que los asimila al derivarlos de los mismos preceptos constitucionales, al precisar que:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del



principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

### **III.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido fundamentado a partir de diversos principios y valores contenidos en forma expresa en las Constituciones de los Estados donde se aplicó para resolver un determinado caso. En resumen, se puede afirmar que el rango constitucional del principio de proporcionalidad, se puede sostener a partir de: a) el carácter jurídico de los derechos fundamentales; b) la idea de justicia; c) el principio del Estado de Derecho; y d) el principio de interdicción de la arbitrariedad. A continuación estudiaremos brevemente cada una de tales posturas.

#### **1.- EL CARÁCTER JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

El principio de proporcionalidad debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales. Los subprincipios de la proporcionalidad son el correlato del carácter jurídico de mandatos de optimización de las normas iusfundamentales de principio (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 595).

La adhesión a esta postura por el Tribunal Constitucional peruano, se puede inferir a partir de sus pronunciamientos donde ha trazado un nexo entre el principio proporcionalidad y algunos derechos fundamentales específicos, como el derecho la libertad personal y el principio de igualdad. Así por ejemplo en la sentencia N° 02386-2014-PHC/TC, fundamento octavo, señaló que:

El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto.

El artículo 2.°, inciso 24), literales a) y b), de la Constitución Política del Perú establece

que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley (...) la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado; y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.

## **2.- EL VALOR JUSTICIA.**

En el principio de proporcionalidad se concreta una de las ideas principales de la justicia material, según la cual, está proscrito todo sacrificio excesivo de la libertad (PERELLO DOMENECH, 1997, pág. 73). Del valor justicia material se deriva el mandato, según el cual, los conflictos entre los derechos fundamentales y otro tipo de bienes y de intereses generales y particulares deben resolverse mediante una ponderación adecuada de todos ellos. De ahí, se sigue que la herramienta para solucionar tales conflictos es el principio de proporcionalidad, a través de sus sub principios.

Esta postura es asumida en el ámbito español, donde su Constitución expresamente recoge, en su artículo 1.1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico a la justicia<sup>7</sup>.

## **3.- PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO.**

De acuerdo con esta perspectiva:

---

<sup>7</sup>El artículo 1.1 de la Constitución Española señala que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

El Estado de Derecho no sólo está compuesto por principios formales, tales como el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales, el sometimiento de los órganos del Estado al Derecho y la división de poderes, sino además por principios de justicia material, entre los cuales el principio de proporcionalidad representa el más destacable. A su vez, entre el principio de proporcionalidad y los principios formales existe una conexión, porque dicho principio se define como un criterio para delimitar la órbita de acción del poder estatal en relación con los derechos fundamentales de los individuos en el marco del ordenamiento jurídico (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 601).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, ha recurrido al mencionado principio del Estado de Derechos para otorgar rango constitucional al principio de proporcionalidad. Así en la sentencia N° 010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 195 y 197, precisó que:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (...) En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no

---

8 El artículo 3 de la Constitución peruana señala que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 2192-2004-AA/TC, fundamento quince, precisó que el principio de proporcionalidad tiene como base el Estado Democrático de Derecho, al señalar que “El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo”.

#### **4.- EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.**

Esta postura ha sido asumida en la doctrina española, debido a que su Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En tal sentido, lo desproporcionado debe considerarse como una especie de lo arbitrario.

En nuestro país, hasta donde conocemos, no se ha sustentado la constitucionalidad del principio de proporcionalidad, a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad. Es de señalar, que tal principio tampoco ha sido recogido en la Constitución, y por tal razón, el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otros, en la sentencia N° 03167-2010-PA/TC, fundamento doce, que “Al reconocerse en los artículos 3º y 43º de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> El artículo 43 de la Constitución peruana establece que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...) El Estado es uno e indivisible (...) Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

## IV.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.- DEFINICIÓN.

En la doctrina constitucional se han formulado diversas definiciones acerca de la noción de derecho fundamental. Así, MEDINA GUERRERO (1997) señala que derecho fundamental es “un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación- conectado con el ámbito material que da nombre al derecho- que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares” (pág. 11).

Para AGUIAR DE LUQUE (1983):

Los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos” (pág. 20).

Por su parte, ROBERT ALEXY (2008), señala que derecho fundamental es un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental (pág. 240). A efecto de una mejor comprensión de esta definición corresponde a su vez precisar el contenido de cada uno de sus elementos:

#### ***a) Las disposiciones de derecho fundamental.***

Son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales. Casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 77).

***b) Las normas de derecho fundamental.***

Al respecto BERNAL PULIDO (2003) señala que:

Están constituidas por el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. La diferencia entre disposición y norma fundamental, es una especie, de la distinción elaborada en la teoría jurídica respecto a disposición y norma. La disposición está expresada en el lenguaje de las fuentes de Derecho y es el objeto de la interpretación, al paso que la norma consiste en un enunciado del lenguaje de los intérpretes y constituye el resultado de la interpretación(pág. 79).

En nuestro país el Tribunal Constitucional en la sentencia N°0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento noveno, asumió tal posición al señalar que:

Para la explicación de este supuesto resulta de relevancia la distinción entre disposición y norma. La disposición constitucional en cuanto enunciado lingüístico y la norma en cuanto significado de dicho enunciado. Desde esta perspectiva, una disposición constitucional puede contener más de una norma, más de un significado.

***c) Las posiciones de derecho fundamental.***

Son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Constituyen una especie de las diversas relaciones jurídicas existentes en el derecho. Las de derecho fundamental, en su forma más común, presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto(ALEX Y, 2008, pág. 186).

En relación al objeto de las posiciones de derecho fundamental ALEX Y (2000) señala que:

Es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo (pág. 12).

Mediante este esquema se han construido las variadas posiciones de derecho fundamental, como los derechos de defensa, los derechos de prestación y las garantías institucionales.

*c.1.- Las posiciones iusfundamentales de defensa.*

Tienen por objeto una abstención estatal, es decir, una omisión que el sujeto activo, un particular puede exigir de un poder del Estado que se sitúa en el lugar del sujeto pasivo.

*c.2.- Las posiciones iusfundamentales de prestación.*

Su objeto es una conducta positiva del Estado, el sujeto activo tiene derecho a que el Estado realice un comportamiento.

*c.3.- Las garantías institucionales.*

Son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una específica abstención del Estado, el cual se encuentra vedado de abolir una determinada institución como el matrimonio o la propiedad.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, fundamento veinticuatro, al respecto señala que "(...) las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad".

## 2.- EL CONCEPTO DE NORMA IUSFUNDAMENTAL PRIMA FACIE.

Al respecto BERNAL PULIDO (2003) señala que:

Una norma jurídica ostenta una validez prima facie, cuando al ser considerada aisladamente, se puede afirmar que se trata de una norma vinculante, que debe ser seguida por sus destinatarios, lo que no ocurre cuando se le interpreta de manera sistemática, junto a otras normas jurídicas que prescriben deberes contradictorios. En otras palabras una norma ostenta validez prima facie, cuando no se han considerado aún todas las premisas normativas y empíricas relevantes en la situación en que debe ser aplicada y cuando no se han resuelto las colisiones con otras normas del mismo sistema jurídico. Es una norma válida, pero solo provisionalmente, antes de considerar todas las razones determinantes de la licitud o ilicitud de cierto comportamiento, y es una norma susceptible de ser derrotada por las razones contrarias que tengan mayor peso (pág. 639).

A efecto de determinar si todo tipo de norma jurídica tiene validez prima facie corresponde tratar en forma breve las nociones de reglas y principios.

### ***a.- Reglas.***

Son normas que contienen determinaciones en el ámbito de la fáctica y jurídicamente posible y que sólo pueden ser cumplidas o no. La forma jurídica mediante la cual se aplican las reglas es la subsunción. Las reglas contienen mandatos definitivos(ALEX, 2008, pág. 86).

Cuando un determinado hecho se subsume en el supuesto que contempla la regla, debe aplicarse la consecuencia jurídica que la misma prevé, y por el contrario, si las



condiciones previstas por el supuesto de hecho de una regla no se presentan, ésta no debe aplicarse. Por eso se dice que la forma de aplicación de las reglas es “todo o nada”.

En tal sentido ALEXY (2008) precisa que:

Cuando en determinado caso se presenta un conflicto entre reglas y una de las cuales no puede ser declarada inválida según los criterios de jerarquía, posterioridad o especialidad, el mismo sólo puede ser solucionado mediante la introducción a una de las reglas de una cláusula de excepción (pág. 88).

En virtud a la cláusula de excepción, la regla ha de aplicarse siempre, a excepción de los casos que caigan bajo el supuesto de hecho prescrito por la regla contraria, en cuyo caso será aplicable la última.

Las reglas tienen una validez definitiva porque exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena y contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas. Sin embargo, las reglas se despojan de su validez definitiva como normas que regulan la decisión de un caso, cuando entran en colisión con una regla contraria, y es preciso introducir una excepción a alguna de ellas, o cuando colisionan con un principio contrario(ALEXY, 2008, pág. 99).

Cuando esta última situación se presenta, la regla que ha perdido su validez definitiva y ha adquirido una validez prima facie, sólo será desplazada si el principio que colisiona con ella o el principio que apoya la regla contraria, tiene más peso en la ponderación que el principio que sustenta la regla prima facie, sumado a los principios formales que establecen el deber de cumplir al detalle las reglas impuestas por las autoridades legítimas(BERNAL PULIDO, 2003, pág. 642).

***b.- Principios.***

Los principios se definen como mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (ALEXY, 2008, pág. 86). La forma característica de aplicación jurídica es la ponderación. En un determinado caso el principio aplicable debe ser realizado en la mayor medida posible, tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, que dependen de las razones que juegan en sentido contrario. Y es precisamente en la ponderación donde se realiza el análisis de tales posibilidades.

En el caso de un conflicto entre principios uno de ellos debe ceder ante el otro. Esto no implica que el caso deba solucionarse mediante la declaración de invalidez de uno de los principios en contienda. Lo que ocurre, es que dada las circunstancias específicas del caso, uno de los principios debe preceder al otro. El principio que en atención a tales circunstancias ostenta mayor peso prevalece frente a su contrario, pero no para siempre, sino solo en el caso. Bajo otras circunstancias la relación de precedencia podría ser a la inversa (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 575).

Los principios, definidos como mandatos de optimización, tienen una validez prima facie, puesto que las razones que lo sostienen pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Un principio contiene una razón que vale como argumento a favor de una solución para un caso dado, pero no determina cómo ha de resolverse la relación entre dicha razón y su opuesta (ALEXY, 2008, pág. 99).

La ponderación es el procedimiento mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. Como resultado de este procedimiento surge

una regla, que expresa la relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso. La regla que estructura esta relación de precedencia condicionada prevé en su supuesto de hecho las circunstancias específicas del caso, para las cuales vale la precedencia, y como consecuencia jurídica, aquélla que se deriva del principio precedente.

A la regla resultante luego de la ponderación de principios es denominada ley de la colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 576).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 01665-2014-PHC/TC, voto singular del magistrado Espinoza Saldaña, fundamento quince, se reconoce la existencia de la regla resultante de la ponderación al precisarse que:

Ahora bien, de esto no se desprende inmediatamente que esta prevalencia interpretativa (o mayor peso abstracto) a favor de los niños implique, siempre y en todo los casos, que los derechos de estos vencerán a los bienes con los que se enfrentan: se trata de una priorización prima facie que deberá ser determinada caso por caso (o también, como indica el proyecto de sentencia, este criterio "predispone al juzgador, prima facie, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e interés de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso.

### **3.- LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL.**

#### **a) ANTECEDENTES.**

El contenido esencial constituye uno de los criterios más importantes al cual ha recurrido la dogmática y jurisprudencia constitucional alemana y española para definir la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales.

Esto es así, debido a que en el primer caso, se encuentra prevista expresamente en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, de la siguiente manera "en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial"; y en el segundo caso, en el artículo 53.1 de la Constitución Española, mediante el enunciado siguiente "Los derechos y libertades reconocidos (...) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (BERNAL PULIDO, 2003, págs. 400-401).

En la doctrina constitucional alemana se ha señalado que:

Del carácter de principio de las normas de derecho fundamental deriva, no sólo que, en razón de los principios contrapuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, sino que también sus restricciones y la posibilidad de restringirlos, son restringidas. Una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental. Por ello se puede decir que los derechos fundamentales, en sí mismos, son restricciones a sus restricciones y a la posibilidad de restringirlos (ALEXY, 2008, pág. 257).

Por otro lado, en la jurisprudencia española se ha señalado que:

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales", y "Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (PAREJO ALFONSO, 1981, págs. 186-187).

En el Perú, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, fundamento veintiuno, precisó que:

Todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume (...) la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el

principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

A nivel legislativo en el Código Procesal Constitucional, la garantía del contenido esencial, se recogió por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa, en los artículos 5.110y 3811, como contenido constitucionalmente protegido. El Tribunal Constitucional al respecto ha precisado en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, fundamento diez que "Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección". Posteriormente, en el Código Procesal Penal, artículos VIII.212, 150.d13 y 159.114, ha sido previsto con el nombre de contenido esencial.

### ***b.- TEORÍAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.***

En la doctrina constitucional se han formulado al menos tres principales teorías del contenido esencial: a) teoría relativa del contenido esencial; b) teoría absoluta del

---

10 El artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional prescribe que "No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

11 El artículo 38 del Código Procesal Constitucional establece que "No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".

12 El artículo VIII inciso 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que "2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

13 El artículo 150 inciso d) del Código Procesal Penal, establece que "No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:(...) d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

14 El artículo 159 inciso 1 del Código Procesal Penal precisa que "1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

contenido esencial; y c) Teoría ecléctica del contenido esencial. A continuación abordaremos brevemente cada una de ellas:

*a) Teoría relativa del contenido esencial.*

Según esta teoría el Legislador puede intervenir en cualquier parte del contenido del derecho, siempre y cuando la intervención sea proporcionada.

Esta teoría converge con el principio de proporcionalidad. Por eso se afirma que las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental(ALEXY, 2008, pág. 259).

*b.- Teoría absoluta del contenido esencial.*

Para esta teoría la intervención en los derechos fundamentales sólo es constitucionalmente admisible en la zona accidental o no esencial, pero nunca en el núcleo del derecho. Existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado (ALEXY, 2008, pág. 259).

*c.- Teoría ecléctica del contenido esencial.*

Esta teoría conjuga la aceptación de los postulados básicos de la teoría absoluta, con el reconocimiento de que el principio de proporcionalidad puede funcionar, en alguna medida, como criterio para la definición de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 420).

La intervención en los derechos fundamentales debe ser proporcionada, es decir, debe estar justificada por razones relevantes, y debe poder superar los tres juicios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pero la intervención en un derecho iusfundamental sólo puede ocurrir en su zona

periférica, y no así, en su núcleo duro, cuya restricción nunca es admisible, independientemente si es justificada o no, o si es o no proporcionada.

***c.- POSICIÓN ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.***

El Tribunal Constitucional peruano ha asumido la teoría ecléctica del contenido esencial de los derechos fundamentales, en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, fundamento veintiuno, al sostener que:

(...) todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume (...) la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

A tal posición, resultan aplicables las críticas que en la doctrina constitucional, se ha esgrimido contra esta teoría. Pues:

desde el momento que se acepta que el derecho restringido posee un contenido esencial que no puede ser restringido, el juicio de proporcionalidad pierde su naturaleza porque deja de ser relacional; el resultado no depende ya de la relación entre los dos lados de la balanza, sino que se determina de acuerdo con el análisis de



uno solo de los elementos de la balanza; lo que importa no sería ya si las ventajas para un derecho justifican las desventajas para el otro, sino, exclusivamente, si el derecho restringido ha sido afectado en su núcleo esencial, caso en el cual, la restricción al derecho fundamental debe ser declarada inconstitucional, sin importar si el derecho que fundamenta la restricción hacía necesaria una intervención de estas características en el derecho afectado, o se hubiere beneficiado en una muy amplia medida (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 430).

#### **4.- LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Según BERNAL PULIDO (2003):

El concepto de intervención en los derechos fundamentales tuvo su origen en el Derecho administrativo alemán y se utilizaba para referirse al conjunto de propiedades que las actuaciones de la Administración debían reunir para ser consideradas como actos de intervención en los derechos subjetivos de los individuos. Tras el advenimiento de la Ley Fundamental de Bonn, esta noción fue extrapolada al Derecho constitucional. En este último ámbito se utilizó para aludir a las peculiaridades que presentaban los actos de los poderes públicos, contra las cuales debían operar las garantías y los mecanismos de protección de los derechos fundamentales (pág. 658).

La intervención en los derechos fundamentales puede ser definida como toda incidencia negativa en el ámbito de protección de los derechos fundamentales. La intervención en los derechos fundamentales puede ser ocasionada por un acto del poder público, cuando emite una norma, un acto administrativo o un acto jurisdiccional; sin embargo también puede ser causada por el ejercicio o goce de un derecho fundamental.

La alteración o incidencia negativa en los derechos puede consistir en el "impedimento" de una acción (v.gr. opinar, informar, profesar el propio credo), la "afectación" de una propiedad (vida, honor, integridad, salud) o de una situación (intimidad) o, finalmente, en la "eliminación" de una posición jurídica (la de propietario) (MENDOZA ESCALANTE, 2007, pág. 60).

Asimismo, es de considerar que:

Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental, resulta necesario que entre el acto y el derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa, bien sea de tipo jurídico o fáctico. El acto debe ser idóneo para suprimir o eliminar jurídicamente la norma o posición iusfundamental afectada - que contradiga la norma iusfundamental adscrita prima facie- (afectación jurídica), o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación fáctica)"(BERNAL PULIDO, 2003, pág. 665).

#### **4.1.- LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN.**

En la doctrina se ha señalado al respecto que:

La existencia de una intervención ya no depende más de una cuestión que habría de responderse concluyentemente con un "sí" o con un "no", sino que debería serlo con una indicación en relación al "cuanto", por tanto, en relación a la intensidad de la afectación(MENDOZA ESCALANTE, 2007, pág. 68).

A efecto del presente trabajo, resulta pertinente, abordar la escala triádica esbozada por ROBERT ALEXY (2002), en defensa de la racionalidad su tesis relativa a que:

Los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización, ante las críticas diametralmente opuestas, formuladas por Habermas y Böckenforde. En tal sentido, la intervención en los derechos fundamentales tendría una escala con rangos: leve, medio y grave (págs. 33-37).

En el Perú, el Tribunal Constitucional, adoptó tal posición, según se desprende de la sentencia N° 045-2004-PI/TC, fundamentos 34 y 35, donde realiza el análisis de la intervención en el principio de igualdad. Así precisa que:

La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación (...) “Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: (...) - Intensidad grave (...) - Intensidad media (...) - Intensidad leve (...) a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional (...) b) Una intervención es de intensidad media cuando

la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (...) c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo".

Posteriormente, el mencionado órgano constitucional, en la sentencia N° 579-2008-PATC, fundamento 31, reiteró tal doctrina jurisprudencial, precisando que:

Para hacer más racional dicha operación resulta relevante contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. Este colegiado ha incorporado una escala triádica para asignar dichos valores. En tal sentido hemos establecido que "la valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción.

## **V.- ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplican de manera sucesiva y escalonada. En este sentido, ante un acto que interviene en un derecho fundamental:

Corresponde determinar en primer lugar si es idóneo; si no fuera así, debe declararse inconstitucional. Si supera este primer escollo, corresponde ser sometido al análisis de necesidad, y si también este segundo subprincipio es satisfecho, recién debe realizarse el escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. Si el acto no supera los dos últimos subprincipios también debe ser declarado inconstitucional (BERNAL PULIDO, 2003, págs. 686-687).

A continuación trataremos cada uno de ellos.

### **a.- EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD.**

Es conocido también con el nombre de adecuación o juicio de aptitud. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El sub principio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales. En primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término que sea idónea para favorecer su obtención (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 687).

#### ***a.1.- La legitimidad del fin.***

El primer aspecto del análisis de idoneidad de la intervención en un derecho fundamental consiste en verificar si el fin que se pretende favorecer, puede ser

considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Este primer elemento es un presupuesto del segundo. Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada resulta idónea para contribuir a su realización.

La aplicación del subprincipio de idoneidad consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido para fomentar su finalidad; es un análisis de la relación entre el medio y su fin, en la cual, el medio persigue facilitar la obtención del fin, y a su vez, el fin ofrece una fundamentación al medio (BERNAL PULIDO, 2003, págs. 688-689).

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia N° 045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre del 2005, fundamento 38, acogiendo tal definición, precisó que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”.

El fin que se persigue con la intervención en un derecho fundamental para ser legítimo, no debe estar prohibido implícita o explícitamente por la Constitución. Las prohibiciones expresas e implícitas de los fines pueden tener carácter definitivo o prima facie. Las primeras no pueden ser ponderadas con otros principios que jueguen a favor de la legitimidad del fin y que entren en colisión con ellas, y las segundas, eventualmente pueden dejar de tener efecto si en una ponderación ceden ante otros principios constitucionales susceptibles de fundamentar la legitimidad definitiva del fin prohibido prima facie.

Por razones metodológicas, en la doctrina constitucional se ha considerado que la ponderación en el caso de las prohibiciones *prima facie*, debe reservarse para efectuarse en el análisis del test de proporcionalidad en sentido estricto, debido a que la práctica de la ponderación en el estadio del test de idoneidad resulta superflua, porque los principios que se examinan en su marco también son relevantes en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, e inapropiada, porque para llevarla a cabo es imprescindible tener en cuenta otro tipo de premisas, cuya relevancia sólo aparece en la aplicación del tercer sub principio de la proporcionalidad (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 699).

En relación a las prohibiciones antes reseñadas, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia N° 010-2002-AI/TC, fundamento 187, dejó entrever como una prohibición implícita definitiva a la pena de cadena perpetua al confrontarlo con el principio de dignidad humana, al sostener que:

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

### ***a.2.- La idoneidad de la intervención.***

Una medida adoptada por una intervención en un derecho fundamental, es idónea cuando contribuye de algún modo a la obtención del fin.

En la literatura especializada se han propuesto dos versiones del subprincipio de idoneidad: una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio y una versión débil o de la idoneidad en sentido estricto.

La diferencia entre estas dos versiones se basa en la circunstancia de que un medio puede ser idóneo en diversos grados para alcanzar un fin, grados que se proyectan en diferentes perspectivas. La idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar la obtención del fin. Sin embargo, esta relación positiva puede tener una mayor o menor intensidad, cuando se observa a partir de distintos puntos de vista. De este modo, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen más o menos aspectos relativos al fin y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad que se propone (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 718).

El Tribunal Constitucional peruano parece asumir la versión débil del subprincipio de idoneidad. En tal sentido, en la sentencia N° 003-2005-AI/TC, fundamento 69, señaló que:

Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución



de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”.

Otro aspecto que resulta necesario considerar es el referido al tipo de nexo que debe existir entre la intervención en un derecho fundamental y el fin que se propone. Se trata de un nexo empírico, es decir la conexión entre el medio escogido y su fin es de carácter fáctico (ALEXY, 2008, pág. 111). En ese sentido la falta de idoneidad de la intervención en un derecho fundamental debe demostrarse mediante un conjunto de premisas empíricas, basadas en conocimientos científicos o convicciones sociales aceptadas generalmente.

En la jurisprudencia constitucional nacional, en la sentencia N° 007-2006-AI/TC, fundamento 33, el Tribunal Constitucional, sostuvo que:

La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.

De tal argumentación se infiere que el mencionado órgano constitucional, en base a una premisa empírica, que relacionaba el tiempo de atención en los mencionados establecimientos con la afectación a determinados bienes jurídicos, arribó a la conclusión, que la medida adoptada, no guardaba conexión alguna con el fin propuesto, por lo que en ese extremo consideró que la medida carecía de idoneidad. No obstante ello, se aprecia que el mencionado Tribunal tampoco tiene claridad conceptual respecto a los subprincipios del principio de proporcionalidad, pues en el análisis del test de idoneidad no corresponde evaluar la existencia de medios alternativos, sino sólo determinar si el medio escogido fomenta o contribuye a la obtención del fin que se pretende. En la mencionada sentencia, tampoco se ofrece mayor argumentación, para considerar que el medio escogido carece de idoneidad, y por el contrario, desde las convicciones sociales aceptadas generalmente, se podría afirmar que si hay menos tiempo de atención en los mencionados establecimientos comerciales, se puede evitar que los concurrentes consuman en exceso bebidas alcohólicas, y como tal, ello daría lugar a que no ejecuten actos que sí podrían hacer en estado de ebriedad avanzado, y por tanto, la medida superaría el test de idoneidad.

#### **b.- EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD.**

De acuerdo con este subprincipio toda intervención en un derecho fundamental debe ser la más benigna, entre todas aquellas alternativas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

El subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada y otros medios alternativos.

En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: En primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida adoptada para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que cumpla con estas dos exigencias, la medida adoptada debe ser declarada inconstitucional (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 736).

Este sub principio es denominado también en la doctrina constitucional como examen del medio alternativo menos lesivo, se expresa en la siguiente regla:

Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o alguno de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio (CLÉRICO, 2010, pág. 133).

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia N° 00050-2004-PI/TC, de fecha 03 de junio del 2005, fundamento 109, al respecto ha precisado que:

El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad

equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

Posteriormente, en la sentencia N° 045-2004-PI/TC, fundamento 39, el Tribunal Constitucional, señaló que:

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

#### ***b.1.- Estructura del subprincipio de necesidad.***

Para aplicar en forma correcta el subprincipio de necesidad, resulta imprescindible efectuar la elección de los medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental concernido. En lo que sigue abordaremos brevemente estas nociones.

##### ***b.1.1.- La elección de los medios alternativos.***

El análisis de necesidad es una comparación entre medios. Para aplicar este subprincipio debe existir por lo menos un medio alternativo a la medida adoptada. Si ello no ocurre, resulta imposible realizar la comparación y así determinar si el medio alternativo es más benigno que la medida adoptada.

El principal criterio para seleccionar los medios alternativos consiste en que éstos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que se pretende alcanzar mediante la medida adoptada (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 737).

*b.1.2.- El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos.*

Se trata de un análisis hipotético, para determinar, si de acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales, existentes en el momento de la adopción de la medida cuestionada, el medio alternativo tendría una idoneidad equivalente o mayor que aquella, para contribuir a la obtención del fin que se pretende.

Por otro lado, en este nivel de análisis corresponde establecer si además el medio alternativo tiene por lo menos una intensidad equivalente o mayor a la medio escogido.

La igual o la mayor intensidad en la idoneidad, que pueda revestir el medio o medios alternativos, se debe evaluar desde la perspectiva de la eficacia - que el medio alternativo sea tan o más eficaz que el medio para la obtención de su fin-; desde la perspectiva temporal - que el medio alternativo sea tan o más expeditivo que el medio elegido-; desde la perspectiva de la realización del fin - que el medio alternativo contribuya para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan por causa del medio escogido- ; y desde el punto de vista de la probabilidad - que el medio alternativo contribuya con tanta o mayor seguridad que el medio elegido para la obtención de su fin-(BERNAL PULIDO, 2003, pág. 739).

Sin embargo no se requiere que los medios alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija, que se exige como mínimo(CLÉRICO, 2010, pág. 134)

*b.1.3.- La determinación del medio más benigno con el derecho fundamental afectado.*

En esta fase se realiza una comparación entre el medio escogido y los medios alternativos que sean idóneos para contribuir a la obtención del fin, a efecto de determinar

si éstos no afectan negativamente al derecho fundamental o lo afectan en un grado inferior a aquél.

En este examen se debe determinar, si los medios alternativos afectan negativamente al derecho fundamental, es decir, si entre aquéllos y éste se puede trazar una relación de causalidad negativa. En otras palabras, corresponde establecer:

Si los medios alternativos tendrían la capacidad de suprimir o eliminar jurídicamente la norma o la posición iusfundamental afectada- es decir, la norma iusfundamental adscrita prima facie- (afectación jurídica), o bien la capacidad de impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación fáctica) (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 743).

El medio alternativo debe implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico (CLÉRICO, 2010, pág. 135). Es decir, un medio alternativo será más benigno:

Si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental prima facie objeto de la intervención, y si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protegen (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 744).

Ahora bien, es posible que el medio alternativo sea más benigno, que el medio escogido, desde todos los puntos de vista, o solamente en algunos de ellos. En el primer caso no habría razón alguna para considerar que el medio alternativo supera este nivel de análisis, puesto que optimiza el derecho constitucional afectado en todos sus ámbitos. No sucede lo mismo en el segundo caso, sin embargo tal circunstancia debe

considerarse en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, pues, constituye un indicio que el medio escogido interviene con una intensidad elevada en el derecho fundamental.

### **c.- EL SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO.**

Según este subprincipio la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido con tal intervención.

Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre ambos. Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* a su ámbito normativo adquirirá a su vez una validez definitiva y el medio escogido debe ser declarado contrario al ordenamiento constitucional. Si en cambio, la prioridad se atribuye al fin perseguido, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* perderá todo tipo de validez y el medio escogido deberá ser declarado conforme a la Constitución (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 758).

Es necesario precisar que el medio escogido no es el objeto normativo en la ponderación. Los objetos normativos que se ponderan son el derecho fundamental afectado y el derecho fundamental, garantía o bien constitucional, que se pretende optimizar con el medio escogido.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se rige por las siguiente reglas:  
Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo) el peso de los argumentos

que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio”, y “Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”(CLÉRICO, 2010, pág. 141).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 045-2004-AI/TC, fundamento 40, siguiendo a la doctrina de Robert Alexy, precisó que:

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: (...) Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

### ***c.1.- Elementos del principio de proporcionalidad en sentido estricto.***

La aplicación de este subprincipio implica el análisis de los siguientes elementos: i) la determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin; ii) la comparación de las magnitudes de tales objetos normativos, a fin determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor



que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; iii) la construcción de una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin perseguido, con base en la comparación realizada. A continuación abordaremos cada uno de tales elementos.

*c.1.1.- La determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin.*

Para lograr este cometido resulta necesario fijar el peso de los objetos normativos que concurren en la ponderación. Para ello en la doctrina se han formulado diversas reglas metodológicas que sintetizamos a continuación:

- i) Peso abstracto. Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación; ii) Peso concreto. Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención, mayor será su peso en la ponderación (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 760).

De las reglas mencionadas en el párrafo anterior, a su vez, pueden derivarse otras subreglas, a efecto de determinar el nivel de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin. En tal sentido, se puede afirmar que cuanto más fundamental sea la posición prima facie afectada por la intervención dentro del ámbito normativo del derecho fundamental al que se adscribe, mayor será la intensidad de la intervención en este derecho y mayor será el peso que deberá atribuirse al mismo en la ponderación. Y correlativamente, cuanto más fundamental sea el fin que se persigue con la intervención, mayor será la intensidad de la realización del principio

cuya optimización se pretende y mayor será el peso que deberá otorgársele en la ponderación.

Asimismo, se puede señalar que:

Cuanto más eficaz, rápida, probable y duradera sea la medida adoptada, para intervenir negativamente en la posición *prima facie*, y cuanto más aspectos de esta posición afecte, mayor será la intensidad de la intervención en el derecho al que esta posición se adscriba y mayor será el peso que deberá otorgarse al mismo en la ponderación. Y a su vez, cuanto más eficaz, rápida, probable y duradera sea la intervención para la realización del fin y cuanto más aspectos de este fin se realicen, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que se persigue con el medio escogido, y en consecuencia mayor será su peso en la ponderación (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 763).

Es de precisar que en la doctrina constitucional, se han elaborado diversas reglas metodológicas en relación a este elemento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya estudio pormenorizado excede la finalidad del presente trabajo. Sin embargo considero pertinente agregar dos reglas adicionales, referidas exclusivamente a la importancia de la realización del fin. Estas reglas pueden enunciarse de la siguiente manera: i) si la medida adoptada es el único medio para alcanzar el fin, los argumentos normativos a favor de la adopción de la misma adquirirán un alto peso en la ponderación; ii) cuanto más urgente sea la obtención del fin, mayor será el peso que deberá otorgársele en la ponderación.

Es de precisar que las mencionadas reglas constituyen criterios orientativos al órgano jurisdiccional cuando tenga que determinar la intensidad de la intervención en el derecho

fundamental y la intensidad de la realización del fin, y por ello, deben ser aplicados de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

*C.1.2.- La comparación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin.*

En esta etapa del análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se realiza una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que subyace al fin perseguido, para establecer una relación de precedencia condicionada entre ambos. Mediante tal análisis se determina cuál de los dos objetos normativos que concurren: el derecho fundamental o el principio constitucional, por ejemplo, debe adquirir prioridad en el caso concreto. Sin embargo, dicha relación de precedencia es condicionada, porque la prioridad que se establece entre el derecho y el principio no tiene un efecto general, sino que está sujeta a las específicas condiciones del caso concreto, y por ello, ante circunstancias diversas tal relación podría cambiar e incluso ser a la inversa.

La regla argumentativa que expresa este elemento es la llamada ley de ponderación, que ha sido construida por el Tribunal Constitucional alemán en diversas decisiones y ha sido recogida en la doctrina por ROBERT ALEXY (2008), con el siguiente enunciado “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (pág. 161).

De acuerdo con la ley de la ponderación:

La intensidad de la realización del principio constitucional que se contrapone al derecho, debe ser por lo menos equivalente a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, sino fuera así, la intervención resulta inconstitucional.

Asimismo, esta ley en los casos fáciles en sentido estricto ofrece un conjunto de soluciones: i) una realización leve o media del fin perseguido no puede justificar una intervención intensa en el derecho fundamental; ii) una realización media del fin tiene capacidad para justificar una intervención leve en el derecho fundamental; y iii) una realización intensa del fin justifica una intervención leve o media en el derecho fundamental (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 782).

Para determinar las intensidades en la intervención en el derecho fundamental y la realización del principio o derecho fundamental que se persigue con la medida adoptada, se requiere una argumentación racional, que observe los diversos criterios objetivos en el ámbito analítico, normativo y fáctico, establecidos en la doctrina y jurisprudencia constitucional, pues en caso contrario se puede arribar a conclusiones subjetivas e incluso incompatibles ante un mismo supuesto.

En nuestro país, por ejemplo, se presentó un caso donde los magistrados del Tribunal Constitucional, arribaron a conclusiones diametralmente opuestas en relación a intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Se trata de la sentencia N° 579-2008-PA/TC, emitida en un proceso de amparo, donde se discutió si la aplicación del Régimen de Protección Patrimonial, Ley N° 28027 y sus modificatorias, mediante la cual se suspendió la ejecución forzada contra la empresa azucarera Agroindustrial Pomalca S.A., respetaba el principio de proporcionalidad. El voto en mayoría (fundamento 32) al medir la intensidad de la intervención señaló que:

La postergación en el tiempo de la ejecución de una sentencia firme, puede ser catalogada aquí como una intervención de intensidad leve, en la medida que se trata sólo de una suspensión temporal de ejecución de una sentencia, que no elimina o

desvanece el derecho que tienen los acreedores de las empresas agrarias azucareras, que han recurrido a la vía judicial a fin de hacer efectivo su derecho de crédito y han obtenido pronunciamiento favorable por parte de los órganos judiciales. Sobre todo si se toma en cuenta que dicha suspensión se encuentra próxima a quedar sin efecto además de considerar que la referida ley tampoco ha dejado sin efecto la inscripción registral de las medidas cautelares que se habían dictado con antelación a la restricción, tal como dispone la ley en cuestión en su segundo párrafo, al disponer que dichas medidas continuarán inscritos aunque no podrán ser materia de ejecución.

En cambio el voto (fundamento 5) en minoría del magistrado Landa Arroyo, al respecto señaló que:

Considero más bien que tal intervención es de intensidad grave en la medida que anualmente se viene difiriendo injustificadamente el cumplimiento de una sentencia judicial que ha pasado a la calidad de cosa juzgada, tutelado también como derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

#### c.1.2.1.- Cargas de argumentación.

En la ponderación rigen dos cargas de argumentación, que se expresan del siguiente modo:

##### a) Primera regla:

“Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención en el derecho fundamental, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental”.

Esta carga representa una aplicación concreta del principio *in dubio pro libertate*. Al respecto es de considerar que el ámbito de libertad del individuo es en principio ilimitado, y en consecuencia, el Estado debe justificar todas las intervenciones que practique dentro del mismo. Si una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes, que hagan constar el grado por lo menos equivalente de la realización del fin perseguido, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la intervención debe considerarse ilegítima y el ámbito de libertad individual debe permanecer inalterado (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 789).

b.- Segunda regla:

“La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos. La inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundamentarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla”. La relación de precedencia condicionada obtenida mediante el análisis de los objetos normativos, tiene el carácter de regla, con validez no sólo para el caso concreto, sino también para los futuros casos idénticos y análogos.

#### *C.1.3.- La construcción de una relación de precedencia condicionada.*

El resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto es una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el principio constitucional que fundamenta la intervención.

Se trata de una relación de precedencia condicionada, porque el elemento normativo que adquiere prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el

ordenamiento jurídico. Por el contrario, solo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 791).

La precedencia condicionada se concreta entre los dos elementos normativos que colisionan. Si el derecho fundamental intervenido adquiere dicha precedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* adquiere a su vez una validez definitiva y, como consecuencia la intervención debe declararse inconstitucional. Si, en cambio, la precedencia se otorga al principio constitucional que respalda la intervención, concretada en el medio escogido, tal intervención adquiere validez definitiva, por encontrarse conforme a la Constitución.

De la precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el principio constitucional, surge una nueva regla, conforme a la denominada ley de la colisión, enunciada por ROBERT ALEXY (2008), según la cual “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (pág. 94).

Dicha ley, a efecto de ser aplicada a casos futuros análogos, puede enunciarse de la siguiente manera:

Las circunstancias del caso, bajo las cuales el derecho fundamental precede al principio constitucional que fundamenta la intervención, constituyen el supuesto de hecho de la norma iusfundamental adscrita, que expresa la consecuencia jurídica del derecho fundamental y que adquiere carácter de regla y validez definitiva. O, por el contrario, las circunstancias del caso, bajo las cuales el principio constitucional que fundamenta la intervención precede al derecho fundamental, constituyen el supuesto

de hecho de la norma legal, que expresa la consecuencia jurídica del principio constitucional prevalente y que adquiere carácter de regla y validez definitiva (BERNAL PULIDO, 2003, pág. 792).

## **SUBCAPÍTULO II**

### **PRISIÓN PREVENTIVA**



## **I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-**

Al respecto FERRAJOLI (2001) señala que:

La existencia de la prisión provisional del imputado en espera del juicio en el Derecho Romano, ha quedado registrada en la máxima de Ulpiano "*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*". Posteriormente, una Constitución de Justiniano del 529 previó la posibilidad que el imputado obtenga su libertad mediante fianza y el plazo máximo de duración en seis meses, salvo casos donde existieran

gravísimos indicios de culpabilidad. Y, finalmente, luego de introducirse diversas alternativas fue prohibida totalmente (pág. 551).

En la Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, la prisión provisional se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del imputado como medio para obtener la confesión *per tormenta* (FERRAJOLI, 2001, pág. 551). En esta época se construyeron cárceles subterráneas, como lugares de custodia de las personas pendientes de juicio, primero en los castillos feudales y luego en las ciudades.

En la Época de la Ilustración, la prisión provisional, fue objeto de severos cuestionamientos, debido al redescubrimiento del proceso acusatorio y a la consolidación del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Al respecto, HOBBS (2003), señala que:

La prisión es un "acto hostil" contra el ciudadano, como "cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza" (pág. 259).

Pero no obstante ello, tal pensador justificó su existencia por la necesidad de la "custodia segura de un acusado", ya que "constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública" (HOBBS, 2003, pág. 252).

BECCARIA (2015), en similar postura, señaló que "siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga" (pág. 19). Por tal razón, se ha señalado que:

En definitiva, aunque en nombre de "necesidades" diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva - sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal-, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico" (FERRAJOLI, 2001, pág. 553).

## **II.- LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL**

La problemática de la prisión preventiva, como medida de coerción personal afflictiva y su colisión con el derecho a la presunción de inocencia, no puede ser considerada, en forma independiente al tratamiento del proceso penal.

Por tal razón, PASTOR (2007), señala que "el proceso penal, en tanto que su consecuencia pueda ser la privación de la libertad de una persona, no puede, llegado el caso extremo, prescindir de la privación de la libertad de esa persona como cautela" (pág. 157)

No obstante, que contra dicha medida cautelar personal han alzado sus voces diversos filósofos y juristas, postulando su aplicación únicamente a casos excepcionales e incluso proponiendo su abolición, tales posturas en la realidad no han calado, y por el contrario se aprecia que la misma ha pasado por diversos vaivenes, al son del incremento o reducción de la criminalidad y en su caso, a la voluntad del gobernante de turno, según sea dictatorial o democrático.

Y es que:

Si uno postula la abolición de la prisión preventiva sin abrogación de la pena privativa de libertad no puede evitar caer, por necesidad, en postular alguna forma de detención del imputado que, frente a su rebeldía extrema, asegure de todos modos la realización del proceso y la eventual ejecución de la pena (PASTOR, 2007, pág. 157).

A guisa de ejemplo, uno de los defensores del garantismo penal como FERRAJOLI (2001) señala que:

Es más plausible, cuando se trate de delitos particularmente graves y complejos, la exigencia instructoria de que el imputado no pueda, encontrarse antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas. Pero una exigencia de esta clase puede verse satisfecha, mejor que por la prisión cautelar por el simple traslado coactivo del imputado ante el Juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario – horas o al máximo días pero no años – para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizá para realizar las primeras comprobaciones acerca de sus disculpas (pág. 557).

De donde se infiere que dicho filósofo admite la privación de la libertad para delitos graves, pero por un tiempo estrictamente necesario.

Esta problemática, no es reciente, y por el contrario fue uno de los procesalistas clásicos como CARNELUTTI (1971) quien lo abordó y explicó en forma clara mediante la denominada tesis de la implicancia. Esto es que:

Hay una inevitable implicancia del proceso en el castigo y del castigo en el proceso (...), pena y proceso o, más exactamente castigo y proceso son el anverso y el reverso de una misma medalla; esto quiere decir la fórmula de la implicancia: no se puede castigar sin proceder ni proceder sin castigar” (pág. 52).

Y en relación a la vinculación de la prisión preventiva con la mencionada tesis el maestro italiano sostiene que:

La ley, pues, considera al imputado inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva; no obstante lo cual, quien es considerado inocente, en los casos en que se admite la detención preventiva, es puesto en prisión. La humanidad del proceso penal y, por tanto, su pobreza, es denunciada por esta antinomia. Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal” (CARNELUTTI, 1971, pág. 52).

En conclusión, la abolición de la prisión preventiva lleva aparejada, la desaparición de no sólo la pena sino también del proceso penal. Tal postura, desde nuestro modesto punto de vista, resulta una quimera, pues el derecho penal, es uno de los baluartes, para la defensa y existencia de la sociedad actual. No olvidemos que los principales instrumentos jurídicos, elaborados luego de la revolución americana y francesa, y como tal contienen las directrices de la conducta de los ciudadanos en la vida moderna, reconocen a la prisión provisional como una medida necesaria, catalogándola como una excepción al principio de presunción de inocencia.

Así, la Declaración de Derechos de Virginia, en el apartado 8, in fine, señala “Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”, y en similar sentido la declaración francesa de 1789, denominada también Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, prescribe que “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella”.

### **III.- PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL**

La finalidad de la prisión preventiva es garantizar la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias. En palabras de SÁNCHEZ VELARDE (2006), su objetivo es “asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio” (pág. 201).

La prisión provisional no puede perseguir objetivos del Derecho Penal Material, no puede asumir funciones preventivas que están reservados a la pena. Las únicas finalidades que pueden justificar tal medida de coerción personal son de carácter procesal: la sustracción del inculcado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación (BACIGALUPO ZAPATER, 2007, págs. 62-63).

De ahí que es válido afirmar que toda norma o resolución judicial que imponga la prisión provisional con cualquier otra finalidad desnaturaliza su finalidad.

Tal finalidad de la prisión provisional ha sido recogida en diversos instrumentos internacionales, y en tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, en la sentencia del caso Suárez Rosero vs Ecuador de fecha 12 de noviembre de 1997, párrafo 77, señala que:

De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3, también se reconoce la finalidad cautelar de la prisión preventiva al establecer que “(...) su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Sin embargo, la finalidad cautelar de la prisión preventiva no siempre ha sido reconocida a lo largo de la historia del proceso penal como la única. E incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/97, párrafo 32, postuló que la prisión preventiva excepcionalmente puede tener como finalidad evitar la reiteración delictiva, al precisar que:

Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen.

Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

Posteriormente la mencionada Comisión modificó la referida posición en el Informe N° 35-2007, caso N° 15.553, de Jorge, José, Dante Peirano Basso contra la República Oriental del Uruguay, en cuyo párrafo 84, señaló que:

Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por

fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

En la doctrina procesal también se ha indicado que conferir una finalidad distinta a la prisión preventiva deslegitima su naturaleza. Esto es:

Cuando es impuesta con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios del derecho material; al considerar para su imposición criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevamente delitos o merced a la alarma social (ORE GUARDIA, 2006, pág. 138).

No obstante lo antes precisado, en relación a la finalidad de la prisión preventiva, en el artículo 253 inciso 3 del Código Procesal Penal, se señala:

3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

Y es que, en mi opinión, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, tampoco descarta, en forma tajante, que se tome en cuenta como a la evitación de la reiteración delictiva, un elemento de juicio para establecer el peligro procesal,



conjuntamente con otros hechos, ya que en la sentencia del caso López Álvarez vs Honduras de fecha 1 de febrero del 2006, párrafo 69, señaló que:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del presunto autor y la gravedad del delito que se le imputan no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.

Postura que fue reiterada en la sentencia del caso Bayarri vs Argentina de fecha 30 de octubre de 2008, en cuyo párrafo 74, consideró que “(...) las características personales del supuesto autor, y la gravedad del delito que se le imputa, no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”.

#### **IV.- EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

En nuestro sistema jurídico, el principio de presunción de inocencia, ha sido recogido, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 11.1 prescribe que:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En igual sentido, en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se precisa que “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Por su parte, a nivel jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Cantoral Benavides vs Perú, de fecha 18 de agosto del 2000, párrafo 119, ha señalado que:

El principio de presunción de inocencia implica que una persona no sea condenada o tratada como tal, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Asimismo, supone que, en caso de que la prueba existente sea incompleta o insuficiente, la persona procesada sea absuelta.

Y en la sentencia del caso Tibi vs Ecuador de fecha 1 de septiembre del 2004, párrafo 180, ha sostenido que la presunción de inocencia constituye el fundamento mismo de las garantías judiciales.

Así las cosas, se puede afirmar que:

El principio de presunción de inocencia constituye un límite al dictado de medidas cautelares personales en el desarrollo del proceso penal, especialmente, a la prisión provisional, en tanto, la persona a quien se le imputa haber participado en la ejecución de un hecho punible, no sido declarada responsable penalmente, y por esa, razón es considerado como un derecho fundamental (JAEN VALLEJO, 2002, pág. 109).

No obstante ello, la presunción de inocencia no es incompatible con el uso de medidas cautelares, por lo que como afirma VILLEGAS PAIVA (2013):

No impide la adopción de la prisión preventiva o cualquier otra medida de esta misma naturaleza; pero sí restringe su campo de aplicación, de manera que cualquiera de ellas no excedan de lo estrictamente necesario para la finalidad de aseguramiento del proceso penal, que las justifican (99).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 3771-2004-HC/TC, fundamento sexto, ha señalado que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, en encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización.

Ahora bien, a efecto de establecer la eficacia de dicho principio en cuanto límite al uso de medidas cautelares en el proceso penal, corresponde estudiar brevemente sus dimensiones, esto es, la dimensión extraprocesal, y la dimensión intraprocesal.

### **1.- DIMENSIÓN EXTRAPROCESAL.**

En este ámbito la presunción de inocencia es afectada cuando la persona es “condenada” informalmente a través de su presentación pública como “responsable” (“culpable”) de un ilícito penal sin que exista de por medio sentencia judicial condenatoria (REYNA ALFARO, 2011). Empero, tal como lo señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Krause vs Switzerland de fecha 13 de octubre de 1978:

No existe violación de dicho derecho fundamental cuando las autoridades informan al público sobre la realización de investigaciones criminales y al hacerlo nombran al sospechoso, o cuando comunican la detención o confesión de un sospechoso, siempre que no declaren que la persona es culpable.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Cantoral Benavides vs Perú, de fecha 18 de agosto del 2000, párrafo 119, afirmó que se produjo la violación del principio de presunción de inocencia del demandante Luis

Cantoral, quien fue exhibido ante los medios de comunicación como autor de un delito sin haber sido procesado ni condenado.

De lo antes anotado, se puede deducir, que este ámbito del principio de presunción de inocencia no se relaciona con el dictado de las medidas cautelares en el desarrollo del proceso penal, ya que está referido al tratamiento del imputado o de cualquier persona, a nivel extra procesal.

## **2.- DIMENSIÓN INTRAPROCESAL.**

En este ámbito el principio de presunción de inocencia, para cumplir con su finalidad, es dividido en cuatro campos específicos de aplicación a saber: a) como modelo informador del proceso penal, b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, c) como regla de prueba, y d) como regla de juicio. De tales aspectos nos ocuparemos en forma concisa a continuación.

### ***a.- Como principio informador del proceso penal.***

La presunción de inocencia es un concepto fundamental en torno al cual se construye un modelo procesal penal liberal, en el que se establecen garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal(MONTAÑES PARDO, 1999, pág. 38).De ello se desprende, que dicho principio tiene como finalidad, en este ámbito, de limitar la actuación del Estado, en el ejercicio del ius puniendi.

### ***b.- Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal.***

Esta arista del principio de presunción de inocencia, se relaciona directamente con la prisión provisional, en virtud a la cual en el desarrollo del proceso penal, la libertad del

imputado puede excepcionalmente ser restringida, cuando concurren los requisitos, presupuestos y principios aplicables, por lo que, constituye su límite.

Por tal razón, se ha dicho que como regla de tratamiento del imputado, el principio de presunción de inocencia proscribe cualquier forma de anticipación de la pena, y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007, pág. 116).

En el mismo sentido, BINDER (1999) afirma que “En definitiva, el imputado llega al proceso libre de culpa y solo por la sentencia podrá ser declarado culpable: entre ambos extremos – transcurso que constituye, justamente, el proceso – deberá ser tratado como un ciudadano libre sometido a ese proceso porque existen sospechas respecto de él, pero en ningún momento podrá anticiparse su culpabilidad. Una afirmación de este tipo nos lleva al problema de la prisión preventiva que comúnmente es utilizada como pena (pág. 129).

### ***c.- Como regla probatoria.***

Esta vertiente de la presunción de inocencia implica la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, suficiente, practicada con todas las garantías, de tal forma, que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a absolver al imputado. A efecto de su mejor comprensión, corresponde a su vez sub dividir a dicho principio en dos facetas: a) la concurrencia de pruebas de cargo suficientes, y b) la prueba debe ser admitida y actuada en plena observancia a los derechos fundamentales.

#### ***c. 1.- La concurrencia de pruebas de cargo suficientes.***

Significa que:

Debe existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de culpabilidad, de manera que se hayan probado todos los hechos objeto de la acusación y que se haya agotado el debate contradictorio en todos los medios de prueba (NEYRA FLORES, 2010, págs. 174-175).

El principio de presunción de inocencia solo puede ser destruido sobre la base de verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral, salvo aquellos supuestos excepcionales de eficacia probatoria de las denominadas diligencias sumariales (actos de investigación), siempre y cuando en su práctica se haya respetado la garantía de contradicción.

No sólo debe existir una mínima actividad probatoria, sino que tal prueba debe ser de cargo, esto es, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto” (MIRANDA ESTRAMPES, 2016, pág. 15).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Cantoral Benavides vs Perú de fecha 18 de agosto del 2000, párrafo 120, sostuvo que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla sino absolverla.

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1172-2003-HC/TC, fundamento segundo, precisó que:

El principio de presunción de inocencia se despliega transversalmente sobre todas las garantías que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Y, mediante él, se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas, o en medios de prueba, en cuya valoración existen dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, de este modo, termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable.

En esa línea la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 03-2007-HUAURA, séptimo fundamento, señaló que:

Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente, (...) ello quiere decir primero, que las pruebas – así consideradas por la ley y actuados conforme a sus disposiciones – estén referidas a los hechos objeto de imputación – al aspecto objetivo de los hechos – y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que la pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

El Código Procesal Penal ha reconocido también tal vertiente de la presunción de inocencia, al precisar en el artículo III inciso 1 del Título Preliminar, que:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para

estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (...) En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

*c.2.- La prueba debe ser admitida y actuada en plena observancia a los derechos fundamentales.*

Esta vertiente de la presunción de inocencia está relacionada con la licitud de la prueba. No pueden ser valoradas, para fundar un fallo condenatorio, las pruebas reputadas de ilícitas, es decir, aquellas obtenidas o actuadas con vulneración de derechos fundamentales.

El Código Procesal Penal, en el artículo VIII del Título Preliminar, al respecto ha establecido que:

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (...) 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

***d.- Como regla de juicio.***

Cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado que de ella se deriva no es concluyente, y por lo tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él. En estos casos, la duda – como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente – debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia.



Como consecuencia de lo anterior, cabe afirmar que el órgano jurisdiccional sólo puede emitir una sentencia condenatoria cuando haya alcanzado la certeza de la culpabilidad del acusado, por lo que ante cualquier tipo de duda debe absolverlo.

## **V.- PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRISIÓN PROVISIONAL**

### **1.- LEGALIDAD.**

Al respecto CABEZUDO BAJO (2005) señala que:

El principio de legalidad constituye una garantía del Estado Constitucional de Derecho, que expresa el principio de supremacía de las leyes, del que se deriva la vinculación positiva a la ley del Poder Ejecutivo y Judicial, así como la reserva de la ley, para la regulación, entre otras materias, de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales (pág. 195).

Como afirma PEÑA CABRERA FREYRE (2005):

El principio de legalidad en el ámbito procesal desarrolla una doble función: i) como ente regulador de la actuación de las agencias de persecución, las que están vinculadas a su mandato, a efectos de proceder funcionalmente cuando se toma conocimiento de la noticia criminal; y ii) como un efecto regulador de las medidas e instrumentos que puedan limitar o restringir derechos y libertades fundamentales, esto es, solo pueden afectar la esfera de libertad del imputado aquellas medidas que se encuentren previstas en la ley procesal. Esta debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (pág. 22).

En el ámbito del proceso penal, el principio de legalidad es denominado principio de legalidad procesal – o de tipicidad procesal (nula coactio sine lege)- el cual consiste en que el proceso penal, en tanto forma de intervención en los derechos fundamentales de las personas, debe estar legalmente regulado y a su vez, la actividad del órgano jurisdiccional debe de respetar la normativa prevista legalmente (SUAREZ LÓPEZ DE CASTILLA, 2006, pág. 186).

El principio de legalidad procesal se encuentra previsto en el artículo 2 numeral 24 literal b) de la Constitución Política del Estado, con el siguiente enunciado: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

A nivel supranacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 inciso 1 señala que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

El Código Procesal Penal, en el ámbito de la regulación del proceso penal, en su artículo VI del Título Preliminar, prescribe que:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la

medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

En similares términos, dicho principio ha sido recogido en el artículo 202 del mencionado Código, al regular la búsqueda de pruebas y restricción de derechos, y en el artículo 253 inciso 1), al establecer el procedimiento para el dictado de medidas de coerción procesal.

## **2.- JURISDICCIONALIDAD.**

La libertad ambulatoria, sólo puede ser limitada por actos fundados del órgano jurisdiccional, en los casos y modos previstos por la ley, si esa limitación obedece a un fin procesal. Un ideal de democracia liberal debe permitir que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez(NINO, 2000, pág. 446).

La jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales es consecuencia de su carácter instrumental y del principio de exclusividad de la función jurisdiccional. La instrumentalidad supone que la fase cautelar, igualmente, ha de corresponder a tales órganos y, por tanto, su aplicación le ha de estar vedada a las autoridades administrativas (ASENCIO MELLADO J. , 1987, pág. 50).

Dicho principio, se encuentra previsto en el artículo 2 numeral 24 literal f) de la Constitución Política del Estado, con el tenor siguiente: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

Y en el ámbito legal, el artículo 268 del Código Procesal Penal, establece que el Juez podrá dictar mandato de prisión preventiva, a solicitud del Ministerio Público, si se cumplen los presupuestos previstos en el mismo.

### **3.- MOTIVACIÓN.-**

En general:

La motivación de las resoluciones judiciales se refiere a la justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial, es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a Derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley. No basta que se explique cuál ha sido el proceso psicológico, sociológico para llegar a la decisión, sino que se requiere, además, demostrar o poner de manifiesto que las razones por las que se tomó una decisión son aceptables desde la óptica del ordenamiento” (COLOMER HERNÁNDEZ, 2003, págs. 38-39).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso López Mendoza vs Venezuela de fecha 1 de septiembre del 2011, párrafo 141, ha señalado que:

“la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar

debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

El principio de motivación se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado, con el siguiente tenor:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

A su vez, la restricción de la libertad personal mediante una resolución judicial debidamente motivada, se encuentra regulada en el artículo 2 inciso 24 literal f) de nuestra Carta Magna, de la siguiente manera “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez”.

El Tribunal Constitucional, al desarrollar el contenido esencial del principio de motivación, en la sentencia emitida en el expediente N° 1230-2002-HC/TC, fundamento undécimo, ha señalado que:

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los

jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.

Ahora bien, el principio de motivación, en el ámbito de las decisiones – léase resoluciones judiciales – que restringen la libertad personal, adquiere una especial connotación. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso **Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador**, de fecha 21 de noviembre del 2007, párrafo 107, ha señalado que:

Son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio

ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos.

Por su parte, en nuestro país el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente N° 1091-2002-HC/TC, fundamento dieciocho, ha considerado que:

Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

Y en la sentencia N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento siete, ha considerado una especie de motivación cualificada al precisar que:

Resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Tal postura del máximo intérprete de la Constitución, ha sido recogida, en el artículo 271 inciso 3 del Código Procesal Penal, con el siguiente enunciado “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes”.

#### **4.- EXCEPCIONALIDAD.**

Este principio, implica que:

La prisión preventiva debe ser autorizada únicamente si una serie estricta de requisitos han sido reunidos en el caso. El cumplimiento riguroso de cada uno de estos presupuestos y su subsistencia garantizan la utilización y la pervivencia excepcionales de este instrumento, tornándolo así de uso legítimo en estos supuestos (PASTOR, 2007, pág. 168).

En el ámbito supranacional, ha sido recogido, en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el siguiente enunciado:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente N° 1567-2002-HC/TC, fundamento cuarto, al respecto ha señalado que:

No obstante, la prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del



Estado Constitucional de Derecho, pues, en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional.

Por otro lado, este principio implica que la prisión provisional debe ser la *última ratio* a la cual el Juez debe acudir para asegurar el éxito del proceso penal. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2934-2004-HC/TC, fundamento uno, al señalar que:

La medida de encarcelamiento ha sido instituida, *prima facie*, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la *última ratio* entre las opciones que dispone un juez para asegurar el éxito del proceso penal.

## **5.- VARIABILIDAD.-**

Al respecto SAN MARTÍN CASTRO (2006) precisa que:

Las medidas de coerción en general, dentro de las cuales se encuentra la prisión provisional, se hallan sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación – en tanto perdure el proceso principal – estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial (pág. 1080).

La prisión preventiva solo es legítima en la medida en que sus presupuestos se mantengan, en el transcurso del proceso penal, desaparecido alguno de ellos, debe dictarse su cese.

En relación a este principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, de fecha 21 de noviembre del 2007, párrafo 117, ha señalado que:

La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse.

En similar sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia emitida en el expediente N° 6209-2006-PHC/TC, fundamento dos, al sostener que:

La detención judicial preventiva debe ser una medida provisional; es decir, que su mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula rebus sic stantibus, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre

subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, la misma sea variada. Por ello, la resolución que resuelve el pedido de variación de la medida cautelar, así como la que la confirma, deben cumplir con la exigencia de la motivación.

En el ámbito legal dicho principio se encuentra previsto en el artículo 255 inciso 2 del Código Procesal Penal, de la manera siguiente: “Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.”

## **6.- PROPORCIONALIDAD.-**

En relación al tratamiento filosófico, doctrinario y jurisprudencial que este principio tiene en el ámbito jurídico me remito a lo tratado anteriormente, sin perjuicio de realizar algunas precisiones, respecto a su aplicación, para decretar o denegar la prisión provisional.

El principio de proporcionalidad, según Odone Sanguiné, citado por VILLEGAS PAIVA (2013):

Funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz. Así, los legisladores, jueces o aplicadores del Derecho deben respetarlo para equilibrar y delimitar el punto medio entre estos derechos opuestos que entran en conflicto, por cuanto no cabe

hablar de aplicación matemática de la normativa referente a este instituto. El principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada, que presupone como principio supremo el de favor libertatis (págs. 113-114).

Al respecto REÁTEGUI SÁNCHEZ (2006), afirma que:

El principio de proporcionalidad ha de ser la pieza clave en la regulación de la prisión preventiva, de manera que sea la medida que equilibre la necesidad de mantener y respetar el orden social, con el derecho y el respeto a la libertad y el ámbito personal del imputado. Partiendo solo de este principio tiene sentido toda la regulación sobre la prisión preventiva y cualquier medida que intente limitar derechos fundamentales. De ahí que se diga que la proporcionalidad de la detención sea un presupuesto material para el dictado de la detención judicial (págs. 159-160).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que tal principio se deriva del artículo 7 inciso 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”. Así en la sentencia emitida en el caso Gangaram Panday vs Surinam de fecha 21 de enero de 1994, en el párrafo 47, precisó que en tal supuesto:

Se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.

Posteriormente, en la sentencia emitida en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, de fecha 21 de noviembre del 2007, fundamento noventa y tres, el mencionado Tribunal supranacional, al aplicar el test de proporcionalidad señaló que:

En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la aplicación del principio de proporcionalidad para decretar la prisión provisional, en la STC N° 01356-2010-PHC/TC, fundamento cuarto, ha señalado que:

La detención preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.

El Código Procesal Penal, ha regulado la aplicación de dicho principio para decretar cualquier medida que limita un derecho fundamental, en su artículo VI del Título Preliminar, que prescribe:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Lo que es reiterado en los artículos 203.1 y 253.2.

## **VI.- PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Según, VILLEGAS PAIVA (2013):

El mencionado Código, de forma similar a los sistemas procesales penales de la región, contiene los dos requisitos básicos y comunes para la imposición de cualquier medida coercitiva, como es el caso de la prisión preventiva: *el fumus delicti comissi* y *el periculum in mora* (pág. 131).

Los presupuestos materiales de la prisión preventiva han sido regulados en el artículo 268 del Código Procesal Penal, modificado por artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, con el siguiente enunciado:

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: (...) a) 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 (...) b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y (...) c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

En el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, en su texto primigenio estableció similares requisitos, al establecer que:

El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible de determinar: (...) 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (... 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y, (...) 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

De los textos legales antes citados se desprende, que en nuestro ordenamiento jurídico, la prisión preventiva tiene tres presupuestos materiales: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal. Dichos requisitos son concurrentes.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, al interpretar dicho precepto, en la sentencia N° 139-2002-HC/TC, fundamento cuarto, señaló que “los tres incisos del artículo 135º del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención”. A continuación abordaremos cada uno de los presupuestos materiales antes citados.

#### **1.- FUMUS DELICTI COMISSI.-**

Al respecto SAN MARTÍN CASTRO (2004) señala que:

Este presupuesto consta de dos reglas: la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud – alto grado de probabilidad (no certeza) – acerca de su intervención en el delito” (pág. 627).

Es verdad, que la expresión “fundados y graves elementos de convicción”, no es lo suficientemente clara, sin embargo, tal como señala MIRANDA ESTRAMPES, citado por VILLEGAS PAIVA (2013):

Se debe entender que exige la presencia de indicios, objetiva y racionalmente fundados, que permitan imputar los hechos presuntamente delictivos al sujeto pasivo



de la medida. Es algo más que la existencia de simples conjeturas o probabilidades, pues supone la concurrencia de datos objetivos (indicios) que permitan sostener, a título de imputación provisional, que el imputado es responsable del hecho delictivo (pág. 134).

Asimismo RAGUES I VALLES (2004) afirma que:

Para dictar la prisión preventiva no basta la mera constatación de la concurrencia de meras sospechas o indicios de criminalidad, sino la necesidad de que consten en lo instruido elementos indiciarios que, por su número e importancia, permitan afirmar con un escaso margen de error que, en el caso de hacerse valer en el acto de juicio por la acusación, permitirán considerar probada la culpabilidad del imputado (pág. 159).

En similar sentido la Corte Suprema, en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamentos 27 y 28, señala que:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Y que sobre:

Los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva.

En el ámbito de la motivación suficiente de la decisión judicial que se pronuncie sobre la acreditación de este presupuesto material, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 07901-2013-PHC/TC, de fecha 11 de marzo del 2015, fundamento 2.3.5, ha precisado que:

La motivación respecto de los elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un delito implica que el juzgador explicita la relación indiciaria de aquel o aquellos medios probatorios que relacionen de manera preliminar al procesado con el hecho imputado.

Ahora bien, un aspecto importante a considerar, en este presupuesto es la observancia del principio de imputación necesaria. Es decir, la exigencia del relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona (CASTILLO ALVA, 2007, pág. 138). Sin embargo, no es necesario que la teoría de caso de la parte acusadora esté acabada (ALCÓCER POVIS, 2013), lo que no ocurrirá hasta el juicio, sino solamente que tenga al imputado como autor o participe de un hecho punible.

Al respecto, en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamento 29 se precisa que:

Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, de fecha 21 de noviembre del 2007, fundamento ciento uno y ciento tres, señaló que:

Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga (...) la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

## **2.- PROGNOSIS DE PENA.-**

La Corte Suprema, en relación a este presupuesto, en la mencionada casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamentos 30 y 31, señala que:

La prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley (...) El artículo cuarenta y cinco-

A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal, complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal), uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

DEL RÍO LABERTHE (2007) en relación al fundamento de tal límite señala que:

La aplicación de un límite penológico de cuatro años para imponer la prisión preventiva, es un requisito que, entendido en su real dimensión, importa un presupuesto indispensable para dotar a la prisión preventiva de una lógica proporcional (...) es cierto que si los cuatro años de pena privativa de libertad constituye el límite para aplicar una pena de ejecución suspendida condicionalmente (artículo 57.1 del CP), entonces es necesario establecer un criterio que más que permitir, impida aplicar la medida en los casos que la pena no supere dicho límite. Este criterio no imprime otro lógica que no sea la de considerar abiertamente desproporcionada la utilización de una medida limitativa, que pueda infligir un daño mayor que el que pueda esperarse de la pena a imponer en la sentencia condenatoria.

### **3.- PELIGRO PROCESAL.-**

Este presupuesto tiene como finalidad evitar:

La probabilidad de que el imputado actúe sobre la prueba, obstaculizando el descubrimiento de la verdad; o bien se ponga en rebeldía sin someterse al proceso, impidiendo su completa realización; o luego de sentenciado, fugue sin someterse al cumplimiento de la pena” (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 186).

El reconocimiento de estos dos supuestos deriva de los fines asignados al proceso penal: la averiguación de la verdad y la aplicación o realización del Derecho Penal sustantivo.

En tal sentido BOVINO (1998) señala que:

Si la coerción procesal se orienta a alcanzar los fines del procedimiento, solos dos tipos de situaciones justifican la privación de la libertad anticipada: a) todo

comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación - por ejemplo amenazar testigos, destruir ilegalmente elementos de prueba, etcétera-, y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el Derecho Penal sustantivo -por ejemplo, la posibilidad de una fuga- (pág. 140).

En similar sentido GIMENO SENDRA (2007) señala que:

El juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el “periculum in mora” o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que, en materia de prisión provisional, viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado (pág. 447).

Este presupuesto es considerado como el más importante para el dictado de la prisión preventiva. Así SAN MARTÍN (2006), señala que “El peligro de fuga o de entorpecimiento, como se sabe, es la regla más importante y que, a su vez, fundamenta la legitimidad de la detención pues evita que se transforme en pena anticipada (pág. 1223).

Por su parte el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 3390-2005-PHC/TC, fundamento 18, señala que:

El principal elemento a considerarse con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. (...) En particular, el peligro de que

el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, de fecha 21 de noviembre del 2007, fundamento 93, ha precisado al respeto que:

Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/97, ha precisado que:

Si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada (...) Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

En tal sentido, a fin de decretarse la prisión provisional, el peligro procesal debe ser debidamente acreditado.

No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia-v.gr., la pena prevista legalmente - el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto,

permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción (BOVINO, 1998, págs. 144-145).

Tal posición también ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 1567-2002-HC/TC, fundamento seis, al señalar que:

La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados.

En similar sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso J. vs. Perú, de fecha 27 de noviembre del 2013, fundamento 159, al sostener que "El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto".

Ahora bien, corresponde precisar que para la configuración del peligro procesal, no se requiere acreditar en forma conjunta el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, sino que solo es necesario la probanza de cualquiera de tales supuestos. Puede ocurrir, que en determinados casos, como por ejemplo en el procesamiento de agentes vinculados a organizaciones criminales, se presenten ambos peligros.

Esta situación ha sido considerada en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, en cuyo fundamento décimo, se precisa que:

La pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización



probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el Juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta.

**a.- PELIGRO DE FUGA.-**

Se sustenta, en que el imputado, de seguir el proceso en libertad, optará por huir o pasar a la clandestinidad, imposibilitando con ello la realización o continuación del proceso o la eventual ejecución de la condena (REATEGUI SÁNCHEZ, 2008, pág. 49)

Debe destacarse, que en este ámbito:

El peligro procesal importa una actitud rebelde del imputado hacia el sometimiento del proceso y su eventual aplicación de la ley penal. Dicha actitud es, sin lugar a dudas, una cuestión subjetiva que incide negativamente en el comportamiento del imputado de no asumir las obligaciones procesales. Por lo tanto, debe verificarse una intención de no querer "ponerse a derecho", siendo consciente de las consecuencias que esto puede acarrear (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 202).

El Código Procesal Penal, en el artículo 269, ha previsto en forma enunciativa los supuestos que importan el peligro de fuga, de la siguiente manera:

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: (...) 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto (...) 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento (...) 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud

voluntaria del imputado para repararlo (...) 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; y (...) 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Como se puede apreciar:

La norma no determina, ni establece criterios tasados cuya concurrencia haya de conducir a presumir el referido riesgo de evasión del imputado, sino que se limita a señalar una serie de criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente para a partir de ellos determinar la existencia o no de riesgo de fuga en el caso concreto. No cabe, pues, una interpretación automática de ninguno de los elementos de referencia establecidos en la ley, ni siquiera la gravedad de la pena por muy elevada que esta sea. Muy al contrario, el Juez debe ponderar todos ellos y su incidencia real y práctica en el caso, debiendo, adicionalmente bajo pena de nulidad de la resolución, motivar su decisión en la forma prescrita por los arts. 254 y 271.3 (ASENCIO MELLADO J. M., 2017).

Es de recordar, que tales criterios, no se encontraban previstos en el Código Procesal Penal de 1991, siendo incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, vía jurisprudencial. Así, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 1567-2002-HC/TC, fundamento sexto, señaló que:

La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que

permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso.

Posteriormente dicho Tribunal, en la sentencia N° 07901-2013-PHC/TC, de fecha 11 de marzo del 2015, fundamento 2.3.5, al aplicar el artículo 321 del Código Penal Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 1094, que únicamente contempla como presupuestos materiales de la prisión provisional a al *fumus delicti comissi* y al peligro procesal, consideró que:

El primer supuesto del peligro procesal (peligro de fuga) está determinado a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso y que éste no eludirá la acción de la justicia.

Es de señalar que en la doctrina, se ha considerado que son solo dos los requisitos de las medidas cautelares, entre las que se encuentra la prisión provisional, esto es, el *periculum in mora* –fuga u obstaculización- y el *fumus bonis iuris*- elementos de convicción-(DEL RÍO LABARTHE, GONZALO, 2015, pág. 189), con la precisión que el *fumus* debe ser de un delito cuya pena privativa de libertad sea superior a cuatro años.

El peligro procesal existente, a efecto de decretar la prisión provisional debe ser grave e inminente. En caso, tal peligro no cumpla con tales requisitos corresponde optar por una medida alternativa, como la comparecencia restringida o el impedimento de salida

del país. Tal posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la STC N° 03016-2007-PHC/TC, fundamento 13.

A continuación trataremos los principales criterios que se deben considerar para establecer la existencia del peligro de fuga.

#### *a.1.-ARRAIGO.-*

El concepto de arraigo tiene que ver:

Con el establecimiento fijo en un lugar y donde el imputado mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio donde se desenvuelve. Obviamente, este concepto comprende otros parámetros: la profesión, domicilio, recursos y lazos familiares, pues el establecimiento en un determinado lugar depende de la actividad económica o laboral que desempeña, así como de sus relaciones familiares. Si el arraigo es menor, obviamente mayor es el peligro de fuga (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 223).

Para determinar el peso o la importancia de tal criterio, a la hora de amparar o desestimar un pedido de prisión preventiva, se debe considerar, en forma ilustrativa, lo señalado por Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, en cuyo séptimo fundamento se precisa que:

No existe ninguna razón jurídica ni legal -la norma no expresa en ningún caso tal situación- para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está

frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo - medido en términos cualitativos- descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva (...) Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto-que no lo es- sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Y en sentido contrario, tal como se sostiene en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamento 40:

Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

#### *a.2.- GRAVEDAD DE LA PENA.-*

Es un criterio que permite establecer cómo la gravedad de la pena, que probablemente se le impondrá al imputado en el proceso penal que se le ha instaurado, puede influir en

su comportamiento para sustraerse a la acción de la justicia mediante su ocultamiento o fuga.

En la doctrina, al respecto se señala que:

Es cierto que se acepta como un criterio que puede incidir en una mayor tentación de fuga en el imputado, en la medida en que se considera que cuanto más grave sea la pena mayor es la posibilidad de que el imputado pueda eludir la justicia. Más allá de las críticas que este instituto recibe por parte de la doctrina, es de asumir que es un criterio utilizado en la mayoría de ordenamientos (DEL RIO LABARTHE, 2008, pág. 113).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/97, fundamento 28, ha señalado que:

La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva.

De tal consideración podría inferirse que al inicio del proceso penal podría decretarse la prisión preventiva si en el caso concreto existiera el *fumus delicti* comissi y la probable pena a imponer al encausado sea grave. Y en similar sentido en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, fundamento tercero, se precisa que:

En la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede

colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en la sentencia emitida en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, fundamento 69, estableció que "Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva".

La Corte Suprema en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamento 43, acogiendo la postura de la mencionada Corte supranacional, ha precisado quede la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

### *a.3.-LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO.-*

Al respecto se ha indicado que:

Si el sujeto se aleja de la acción de la justicia, no solamente se está alejando de su eventual asunción de responsabilidad penal representada por la aplicación de la ley penal y de la búsqueda de la verdad real, sino que también se aleja de su eventual asunción de responsabilidad civil ocasionada por la situación dañosa, donde a la posible víctima se le puede - dentro de las posibilidades - resarcir económicamente (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 226).

La Corte Suprema en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamentos 48 y 50, ha precisado que:

La única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer (...) La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

Este criterio ha sido cuestionado en la doctrina. Así VILLEGAS (2013) señala que:

No es correcto valorar la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño, como un criterio para acreditar el peligro de fuga, pues no se puede obligar a un imputado a tomar una actitud voluntaria de reparar el daño respecto del cual no ha sido aún declarado responsable y ni si quiera se sabe si efectivamente se le declarará así (pág. 155).

En la práctica se presentan casos donde la presencia de tal circunstancia puede dar lugar a enervar el peligro procesal y optar por una medida alternativa a la prisión preventiva. Por ejemplo, en un caso de robo agravado, donde el imputado luego de ser descubierto, en forma voluntaria devuelve los bienes sustraídos. Es de inferir, que tal circunstancia ocurre cuando el imputado ha confesado el delito y como tal, ha admitido su participación en el mismo, lo cual constituye un indicio que puede llevar a pronosticar que se someterá al proceso.

Por otro lado, no olvidemos, por un lado, que para decretar la prisión preventiva se exige la concurrencia del *fumus delicti comissi*, esto es, que existan elementos de



convicción suficientes que vinculan al encausado con el hecho punible; y por otro, que en ese estadio del proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia se relativiza, como en efecto sucede al permitirse legalmente que se decrete tal medida de coerción. De ahí, que resulte perfectamente válido considerar como un elemento de juicio para establecer el peligro procesal la falta de reparación del daño, pues tal circunstancia, permite avizorar que el imputado no tiene ninguna intención de someterse al proceso o a su probable resultado, pese a que existen elementos de convicción suficientes, que dan cuenta de su intervención en el hecho punible.

#### *a.4.-COMPORTAMIENTO PROCESAL.-*

En este supuesto:

El legislador procesal adoptó dos situaciones específicas para verificar la voluntad de sometimiento procesal del imputado. En primer lugar, el Juez deberá observar el comportamiento del imputado durante el proceso y que actualmente se le sigue y por la cual se dictó prisión preventiva. En segundo lugar, si el imputado había tenido ya otro proceso en el cual el mismo no mostró indicios de sometimiento personal, entonces, el Juez tendrá en cuenta éste antecedente para el peligro de fuga (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 227).

En el ámbito jurisprudencial, en la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamento 51, 52 y 54, se precisa que:

Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas

establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc. (...). También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos(...) La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

#### *a.5.- LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.-*

Este criterio tiene sustento:

Cuando la organización criminal constituye el medio para facilitar la fuga del imputado o que obstruya la actividad probatoria. La pluralidad de personas unidas bajo una finalidad delictiva es condición suficiente para colegir que se hará peligrar la búsqueda de la verdad y la aplicación de la ley (REATEGUI SANCHEZ, 2006, pág. 254).

Es de señalar, que este criterio, inicialmente fue incorporado en el artículo 268 inciso 2 del Código Procesal Penal, como un presupuesto material de la prisión preventiva, con el siguiente tenor:

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma,

y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Al respecto en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, fundamento noveno, se señaló que:

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva -o su integración a la misma- no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una conditio sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva -que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales-. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de 'banda', es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización (...). En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos sólo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

En tal contexto, se puede afirmar que, una vez acreditada la vinculación del imputado con una organización criminal, se debe considerar que existe un peligro procesal latente.

En atención a que, según la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ:

Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera).

Por consiguiente, el Juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

Sin embargo, como tal lo establece la casación N° 626-2013-MOQUEGUA, de fecha 30 de junio del 2015, fundamento 57, "no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización".

***b.- EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.***

El artículo 270 del Código Procesal Penal, en relación a este supuesto señala que:

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: (...) 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (...) 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (...) 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

En tal sentido SAN MARTIN (2004) afirma que:

El riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba (si se trata de pruebas

materiales él ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados, y en el caso de pruebas personales debe existir una determinada capacidad de influencia respecto de los testigos peritos o coimputados) (pág. 629).

Este peligro se concreta en el aseguramiento de la actividad probatoria referida a las fuentes de prueba en la investigación y la adecuada realización de la actuación de la prueba en el juicio oral (SAN MARTIN CASTRO C. , 2004, pág. 624).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 07901-2013-PHC/TC, de fecha 11 de marzo del 2015, fundamento 2.3.5, señaló que:

El segundo supuesto del peligro procesal (peligro de la obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del trámite y resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en un equívoco resultado del proceso y que, incluso, de manera indirecta o externa, el procesado en libertad pueda alterar el resultado del proceso penal. Estos son aspectos de la obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, buscando contar con indicios fundados de su concurrencia antes de imponer la medida de la prisión preventiva, la cual implica necesariamente de una especial motivación que la justifique.

## **CAPITULO III**

### **ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

## I.- PRESENTACIÓN

**TABLA N° 1.**

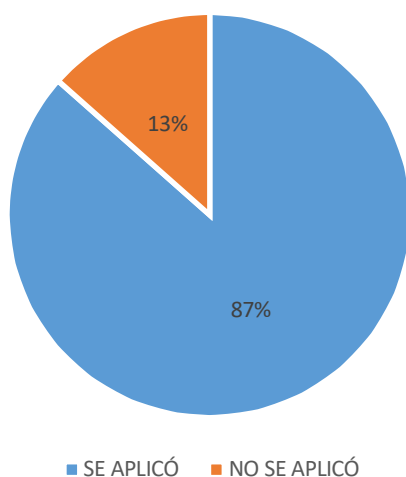
### **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTADO DE PRISIÓN PROVISIONAL.**

<b>CRITERIOS</b>	<b>Frecuencia Absoluta (FA)</b>	<b>Frecuencia Relativa (FR)</b>	<b>Porcentaje ( %)</b>
No se aplicó	<b>12</b>	<b>12/89</b>	<b>13.48</b>
Se aplicó	<b>77</b>	<b>77/89</b>	<b>86.52</b>
<b>TOTAL</b>	<b>89</b>	<b>1</b>	<b>100</b>

En la Tabla N° 1, se observa que en las resoluciones mediante las cuales los jueces decretaron la prisión provisional, en el 13.48% no se aplicó el principio de proporcionalidad y en el 86.52% si se aplicó dicho principio.

A continuación presentamos los datos antes reseñados en un gráfico circular:

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN  
EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**



Es de precisar que en la mencionada tabla, se ha considerado que el principio de proporcionalidad, se aplicó para decretar la prisión preventiva, cuando ha sido invocado en los fundamentos de la resolución respectiva, pese a que ninguno de sus sub principios fue objeto de análisis y en los casos donde se realizó la verificación de la concurrencia de alguno o de todos ellos. Por su parte, se ha considerado que tal principio no ha sido aplicado, cuando en la resolución respectiva no se ha invocado o citado al mismo, o a ninguno de los sub principios que lo conforman.

**TABLA N° 2.**

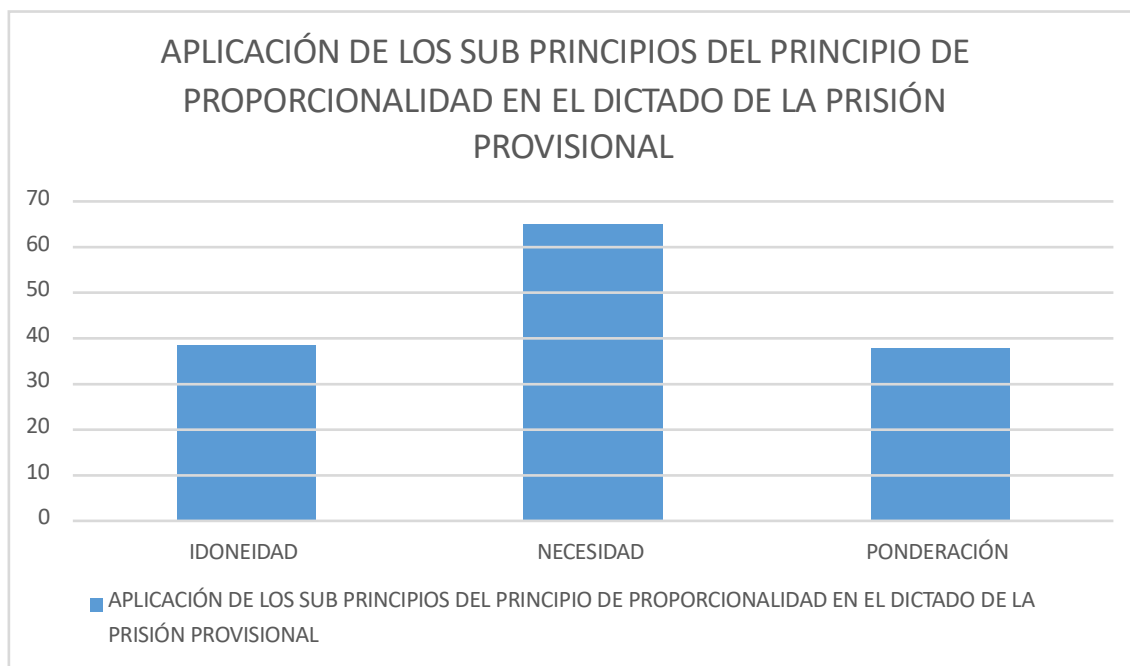
**APLICACIÓN DE LOS SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD  
EN EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.**

<b>CRITERIOS</b>	<b>Frecuencia Absoluta (FA)</b>	<b>Frecuencia Relativa (FR)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
<b>Idoneidad</b>	<b>44</b>	<b>44/114</b>	<b>38.59%</b>
<b>Necesidad</b>	<b>74</b>	<b>74/114</b>	<b>64.91%</b>
<b>Ponderación</b>	<b>43</b>	<b>43/114</b>	<b>37.71%</b>

En la Tabla N° 2, se observa que en las decisiones judiciales que decretaron la prisión preventiva en el 38.59 % se aplicó el sub principio de idoneidad, en el 64.91 se aplicó el sub principio de necesidad y en el 37.71 % se aplicó el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A continuación presentamos los datos antes reseñados en un gráfico de barras:





Llama la atención que el sub principio de necesidad, es el que más ha sido objeto de análisis en las decisiones emitidas por los jueces, con ocasión de un requerimiento de prisión provisional. Al parecer, ello ha ocurrido porque aparentemente ha sido recogido, como un principio independiente, para el dictado de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental en el artículo 253 inciso 3 del Código Procesal Penal<sup>15</sup>. E, incluso en la doctrina nacional (ESCOBAR COTERA, 2011), se ha tratado a dicho sub principio, en forma independiente al principio de proporcionalidad, citando a Gimeno Sendra, en forma errónea, ya que tal autor lo estudia, precisamente como una de sus notas esenciales.

<sup>15</sup> El artículo 253 inciso 3 del Código Procesal Penal, señala que “3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

TABLA N° 3.

**DERECHOS, BIENES JURÍDICOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES  
INVOCADOS EN EL DICTADO DELA PRISIÓN PROVISIONAL.**

<b>CRITERIOS</b>	<b>Frecuencia Absoluta (FA)</b>	<b>Frecuencia Relativa (FR)</b>	<b>Porcentaje ( %)</b>
Libertad personal	<b>31</b>	<b>31/89</b>	<b>34.83</b>
Persecución penal	<b>28</b>	<b>28/89</b>	<b>31.46</b>
Seguridad ciudadana	<b>5</b>	<b>5/89</b>	<b>5.61</b>
Protección al niño y adolescente	<b>3</b>	<b>3/89</b>	<b>3.37</b>

En la Tabla N° 3, se aprecia que las resoluciones judiciales que se han pronunciado respecto a un requerimiento de prisión preventiva han invocado, por un lado, el derecho a la libertad personal del encausado, en el 34.83% de los casos, y por otro lado, al deber del Estado de perseguir el delito<sup>16</sup>, en el 31.46%. Pero además, se ha invocado al bien jurídico seguridad ciudadana<sup>17</sup>, en el 5.61% de los casos.

<sup>16</sup>El artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política del Estado establece que “Corresponde al Ministerio Público: (...) 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

<sup>17</sup>El Tribunal Constitucional en la STC N° 3482-2005-PHC/TC, fundamento 13, ha señalado que “Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo”.

Es de precisar, que las resoluciones judiciales, no son del todo claras al invocar los bienes jurídicos constitucionales que se satisfacen con el dictado de la prisión provisional. Así por ejemplo en el caso del deber constitucional del Estado de perseguir el delito, en varias de ellas se ha indicado “obligaciones del Estado” u “obligaciones constitucionales y legales del Estado”, lo que en nuestra opinión, permite inferir que alude a la principal obligación que tiene el Estado ante la comisión de un delito, cuál es su persecución y sanción.

Asimismo, en el caso, del bien jurídico seguridad ciudadana, se ha señalado en algunas resoluciones como “deber del Estado de garantizar la seguridad”, lo que permite colegir que se trata del citado bien jurídico constitucional, pues el derecho a la seguridad personal está vinculado a la libertad personal. Así se dice que la seguridad personal consiste “(...) en la ausencia de perturbaciones procedentes de detenciones u otras medidas similares que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro” (TORRES DEL MORAL, ANTONIO, 2007, pág. 148), por lo que tal derecho, en el debate generado para la aplicación de la prisión provisional, corresponde al imputado y como tal no juega en su contra.

Por otro lado, en algunos casos donde se ha imputado al investigado la comisión de un delito vinculado a la vulneración de la indemnidad sexual de menores, que constituyen el 3.37% de la población estudiada, se ha invocado el principio de protección especial del Estado al niño y adolescente<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> El artículo 4 de la Constitución Política del Estado prescribe que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

A continuación se presentan los resultados antes precisados en un gráfico barras.

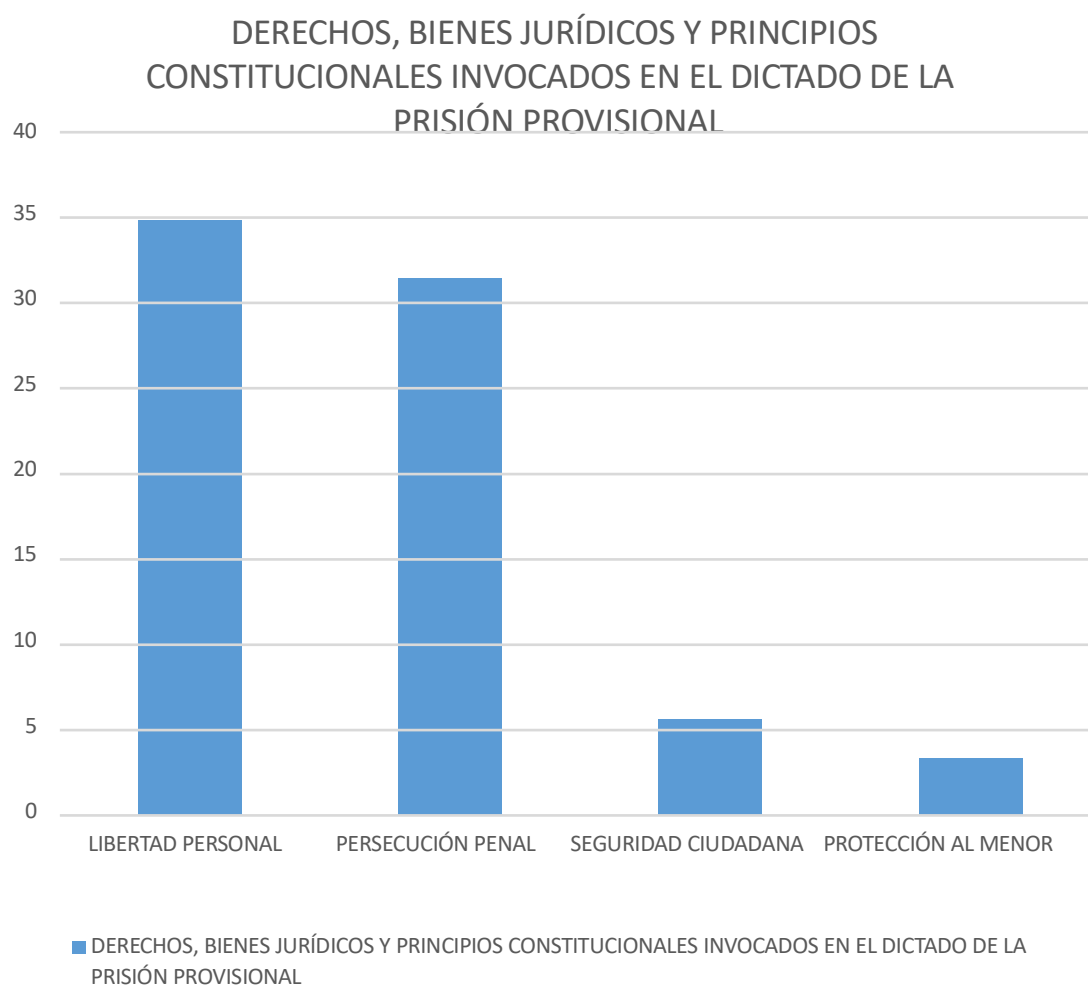


TABLA N° 4

**CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA IMPORTANCIA DE LA REALIZACIÓN DEL FIN DE LA MEDIDA:**

CRITERIOS	Frecuencia	Frecuencia	Porcentaje ( %)
	Absoluta (FA)	Relativa (FR)	
Temporalidad	27	27/89	30.34
Gravedad del delito	10	10/89	11.24
Eficacia de la medida	10	10/89	11.24
Delito pluriofensivo	5	5/89	5.61
Persecución penal oportuna	2	2/89	2.25

En la Tabla N° 4, se aprecia que el único criterio que se ha tomado en cuenta para determinar la intensidad en la intervención en el derecho fundamental a la libertad del imputado, es que la restricción es temporal (30.34%), generalmente el plazo previsto legalmente como duración de la prisión provisional, que depende si se trata de un proceso común, complejo o de criminalidad organizada<sup>19</sup>.

Los otros tres criterios se han considerado para dar cuenta de la importancia de la realización del fin de la prisión provisional, esto es, que la persecución penal será

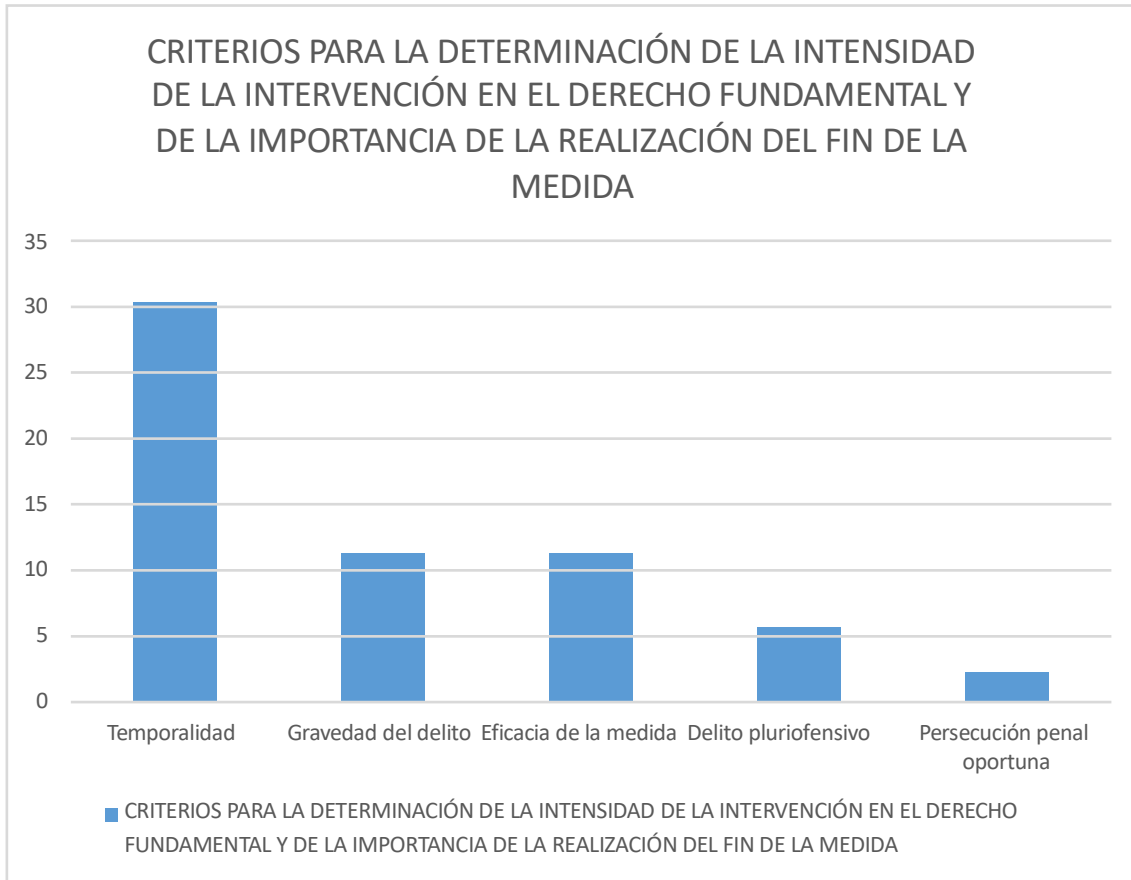
<sup>19</sup> El artículo 272 del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1303, señala que “1. La prisión preventiva no durará más de nueve (9) meses (...) 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho (18) meses (...) 3. Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses”.

oportuna (2.25%), y que además se logrará otros fines vinculados, como el combate a los delitos graves (11.24%) y pluriofensivos (5.61%). Al respecto, debemos indicar que en las resoluciones estudiadas, no se señala en forma clara que tales criterios tengan esa finalidad, sin embargo hemos arribado a tal conclusión, debido a que los mismos han sido consignados en el análisis del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Es de precisar, que se han detectado algunas resoluciones que también hacen referencia a los referidos criterios (gravedad del delito, pluriofensividad del delito y la existencia de graves y fundados elementos de convicción), en el análisis del sub principio de necesidad, para luego concluir que la prisión preventiva es la medida más eficaz; y por tal razón, no han sido considerados, en la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la importancia del fin de la medida.

También se advirtió que un Juzgado emitió varias resoluciones con una argumentación poco comprensible al respecto al precisar que el principio de proporcionalidad “trata de establecer el equilibrio entre la necesidad de mantener el respeto social con el Derecho y el ámbito personal del imputado”, por lo que de tal argumentación no pudo obtenerse ningún criterio para los efectos antes precisados.

Asimismo, es de agregar que al analizar el sub principio de proporcionalidad en un gran número de casos, se ha señalado que se cumplirá con los fines de la persecución penal, protección al niño y al adolescente y de cautelar la seguridad ciudadana, conforme a lo señalado en la tabla N° 3, y en un 10%, en las resoluciones emitidas por el Juzgado anteriormente citado, se ha precisado sin especificar en forma clara, a qué sub principio corresponde tal análisis, que la medida será eficaz (11.24%).

A continuación los resultados antes reseñados se presentan en un gráfico de barras:



**TABLA N° 5.**

**DELITOS OBJETO DE IMPUTACIÓN DONDE CON MAYOR INCIDENCIA SE HA REQUERIDO LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

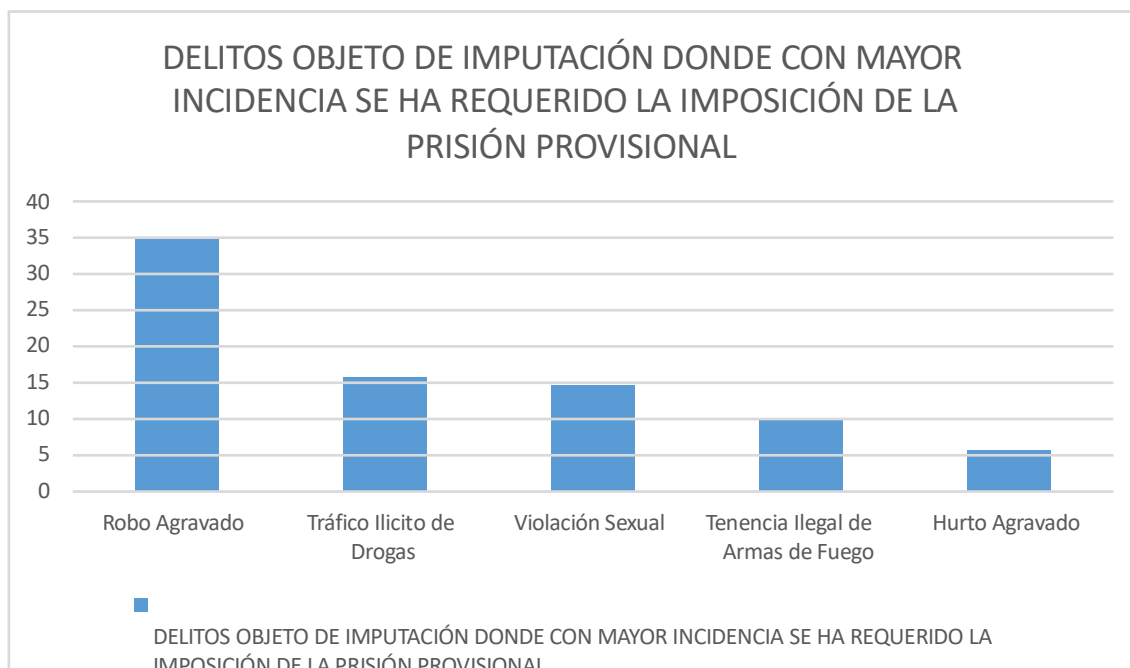
<b>DELITO</b>	<b>Frecuen cia Absoluta (FA)</b>	<b>Frecuen cia Relativa (FR)</b>	<b>Porcentaje ( %)</b>
Robo agravado	<b>31</b>	<b>31/89</b>	<b>34.83</b>
Tráfico ilícito de drogas	<b>14</b>	<b>14/89</b>	<b>15.73</b>
Violación Sexual	<b>13</b>	<b>13/89</b>	<b>14.61</b>
Tenencia ilegal de armas de fuego	<b>9</b>	<b>9/89</b>	<b>10.11</b>
Hurto agravado	<b>5</b>	<b>5/89</b>	<b>5.62</b>

En la Tabla N° 5, se aprecia que el delito objeto de imputación donde con más incidencia se ha requerido la imposición de la medida de prisión provisional, es el de robo agravado, lo que ha ocurrido en el 34.83% de los casos, siendo que dicho ilícito penal, se relaciona con el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, en cuyo caso se ha requerido la referida medida en el 10.11% de los casos.

Es de señalar que en la mencionada tabla, en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, se ha tomado en cuenta el tipo base (artículo 196), el tipo agravado (artículo 197), y el tipo atenuado (artículo 198 del Código Penal); y en relación al delito de Violación de la Libertad Sexual se ha considerado todos los tipos penales previstos en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del mencionado Código.

A continuación presentamos los resultados antes reseñados mediante un gráfico de barras:





Consideramos de importancia tomar en cuenta los mencionados datos, porque como se señaló anteriormente uno de los criterios utilizados por los órganos jurisdiccionales para establecer la importancia del fin de la prisión provisional, era que con la persecución penal además se logrará otros fines como el combate a los delitos graves y pluriofensivos<sup>20</sup>, y en su caso, la cautela del bien jurídico seguridad ciudadana.

---

<sup>20</sup>“En el delito de robo se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo”, R.N. N° 821-99-La Libertad. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 03154-2011-PHC/PC, fundamento cuarto, ha precisado que “Y es que el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1º), la familia (artículo 4º), la educación (artículos 13º a 18º), el trabajo (artículos 22º y 23º), la paz social (inciso 22 del artículo 2º), entre otros”.

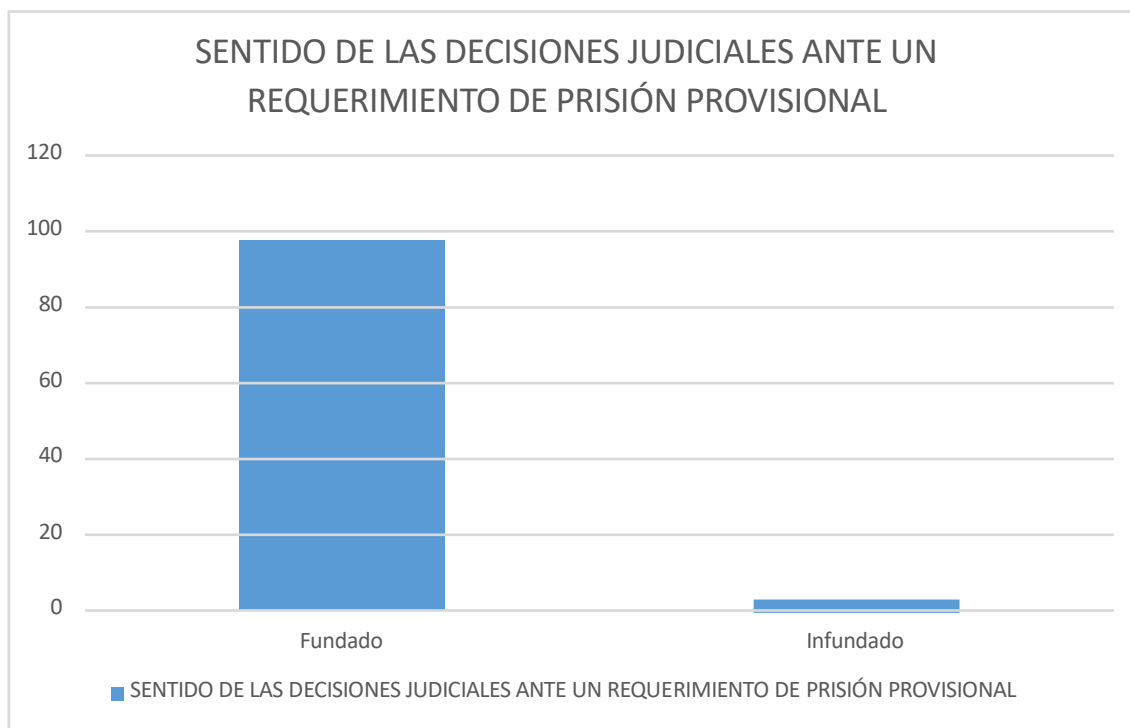
**TABLA N° 6.****SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES ANTE UN REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PROVISIONAL.**

<b>DECISIÓN</b>	<b>Frecuen cia Absoluta (FA)</b>	<b>Frecuen cia Relativa (FR)</b>	<b>Porcentaje ( %)</b>
Fundado	<b>87</b>	<b>87/89</b>	<b>97.75</b>
Infundado	<b>2</b>	<b>2/89</b>	<b>2.25</b>

En la Tabla N° 6, se aprecia que los requerimientos de prisión provisional presentados por el Ministerio Público han sido declarados fundados en un 97.75% y solamente han sido desestimados en el 2.25% de los casos. Es de precisar, que se han consignado como fundados los casos donde el requerimiento fiscal fue estimado parcialmente, es decir, cuando se solicitó prisión preventiva para varias personas, y se rechazó tal pedido, respecto a alguna de ellas.

Los datos antes mencionados resultan importantes, para el estudio del presente trabajo, a efecto de establecer, la cantidad de casos en que se ha preferido, o en otras palabras, se ha considerado de mayor importancia el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, esto es, evitar que el procesado rehuya a la acción de la justicia, o en su caso, obstruya la actividad probatoria.

A continuación presentamos los mencionados datos mediante un gráfico de barras:



## II.- PRUEBA DE HIPÓTESIS

### 1.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL.

La hipótesis principal que hemos planteado es la siguiente: “La aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva”.

De los datos estadísticos reseñados anteriormente, se advierte que las resoluciones judiciales, donde se han formulado normas adscritas, aunque sea en forma incipiente, han esgrimido una mejor argumentación para restringir la libertad personal del imputado, que las resoluciones donde se ha aplicado el principio de proporcionalidad sin ingresar

al análisis de sus sub principios, lo que importa citar al mismo sólo en forma retórica, o las que se han limitado a utilizar argumentos de mera legalidad.

En tal sentido, se puede afirmar que al aplicar el principio de proporcionalidad se ha establecido que la persecución penal eficaz y oportuna, la protección del bien jurídico constitucional seguridad ciudadana, la protección al niño y al adolescente, y la lucha contra los delitos graves y pluriofensivos, en determinados casos, tiene precedencia respecto a la restricción temporal de la libertad del imputado. Lo que evidentemente, tiene mayor consistencia, desde el punto de vista constitucional, que limitarse a verificar si sólo se cumplen los requisitos materiales para dictar la prisión provisional, o en su caso, se esgrime adicionalmente que la medida requerida es proporcional, sin precisar las razones que permiten arribar a tal conclusión.

Asimismo, es pertinente precisar que en las decisiones judiciales antes señaladas, se ha establecido que ante un requerimiento de prisión preventiva, debe resolverse el conflicto entre el derecho a la libertad personal del encausado y el deber del Estado de perseguir el delito<sup>21</sup>; y que los bienes jurídicos de seguridad ciudadana y protección al niño y al adolescente<sup>22</sup>, no se encuentran en colisión en forma directa con el derecho a la libertad personal del encausado, sino que más bien constituyen criterios a considerar para determinar la importancia de la satisfacción del deber del Estado de perseguir el delito en un caso concreto.

---

21 El Tribunal Constitucional en la STC N° 00815-2007-PHC/TC, fundamento 11, ha considerado a este deber como un bien jurídico al señalar que "(...) garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado".

22 El Tribunal Constitucional en la STC N° 3330-2004-PA/TC, fundamento 35 precisa que "Se señala en la Constitución, artículo 4, que (...) "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente" (...) El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar".

## **2.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS SECUNDARIA.**

Para realizar tal cometido, es necesario recordar dicha hipótesis, la cual fue planteada en los siguientes términos: “El debate donde se determina la procedencia o no de la prisión preventiva, constituye una controversia constitucional, donde debe resolverse el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito”.

Como se mostró en la tabla N° 3, las decisiones judiciales que analizaron el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, identificaron como uno de los derechos en conflicto a la libertad personal del imputado, el cual debía ser objeto de intervención, para proceder al dictado de la medida de prisión provisional.

En la doctrina especializada, en efecto, se considera que con la imposición de la prisión preventiva se interviene en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado. Es cierto, que los tratadistas del proceso penal utilizan términos distintos a los usados en la dogmática constitucional en relación a tal tópico. Así por ejemplo se señala que “la prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal (DEL RIO LABARTHE, 2008, pág. 103), o que:

La prisión provisional es la medida cautelar personal más gravosa del ordenamiento jurídico, por suponer una privación de la libertad del sujeto que la padece, siendo su función la de evitar el riesgo de fuga del imputado y con él, la efectividad del desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia (BARONA VILAR, SILVIA, 2005).

Por otro lado, en la citada tabla N° 3, se aprecia que las resoluciones judiciales que se pronunciaron respecto a un requerimiento de prisión preventiva, mediante la

utilización del principio de proporcionalidad, identificaron como el bien jurídico constitucional que jugaba en contra de la libertad personal del imputado a la persecución del delito, por lo que la hipótesis secundaria también ha sido probada.

Es de precisar que de la definición de prisión provisional que se recoge en el ámbito del proceso penal, se infiere que la satisfacción del bien jurídico constitucional persecución del delito, forma parte de la naturaleza jurídica de tal medida, sin embargo, hasta donde hemos revisado ningún tratadista se ha aventurado a afirmar que nos encontramos ante una colisión de un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional a nivel abstracto con igual nivel. Tal vez, porque el uso de la prisión provisional se ha desnaturalizado, pues resulta algo inaudito, que se dicte a una persona que después termina siendo absuelta, dado el estándar de elementos de convicción que se exige.

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias ha reconocido que efectivamente la persecución penal, es el bien jurídico constitucional que se satisface con la intervención en la libertad personal del imputado al precisar que:

La detención judicial comporta una medida provisional que como última ratio limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, pues el mandato de detención provisional es una medida por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del inculcado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentra justificado cuando existen motivos razonables y proporcionales para su dictado”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> STC N° 02635-2011-PHC/TC, fundamento 2.

E incluso, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos implícitamente admiten que el citado bien jurídico, es el que juega contra la libertad del ciudadano, en el desenvolvimiento de una causa criminal. Así la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 7 numeral 5 señala que:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9 numeral 3 prescribe que:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

### **III.- DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

Revisada la literatura especializada, no hemos podido encontrar un estudio similar al presente, donde se haya establecido a partir de casos reales, que en el dictado a la prisión preventiva existe una colisión entre el derecho a la libertad personal y el bien jurídico constitucional persecución del delito, para a partir de tal premisa afirmar, que en tal caso, nos encontramos ante una auténtica controversia constitucional.

Por el contrario, desde el advenimiento de la Estado liberal, se advierte una fuerte corriente doctrinaria que cuestiona la existencia de tal medida de coerción, achacándole diversos males, habiendo incluso algunos tratadistas propuesto su abolición. Tal postura, puede ser vista, ante todo pero no necesariamente, como consecuencia del abolicionismo penal (PASTOR, 2007, pág. 155).

A guisa de ejemplo, es de señalar que algunos procesalistas han estudiado dicha institución, considerando únicamente categorías jurídicas propias del proceso penal. Así se afirma que:

Según el primer y principal presupuesto de la prisión preventiva, la adopción de la medida cautelar debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para los fines del proceso (peligrosismo procesal). El hecho punible atribuido al imputado, por lo demás, debe estar demostrado con un grado de alta probabilidad (mérito sustantivo). El inculcado, antes de ser puesto en prisión preventiva debe haber tenido la oportunidad de conocer el hecho imputado y las pruebas existentes en su contra (intimación) y de ofrecer un descargo acompañado de prueba o solicitudes probatorias (derecho de audiencia y de resistencia). La medida sólo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para, los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste (subsidiariedad). Dado que (...) la validez de la medida presupone también que sus requisitos, reunidos al tiempo de imponérsela, subsistan mientras ella dura, entonces deben existir mecanismos de cancelación de la prisión preventiva para el caso de que cualquier requisito haya desaparecido (provisionalidad). Pero aunque esos presupuestos subsistan la prisión



preventiva debe cesar cumplido un tiempo breve de duración tolerable (temporalidad).

Por último, la imposición de la prisión preventiva debe admitir una instancia recursiva y tolerar tanto su impugnación periódica como su control rutinario, incluso de oficio (fiscalización)” (PASTOR, 2007, págs. 169-170).

Debe quedar claro, que este modesto trabajo no tiene por finalidad estudiar las diversas causas de la crisis de la prisión provisional, sus presupuestos materiales, principios, plazo razonable de duración, entre otros, sino establecer, que una vez cumplido los presupuestos materiales para su dictado, nos encontramos ante una controversia constitucional que debe ser resuelta, mediante el principio de proporcionalidad, con el establecimiento de normas adscritas, que en casos similares futuros deben aplicarse.

Es de precisar que el principio procesal que Pastor denomina subsidiaridad, es similar al sub principio de necesidad, que forma parte del principio de proporcionalidad, y eso, explica seguramente que el último se haya aplicado en mayor proporción en las resoluciones judiciales estudiadas (64.91%), en comparación con el sub principio de idoneidad (38.59%) y proporcionalidad en sentido estricto (37.71%).

En este trabajo sólo en forma indirecta, analizamos la duración de la prisión preventiva, al considerarlo como un criterio para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad del imputado. Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado que:

El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra Lex Superior, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal

reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona (...) La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (...) Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7º5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”<sup>24</sup>.

Por otro lado, es de precisar que otro derecho fundamental del imputado en juego ante un requerimiento de prisión preventiva, es el de presunción de inocencia, y como tal, en el análisis de la proporcionalidad de la medida, estimo que debería considerarse como un criterio para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a libertad del imputado.

Al respecto se ha señalado que:

---

24 STC N° 3771-2004-PHC/TC, fundamentos 8, 9 y 10.

El “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia (...) Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos (BOVINO, 1998).

Además, para determinar la intensidad en la intervención del derecho fundamental a la libertad del imputado debería considerarse también los perjuicios que se le ocasionan, incluyendo en la ponderación de los intereses enfrentados las consecuencias que la medida puede acarrear en su salud, física y psíquica, y en su vida familiar, social y profesional (GONZALES - CUELLAR SERRANO, 1998, pág. 215).

En las resoluciones objeto de estudio, como se ha detallado anteriormente, no se han considerado tales derechos para establecer la intensidad de la intervención en el derecho a la libertad de locomoción del imputado, los cuales, en mi opinión no deben pasar desapercibidos, a efecto de concretar normas adscritas, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y de este modo resolver un requerimiento de prisión preventiva con una argumentación aceptable en un Estado Constitucional de Derecho.

En el otro extremo, esto es, en la determinación de la satisfacción del bien jurídico constitucional persecución penal, si se advierte que en las resoluciones estudiadas, se han esgrimido varios criterios para establecer normas adscritas, conforme es de verse de las tablas N° 3 y 4.

En tal sentido, resulta importante tomar en cuenta que:

Es indudable que la actividad de persecución penal desarrollada por los órganos del Estado va encaminada esencialmente – y sin desconocer el fin de otorgar adecuada tutela a la víctima – a posibilitar la aplicación del *iuspuniendi*, cuya finalidad, en un Estado de Derecho, ha de consistir en asegurar la tutela eficaz de los bienes jurídicos que sean constitucionalmente protegibles por medio de las normas penales y que el legislador, en cumplimiento de las exigencias derivadas de la Norma Fundamental, haya considerado conveniente salvaguardar de forma tan intensa” (GONZALES - CUELLAR SERRANO, 1998, pág. 209).

En efecto, en nuestro estudio se ha determinado que en las resoluciones objeto de análisis, se ha invocado la adecuada tutela del bien jurídico seguridad ciudadana en el 5.61%, en algunos casos donde se ha imputado la comisión de delitos contra el patrimonio (robo agravado 34.83% y hurto agravado 5.62%), e incluso puede ser tomado en cuenta cuando exista imputación por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego (10.11%); y la protección al niño y al adolescente en determinados casos de delitos contra la indemnidad sexual que forma parte del genérico delito de Violación Sexual (14.61%); debiendo añadirse la represión al tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 9 de la Constitución Política del Estado<sup>25</sup>, en el caso de la comisión de tal hecho punible, que en los casos estudiados ha sido en el 15.73% de los casos.

Pero además, se debe considerar otros criterios para la determinación de la satisfacción del bien jurídico persecución penal. En tal sentido, se afirma que:

Como el principio de proporcionalidad en sentido estricto no se apoya sobre consideraciones empíricas sino valorativas, resulta necesario contar con una ayuda

---

<sup>25</sup> El artículo 9 de la Constitución Política del Estado, establece que “El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales”.

orientativa adicional, que permita aplicar el principio en relación con las medidas procesales penales, estableciendo ciertos criterios de medición del interés de persecución penal, a través de los cuales, puede conocerse su volumen, y que resulten de utilidad en la generalidad de los casos. Así, la doctrina alemana ha aislado los siguientes indicadores del interés estatal: la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de la imputación y el éxito previsible de la medida” (GONZALES - CUELLAR SERRANO, 1998, pág. 210)

En nuestro estudio, hemos advertido que efectivamente el criterio de consecuencia jurídica o llamado también “criterio de la pena o medida esperada”, esto es, la gravedad de la pena esperada ha sido considerado a fin de determinar la importancia de la satisfacción del bien jurídico constitucional persecución del delito en el 11.24% de los casos; y el éxito previsible de la medida en el 11.24% de los casos y persecución penal oportuna en el 2.25% de los casos.

Respecto al criterio importancia de la causa, entendida como valoración del interés público en la persecución penal, basado en la posición del imputado, o en la gravedad del hecho. Su aplicación puede extenderse a todos aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan excepcionales. Los delitos cometidos por los funcionarios públicos o los que afecten el buen funcionamiento y el crédito de la Administración del Estado aconsejan o posibilitan la implantación de medidas de estas características (GONZALES - CUELLAR SERRANO, 1998, págs. 211-212).

En las resoluciones estudiadas se ha considerado al criterio pluriofensividad del delito en el 5.61% de los casos y no hemos advertido que se haya esgrimido el criterio basado

en la posición del imputado, ante la imputación por algún delito contra la administración pública, que han sido muy pocos (sólo dos casos de cohecho en la muestra estudiada).

Es de recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en el Informe N° 86/09 que:

Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”<sup>26</sup>.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado al respecto que:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción

---

<sup>26</sup> Informe N° 86/09, caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso contra la República Oriental del Uruguay, párrafo 84.

de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”<sup>27</sup>.

A partir de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede inferir que efectivamente el criterio de gravedad del delito, por sí mismo, no es suficiente fundamento para dictar una medida tan grave como es la prisión provisional, sin embargo, ello no obsta que pueda ser considerado para establecer la satisfacción del bien jurídico persecución penal. Es cierto que no constituye el único elemento a tomar en cuenta, para a partir de ahí afirmar que dicho bien jurídico, en un caso concreto, prevalece frente a la libertad personal del imputado. Nótese que en este caso, no se propone que se debe considerar los antecedentes del imputado como un criterio a ser utilizado para los fines antes señalados, debido a que nada tiene que ver con la satisfacción del referido bien jurídico.

El criterio grado de imputación, no ha sido objeto de valoración como criterio para determinar el nivel de satisfacción del bien jurídico persecución penal, en las resoluciones estudiadas, pero si observamos, que se ha hecho referencia en la determinación de la necesidad de la medida, lo que no parece acertado, toda vez que en el análisis de tal sub principio, sólo corresponde establecer que no exista otra medida menos grave e igualmente eficaz para lograr el fin perseguido con la medida. Sobre este

---

<sup>27</sup> Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 01 de febrero del 2006, párrafo 69.

criterio se afirma que cuanto más restrictiva sea la medida, mayor grado de imputación debe reclamarse (GONZALES - CUELLAR SERRANO, 1998, pág. 213).

En nuestro país, en la Casación N° 626-2013/Moquegua, si bien al analizar el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al encausado con el delito se señala que:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria (...) Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva<sup>28</sup>.

En similar sentido la Corte Interamericana ha señalado que “para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga”<sup>29</sup>.

Para concluir, el análisis en relación a este tópico, se puede afirmar que dicho criterio, puede ser utilizado en la determinación de la importancia de la satisfacción del bien jurídico constitucional persecución penal, tomando como indicador, a partir de lo establecido en la jurisprudencia nacional, que los elementos de convicción tengan la entidad suficiente para someter a juzgamiento al encausado.

---

<sup>28</sup> Casación N° 626-2013/MOQUEGUA, fundamentos 27 y 28.

<sup>29</sup> Caso J. vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre del 2013, párrafo 159.



#### **IV.- PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO**

1.- Para resolver un requerimiento de prisión preventiva, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, en el análisis del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, a efecto de determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal del encausado se debe considerar, que tal medida también afecta el derecho constitucional a la presunción de inocencia, así como las consecuencias que puede acarrear en la salud, física y psíquica, y en la vida familiar, social y profesional del imputado, así su plazo de duración.

En tal orden de ideas, se puede afirmar, que mucho más intensa será la intervención en el derecho fundamental a la libertad del encausado, si el plazo es mayor al estrictamente necesario para lograr los fines del proceso penal, si además éste tiene alguna enfermedad que requiera constante tratamiento médico, o que el internamiento en un penal agrave la misma, y en su caso, que la restricción a su libertad, lo prive de desempeñar alguna profesión u oficio en la sociedad; lo que podría constituir la diferencia entre una intervención de intensidad media con una intervención de intensidad intensa. No consideramos, que la intensidad en la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal sea leve, pues aun cuando la limitación del mismo sea de corta duración, es evidente que todos los demás derechos antes citados, resultan afectados y además, es de considerar su peso abstracto en el sistema democrático, pues uno de los baluartes de la instauración del Estado liberal es precisamente el respeto por la libertad del hombre.

Por tal razón:

A la libertad resulta difícil atribuir un contenido esencial. Las normas que lo regulan abocan a esa contradicción: no es factible una lista de conductas lícitas para las que se reconoce la libertad. Hay que operar al contrario definir lo más ajustadamente posible sus límites y garantías (TORRES DEL MORAL, ANTONIO, 2007, pág. 148).

En tal sentido, en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo VII, se precisa que “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas”<sup>30</sup>. Es de aclarar que en el presente trabajo no se acoge la teoría del contenido esencial, para la determinación del derecho fundamental, que debe prevalecer en caso de conflicto, en un caso concreto, pero tal consideración nos permite ser conscientes del ámbito extenso que abarca el derecho a la libertad.

---

<sup>30</sup> En el mismo sentido la Constitución Política del Estado en el artículo 2 inciso 24 señala que “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...) b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas (...) c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios (...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (...) e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia (...) Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término (...) g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida (...) h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Ahora bien, si con la concurrencia de los mencionados criterios se establece que la intervención en el derecho fundamental a la libertad locomotora del encausado es intensa, y luego de analizar la satisfacción del bien jurídico persecución penal, se advierte que también es intensa, se tendría un empate que debe ser resuelto mediante cargas de argumentación. Se trata aquí de un llamado a los jueces a ponderar ya no solo entre derechos en conflicto, sino la conveniencia, la oportunidad y el impacto de las decisiones en determinado sentido (GRANDEZ CASTRO, 2010, pág. 363).

Al respecto, *mutatis mutandi*, resulta aplicable lo señalado por BERNAL PULIDO (2003), en relación a la solución del conflicto que se presenta en la evaluación de la compatibilidad de una norma legal con la Constitución, quien afirma que:

La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá, son los pilares del Estado de Derecho y su sacrificio sólo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores. Finalmente, es posible que el juez defienda soluciones matizadas que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas. Así, entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in*

*dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten *intensamente* a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O, también, se podría considerarla aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tiene un margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal. No parece desatinado sostener que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades, porque contiene, al mismo tiempo, los principios, a veces contrarios entre sí, de la democracia y la libertad, de la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, de la construcción de la comunidad y el respeto a la órbita individual” (pág. 227).

2.- Asimismo, en la determinación de la intensidad de la satisfacción del bien jurídico persecución penal, se debe considerar que con la prisión provisional, se garantiza que los fines del proceso se cumplan, esto es, que el imputado no pueda perturbar la actividad probatoria, o en su caso, sustraerse a la eventual condena que se le pueda imponer, a lo que debe añadirse la protección según se trate del tipo de delito: del bien jurídico seguridad ciudadana, en los delitos de hurto agravado, robo agravado o tenencia ilegal de armas de fuego; la represión del tráfico ilícito de drogas, cuando los hechos se relacionen con tal ilícito penal; la protección del menor y del adolescente, en caso de la comisión de delitos contra la indemnidad sexual; la gravedad de la pena esperada; la importancia de la causa y el grado de imputación.

Si concurrieran algunos de tales criterios, consideramos que se satisface con una intensidad intensa al bien jurídico persecución penal, ya que en este caso, existe la seguridad que el imputado al menos directamente no podrá obstruir la actividad

probatoria y sustraerse a la acción de la justicia, por encontrarse privado de su libertad locomotora. En ese sentido, BERNAL PULIDO (2003) al analizar la compatibilidad de una norma legal con la Constitución Bernal, señala que:

Cuánto más eficaz, rápida, probable, y duradera sea la intervención legislativa para la realización del fin inmediato del Parlamento, y cuánto más aspectos de este fin realice, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que constituya el fin mediato de la intervención y, en consecuencia, mayor será su peso en la ponderación” (pág. 763).

Además, es de considerar que pueden añadirse otros criterios para establecer el nivel de realización del fin del bien jurídico persecución penal, como la tutela judicial a la víctima, sin que los estudiados anteriormente agoten el listado, lo que también sucede en el caso de la determinación del nivel de intensidad en la intervención del derecho a la libertad locomotora del imputado.

En relación, a la tutela a la víctima, en la doctrina especializada se ha precisado que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el ámbito del proceso penal, es:

Garantía, en primer lugar, para el imputado o acusado en una causa penal que no va a poder ser condenado sino en virtud de la destrucción del principio de presunción de inocencia a través de un proceso con todas las garantías. Garantía, en segundo lugar para el resto de los ciudadanos que, en su caso, podrán ver realizado el derecho de castigar ante la existencia de un ilícito penal. Pero también ha de ser garantía para las

víctimas de los delitos que han de verse adecuadamente protegidas y tuteladas en sus derechos” (SANZ HERMIDA, 2008, pág. 63).

## RECOMENDACIONES

- Ante un requerimiento de prisión preventiva, debe procederse al análisis, en un primer nivel de la concurrencia de los presupuestos materiales previstos legalmente, y si esta primera etapa no se supera, resulta inoficioso continuar con el mismo, debiendo rechazarse tal petición.
- Si se supera el primer nivel de análisis, debe procederse a la determinación de la proporcionalidad de la medida, donde además se debate su plazo de duración,

conjuntamente con los criterios antes enunciados, para establecer el grado de intervención en el derecho a la libertad locomotora del imputado. Por tal motivo, discrepamos de lo establecido en la Casación N° 626-2013/Moquegua, donde se ha establecido que tales cuestiones deben debatirse por separado.

- Los sub principios de idoneidad y necesidad, han sido estudiados en este trabajo, sólo en forma tangencial. Nuestro estudio se ha circunscrito básicamente a la aplicación del sub principio de proporcionalidad, en el debate para la imposición de la prisión preventiva, que considero es el punto más complejo del análisis de la proporcionalidad, ya que ahí se va a determinar el derecho fundamental o bien jurídico constitucional que va a ser desplazado y el que tendrá preferencia, en un caso concreto.
- Mediante el presente trabajo he tratado de proponer, a partir de las resoluciones estudiadas, la jurisprudencia constitucional y de derechos humanos, y la doctrina especializada, criterios que deben considerarse, por un lado, para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad locomotora del imputado, y por otro, para la determinación del nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional persecución del delito, y una vez evaluados ambos establecer cuál de ellos en un caso concreto tendrá precedencia.
- La lista de criterios esbozados es enunciativa, y como tal, las mismas fuentes citadas, pueden incorporar otros distintos, y hemos dejado a la jurisprudencia, que

a partir de casos concretos formule normas adscritas, que puedan aplicarse en futuros casos análogos, siendo que a nivel abstracto por su propia naturaleza resulta poco serio realizar tal cometido.

- Es de precisar, que la mayoría de trabajos o manuales revisados, donde se ha tratado el principio de proporcionalidad, son estudios generales, a partir de la doctrina constitucional o en su caso la doctrina procesal, y no hemos encontrado alguno que se refiera al análisis del sub principio de proporcionalidad ante un requerimiento de prisión provisional, por lo que su estudio debe profundizarse, pues no basta citar al principio de proporcionalidad para considerar que una medida restrictiva de derechos supera tal valla, sino que debe determinarse si en el caso concreto tiene preferencia el derecho fundamental del imputado o el bien jurídico persecución penal, a partir de la evaluación de diversos criterios.
- Finalmente, debo agregar que la mayoría de estudios sobre la prisión preventiva, realizados desde el ámbito penal, e incluso desde la doctrina constitucional, están abocados en su caso, a cuestionar dicha institución, o a postular que se trata de una medida excepcional, pero que no obstante ello los operadores jurídicos hacen abuso de ella, o a establecer sus principios y presupuestos materiales, entre otras cuestiones, sobre lo cual, en este trabajo no se fija posición, debido a que el mismo sólo tiene por finalidad aportar criterios para una adecuada aplicación del sub principio de proporcionalidad en el debate para la imposición de la prisión provisional.



## CONCLUSIONES

- Del análisis de las resoluciones judiciales objeto de estudio, se puede concluir que en el debate para decretar la prisión provisional, la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante la elaboración de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada, el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución penal, ya que en base a criterios empíricos y normativos, en el primero, se determina el nivel de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, y en segundo, el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional, y a partir de ahí establecer cuál de los dos debe prevalecer en el caso concreto.

- Es de considerar que el análisis a que se hace referencia en el acápite que antecede, se realiza en el ámbito del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Como se precisó en el marco teórico la aplicación de este subprincipio implica el análisis de los siguientes elementos: i) la determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin; ii) la comparación de las magnitudes de tales objetos normativos, a fin determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; iii) la construcción de una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin perseguido, con base en la comparación realizada.
  
- Los criterios que deben considerarse para determinar el nivel de la intensidad en la intervención del derecho fundamental a la libertad personal del imputado son: la afectación al derecho constitucional a la presunción de inocencia, las consecuencias que puede acarrear tal medida en la salud, física y psíquica, y en la vida familiar, social y profesional del imputado, y el plazo de duración de la misma.
  
- Los criterios que deben considerarse para determinar el nivel de satisfacción del bien jurídico persecución del delito son: la garantía que los fines del proceso penal se cumplirán, esto es, que el imputado no perturbará la actividad probatoria, o en su caso, no se sustraerá a la eventual condena que se le pueda imponer; la

preservación del bien jurídico seguridad ciudadana, en los delitos de hurto agravado, robo agravado, tenencia ilegal de armas de fuego y otros similares; la represión del tráfico ilícito de drogas, cuando los hechos imputados se relacionan con tales ilícitos; la protección del niño y del adolescente, en los delitos contra la indemnidad sexual; la gravedad de la pena esperada; la importancia de la causa; el grado de imputación; y la tutela jurisdiccional a favor de la víctima.

- Ahora bien, puede darse el caso de un empate en el nivel de la intensidad en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado, y el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional persecución delictiva. Para superar tal valla, corresponde utilizar cargas de argumentación, es decir, el juez puede optar por la libertad del imputado, en mérito al principio *in dubio pro libertate*, o en su caso, por el bien colectivo persecución del delito, en virtud al cual, se protege la sociedad en su conjunto, debiendo para ello, ofrecer una sólida argumentación.
- Una vez que se ha determinado, la prevalencia en el caso concreto del derecho fundamental a la libertad personal del imputado, o en su caso, del bien jurídico constitucional persecución del delito, mediante la evaluación de los criterios antes señalados, o de otros, que puedan irse formulando a nivel de la jurisprudencia, el resultado constituye una norma adscrita, que puede aplicarse en futuros casos similares, que como se sabe, es una regla, que expresa la relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso.

- En tal sentido, se puede afirmar, que en el debate para el dictado de la prisión provisional, nos encontramos ante una auténtica controversia constitucional, y no ante un asunto de mera legalidad ordinaria, donde debe resolverse, el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.
  
- Finalmente, es de precisar que este trabajo no constituye un análisis doctrinario de los presupuestos materiales, naturaleza jurídica, principios o en su caso, abolición, de la prisión preventiva, sobre lo cual se ha escrito en demasía, sino que una vez superado, ese nivel, ya en el ámbito constitucional, se apliquen diversos criterios para establecer cuál de los principios en juego debe prevalecer en el caso concreto.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T. (1999). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL*. MADRID: EDESA.

AGUIAR DE LUQUE, L. (1983). DOGMÁTICA Y TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INTERPRETACIÓN DE ÉSTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *REVISTA DE DERECHO POLÍTICO*, 17-30.

AGUIAR DE LUQUE, L. (1998). PRESENTACIONES. *CUADERNOS DE DERECHO PUBLICO*.

ALCÓCER POVIS, E. (2013). EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. APROXIMACIÓN AL TEMA DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL. *GACETA PENAL & PROCESAL PENAL*, 226-237.

ALEXY, R. (2000). LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO. *D&L*.

ALEXY, R. (2002). EPÍLOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*.

- ALEX, R. (2008). *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2007). *JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS*. LIMA: PALESTRA.
- ASENCIO MELLADO, J. (1987). *LA PRISIÓN PROVISIONAL*. MADRID: CIVITAS.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (23 de julio de 2017). Recuperado el 21 de NOVIEMBRE de 2016, de <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2007). *EL DEBIDO PROCESO PENAL*. BUENOS AIRES: HAMMURABI.
- BACIGALUPO, M. (1993). LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS LÍMITES INMANENTES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOMETIDOS A RESERVA DE LIMITACIÓN LEGAL. *REDC*.
- BARNES, J. (1994). INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y COMUNITARIO. *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, 495-538.
- BARNES, J. (1998). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ESTUDIO PRELIMINAR. *CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO*, 15-50.
- BARONA VILAR, S. (1987). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PRINCIPIO ESENCIAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. *LA LEY*, 846-853.
- BARONA VILAR, SILVIA. (2005). *DERECHO JURISDICCIONAL*. VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.
- BECCARIA, C. (2015). *TRATADO DE LOS DELITOS Y LAS PENAS*. MADRID: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

- BERNAL PULIDO, C. (2003). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES.
- BERNAL PULIDO, C. (2003). ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN. *DOXA*, 225-238.
- BINDER, A. (1999). *INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL*. BUENOS AIRES : AD HOC.
- BOVINO, A. (1998). *EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO.
- BOVINO, A. (1998). *PROBLEMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL CONTEMPORÁNEO*. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO.
- CABEZUDO BAJO, M. (2005). LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO*, 195.
- CARNELUTTI, F. (1971). *PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL*. BUENOS AIRES: EDICIONES JURIDICA - EUROPA AMÉRICA.
- CASTILLO ALVA, J. (2007). EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA UNA PRIMERA APROXIMACIÓN. *ACTUALIDAD JURÍDICA*.
- CIANCIARDO, J. (2009). *EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD*. BUENOS AIRES: ÁBACO.
- CLÉRICO, L. (2010). *EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: ENTRE EL EXCESO POR ACCIÓN Y LA INSUFICIENCIA POR OMISIÓN*. LIMA: PALESTRA EDITORES.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2003). *LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS. SUS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES*. VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

- DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2007). ASPECTOS NUCLEARES DEL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN PENAL. *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES*, 165-204.
- DEL RIO LABARTHE, G. (2007). LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PRESUPUESTOS, PROCEDIMIENTO Y DURACIÓN. *ACTUALIDAD JURÍDICA*, 157-167.
- DEL RIO LABARTHE, G. (2008). LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, 97-120.
- DEL RÍO LABARTHE, GONZALO. (2015). *LA PRISIÓN PREVENTIVA UNA DÉCADA DESPUÉS*. LIMA: PACÍFICO.
- ESCOBAR COTERA, M. R. (2011). LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGISLATIVO, JURISPRUDENCIAL Y PRÁCTICO. *GACETA PENAL & PROCESAL PENAL*, 36-50.
- FERRAJOLI, L. (2001). *DERECHO Y RAZÓN Teoría del garantismo penal*. MADRID: TROTTA.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. (2007). *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL*. MADRID: COLEX.
- GONZALES - CUELLAR SERRANO, N. (1998). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DRECHO PROCESAL ESPAÑOL. *CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO*, 191-215.
- GRANDEZ CASTRO, P. (2010). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO. En *EL PRINCIPIO DE*



- PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO* (págs. 337-376).  
LIMA: PALESTRA.
- GUASTINI, R. (2010). PONDERACIÓN: UN ANÁLISIS DE LOS CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. En *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORANEO* (págs. 71-79). LIMA: PALESTRA.
- HARO, R. (2001). LA RAZONABILIDAD Y LAS FUNCIONES DE CONTROL. *IUS ET PRAXIS*, 179-186.
- HERNANDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. (2006). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. MÉXICO D.F.: MCGRAW-HILL INTERAMERICANA.
- HOBBS, T. (2003). *LEVIATAN*. BUENOS AIRES: LOSADA.
- IGNACIO MARTÍNEZ, J., & ZÚÑIGA URBINA, F. (2011). EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *IUS ET PRAXIS*, 199-226.
- JAEN VALLEJO, M. (2002). *TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LAS GARANTIAS DEL PROCESO PENAL*. MADRID: DYKINSON.
- LOCKE, J. (1994). *SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- MEDINA GUERRERO, M. (1997). *LA VINCULACIÓN NEGATIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: MC. GRAW HILL.
- MENDOZA ESCALANTE, M. (2007). *CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR*. LIMA: PALESTRA EDITORES.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (6 de noviembre de 2016). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004*. Obtenido de [www.incipp.org.pe](http://www.incipp.org.pe)

MONTAÑES PARDO, M. (1999). *LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANALISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL*. PAMPLONA: ARANZADI.

MONTESQUIEU. (2003). *EL ESPIRITU DE LAS LEYES*. MADRID : ALIANZA.

NEYRA FLORES, J. (2010). *MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL & DE LITIGACIÓN ORAL*. LIMA: IDEMSA.

NINO, C. (2000). *FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. BUENOS AIRES: 446.

ORE GUARDIA, A. (2006). LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO. *JUSTICIA CONSTITUCIONAL REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA* .

PAREJO ALFONSO, L. (1981). EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL . *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, 169-170.

PASTOR, D. (2007). *LA PRUEBA, REFORMA DEL PROCESO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. LIMA: JURISTA EDITORES.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2005). LA LIBERTAD POR EXCESO DE DETENCIÓN. EL DERECHO DE SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE. *ACTUALIDAD JURÍDICA*.

PERELLO DOMENECH, I. (1997). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. *JUECES PARA LA DEMOCRACIA*, 68-75.

PLATON. (1872). *LAS LEYES IX*. MADRID: PATRICIO DE AZCARATE.

- RAGUES I VALLES, R. (2004). DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL HACIA UNA VISIÓN INTEGRADORA. *ANUARIO DE DERECHO PENAL*.
- REATEGUI SANCHEZ, J. (2006). *EN BUSCA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA*. LIMA: JURISTA EDITORES.
- REATEGUI SÁNCHEZ, J. (2008). *LA PROBLEMÁTICA DE LA DETENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL*. LIMA: GACETA JURÍDICA.
- REYNA ALFARO, L. (2011). *EL PROCESO PENAL APLICADO CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004*. LIMA: GRIJLEY.
- RUBIO CORREA, M. (2012). *EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. LIMA: FONDO EDITORIAL PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2004). LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2006). *DERECHO PROCESAL PENAL*. LIMA: GRIJLEY.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2006). *INTRODUCCIÓN AL NUEVO PROCESO PENAL*. LIMA: IDEMSA.
- SANZ HERMIDA, Á. (2008). *LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL*. VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.
- SUAREZ LÓPEZ DE CASTILLA, C. (2006). DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL? UN CONCEPTO NUEVO EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL. *JUSTICIA CONSTITUCIONAL. REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*.

TORRES DEL MORAL, ANTONIO. (2007). *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL*. MADRID: COLEX.

VILLEGAS PAIVA, E. (2013). *LA DETENCIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL*. LIMA: GACETA JURÍDICA.

## **ANEXOS**

### **FICHA DE RECOLECCION DE DATOS**

**SEDE:**

DATOS GENERALES:

FICHA N° \_\_\_\_\_ FECHA Y HORA DE LLENADO \_\_\_\_\_

RESPONSABLE DEL LLENADO: \_\_\_\_\_

EXP. N° \_\_\_\_\_

**1) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTADO DE PRISIÓN PROVISIONAL:**

- a) SE APLICÓ
- b) NO SE APLICÓ
- c) OBSERVACIONES:

.....

.....

**2) APLICACIÓN DE LOS SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

- a) IDONEIDAD
- b) NECESIDAD
- c) PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO
- d) OBSERVACIONES:

.....

.....

**3) DERECHOS, BIENES JURÍDICOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS EN EL DICTADO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL:**

- a) LIBERTAD PERSONAL
- b) PERSECUCIÓN PENAL
- c) SEGURIDAD CIUDADANA
- d) PROTECCIÓN AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE
- e) OBSERVACIONES

.....

.....

**4) CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA IMPORTANCIA DE LA REALIZACIÓN DEL FIN DE LA MEDIDA**

- a) TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA
- b) GRAVEDAD DE LA MEDIDA
- c) EFICACIA DE LA MEDIDA
- d) DELITO PLURIOFENSIVO
- e) PERSECUCIÓN PENAL OPORTUNA
- e) OBSERVACIONES:

.....

.....

**5) DELITOS OBJETO DE IMPUTACIÓN DONDE CON MAYOR INCIDENCIA SE HA REQUERIDO LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

- a) ROBO AGRAVADO
- b) TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
- c) VIOLACIÓN SEXUAL
- d) TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO
- e) HURTO AGRAVADO
- e) OBSERVACIONES:

.....

.....

**6) SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES ANTE UN REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PROVISIONAL**

- a) FUNDADO
- b) INFUNDADO