

La aplicación del principio de proporcionalidad en la audiencia de prisión preventiva

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Sumario: 1. Introducción - 2. La necesidad de la discusión: El principio de proporcionalidad como elemento de debate en la audiencia y resolución de la prisión preventiva - 3. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano - 4. El principio de proporcionalidad – 5. El principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva – 6. Conclusiones

Resumen: Toda audiencia, como garantía de rango legal, debe realizarse bajo los principios de oralidad, igualdad, publicidad, inmediación, contradicción e imparcialidad judicial. Es así que en el presente artículo se evaluará la importancia del análisis del test de proporcionalidad dentro de la misma. Incluso el orden que guían el debate de las audiencias para el dictado de la prisión preventiva ya fue establecido en la sentencia de casación n° 626-2013/Moquegua donde se fijó que el debate se componía de cinco partes referidas a la existencia de: i) los fundados y graves elementos de convicción, ii) una prognosis de pena mayor a cuatro años, iii) peligro procesal, iv) la proporcionalidad de la medida, v) la duración de la medida. Sin embargo, en la actualidad se olvida el análisis del cuarto requisito, por lo que es menester dedicarle un estudio al mismo, debido a su relevancia e importancia constitucional.

Palabras clave: Audiencia de prisión preventiva, proporcionalidad, reglas y principios.

1. Introducción

La prisión preventiva es la medida más grave dentro del catálogo de medidas cautelares de carácter personal reguladas en nuestro Código Procesal Penal peruano (en adelante CPP) a la que se debe recurrir como último recurso. Conlleva la privación de un derecho fundamental como es la libertad, considerado como un valor superior dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La regla es que el investigado enfrente el proceso en libertad o, en todo caso, sujeto a una medida menos intensa. La prisión preventiva es una medida cautelar, no una pena anticipada por lo que no puede atribuírsele fines retributivos o preventivos. Es una medida que debe ser entendida como una alternativa a la que se recurre sólo como excepción cuando las otras medidas (ej. Comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país, etc.) no garanticen su finalidad, esto es, asegurar la realización exitosa del proceso penal, siendo su objeto asegurar la presencia del imputado y aplicar la sanción como resolución del conflicto penal y la determinación de si es factible la pretensión punitiva, y, en tanto sea estrictamente necesaria.

* Abogada penalista de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Litigación Oral en Temple University, California Western y University of San Diego School of Law. Exbecaria en CEJA. Con cursos concluidos en la maestría con mención en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, y en Sistema de Justicia y Racionalidad en la Universitat de Girona.

2. La necesidad de la discusión: El principio de proporcionalidad como elemento de debate en la audiencia y resolución de la prisión preventiva

Su legitimidad constitucional, conforme lo ha reconocido la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N°. 1-2019/CIJ-116 (en adelante “AP 1-2019”), se cumple sólo en cuanto se observen los principios de carácter transversal de intervención indiciaria y de proporcionalidad (FJ 5). Esta legitimidad exige que la configuración y aplicación de la prisión preventiva tengan i) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave; ii) como objetivo (o propósito), la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, iii) como objeto (o naturaleza), que se conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos (FJ 6).

En tanto es la medida más intensa, la prisión preventiva requiere para su imposición del cumplimiento de determinados presupuestos materiales contenidos en el artículo 268 del CPP, estos son i) suficientes elementos de convicción que, en grado de sospecha fuerte, vinculen al imputado con los hechos investigados, ii) una pena probable superior a cuatro años y, iii) la configuración del peligro procesal (en una de cualquiera de sus dos manifestaciones, peligro de fuga y peligro de obstrucción). A estos, se les une, conforme a lo establecido la Sala Penal de la Corte Suprema, el principio de proporcionalidad. Todos deben ser sustentados objetivamente (en el requerimiento fiscal), debatidos en audiencia (pública y contradictoria) y debidamente motivados (en la resolución judicial).

En este ensayo nos enfocaremos en el principio de proporcionalidad, que comprende el examen de 3 subprincipios, etapas o reglas¹: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Klatt y Meister, 2021, p. 56). El propósito es sentar las bases de discusión respecto a su aplicación y uso en la audiencia de prisión preventiva. El análisis, lo desarrollaremos partiendo de su reconocimiento legislativo, para luego referirnos al tratamiento jurisprudencial que se le ha otorgado en el sistema de justicia penal, en recientes pronunciamientos, respecto a su aplicación en las decisiones judiciales sobre prisión preventiva.

Espero que éstas sean las primeras de muchas líneas que desarrollen tan importante tema más aún si se realiza teniendo como foco de atención una de las medidas cautelares más discutidas y estudiadas.

Dos de los elementos esenciales que trajo consigo la reforma procesal penal respecto a la imposición de medidas cautelares son, de un lado, la necesidad del requerimiento previo debidamente motivado postulado por el fiscal y del otro, la implementación de las audiencias como paso previo y necesario para imponer una prisión preventiva.

En cuanto al primero de estos, es preciso indicar que, hasta antes del CPP de 2004, vigente desde 2006 de manera progresiva a nivel nacional, la prisión preventiva se decidía sin necesidad de que sea promovido y requerido por la fiscalía. Podía ser decidido de oficio, a la sola decisión del Juez, quien a razón de su sola esfera y de su íntimo criterio decidía sobre la libertad del imputado sobre quien, si bien recae la lupa de la sospecha, debía ser tratado como inocente durante todo el proceso. Hoy, bajo el principio de rogación, se le

¹ Según Klatt y Meister, en rigor son reglas, no principios en el sentido de mandatos de optimización.

otorga al Fiscal la exclusiva potestad de requerir esta medida, debidamente motivada conforme lo exige el artículo 122.5 del CPP.

El segundo elemento, esto es la audiencia, se erige como una garantía de rango legal (artículo 271.1 CPP), es obligatoria y se desarrolla bajo los principios de oralidad, igualdad, publicidad, inmediación, contradicción e imparcialidad judicial. Desde luego, como lo ha definido la Corte Suprema en el AP 1-2019, el principio de contradicción está modulado o delimitado por la naturaleza y las notas características del proceso de coerción procesal, en que se incardina la prisión provisional – en especial, cuando es un procedimiento sumario, o sea corto o breve, y de cognición limitada. No puede equipararse, por consiguiente, la amplitud de las reglas de la audiencia principal con las de audiencia preparatoria (fundamento jurídico 66).

Las pautas y el orden que guían el debate de las audiencias para el dictado de esta medida, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, fueron establecidas en la sentencia de casación n° 626-2013/Moquegua, en la que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema fijó, como doctrina jurisprudencial, que el debate se componía de cinco partes referidas a la existencia de: i) los fundados y graves elementos de convicción, ii) una prognosis de pena mayor a cuatro años, iii) peligro procesal, iv) la proporcionalidad de la medida, v) la duración de la medida. En esta sentencia se precisó, en lo que nos concierne, que, durante las audiencias, el fiscal deberá sostener en sus alegaciones orales que sustentan su requerimiento de prisión preventiva, “demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto”; pudiendo la defensa cuestionarlo, garantizando con ello el efectivo contradictorio (fundamento jurídico 22).

Esta exigencia, se hizo extensiva al auto que resuelve la prisión preventiva, el cual, bajo los alcances del artículo 139.5 de la Constitución, debe ser especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada). Esta motivación, conforme lo define el AP 1-2019, debe cumplir con señalar, como elemento interno, los fundamentos de derecho, en los que, además de los juicios de tipicidad y de subsunción normativa jurídico penal, así como de los preceptos procesales que autorizan la prisión preventiva, se desarrolle “una referencia a los juicios de necesidad, de idoneidad y de estricta proporcionalidad o ponderación” (F 16).

Así, se estableció el principio de proporcionalidad como paso previo a la imposición de la prisión preventiva, por lo que, nos corresponde revisar en qué consiste esto.

La Constitución peruana no refiere explícitamente al principio de proporcionalidad. La invocación al artículo 200 de la carta magna, que establece 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”, como menciona Grández, no se trata de un principio con pretensión de generalidad en materia de conflictos o restricciones de derechos fundamentales.

El fundamento del principio de proporcionalidad hay que encontrarlo, no en una cláusula solitaria de la Constitución, sino en los confines mismos del modelo de Estado Constitucional, construido sobre premisas antropocéntricas, esto es, sobre el reconocimiento de la libertad y la dignidad humana como razón última del propio sistema político. Puede afirmarse que

3. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano

4. El principio de proporcionalidad

toda Constitución que tiene como premisa básica la dignidad humana y los derechos fundamentales, incluye implícito el principio de proporcionalidad como resguardo último frente a toda intervención o limitación por parte de los poderes, públicos o privados (Grández, s/f, pp. 2 – 8)².

En el CPP sí existen referencias explícitas al principio de proporcionalidad. El artículo VI del Título Preliminar, referido a la legalidad de las medidas limitativas de derechos, establece 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.

Especificando que “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*”. Como se ve, existe una invocación al principio de proporcionalidad ahí cuando se pretenda restringir o limitar un derecho, siendo uno de éstos el de la libertad del imputado.

Lo propio sucede con el artículo 203.1 del CPP cuando se establece que las medidas que disponga la autoridad para restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso “deben realizarse con arreglo *al principio de proporcionalidad* y en la medida que existan suficientes elementos de convicción”. Asimismo, cuando en el artículo 253.2 del CPP se indica que “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”.

Se establece así, legislativamente, que toda resolución judicial que resuelva una limitación a un derecho fundamental debe aplicar el principio de proporcionalidad. Siendo así, su aplicación cobra vida al momento de decidir una prisión preventiva, en tanto ésta conlleva la privación de un derecho fundamental: la libertad del imputado.

De este modo, afincada su relevancia constitucional y establecida como una exigencia en el debate de la prisión preventiva, cobra importancia, tener preciso en qué consiste este principio y cuál es su estructura. El CPP no da mayores luces sobre ello, por lo que nos corresponde dar una mirada al ámbito constitucional y jurisprudencial.

4.1. Reglas y principios

Las ideas de Dworkin, en el mundo anglosajón, luego desarrolladas por Alexy en el mundo germánico, establecieron que las normas pueden presentarse como reglas o como principios. Conforme a la teoría del derecho contemporáneo, los ordenamientos jurídicos no están compuestos solo de reglas, es decir por normas bien determinadas previstas de una estructura condicional hipotética, cuya forma de aplicación es la subsunción, sino también por principios que traen consigo una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación.

² El autor destaca diversos pronunciamientos del TC peruano que han buscado múltiples puntos de respaldo al principio de proporcionalidad.

Alexy los distingue de la siguiente manera, “las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así pueden caracterizarse como mandatos definitivos. Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible.

Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*” (Alexy, 2005, pp. 40 – 41). Los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y los principios son mandatos de optimización (Alexy, 2002, p. 13).

Esta distinción, entre reglas y principios, conlleva a su vez distintas formas de aplicación de las normas: la subsunción y la ponderación, respectivamente. Así, junto a las reglas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados, existen los principios y una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación (Bernal, 2005, pp. 17 – 20), también denominada *weighting and balancing* o *bilanciamento*.

Como lo desarrolla Martínez, en la concepción de Dworkin, mientras que las reglas tienen sus condiciones de aplicación cerradas, y por tanto tienen un esquema de aplicación de tipo todo – o – nada (o bien se dan las condiciones de aplicación, y entonces la regla se aplica y resuelve el caso, o bien las condiciones no se dan, y la regla no se aplica por no ser relevante para el caso), los principios tienen sus condiciones de aplicación abiertas y cuentan con una dimensión de peso: ofrecen razones que “inclinan la balanza” hacia una solución determinada, pero éstas pueden no ser definitivas porque también pueden haber razones en sentido contrario (por otros principios en juego que resulten asimismo relevantes). La solución definitiva dependerá del “balance de razones” teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso a decidir (2015, p. 1329)³.

4.2. El conflicto entre principios: La ponderación como solución

En los conflictos entre principios, también denominados “conflictos constitucionales”, (básicamente constitucionales: derechos fundamentales, valores constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos), el conflicto surge a raíz de las concretas circunstancias empíricas del caso, y no a causa de un defecto del sistema normativo (como ocurre con las reglas). Las normas involucradas son consistentes (como lo mostraría el hecho de que

³ Añade el autor que, las diferencias entre este tipo de problemas y soluciones, se centran, en tres ámbitos o aspectos principales a saber: i) *el tipo de elementos normativos que entran en colisión*, mientras que en las antinomias consiste en conflictos entre reglas, en el caso de los conflictos entre derechos, bienes, valores, etc. constitucionales se trata de conflictos entre principios; ii) *la estructura del conflicto*, en el caso del conflicto entre principios no existe incompatibilidad lógica (contradicción), sino que el conflicto obedece a las específicas circunstancias empíricas del caso concreto que hacen que los principios en juego no puedan ser simultáneamente satisfechos, ya que favorecen respuestas incompatibles al caso; iii) *los mecanismos adecuados o necesarios para su resolución*, por cuanto los tradicionales mecanismos para resolución de antinomias (jerárquico, cronológico y de especialidad) no resultan aplicables o adecuados, en su lugar se requiere de un mecanismo específico, usualmente denominado “ponderación”.

habitualmente pueden ser ambas satisfechas conjuntamente), pero pese a ello bajo determinadas circunstancias no pueden satisfacerse simultáneamente (Martínez, 2015, p. 1331).

De esta manera, en tanto dependen de los concretos factores empíricos del caso, no son detectables en abstracto. Son, pues, conflictos *in concreto*. La solución frente al conflicto o colisión de principios la encontramos en la ponderación.

La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso; es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario; así cuando el Juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Como indica Bernal Pulido, la ponderación es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.

Debido a esta función, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en las Cortes Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tiene la estructura de principios (Bernal, 2005, p. 19)⁴; es decir, de las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización.

Una de las primeras cuestiones a tener presente es que los elementos normativos involucrados en el conflicto, estos son, los derechos, bienes, intereses, valores, etc., son principios y no reglas (Martínez, 2015, p. 1329). La ponderación entre determinados principios responde a un caso en concreto, en el que se establece la preferencia de un principio frente a otro; pero que, bajo determinadas circunstancias distintas en otro caso, puede resultar una prioridad de principios también distinta.

Es importante lo resaltado por Martínez cuando indica que hay quienes conciben la ponderación como un proceso racional, o susceptible de ser racionalmente justificado, y quienes rechazan esta posibilidad, entendiendo que se trata de una actividad discrecional o, más genéricamente, no sujeta a parámetros de control racional (2015, pp. 1335 y ss.)⁵.

El concepto de ponderación, como menciona Alexy, es un concepto discutido por lo que propone como tesis un procedimiento de ponderación racionalmente estructurado que lo provee la teoría de los principios (2005, pp. 45 y ss.).

4.3. El principio de proporcionalidad

⁴ Sobre ello, menciona Martínez, refiriéndose a Mendoca, que la expresión “ponderación” hace uso de una metáfora según la cual los elementos en conflicto son “pesados” en una balanza a fin de determinar cuál tiene mayor “peso” en las circunstancias del caso, en el que, si bien no son medidos en sentido literal se lleva a cabo una comparación entre varios elementos, que da lugar a que uno de ellos “supere” al otro (el de “mayor peso”).

⁵ Para ver más Martínez Zorrilla, quien desarrolla las concepciones institucionista y escépticas como propias de quienes consideran la ponderación como una actividad discrecional; así como las concepciones particularistas y universalistas, propias de quienes defienden la ponderación como un proceso racional.

Una de las teorías normativas de la ponderación, que resulta ser mayoritariamente aceptada en la comunidad jurídica, tanto por teóricos como por los órganos jurisdiccionales al momento de emitir sus decisiones, es la que se conoce, siguiendo a Alexy, como el “principio de proporcionalidad”. Esta teoría, establece como idea central que el sacrificio impuesto a un principio no puede ser superior al beneficio que supone el respeto o promoción de otro principio, lo que no es sino una expresión del principio más genérico de que los costes no pueden superar a los beneficios (Martínez, 2015, p. 1339). El principio de proporcionalidad requiere que exista una razonable relación entre un fin particular cuya realización se persigue y los medios que para ello se emplean.

Como lo indican Klatt y Meister, aplicado apropiadamente, el principio de proporcionalidad disciplina y racionaliza el proceso de aplicación judicial (2021, p. 56). El principio de proporcionalidad no solo es un principio de ineludible relevancia constitucional, sino también una estructura, por lo que en cuanto a tal cabe referirse a éste como el test de proporcionalidad (Grández, s/f, pp. 7 – 8).

Esta estructura se ha establecido en tres niveles. Menciona Alexy, que esto implica lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), la regla de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

La aplicación de este test comprende una estructura de tres niveles (Klatt y Meuster, 2021, p. 56)⁶: i) adecuación o idoneidad, ii) necesidad, y iii) proporcionalidad en sentido estricto. Estos se aplican sucesivamente, por lo que solo en la medida que se cumpla el primero se pasará al siguiente y así sucesivamente. Cada uno de estos componentes tiene la consideración de “condición necesaria”, esto es, si es que uno de ellos no se satisface, entonces la decisión estaría injustificada.

Estas tres reglas definen lo que debe entenderse por “optimización” de acuerdo con la teoría de los principios. Las dos primeras idoneidad y necesidad, dice Alexy, expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas (2002, p. 27), están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible. La tercera subregla, la proporcionalidad en sentido estricto tiene un carácter distinto; se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. El contenido de esta tercera subregla puede expresarse de la siguiente manera: cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más tiene que ser la realización del otro principio (Alexy, 2005, pp. 46 – 47). Ha sido en este último donde se concentra la discusión a nivel dogmático, específicamente como indica Grández, se trata de una discusión orientada a la racionalidad o no del procedimiento de preferencia entre dos o más derechos en conflicto en sentido estricto (Grández, s/f, p. 9).

⁶ Hay autores que optan por un modelo de cuatro etapas, presentando como a la primera de ellas: la regla de legitimidad del fin. Esta examina si un acto persigue un fin legítimo. Según Klatt y Meister, si se prefiere un examen de tres etapas, entonces, la determinación del fin o propósito de la medida no forma parte del principio de proporcionalidad, sino que constituye su base y punto de partida.

De esta manera, una medida que interfiere o afecta derechos fundamentales será constitucionalmente válida si es que es a) adecuada o idónea, b) necesaria o indispensable y, c) proporcional en sentido estricto o ponderada, a la vez. Basta que se incumpla una de ellas para entender a dicha medida como desproporcionada y, por ende, inconstitucional.

a. La subregla de adecuación o idoneidad

Según Bernal Pulido, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (2007, p. 687). En esa línea, Grández sostiene que una medida resultará idónea para lograr un fin cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido (s/f, p. 10).

En este examen, como dice Martínez, son dos las exigencias que deben tenerse en consideración: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea “constitucionalmente legítimo”, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin. Estos dos aspectos deben analizarse en este mismo orden (esto es, en primer lugar, si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y en caso de que lo sea, si la medida es idónea) (2015, p. 1339).

Menciona Alexy que, la adecuación o idoneidad tiene un *status* de criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué métodos no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esa razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo (2002, p. 28).

En sede jurisdiccional el fin constitucional, dice Martínez, debe ser interpretado en sentido positivo (2015, p. 1340)⁷, en tanto la decisión se basa, conceptualmente, en un fin constitucionalmente reconocido expresa o implícitamente, puesto que la decisión consiste en dar prioridad a uno de los derechos o bienes constitucionales en conflicto (que, por definición son constitucionalmente legítimos).

A decir de Grández, refiriéndose a los medios, la finalidad y el objetivo como componentes del análisis de idoneidad y remitiéndose a la STC 00003-2005-AI/TC en donde se estableció que el análisis de idoneidad supone “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” (fundamento jurídico 69), indica que debe tratarse de medidas que se vinculan con fines constitucionales y a su vez, debe tratarse del logro de acciones o estado de cosas tangibles (objetivos).

Precisando que, la idoneidad o adecuación deberá ser evaluada con relación a los derechos o principios que, efectivamente se encuentran comprometidos, al margen de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito del derecho fundamental, resulten o se mencionan como fines a derechos no comprometidos

⁷ A diferencia de lo que ocurre en el ámbito legislativo (examen de constitucionalidad de una ley), esta exigencia no se interpreta en sentido positivo de que la medida tenga que perseguir un fin expresa o implícitamente establecido en la constitución, sino que se entiende en el sentido negativo de que la medida no debe perseguir un fin expresa o implícitamente prohibido o excluido por ésta.

realmente. Aquí cabe distinguir entre fines reales y aparentes en la intervención de los derechos (s/f, p. 14 – 15).

b. La subregla de necesidad o indispensabilidad

Superado el juicio de adecuación o idoneidad, dice Alexy, entre dos o más medios igualmente idóneos será escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado (2002, p. 28).

Conforme a Grández, una medida resultará indispensable (juicio de necesidad) si es que del análisis fáctico del caso, resulta que no hay medios alternativos o los que eventualmente aparecen como tales, resultan, sin embargo, menos ventajosos o eficaces con relación a la promoción del bien constitucional en cuestión. La necesidad de la medida está relacionada entonces, con: a) la existencia de otros medios, y; b) la posibilidad de que tales medios puedan ser mejor calificados respecto de su nivel de eficacia en la promoción del fin constitucional (s/f, p. 10).

La no superación de la subregla de necesidad ocurre cuando, según Martínez, se dan las condiciones siguientes: (a) la existencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido, (b) que alguna/s de las alternativas sea menos gravosa; y (c) que esta/s alternativa/s tenga/n al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada. Si falta alguno de los elementos anteriores (esto es, o bien no existen medios alternativos, o ninguno es menos gravoso, o ninguno tiene como mínimo el mismo grado de idoneidad), la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada (2015, p. 1341).

Añade Grández precisando que un medio es alternativo y en consecuencia el no haberlo tomado en cuenta traerá consigo la declaración de inconstitucionalidad de la medida implementada por violar el principio de proporcionalidad en sentido amplio, cuando logre demostrarse que su puesta en práctica puede lograr por lo menos los mismos niveles de eficacia en la obtención del resultado que se busca y, al propio tiempo, cuando pueda acreditarse que su implementación resultaría “más indulgente” con los derechos comprometidos, es decir, su carga de restricción es menor (s/f, p. 10 – 11).

Cumplida las exigencias de idoneidad y necesidad, se pasará al siguiente paso: el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.

c. La subregla de proporcionalidad propiamente en sentido estricto o ponderación

La proporcionalidad en sentido estricto, también denominado juicio de ponderación consiste en examinar las posibilidades (jurídicas) de realización de un derecho frente a otro, conlleva analizar si el grado de satisfacción del derecho o del bien constitucional que prevalece compensa la lesión del otro bien o derecho. Así, cuanto más intensa sea la interferencia en un principio más importante tiene que ser la realización del otro principio. Sólo se puede cumplir uno de los principios a costa del otro.

Es idéntica, dice Alexy, a la ley de ponderación que establece lo siguiente: cuanto mayor es el grado de satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia o satisfacción del otro. La ley de la ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos: (a) definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios,

(b) definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y (c) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (2002, pp. 31 y ss.).

La determinación del grado de satisfacción o de lesión de los distintos elementos en colisión se realiza, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto sometido a análisis y no en abstracto, de acuerdo con una escala triádica propuesta por Alexy, entre tres niveles: leve, moderado y grave.

Aunque para Grández, quizá sea necesario seguir otros modelos a efectos de lograr puntos intermedios: por ejemplo, menciona, solo con relación a una afectación de nivel intenso, podrían sugerirse tres calificaciones: Muy intenso, intenso moderado e intenso. Así podrían establecerse en cada nivel, para evitar posibilidades de empates que generan frustraciones en el análisis de proporcionalidad (s/f, p. 22).

Ahora, en tanto a veces éstos no pueden distinguirse tan fácilmente y en ocasiones puede parecer imposible, surge la fórmula del peso. En este, el elemento lesionado o sacrificado es simbolizado por Alexy con la variable "Pi". Los distintos grados de afectación, que como hemos visto, pueden ser "leve" (l), "moderado" (m) y "grave" (g), se simbolizan con la variable "I". Las circunstancias del caso se simboliza como "C".

De este modo, la expresión correspondiente a la importancia o grado de afectación del principio Pi en las circunstancias "C" se simbolizan como "IPiC". El esquema de la otra magnitud de la comparación no es muy distinto: el nivel de satisfacción del otro elemento del conflicto (que se simboliza con la variable "Pj"). El grado o magnitud de dicha satisfacción se simboliza como "W". La importancia del principio "Pj" con las circunstancias C se simboliza como "WPjC".

De acuerdo con la escala triádica, tanto el valor de "IPiC" como el de "WPjC" puede ser "l", "m" o "g". La precedencia entre Pi y Pj en el caso de conflicto enjuiciado se determinará de acuerdo con los valores de cada uno de los elementos. En total son posible nueve situaciones distintas, entre las cuales, Pi precede. Pj en tres ocasiones, Pj a Pi en otras tres, y en otras tres más se da una situación de empate (Martínez, 2015, p. 1343).

En este último caso, de acuerdo con la concepción de Alexy existiría discrecionalidad judicial, en el sentido de que desde un punto de vista axiológico es indiferente qué precedencia se adopte en las circunstancias "C" entre los elementos en conflicto (las decisiones estarían igual de (in)justificadas). En otras palabras, la regla creada a raíz de la ponderación sería igual de (in)correcta tanto si resuelve el caso genérico en favor de un elemento como si lo resuelve en favor del otro (Martínez, 2015, p. 1343).

Se trata, dice Grández, 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. Los empates pueden demostrar también el grado de complejidad del problema a resolver o la ausencia de argumentos objetivos para que el juez pueda anular una medida o la propia ley que están siendo objeto de control a través del test de proporcionalidad o como dice Bernal Pulido los empates ponen en evidencia los límites de la racionalidad ponderativa, pues con frecuencia en el nivel de empates los conflictos se solucionan ideológicamente y ya no jurídicamente (s/f, p. 23).

5. El principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva

Este es el desarrollo teórico del principio de proporcionalidad y su estructura. Veamos ahora el tratamiento jurisprudencial que ha merecido en nuestro país.

5.1. La medida restrictiva y el conflicto constitucional

Han sido diversas las ocasiones en las que las salas penales de la Corte Suprema han tratado el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. Si bien, fue incorporado, mediante la Casación 626-2013/Moquegua, como una pauta o exigencia del requerimiento, debate y resolución que decide esta medida cautelar, fue el AP 1-2019 el que dio más luces sobre su tratamiento y contenido.

Se estableció, siguiendo a Pujadas Tortosa, que el principio de proporcionalidad no es un presupuesto o una simple característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación a posteriori de la medida adoptada, sino que es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto (AP 1-2019, fundamento jurídico 15).

Entendida, a la prisión preventiva como la medida restrictiva a ponderar. En este Acuerdo plenario, los magistrados de las salas penales de la Corte Suprema determinaron de un lado, la relación conflictiva en cuestión que merecía ser ponderada y del otro, el desarrollo de cómo debían ser tratadas cada una de las subreglas que componen el principio de proporcionalidad.

En el fundamento jurídico 15, se identificaron los principios que estarían en colisión y que deben ser ponderados. Así indicaron:

- a) “La prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, está sujeta, en la *relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso*, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte —ni mediana, ni débil—”.
- b) “El principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos —o dos elementos de relevancia constitucional— comparativamente entre sí (*libertad vs. eficacia de la persecución procesal, en el caso de la prisión preventiva*), de manera que no haya exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar; ésta no depende - de criterios absolutos, sino está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad —desde luego, las que incorpora y reconoce la Constitución”.
- c) “El principio de proporcionalidad se sitúa entre *el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad*, independientemente de la pena esperada”.

Se establece, así, en colisión de un lado las garantías individuales del imputado, (entiéndase su derecho a la libertad⁸) y, del otro, la eficacia de la

⁸ En este ensayo nos concentramos en el derecho a la libertad que es el directamente afectado con la medida de prisión preventiva. No obstante, en circunstancias particulares pueden presentarse otros derechos, por ejemplo, el derecho a la salud del imputado que merece por determinados padecimientos atención médica especial que

lucha contra la delincuencia, el buen fin del proceso, la eficacia de la persecución procesal, las necesidades de persecución penal y/o el derecho a la seguridad. La cuestión está en definir si estamos o no ante un conflicto entre principios que requieren ser sometidos al examen de las tres subreglas del principio de proporcionalidad.

En específico, ¿es posible entender a los segundos (identificados como elementos en colisión) como derechos fundamentales, valores constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos? Considero que sí, en tanto forman parte del bien jurídico constitucional proscripción de la impunidad, además de hacerse referencia explícita al derecho a la seguridad (entiéndase seguridad ciudadana).

A manera de ensayo, podríamos decir que, si bien pueden considerarse como propios de los fines cautelares o procesales, de aseguramiento del imputado al proceso y la garantía de ejecución de la sanción que puede merecer de encontrarse responsable, pueden considerarse un bien jurídico constitucional: el de proscripción de la impunidad.

A manera de referencia, así, por ejemplo, lo reconoció el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la STC 00815-2007-PHC/TC, donde refiriéndose al caso de intervenciones corporales como actos de investigación que un procesado se someta a una prueba de ADN en el marco del proceso que enfrentaba por la supuesta comisión del delito de violación, asumió que se trataba de un conflicto entre intimidad y persecución penal identificando como “objetivo último” de la medida de intervención en la intimidad, “no dejar impune la comisión de un delito, y, en consecuencia garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado”.

En cuanto al derecho a la seguridad, este se encuentra reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 9 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señalan que todo individuo tiene derecho a la seguridad de su persona. Esta concepción se afianza si nos remitimos a lo consagrado en el artículo 44 de nuestra Constitución cuando reconoce como deberes primordiales del Estado, de un lado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, y del otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia. Por lo que podríamos indicar que el derecho a la seguridad representaría un principio a ponderar con la libertad del imputado.

Un argumento importante sobre este tema fue el definido por la Sala Penal Permanente en el Recurso de Apelación 37-2023, cuando refiriéndose al análisis de proporcionalidad, estableció “si el fin constitucionalmente legítimo que se protege es la tutela jurisdiccional efectiva que le corresponde a la agraviada, tanto de conocer la verdad o aproximarse lo más cercano a ella, cuanto que el proceso concluya sin entorpecimientos y con la sujeción efectiva del investigado, frente al derecho a la libertad ambulatoria que le asiste a este” (fundamento jurídico 26).

no encuentra en un establecimiento penitenciario, el derecho a la educación en caso estemos frente a un joven con estudios en curso a quien por primera vez se le somete a un proceso por un delito menor, o, por derechos no necesariamente del imputado, sino de sus hijos menores por ejemplo que pueden quedarse en orfandad, donde ingresa a ponderar el interés superior del niño.

Esto es, cobra sentido entender a éstos como el fin constitucional que se debería tener en consideración al momento de realizar el test de proporcionalidad.

5.2. El test de proporcionalidad

En cuanto a la estructura del principio de proporcionalidad, en el AP 1-2019 se hace referencia, a los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto —así desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (fundamento jurídico 20). En su desarrollo, se establece que la prisión preventiva:

(i) será necesaria si, en el caso concreto, es indispensable para el fin de aseguramiento perseguido, siempre que no exista otra medida menos gravosa (comparecencia con restricciones) que cuenten con la misma aptitud o eficacia para asegurar al imputado al proceso —relación medio-medio—. (i) Será idónea si la prisión preventiva permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante —relación medio-fin—. (iii) Será estrictamente proporcional si la prisión preventiva no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtiene mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad de aseguramiento personal perseguida (AP-2019, fundamentos jurídicos 20 y 21).

No obstante, hay una confusión no menor cuando se presenta a los dos primeros en un orden invertido, distinto al establecido para este examen que, como se ha desarrollado antes, inicia con la subregla de adecuación o idoneidad para sólo después de superada ésta pasar a siguiente, esto es, a la subregla de necesidad o indispensabilidad. Si los órdenes son inversos, entonces cómo se hace el examen de necesidad si esta parte de la existencia de una medida idónea frente a otras medidas alternativas también idóneas, ahí donde aún no se ha examinado la adecuación o identidad de la medida, en este caso de la prisión preventiva. Han pasado 4 años y aún no hay reparo en la presentación de esta fórmula.

Definido entonces las circunstancias propias del caso en concreto sometido a contradictorio (entendido con la verificación de los presupuestos materiales contenidos en el artículo 268 del CPP) y planteado así el conflicto, entre el derecho a la libertad del imputado y el bien jurídico constitucional proscripción de la impunidad, derecho a la seguridad ciudadana, la tutela jurisdiccional efectiva o derecho a conocer la verdad, la proporcionalidad pasa por someter a estos al examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, identificando para ello la finalidad que se persigue con la medida.

No obstante, se observa que, en los casos específicos, este principio tal como lo demanda su estructura no es atendido en los pronunciamientos judiciales como veremos a continuación.

Así, por ejemplo, si bien en el Recurso de Apelación 68-2023/Corte Suprema, la Sala Penal Permanente estableció, refiriéndose a la prisión preventiva impuesta, que

La medida debe ser adecuada al fin de sujeción del procesado al proceso y además cumplir con el principio de *proportio mensum restringere* que significa que la medida sea proporcional para ello debe seguirse el test de ponderación analizando la necesidad, la utilidad y la

proporcionalidad de la medida” (FJ 9.2), remitiéndose para ello a la STC N° 1091-2002-PHC/TC (FJ 5) y 1260-2002-HC/TC (FJ 6), así como a la Casación 353-2019/Lima (FJ 3), sin embargo, se limitó a señalar que “Sobre la afirmación que al estar interno el investigado, en el Centro de Reclusión de «Barbadillo» no existe peligro de fuga, más allá de lo singular e írrito de dicha afirmación, por lo contrario, a su propósito, al contener una obviedad, redundante, por lo contrario, en consolidar la necesidad, utilidad y proporcionalidad de la prisión preventiva (fundamento jurídico 20).

Esto es, no existe un desarrollo ni siquiera mínimo o referencial sobre el test ni sus tres componentes. Tan solo se remite a referir como sustento a enfocar una apreciación contraria a la postulada por la defensa del imputado respecto a los riesgos procesales.

Lo propio sucede en este mismo expediente, pero refiriéndose a otro imputado, cuando remitiéndose a la suficiencia probatoria así como a la determinación de la insuficiencia de arraigos familiar y domiciliario o el arraigo absueltamente irrazonable, la Sala Permanente concluyó, sin mayor fundamentación: “por todo ello, en el caso, es idóneo, necesario y proporcional aplicar la medida de prisión preventiva, por el plazo de treinta y seis meses. Se hace imprescindible garantizar su presencia en el proceso penal, a efectos de evitar fugas o evasiones, como se han producido en otros casos” (fundamento jurídico 11).

Esto es, no sólo no se sustenta en absoluto, sino que se limita a remitirse al riesgo procesal e incluso erradamente porque usa para ello no un elemento objetivo atribuible al imputado sino de un factor ajeno a él (que en otros casos otros se fugaron).

Estos son solo dos ejemplos, responden a casos mediáticos. Solo nos hemos enfocado, como lo haremos en los siguientes, en el principio de proporcionalidad. Veamos, ahora en específico la aplicación y tratamiento que han merecido cada una de las subreglas.

a) Juicio de idoneidad o adecuación

Entendida como una relación medio -fin. De cara al análisis que nos concentra, son dos los elementos que debemos identificar en el examen de adecuación o idoneidad: i) el fin constitucionalmente legítimo que se busca obtener o resguardar con la medida de prisión preventiva que en este caso afecta el derecho a la libertad personal del imputado, y, ii) si es que la medida es una que tiene eficacia para conseguir la finalidad antes identificada. La “idoneidad” exige que la medida adoptada (prisión preventiva) sea útil a la obtención del fin constitucionalmente legítimo.

Si no existe un fin constitucionalmente legítimo entonces no podemos aplicar el principio de proporcionalidad, ya que solo estaremos ante un conflicto constitucional auténtico si es que las pretensiones de las partes (entiéndase en el ámbito penal, del fiscal y la defensa) estén fundamentadas en derechos o fines constitucionalmente protegidos. En este caso, como dice Pujadas Tortosa, será una medida idónea aquella que permita, en el caso concreto, negar u obstaculizar cualquiera de los elementos que conforman el fundamento cautelar (2008, p. 143).

En este ensayo, como hemos indicado antes, alegamos que la finalidad que se persigue con la medida de prisión preventiva deriva del bien jurídico

constitucional de proscripción de la impunidad reflejado específicamente en evitar los riesgos procesales (peligro de fuga y/o de obstrucción), que garantice la sujeción del imputado del proceso y con ello la ejecución de la pena que pudiera merecer en caso es encontrado responsable

Asimismo, si tenemos como base dentro del conflicto constitucional frente a la libertad al derecho a la seguridad ciudadana, la finalidad podría ser la del resguardo a la continuación de tales conductas o los riesgos que este representa frente a la sociedad (sin que esto implique entender como justificación de imposición de esta medida el peligro de reiteración delictiva). Desde luego, en base a la existencia de elementos objetivos, concretos, reales, ciertos y atribuidos individualmente al imputado que así lo evidencian, en cumplimiento de los presupuestos materiales que demanda la imposición de la medida de prisión preventiva.

En lo concreto, una medida de prisión preventiva será idónea si atendiendo a las particularidades del caso y de sus concretas circunstancias que se plasman en el cumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 268 del CPP y al bien jurídico constitucional o derecho que lo sostiene, se logra el fin perseguido.

Así, podríamos indicar a manera de ensayo que una prisión preventiva no sería idónea si, por ejemplo, el sujeto imputado a quien antes se había ordenado detención preliminar enterado de la misma, se puso voluntariamente a disposición de las autoridades, de manera inmediata a fin de enfrentar los cargos en su contra, no habría pues, riesgo procesal, al menos el de fuga.

De otro lado, la medida también podría resultar inidónea si, bajo el marco fáctico de imputación ésta no responde o no se hace latente a la finalidad de la medida, por ejemplo, cuando no existe un hecho imputado (imputación necesaria) o los hechos son atípicos pues no responden a un fin constitucional, en tanto no hay un hecho ilícito que deba implementar mecanismos de protección. No existiría, pues, un fin real o correcto, sino uno aparente. ¿Qué se va a resguardar si no hay un hecho o un hecho ilícito pasible de ser sancionado penalmente?

Desde luego, es relevante atender a la finalidad u objetivo identificado como tal en el requerimiento fiscal o resolución que impone prisión preventiva, en tanto el análisis de adecuación o idoneidad, debe responder a los principios o derecho en colisión que se consideran comprometidos, más allá de los objetivos expuestos por quien pretende la imposición de la medida o decidida ya está, en nuestro caso de la prisión preventiva. No es que se descarte la presencia de los objetivos, desde luego tiene que existir un objetivo legítimo, sino que muchas veces éste no es real o correcto de cara a los fines constitucionales que se demandan.

Veamos ahora, cómo ha sido desarrollado en la jurisprudencia. Por ejemplo, en el Recurso de Apelación 06-2018-1/Lima, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció respecto al juicio de idoneidad que

La medida de prisión preventiva resultaba idónea a efectos de continuar investigando la gravedad de los hechos imputados, pues por el alto peligro procesal de sustracción y perturbación de los actos de investigación, busca asegurar la presencia del investigado y esclarecer su relación con los delitos de organización criminal, tráfico de influencias, negociación incompatible y patrocinio ilegal, y los otros

investigados con altos cargos funcionariales que se encuentran involucrados en los citados delitos y otros, los cuales afectaron al Estado, al Poder Judicial, al Consejo Nacional de la Magistratura y Ministerio Público (fundamento jurídico 45.1).

Se define aquí como finalidad la investigación del delito, podríamos entender este propio del ya identificado bien jurídico constitucional de proscripción de la impunidad; sin embargo, éste se ampara en la sola gravedad de los hechos imputados. No cuestionamos que este sea un fin, pero debería aparejarse en sustentarse las circunstancias concurrentes que lo llevan a definir en cuanto a tal dicha finalidad. El solo criterio de investigar delitos graves no es suficiente, por sí solo.

El sacrificio del derecho o bien constitucional (en este caso el derecho a la libertad del imputado) sólo se justifica si, entre otros, se hace para la obtención de un fin valioso o constitucionalmente legítimo. Conforme a este subprincipio, si la medida no es idónea para la obtención de ese fin, entonces estamos ante una lesión injustificada al derecho fundamental de la persona sometida al proceso penal. Si se concluye que la medida no es idónea el análisis concluye ahí. La necesidad de una medida solo se realiza sobre una medida considerada idónea.

b) Juicio de necesidad o indispensabilidad

Entendida como una relación medio – medio, la regla de necesidad implica una comparación de “medios idóneos” (en tanto han superado la anterior regla) para alcanzar el mismo “fin”. Este examen parte por tener presente como lo indicamos anteriormente que la medida cuya aplicación se demanda es la de prisión preventiva (que, llegado al juicio de necesidad, se ha calificado como idónea) conforme a las concretas y particulares circunstancias de un caso, la misma que tiene por finalidad evitar los riesgos procesales, que se garantice la sujeción del imputado del proceso y con ello la ejecución de la pena que pudiera merecer en caso es encontrado responsable.

Para ello, este examen requiere identificar los siguientes elementos: i) los medios alternativos menos gravosos, ii) identificar si es que los medios alternativos idóneos no lesionan el derecho o principio en cuestión o, si haciéndolo, tal intervención es menos intensa y, iii) que las medidas alternativas tengan el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada.

Los medios alternativos en este caso son, las otras medidas cautelares de carácter personal reguladas en el ordenamiento procesal penal, como la comparecencia con restricciones, el impedimento de salida del país, etc. que, en esencial, de la mano del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, son las que deben ser principalmente atendidas remitiéndose a la prisión preventiva como alternativas en caso éstas no sean suficientes para asegurar los fines cautelares. Estos, desde luego, si bien afectan a la libertad del imputado no lo hacen en el mismo grado que la prisión preventiva, son menos aflictivas y sirven para neutralizar los posibles riesgos procesales sin afectar, en la magnitud que lo hace la privación de la libertad del imputado.

En cuanto a esta regla de necesidad, dice Pujadas Tortosa, se dice de ella que es un principio comparativo puesto que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas y un principio tendente a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados,

porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas (2008, p. 144).

La cuestión aquí estriba en determinar si ¿Es indispensable recurrir a la prisión preventiva para garantizar el fin o se pueden aplicar otras medidas igual de idóneas para su consecución, aunque menos lesivas a la libertad del imputado? Lo que se prohíbe o censura es el exceso. Por lo que, la medida de prisión preventiva se hace innecesaria, por tanto, desproporcionada y con ello inconstitucional si es que existen otras medidas alternativas que, atendiendo a las circunstancias del caso, puedan resguardar los fines que se persiguen.

En el Recurso de Apelación 06-2018-1/Lima, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció respecto al juicio de necesidad que

De conformidad a la Constitución Política en su artículo 2, inciso 24 literales a) y b) y los artículos 268 y siguientes del Código Procesal Penal, no existe otra medida de carácter personal menos grave que se pueda aplicar, pues existen fundados y graves elementos de convicción de la comisión de los delitos que se le atribuyen al investigado y su vinculación con ellos, como se ha fundamentado y se ha demostrado plenamente que el investigado huyó del país con la finalidad de obstruir su procesamiento por los delitos citados, a pesar de encontrarse restringida su libertad con el impedimento de salida del país (fundamento jurídico 45.2).

No existe desarrollo de por qué las otras medidas alternativas (más allá de no indicar cuáles son éstas) resultan idóneas. Es probable que no lo sean, pero se requiere de una motivación al respecto y aquí no la hay.

c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

La propuesta de Alexy del juicio ponderativo a través de la fórmula del peso implica la identificación o presencia de tres factores: i) el grado de afectación del derecho fundamental y el grado de satisfacción del otro con el que se encuentra en conflicto, ii) el peso abstracto de ambos derechos fundamentales en conflicto y, iii) la seguridad de las premisas fácticas. Con ello, como se dijo antes conforme a los valores asignados por el profesor alemán, para los dos primeros factores de: leve, medio y alto o grave; mientras que para el tercero de: seguro, plausible y no evidentemente falso.

Conlleva, pues, una fórmula numérica, pocas veces entendida, cuando no conocida, por ende, no aplicada ni desarrollada, más allá de la sola invocación conceptual al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A pesar de que la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación es el que exige mayores capacidades argumentativas, de las resoluciones de los jueces penales (en sus diversas instancias) y las del TC sobre la prisión preventiva, se advierte que éstas padecen de lo que el profesor Grández identificó en su momento en la jurisprudencia del Tribunal peruano, esto es, que no existen decisiones que bajo el test de proporcionalidad y una vez superado el análisis de necesidad, hayan resultado desproporcionadas en sentido estricto.

En otras palabras, una medida idónea y que es a la vez indispensable, casi siempre resulta, al propio tiempo, ponderada con relación a los derechos que juegan en sentido contrario. Esto, afirma y en lo que concuerdo trasladándolo

al ámbito penal, puede responder a varias lecturas, de un lado, por considerarse que la proporcionalidad en sentido estricto no aporta mayores controles al test de proporcionalidad en sentido amplio, por resultar muy subjetiva, o, porque no se es suficientemente estricto en este tercer nivel de control (Grández, s/f, p. 21).

Así, por ejemplo, en el Expediente N°. 299-2017-36, Resolución 7, del 1er JIP de la Corte Penal Nacional, se dio por cumplido este por cuanto:

Este despacho entiende que la prisión preventiva en el caso de la investigada sería proporcional en cuyo caso debe sacrificarse la libertad locomotora en aras de la protección de intereses superiores para el proceso que es la cautela de todo riesgo procesal para las fuentes de prueba, que es un dato básico para desplegar una investigación conforme a derecho, existe un peligro alto sobre los órganos de prueba, conforme se ha dado cuenta con casos específicos y que podrían replicar más adelante. Consecuentemente, el mandato de prisión preventiva es proporcional en su caso.

Esto es, se entiende que al darse por cumplido (ni siquiera los dos juicios anteriores, idoneidad y necesidad) el peligro procesal, la medida es ponderada. Existe, pues, una ausencia de argumentación.

En este mismo proceso, pero en una medida de prisión preventiva posterior refiriéndose al cumplimiento del juicio de ponderación, se estableció:

En ese sentido el examen de proporcionalidad debería elaborarse con relación a la medida de comparecencia restrictiva. Sin embargo, ésta no garantiza con la misma intensidad que la prisión preventiva la finalidad de evitar que la investigada, pueda eludir la posible ejecución de la sentencia, no garantiza con la misma intensidad la finalidad de evitar que la investigada interrumpa el normal desarrollo de las investigaciones como se ha descrito en forma amplia precedentemente (fundamento jurídico 313)

Como se puede evidenciar de la cita anterior, existe una confusión respecto a la ponderación, siendo más específicos dentro del subprincipio de necesidad. Asimismo, en el Recurso de Apelación 06-2018-1/Lima, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció respecto al juicio de ponderación que:

En el caso en concreto en la ponderación de afectar el derecho fundamental a la libertad personal versus una comparecencia, resulta legítima la primera, pues la finalidad de la investigación presenta mayores razones que lo justifica, desde los fundados y graves elementos de convicción que existen y el peligrosismo procesal que se cumple cabalmente en el caso concreto. (fundamento jurídico 45.3).

Se advierte de esto que se confunde con el juicio de necesidad, pero pese a ello se sustenta la medida en el solo cumplimiento de los presupuestos material, lo cual, de entenderse así equivaldría a lo mismo a no realizar un juicio de ponderación ya que el solo cumplimiento de aquellos convierte en proporcional la prisión preventiva.

Lo propio, en el Recurso de Apelación 133-2023/Corte Suprema, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció que:

La prisión preventiva es proporcional, no solo por la gravedad del hecho punible (proporcionalidad en sentido estricto) sino porque es adecuada para garantizar los fines del proceso y necesaria para asegurarlo (sub principios de adecuación y necesidad). Una medida menos restrictiva no podría garantizar el sometimiento de la encausada a la acción de la justicia y no sería idónea con lo sucedido y la situación jurídica de la imputada (fundamento jurídico 7).

Este argumento, no solo es incorrecto porque invierte el test conforme al orden de sus reglas, sino porque carece de una motivación debida, con lo que, de por sí, la hace inválida en su examen.

Finalmente, llama la atención que la Corte Suprema haya establecido en el AP 1-2019, en su fundamento jurídico 15, que “la prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, está sujeta, en la *relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso*, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte —ni mediana, ni débil—”.

Esto es, reconoce que se trata de una intervención alta o grave, por lo que partiendo de este reconocimiento: a mayor intervención, mayor debería ser la exigencia del cumplimiento de los 3 presupuestos materiales contenidos en el art. 268 del CPP, el grado de sospecha fuerte o vehemente del imputado frente a la imputación, de modo que al privar de la libertad del proceso sólo sería posible si existen los elementos objetivos que así lo ameriten.

6. Conclusiones

- El principio de proporcionalidad, entendido como un método en sus tres subreglas o componentes, es relevante al momento de decidir limitaciones o restricciones a derechos fundamentales, tanto así que está explícitamente reconocido como tal en el ordenamiento procesal penal y establecido jurisprudencialmente por nuestra Corte Suprema, como una exigencia del debate de la prisión preventiva.
- Es así que siendo obligatoria su presencia merece ser atendida urgentemente. Todos los pronunciamientos judiciales que imponen una medida de prisión preventiva invocan el test de proporcionalidad. Sin embargo, como hemos visto, no existe un esfuerzo argumentativo y el que se presenta no responde a la estructura que demanda el cumplimiento de las tres subreglas de este principio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).
- Existe un mal uso del test que puede deberse a diversos factores, el escaso entendimiento de este o el limitarse a entenderlo como una simple invocación a que al darse por entendido el cumplimiento de los presupuestos del artículo 268 del CPP entonces la medida es proporcional, sin más. Como dice Atienza, lo que da sentido a hablar de argumentación (la actividad argumentativa), es el planteamiento de un problema que requiere de una solución en favor del cual deben aportarse razones (2013, p. 643).
- Como se ha venido mencionando, el principio de proporcionalidad es aplicable al momento de decidir la prisión preventiva, sin embargo, no se hace correctamente. Consideramos como principios en conflicto, de un lado la libertad del imputado frente al bien

jurídico constitucional de proscripción de la impunidad, el derecho a la seguridad o la tutela jurisdiccional efectiva que le corresponde a la agraviada, tanto de conocer la verdad o aproximarse lo más cercano a ella.

- Asimismo, se ha evidenciado una confusión no menor cuando, en el AP 1-2019 se presenta a los dos primeros juicios del test en un orden invertido, distinto al establecido para este examen que, como se ha desarrollado antes, inicia con la subregla de adecuación o idoneidad para sólo después de superada ésta pasar a siguiente, esto es, a la subregla de necesidad o indispensabilidad.
- De esta manera, la incorrecta aplicación de las subreglas se acentúa cuando al realizar el juicio de idoneidad, tan solo menciona que es adecuada para garantizar los fines del proceso, para añadir a posterior que lo es porque es idónea con lo sucedido (los hechos) y la situación jurídica de la imputada (sus condiciones personales), pero no identifica fin constitucionalmente legítimo que se busca obtener o resguardar con la medida de prisión preventiva impuesta y es que ésta tiene eficacia para conseguir la finalidad pretendida.
- En cuanto a la necesidad, tan solo refiere que lo es para asegurarlo (entiéndase a los fines del proceso), si bien hace referencia a medidas menos restrictivas sin indicar cuáles ni porque éstas no tienen el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada.
- Lo propio sucede con el juicio de ponderación tan solo se remite a la gravedad del hecho punible sin precisar mínimamente cuáles serían, en el caso en concreto, los principios en conflicto, el grado de satisfacción o de afectación de uno de éstos, la importancia de la satisfacción del otro principio en colisión, y si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Lima, mayo del 2024

Lista de referencias

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Alexy, R. (2005). Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Revista de teoría y filosofía del derecho*, 1, 37 – 49.
<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2b999>
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, 22, 13 – 64.
<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/289390.pdf>
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición.
- Bernal, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 17 – 35.

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/23416/la-ponderacion-como-procedimiento-para-interpretar-los-derechos-fundamentales.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Corte Penal Nacional (2017, 31 de octubre). Expediente 299-2017-36, Resolución 7.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 10 de septiembre). Acuerdo Plenario n.º 01-2019/CIJ-116.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018, 7 de noviembre). Apelación N.º. 06-2018-1 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 13 de febrero). Apelación N.º. 37-2023 Corte Suprema.

Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 31 de marzo). Apelación N.º. 68-2023 Corte Suprema.

Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 20 de junio). Apelación N.º. 133-2023 Corte Suprema.

Grández, P. (s/f). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Portal de Periódicos do IDP*, 1 – 35. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/394/268>

Klatt, M. y Meister M. (2021). *La estructura constitucional del principio de proporcionalidad*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Martínez, D. (2015). *Conflictos normativos. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

Pujadas, V. (2005). *Teoría general de las medidas cautelares penales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Sala Penal Permanente (2015, 30 de junio). Recurso de Casación n.º 626-2013/Moquegua.

Tribunal Constitucional (2002, 9 de julio). Expediente N.º. 1260-2002-HC/TC.

Tribunal Constitucional (2002, 12 de agosto). Expediente N.º. 1091-2002-PHC/TC.

Tribunal Constitucional (2005, 15 de septiembre) Expediente N.º. 0003-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2009, 7 de diciembre). Expediente N.º. 00815-2007-PHC/TC.