

El principio de proporcionalidad en las resoluciones que imponen prisión preventiva

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Sumario: 1. Introducción - 2. Motivación cualificada o reforzada - 3. El principio de proporcionalidad - 4. Conclusiones

Resumen: La prisión preventiva, como toda medida que limita derechos fundamentales, debe ser entendida como ultima ratio y no la regla, puesto que se debe dar prioridad al derecho de libertad ambulatoria del investigado. Para que se cumpla, es de vital importancia que se realice un test de proporcionalidad para así verificar que la prisión preventiva, efectivamente, es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Palabras clave: Motivación cualificada, proporcionalidad y prisión preventiva

1. Introducción

En el proceso penal, el Juez tiene un papel protagónico que no se limita a un simple espectador del contradictorio entre las partes encargado de resolver el conflicto. Es un juez de garantías que tiene como rol principal cautelar, durante todo el proceso, el respeto inmaculado de los derechos y deberes que derivan de éste, preservando, como lo ordena el artículo 1.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal (en adelante CPP) el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Un proceso penal sin las debidas garantías es nulo. De ahí, la importancia de la actuación del Juez quien deberá no solo ser independiente e imparcial, sino garante del debido proceso y un contralor que evite el quiebre de la ley, la Constitución, además, de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este rol se hace aún más imperioso de exigir en momentos en los que la discusión o tema en cuestión que deberá resolver el Juez gira en torno a la limitación de un derecho fundamental tan relevante, como lo es la libertad.

Así, al momento de decidir si deberá o no ordenar la prisión preventiva, además de verificar el cumplimiento de los presupuestos materiales (regulados en el artículo 268 del CPP), como 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 cinco años y, iii) la configuración del peligro procesal (en cualquiera de sus dos manifestaciones, peligro de fuga y/o peligro de obstrucción), se deberá de realizar un análisis de proporcionalidad de la medida.

En este ensayo nos enfocaremos en dos aspectos centrales. De un lado, los parámetros de motivación cualificada o reforzada exigidos para el auto que decide una prisión preventiva. Del otro, la aplicación del test de

* 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. Motivación cualificada o reforzada

proporcionalidad en las decisiones judiciales, incluiremos en éste los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) y la Sala Penal Suprema de la República del Perú.

Motivar implica proporcionar o exponer la razón o causa que respalda la acción que se ha realizado, justificando tanto el acto como sus resultados mediante argumentos sólidos y convincentes. Estos fundamentos, que esencialmente constituyen la base de las medidas coercitivas, son esenciales para la legitimidad sustantiva del tratamiento dispensado al individuo. En última instancia, la motivación se presenta como un requisito formal, pero con un impacto evidente en la legitimidad material del tratamiento dado a la persona.

El dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aún si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aún no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad¹.

Existe una necesidad imperiosa de que la resolución que decide una prisión preventiva deba tener una motivación y justificación firme acorde a los parámetros de la lógica. Es necesario que exista una ponderación de todos los argumentos que justifican la adopción de esa medida de coerción personal. Dicha motivación no debe ser arbitraria, por el contrario, debe ser acorde a los parámetros de un razonamiento lógico conforme a los fines que la justifican.

El art. 273, inciso 3 del CPP regula el auto de prisión preventiva y señala que este será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenten, y la invocación de las citas legales correspondientes. Asimismo, el Acuerdo Plenario n.º 01-2019/CIJ-116 (en adelante AP n.º 01-2019), del 10 de septiembre de 2019, en el fundamento jurídico 68, especifica que, en estos casos el Juez al momento de emitir su decisión deberá tener en cuenta lo siguiente:

El auto de, prisión preventiva que profiera el Juez de la Investigación Preparatoria será especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada) -se ha de haber ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que la justifican.

De igual manera, se destaca una de las sentencias emitidas por el TC², la cual estableció una obligación inherente al juez que declara fundada o no la medida de coerción, que es contar con una debida motivación reforzada al analizar el cumplimiento de los presupuestos materiales, los elementos del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la medida; solamente cumplida la imposición de esta disposición será válida, constitucional y convencional. En la misma línea, la Corte Suprema³ ha determinado cinco elementos esenciales a analizar al momento de

¹ Véase Exp. n.º 2534-2019-PHC/TC, fundamento jurídico 15, 28 de noviembre de 2019.

² Véase Exp. n.º 03248-2019-PHC/TC, fundamento jurídico 92, de fecha 25 de octubre de 2022.

³ Véase Apelación n.º 29-2023/Cusco, fundamento jurídico 16, de fecha 6 de febrero de 2023; Apelación n.º 37-2023/Corte Suprema, fundamento jurídico 10, de fecha 13 de febrero de 2023; y, Apelación n.º 68-2023/Corte Suprema, fundamento jurídico 9, de fecha 31 de marzo de 2023.

interponer esta medida coercitiva. Estos son conocidos como los baremos de legitimidad de la prisión preventiva, a saber:

- a. Uno de los elementos a valorar es la excepcionalidad. La regla que debe preponderar en todo proceso es que el investigado pueda llevar su proceso en libertad. Sin embargo, solo bajo circunstancias excepcionales, donde se demuestre que existe un riesgo, fundado en razones objetivas y razonables, que impedirá el normal desarrollo de las actuaciones procesales, se interpondrá cualquier medida de coerción personal, siendo una de las posibilidades la imposición de la prisión preventiva.
- b. La medida debe responder al principio *proportio mensum restringere*. Es decir, tiene que ser evaluada bajo un test de ponderación con el fin de evidenciar que la prisión preventiva es necesaria, útil y proporcional. Asimismo, junto al análisis del test, se deberá tener en cuenta el principio lógico “si el juez puede lo más, con mayor razón puede lo menos” (argumento *a fortiori*).

En otras palabras, el juez, a pesar de contar con elementos que podrían indicar una posible interposición de la medida más gravosa, debe preguntarse lo siguiente: ¿existe la posibilidad de poder interponer una comparecencia restrictiva con vigilancia electrónica personal o una detención domiciliaria que son medidas menos gravosas que la prisión preventiva? Recordemos que la regla siempre será la libertad del procesado.

- c. Debemos considerar la verificación de la sospecha fuerte al momento de realizar el examen de fuentes o el análisis de los elementos de convicción. Es decir, a través del estudio de estos medios probatorios, se deberá inferir razonablemente la posible comisión del delito por parte del investigado. Al respecto, cabe destacar que este juicio no debe romper o vulnerar la presunción de inocencia que le asiste a toda persona.
- d. La importancia del peligro ambulatorio dentro de la prisión preventiva. Esto a razón de que es el análisis de circunstancias presentadas antes o durante el proceso (como el caso de los arraigos) que pueden dejar entrever la intención del investigado de eludir una posible sentencia condenatoria.
- e. Presencia de la motivación debida y reforzada. Solo a través de esta, se podrá asegurar que la resolución es conforme a derecho y a los parámetros constitucionales que dicta nuestro ordenamiento jurídico. Es así que, para considerar que una resolución posee este estándar, los jueces deberán justificar de manera concisa, rigurosa y detallada la imputación y analizar cómo las circunstancias del caso y los presupuestos procesales de la prisión se relacionan con los elementos de convicción proporcionados por las partes.

En el caso de resoluciones que ordenan la medida de prisión preventiva resulta relevante conocer las razones del magistrado para ampararla. Ello en función a que debe tenerse presente que se pretende con esta medida privar de su libertad a una persona sobre la que aún no recae sentencia alguna, y a la que le resguarda, sobre todo, la presunción de inocencia y porque un requisito de admisibilidad de la impugnación es señalar los extremos específicos por los que se cuestiona la decisión.

Por ello, conforme a la línea jurisprudencial que el TC ha establecido, entre otros, debemos tener en cuenta que: 1) la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su

dictado⁴, 2) la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado⁵, 3) 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 permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de dicha medida⁶ y 4) demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso⁷.

De esta manera lo que se exige es que las resoluciones que ordenan una prisión preventiva contengan de manera precisa y clara los datos objetivos a los que se hacen referencia, además deben enmarcarse en todos los presupuestos para adoptar tal medida; es decir, no bastará indicar que existe un presupuesto y otro no, sino que la decisión del Juez debe resaltar el cumplimiento objetivo de éstos.

En ese sentido, el auto que ordena una prisión preventiva debe contener una motivación debida y reforzada, siendo imprescindible que los jueces motiven con especial rigurosidad las resoluciones de prisión preventiva, pues solo así se podrá garantizar que se respete su naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional, con expresión sucinta de la imputación, con los fundamentos de hecho y de derecho y la invocación de las citas legales correspondientes⁸.

Al tratarse de una medida no definitiva que impacta de forma negativa contra la libertad personal, es lógico que la exigencia de motivación que se le impone a un Juez difiere ampliamente en la rigurosidad respecto a otro tipo de situación que debe resolver, en buena cuenta debe ser más estricto cuando motiva un auto de prisión preventiva que cuando lo hace, por ejemplo, con una medida de embargo, incautación, entre otros.

Corresponde entenderla como el grado de motivación necesario atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión que involucra la afectación directa de un derecho fundamental está debidamente motivada y que por su incidencia en un derecho de rango constitucional se encuentra por encima de la motivación que se requiere para otros aspectos. Solo cumpliendo con ella resultará relevante desde una perspectiva constitucional que se ha garantizado la protección del derecho del afectado con la medida; contrario a ello, resultaría una respuesta del aparato judicial arbitraria e inconstitucional.

De ahí que, el TC en el Exp. n.º 04780-2017-PHC/TC y n.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) de 26 de abril de 2018, en el fundamento jurídico 38,

⁴ Véase Sentencia n.º 04163-2014-PHC/TC, fundamento jurídico 8, de 25 de enero de 2017; Sentencia n.º 02386-2014-PHC/TC, fundamento jurídico 8, de 7 de abril de 2015; Sentencia n.º 06099-2014-PHC/TC, fundamento jurídico 5, de 27 de enero de 2017. Este criterio ha sido reiterado en Auto n.º 02163-2014-PHC/TC, considerando 3, de 4 de noviembre de 2014; Auto n.º 02240-2014-PHC/TC, considerando 4, de 25 de junio de 2014, entre otras

⁵ Véase Sentencia n.º 01951-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 5, de 28 de octubre de 2010; y, Sentencia n.º 01680-2009-HC, fundamento jurídico 21, de 5 de mayo de 2009.

⁶ Véase Sentencia n.º 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4 de 20 de setiembre de 2016; Sentencia n.º 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4 de 27 de enero de 2017; Sentencia n.º 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8 de 17 de diciembre de 2015; entre otras.

⁷ Véase Exp. n.º 2534-2019-PHC/TC, fundamento jurídico 19, de 28 de noviembre de 2019.

⁸ Véase Apelación n.º 29-2023/Cusco, fundamento jurídico 16.5, de 6 de febrero de 2023.

ha indicado que: “toda resolución que ordene una prisión preventiva requiere de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso”. Así, toda resolución judicial que limite la libertad personal requiere de una “motivación cualificada”, esto es, de una especial justificación. La motivación “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”⁹.

Sumado a ello, el Pleno del TC en el Exp. n.º 02534-2019-PHC/TC de 28 de noviembre de 2019, en el fundamento jurídico 54, reafirmó el criterio de un estándar cualificado de motivación requerido para una prisión preventiva, en un caso emblemático, al señalar que: “toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una especial y cualificada motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución del éxito del proceso”.

En la misma línea, la Corte IDH en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, en el párr. 93, ha establecido que:

No es suficiente que toda causa de 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; **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, y **iv)** que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales¹⁰.

Estos criterios deben cumplirse de manera que la limitación del derecho a la libertad no implique un sacrificio excesivo o desproporcionado en comparación con los beneficios obtenidos a través de dicha restricción y la consecución de la finalidad buscada.

El estándar cualificado de motivación requerido para estimar razonablemente la imposición de una prisión preventiva exige que se realice debidamente, bajo los lineamientos legales, sobre la base de todos los presupuestos y exigencias que componen la medida. Además, el Juez deberá motivar de manera clara las razones que lo han llevado a tomar la decisión de privar de la libertad personal al procesado por un tiempo determinado, examinando debidamente el caso en concreto sometido a su análisis, sobre la base de elementos objetivos y de la información de calidad producto del debate entre las partes durante la audiencia, cómo se ha concretizado el cumplimiento de los presupuestos materiales, del test de proporcionalidad y el sustento de la determinación de la duración de la prisión preventiva, según corresponda.

Así también, lo ha entendido la Corte Suprema, en el AP n.º 01-2019, en el fundamento jurídico 68, al correctamente afirmar que:

⁹ Véase Sentencias recaídas en los Exps. n.º 00079-2008-AA/TC. fundamento jurídico 11, de 13 de agosto de 2019; n.º 08439-2013-PHC/TC. fundamento jurídico 10.f., de 20 de noviembre de 2014.

¹⁰ Véase Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

El auto de prisión preventiva que profiera el Juez de la Investigación Preparatoria será especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada) –se ha de haber ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que la justifican.

La ausencia de una motivación cualificada o reforzada en el auto de prisión preventiva deslegitima la constitucionalidad de la medida y la vuelve eminentemente arbitraria. Vale decir, cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta constitucional y convencionalmente será arbitraria; es preciso que, el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos¹¹.

En nuestro ordenamiento procesal el art. 271, inciso 3 del CPP establece que “el auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes”. Es decir, esta medida en particular requiere de una motivación más rigurosa y exhaustiva, lo que resulta razonable debido a que se está privando de libertad a un ciudadano que mantiene vigente su inocencia. Por lo que, para su dictado debe atenderse dos criterios esenciales, los cuales deben ser estrictamente cumplidos en la emisión del auto de prisión preventiva, en tanto, forman parte del criterio vinculante establecido por el TC¹², tal como lo ha expresado de la siguiente manera:

- i. Tiene que ser **suficiente**, debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla.
- ii. Tiene que ser **razonada**, debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican su adopción.

Además, ha resaltado el TC que el deber de motivación cualificada que se exige debe evidenciarse, de manera obligatoria, en el comportamiento de los jueces en 2 momentos: i) al dictar la prisión preventiva, y ii) al establecer la duración de la prisión preventiva¹³. Así, en cuanto a lo primero, la motivación reforzada debe brindar las razones sólidas y suficientes respecto a los fundados y graves elementos de convicción de la posible comisión de un delito, de la existencia de indicios razonables que permitan sustentar la vinculación del imputado con el hecho ilícito, de la prognosis de la pena, del peligro procesal (fuga u obstrucción), así como en la aplicación del test de proporcionalidad. En cuanto al segundo aspecto, se exige, además, de una motivación estricta en la determinación de su duración que responda a la necesidad del porqué se debe mantener en prisión a una persona por el plazo fijado. Solo de esta manera, se podrá garantizar que se respete la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional a la que responde la prisión preventiva.

En suma, la motivación cualificada se presenta como un requisito indispensable mediante el cual se garantiza que la imposición de la prisión preventiva se encuentre justificada con los parámetros constitucionales y

¹¹ Véase Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312

¹² Véase Exp. n.º 03248-2019-PHC/TC, fundamento jurídico 129, de 25 de octubre de 2022.

¹³ Véase Exp. n.º 03248-2019-PHC/TC, fundamento jurídico 29, de 25 de octubre de 2022.

3. El principio de proporcionalidad

convencionales. Esta exigencia configura mínimamente que el derecho quebrantado no sea afectado en su contenido constitucionalmente protegido.

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. Ahora, mediante este principio se debe entender que cada caso es único. En ese sentido, se tiene que analizar los hechos y equilibrar la intensidad de la medida cautelar y la magnitud del peligro procesal existente.

Este principio mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos 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; esta no depende de criterios absolutos, sino que está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad –desde luego, las que incorpora y reconoce la Constitución (Rubio, 2005, p. 251).

La proporcionalidad está arraigada en las relaciones de poder entre Estado e individuo; es, pues, una exigencia asociada al ejercicio del poder tendente a evitar el exceso en el uso de dicho poder. Ha de guiar la decisión relativa a las concretas medidas de coerción a adoptar; no puede ser un simple mecanismo de evaluación de la eficacia de las mismas. Esto implica la prohibición de una abusiva aplicación, puesto que, tiene una injerencia con la moderación y el equilibrio. Asimismo, esta exigencia debe cumplir el principio de *proportio mensum restringere*.

Aquella abusiva aplicación hace hincapié en la imposición de esta medida cautelar, en donde a pesar de cumplirse los requisitos y presupuestos para la prisión preventiva, se advierte que no es necesario o suficiente para la aplicación de esta medida, como viene resolviendo la Corte IDH, a lo largo de varios casos penales. Es por ello, que “es necesario enfatizar que este presupuesto [indicios suficientes] no constituye en sí mismo una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el derecho a la presunción de inocencia”¹⁴. La correcta finalidad legítima, no se basa en los presupuestos, sino en los requisitos relacionados a esta, como viene siendo la proporcionalidad, la idoneidad o la motivación cualificada de las decisiones judiciales, respecto a estos temas.

En ese sentido, la Casación n.º 06-2019/Huánuco, de 12 de abril de 2021, en el fundamento jurídico 3, sostiene que:

El juicio de proporcionalidad requiere: A. Como presupuestos generales, que el acto limitativo esté previsto en la ley (tipicidad procesal) y que el acto judicial debe estar especialmente motivado desde las causas y fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento previsto en ella (justificación teleológica). B. Como requisitos generales, que el acto limitativo debe ser necesario para conseguir el fin de aseguramiento del proceso perseguido (necesidad), el objetivo de que se pretende alcanzar ha de guardar relación con el fin constitucional de aseguramiento perseguido (idoneidad), y la intensidad de la limitación del derecho en el caso concreto (libertad personal) ha de tener en cuenta la gravedad del delito o su trascendencia social en relación con la restricción del derecho implicada con la medida (proporcionalidad en sentido estricto)–. En el presente caso la privación procesal de la libertad debe valorar, entre otras pautas que el caso concreto impondrá, la naturaleza, complicación y alcance de las investigaciones, el grado de

¹⁴ Véase Corte IDH. Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2022, párr. 101.

peligrosismo procesal existente, la situación personal del imputado, el tiempo transcurrido entre el delito y el procesamiento.

3.1. La determinación del conflicto

En el AP n.º1-2019, 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. Es así como, 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”.

Como podemos advertir, se encuentra en colisión, de un lado, las garantías individuales del imputado, (entiéndase su derecho a la libertad¹⁵) y, del otro, la eficacia de la 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? Consideramos que sí, en tanto forman parte del bien jurídico constitucional proscripción de la impunidad, además de referencia explícitamente al derecho a la seguridad (entiéndase seguridad ciudadana).

Así, 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.

¹⁵ 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 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.

A manera de referencia, por ejemplo, en la STC 00815-2007-PHC/TC, de 7 de diciembre de 2009, en el fundamento jurídico 11, donde se hace referencia al caso de intervenciones corporales como actos de investigación que un procesado se someta 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 art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 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 art. 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 en la Apelación n.º 37-2023/Corte Suprema, de 13 de febrero de 2023, en el fundamento jurídico 23. En el análisis de proporcionalidad, se estableció que “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”.

Así, en la Apelación n.º 29-2023/Cusco, de 6 de febrero de 2023, en el fundamento jurídico 28, se señala que “si el fin constitucionalmente legítimo que se protege es la tutela jurisdiccional efectiva que le corresponde al Estado, tanto de conocer la verdad o aproximarse lo más cercano a ella, cuanto, que el proceso concluya sin entorpecimientos y con la sujeción efectiva de los recurrentes, frente al derecho a la libertad ambulatoria que les asiste a los imputados”.

Cobra sentido entender a éstos como el fin constitucional que se debería tener en consideración al momento de realizar el test de proporcionalidad. En ese sentido, queda afirmada la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la prisión preventiva. A este respecto, resulta relevante resaltar lo establecido en la jurisprudencia peruana.

Así, el Recurso de Nulidad n.º 80-2021/Lima de 28 de abril de 2021, en el fundamento jurídico 27, indica que “la proporcionalidad de una medida de coerción de carácter personal que afecta la libertad individual requiere como presupuestos: la legalidad o tipicidad procesal y justificación teleológica. Del mismo modo, exige la concurrencia de requisitos extrínsecos de jurisdiccionalidad y motivación especial, así como aquellos de carácter intrínseco como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto –test de proporcionalidad–”. Para una comprensión más completa, considero importante abordar brevemente las definiciones conceptuales de **i)** legalidad o tipicidad procesal y **ii)** justificación teleológica, **iii)** los requisitos extrínsecos de jurisdiccionalidad y **iv)** la motivación especial. Es así que resulta pertinente citar los fundamentos jurídicos 28, 29 y 30, respectivamente, del mencionado Recurso de Nulidad:

(i) La tipicidad procesal hace alusión a que todo lo referente a la prisión preventiva debe estar previsto en el Código Procesal Penal (Fundamento 28).

(ii) La justificación teleológica implica que no cualquier finalidad habilita la limitación de un derecho fundamental de la libertad, sino solo aquellas que tienen como finalidad la protección de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. (Fundamento 29)

(iii) El carácter jurisdiccional de la medida implica que, al margen de su argumentación, debe ser dictada por un órgano jurisdiccional competente. (Fundamento 30)

(iv) La motivación especial implica que la decisión debe estar justificada sobre la necesidad de actuación probatoria. (Fundamento 30)

Siguiendo con el principio en mención, el mismo Recurso de Nulidad, en el fundamento jurídico 25, señala que “el principio de proporcionalidad permea a la prisión preventiva, su prolongación y adecuación”. Asimismo, indica que “al restringir el derecho de la libertad personal, [...] la prisión preventiva debe ser imprescindible para conseguir el fin perseguido, adecuada para evitar el *periculum libertatis* y razonable en función a la gravedad del delito o a su trascendencia social o a la pérdida de libertad.

Con respecto al derecho a libertad, debemos enfatizar que la privación de libertad también afecta en el disfrute y goce de otros derechos, como lo señala la Corte IDH en el Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay¹⁶, en el párr. 154, “pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar”. En este contexto, se evidencia que la aplicación apropiada del principio de proporcionalidad disciplina y racionaliza el proceso de aplicación judicial (Klatt y Meister, 2021, p. 56).

Como se aprecia, han sido diversas las ocasiones en las que la jurisprudencia ha tratado el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. Si bien, fue incorporado, mediante la Casación n.º 626-2013/Moquegua, como una pauta o exigencia del requerimiento, debate y resolución que decide esta medida cautelar, fue el AP n.º 01-2019 el que dio más luces sobre su tratamiento y contenido.

Podemos concluir que, siguiendo a Pujadas Tortosa y, según el fundamento jurídico 15 del AP n.º 01-2019, 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.

3.2. El test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad cobra gran importancia, ya que implica proporcionar una justificación lógico-constitucional de las circunstancias que motivan cualquier acto discrecional de los poderes públicos. Esta relevancia se intensifica, sobre todo, en decisiones críticas como las relacionadas con las prisiones preventivas, las cuales conllevan la restricción de derechos fundamentales.

Efectivamente, al abordar la cuestión de la prisión preventiva, la cual tiene como objetivo privar de un derecho fundamental que es la libertad personal,

¹⁶ Véase Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 154

es imperativo que tal restricción opere sólo si resulta estrictamente necesario y bajo una argumentación comprensible y adecuada que permita inferir que el propósito de la restricción es la única medida posible en salvaguarda de otros intereses de mayor beneficio.

Por ello, todo juez debe realizar el test de proporcionalidad al momento de evaluar su decisión sobre el dictado de la prisión preventiva, tal como lo menciona el Exp. n.º 03248-2019-PHC/TC de 25 de octubre de 2022, en el fundamento jurídico 9. En esa misma línea, la Corte IDH¹⁷ ha afirmado que “corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de libertad”.

Respecto al concepto del Test de Proporcionalidad o ponderación, es necesario citar algunos autores que desarrollaron el tema a profundidad como Carlos Bernal Pulido (2003), que en sus tratados define ponderación como una “forma de resolver la incompatibilidad entre normas *prima facie*” (pp. 757 y ss.). Es decir, las normas que tengan la estructura de mandato de optimización, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; y Luis Prieto Sanchís (2008) concibe a la proporcionalidad como la “acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas” o en otros términos afirma que, “el test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza” (p. 112).

Asimismo, Londoño Ayala (2009) sostiene que el test de proporcional es la especificación de la racionalidad técnica del principio de proporcionalidad. En esa línea, indica lo siguiente:

El test contiene una exigencia argumentativa frente a los tres niveles de análisis de la proporcionalidad de una decisión jurídica: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Es entonces el principio de proporcionalidad una estructura argumentativa edificada bajo el parámetro de un test que pretende disciplinar el discurso jurídico con la finalidad de lograr la materialización de la proporcionalidad constitucional. (p. 85)

Mencionado ello, corresponde analizar la estructura del principio de proporcionalidad. Para ello, no remitimos nuevamente al AP n.º 01-2019, fundamento jurídico 20 y 21, pues aquí se hace referencia a los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto —así desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

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—. (ii) 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.

Si bien la Corte Suprema considera que el test de proporcionalidad está conformado por 3 niveles, debo advertir que hay una confusión no menor

¹⁷ Véase Corte IDH. Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2022, párr. 104.

cuando se presenta a los dos primeros en un orden invertido, distinto al establecido para este examen¹⁸ que, como se ha desarrollado antes, inicia con la subregla de adecuación o idoneidad para solo después de superada esta pasar a la siguiente, esto es, a la subregla de necesidad o indispensabilidad.

Si los órdenes son inversos, me pregunto ¿cómo se hace el examen de necesidad?, ya que esta parte de la existencia de una medida idónea frente a otras medidas alternativas también idóneas. Pero, en el contexto que plantea la Corte Suprema, se pretende examinar la necesidad cuando aún no se ha determinado la adecuación o idoneidad de la medida, en este caso, de la prisión preventiva. A pesar de que han pasado más de 4 años, aún no hay reparo en la presentación de esta fórmula.

Definidas las circunstancias propias del caso en concreto sometido a contradictorio (entendido con la verificación de los presupuestos materiales contenidos en el art. 268 del CPP) y planteado así el conflicto, entre el derecho a la libertad del imputado y el bien jurídico constitucional proscrición 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, si bien teóricamente se establece la estructura del test de proporcionalidad en tres niveles, considero que, en los casos específicos, el principio de proporcionalidad, tal como lo demanda su estructura, no es atendido en los pronunciamientos judiciales como veremos a continuación.

Así, por ejemplo, si bien en la Apelación 68-2023/Corte Suprema, de 31 de marzo de 2023, fundamento jurídico 9.2, se 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”. Remitiéndose para ello a la STC n.º 1091-2002-PHC/TC en el fundamento jurídico 5 y 1260-2002-HC/TC en el fundamento jurídico 6, así como a la Casación 353-2019/Lima en el fundamento jurídico 3. Sin embargo, en el fundamento jurídico 20, 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”.

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 una apreciación contraria a la postulada por la defensa del imputado respecto a los riesgos procesales.

Lo propio sucede en este mismo Apelación n.º 68-2023/Corte Suprema, pero refiriéndose a otro imputado, cuando se remite a la suficiencia probatoria, así como a la determinación de la insuficiencia de arraigos familiar y domiciliario o el arraigo es absolutamente irrazonable, pues la Sala Permanente en el fundamento jurídico 11 concluyó lo siguiente: “[...] 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. [...]”

¹⁸ Como mencioné líneas arriba, me inclino por la estructura de tres niveles: i) adecuación o idoneidad, ii) necesidad, y iii) proporcionalidad en sentido estricto.

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 que responden a casos mediáticos.

Finalmente, el test de proporcionalidad actúa como un seguro jurídico constitucional que permitirá examinar si la intervención que promueve el Ministerio Público presenta las condiciones suficientes -traducido como un correcto juicio de los tres subprincipios que la componen- para que el Juez de Garantías emita una decisión que se pueda entender como constitucional y no cuya injerencia a los derechos fundamentales termine siendo abusiva.

Si el test de proporcionalidad no resulta satisfactorio, la conclusión tiene que expresarse en que no es posible aplicar la medida de prisión preventiva -aun cuando se presenten los presupuestos materiales-, porque impera la protección de los derechos que se pretende intervenir.

Solo nos hemos enfocado, como lo haremos en los siguientes apartados, en el principio de proporcionalidad. Veamos, ahora, en específico, la aplicación y tratamiento que han merecido cada una de las subreglas.

3.2.1. Juicio de idoneidad o adecuación

En el Exp. n.º 3248-2019-HC/TC, de 25 de octubre de 2022, en el fundamento jurídico 121, se expresa que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz de fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo; en otros términos, este subprincipio supone: **i)** la legitimidad constitucional del objetivo y, **ii)** la idoneidad de la medida utilizada.

Tal y como lo mencionamos, la idoneidad debe ser entendida como una relación de medio-fin, en tanto que este juicio exige que la medida adoptada (prisión preventiva) sea útil a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. 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.

Sobre este punto, el Exp. n.º 00039-2022, de 15 de diciembre de 2022, en el fundamento jurídico 32.1, nos brinda luces sobre cuál es el fin legítimamente perseguido por el Estado en la prisión preventiva; sin embargo, también amplía la perspectiva sobre el mismo al sostener que dicho fin no se limita únicamente a asegurar la sujeción del imputado al proceso, sino también destaca la relevancia de garantizar la aplicación efectiva de la ley penal material como parte integral de los objetivos de la medida de coerción. Sin duda, este planteamiento nos permite reflexionar sobre el papel de las medidas de coerción personal en el cumplimiento efectivo de los fines legítimos del derecho penal.

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 (2008), “será una medida idónea aquella que permita, en el caso concreto, negar u obstaculizar cualquiera de los elementos que conforman el fundamento cautelar” (p. 143).

Como hemos indicado antes, 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.

Es decir, en base al principio de idoneidad, lo que se busca es asegurar la presencia física del procesado en el territorio nacional; caso contrario, tal como se sostiene en la Apelación n.º 214-2023/Suprema, de 22 de noviembre de 2023, en el fundamento jurídico 19, se daría “una severa afectación a la indagación de la verdad —como fin institucional del proceso penal— y al sistema de administración de justicia”. En ese sentido, no cabe duda de que la presencia del procesado contribuye a que el sistema de justicia pueda realizar de manera efectiva la investigación y el proceso penal.

Así también, en el Recurso de Nulidad n.º 80-2021 Lima, de 28 de abril de 2020, en el fundamento jurídico 31.1, se ha detallado que la prisión preventiva resulta la medida más idónea para asegurar la presencia del procesado en la actuación de la prueba a realizarse. Y, para aseverar ello, valoraron los hechos y la conducta procesal del sujeto:

Durante el 2006, en la etapa de juicio oral, se citó a la agraviada (conjuntamente con su hijo), a su madre, a los peritos psicólogos y psiquiátricos, así como a la perito bióloga —esta última para tomar las muestras correspondientes y realizar la prueba de ADN entre el imputado y el hijo de la agraviada—; sin embargo, fue el procesado quien no concurrió y frustró la realización de la actividad probatoria. Luego de ello se le revocó la medida de comparecencia con restricciones y se dictó en su contra mandato de detención, siendo capturado después de aproximadamente 14 años, a finales de enero de 2020 y, cuando se convocó para el inicio de juicio oral, se decretó la emergencia sanitaria a nivel nacional.

Por otro lado, 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 art. 268 del CPP y al bien jurídico constitucional o derecho que lo sostiene, se logra el fin perseguido. Así, 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.

Desde luego, es relevante atender a la finalidad u objetivo identificado como tal en el requerimiento fiscal o resolución que impone prisión preventiva, ya que 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. 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.

Adentrándonos un poco más a lo desarrollado por la jurisprudencia, veamos cómo la subregla de la idoneidad ha sido desarrollada en este ámbito. Por ejemplo, en la Apelación 06-2018-1/Lima, de 7 de noviembre de 2018, en el fundamento jurídico 45.1, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema estableció respecto al juicio de idoneidad lo siguiente:

La medida de prisión preventiva resulta 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.

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 sustentarse en 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.

No cabe duda de que 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.

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 del imputado (sus condiciones personales), pero no identifica el fin constitucionalmente legítimo que se busca obtener o resguardar con la medida de prisión preventiva impuesta y si es que esta tiene eficacia para conseguir la finalidad pretendida. Lo que se debe examinar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad legítima, pues, toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

3.2.2. Juicio de necesidad o indispensabilidad

Como hemos ido desarrollando, el término necesidad implica que la medida es absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado. 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". Entonces, este examen de necesidad parte por

tener presente 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. Dicha medida 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.

Por su lado, el pronunciamiento vinculante del TC¹⁹ refiere que este juicio exige verificar que no exista ningún otro medio alternativo que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza: **i)** La idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, **ii)** El menor grado de intervención en el derecho fundamental.

Sobre lo mencionado, Mendoza Ayma (2020) también sostiene que, para dictar la prisión preventiva, es imprescindible acreditar la necesidad de esta medida. En ese sentido, menciona lo siguiente:

Para que la injerencia en la libertad del imputado -con la prisión preventiva- sea necesaria, no debe existir otro medio alternativo más benigno con igual idoneidad para alcanzar el objetivo cautelar. Para tal fin, se realiza una comparación de la prisión preventiva con otros medios coercitivos previstos en el Código Procesal Penal, y si hay un medio coercitivo alternativo, con menor grado de injerencia en la libertad del imputado, y este también es idóneo para el fin de evitar el riesgo de fuga u obstrucción de la justicia, entonces, no es necesaria la prisión preventiva. (p. 93)

Es por ello que la Corte IDH²⁰ señaló contundentemente que, “aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales”.

Asimismo, dicha Corte también destaca de manera contundente que la privación de libertad debe considerarse como la última opción a aplicar. En ese sentido, si las autoridades tienen disponible una alternativa menos invasiva que la prisión preventiva, deberían optar por esa opción en lugar de la prisión preventiva. Su postura queda claramente expresada en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México²¹, párr. 110, donde contundentemente sostiene que:

Al ser la privación de la libertad una medida que implica una restricción a la esfera de acción individual, corresponde exigir a la autoridad judicial que imponga dicha medida, únicamente cuando considere que los demás mecanismos previstos en la ley, que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal.

Por lo tanto, el criterio de necesidad se supera únicamente cuando existen medidas alternativas a la prisión preventiva que sean igualmente idóneas para asegurar el objetivo del proceso, pero al mismo tiempo menos gravosas.

Los medios alternativos, en este caso, son las otras medidas cautelares de carácter personal reguladas en el ordenamiento procesal penal, como la

¹⁹ Exp. n.º 3248-2019-HC/TC, fundamento jurídico 123, de fecha 25 de octubre de 2022.

²⁰ Véase Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.

²¹ Véase Corte IDH. Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México. Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2022, párr. 110.

comparecencia con restricciones (art. 286 al 292-A), el impedimento de salida del país (art. 295 al 296), 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 alternativa en caso éstas no sean suficientes para asegurar los fines cautelares. Estos, desde luego, si bien afectan a la libertad del imputado no hacen en el mismo grado que la prisión preventiva, son menos afflictivas y sirven para neutralizar los posibles riesgos procesales sin afectar, en la magnitud que lo hace la privación de la libertad del imputado.

Una muestra práctica de cómo la Corte Suprema viene fundamentando lo explicado sería el caso emblemático desarrollado en el Exp. n.º 00039-2022-1-5001-JS-PE-01, de 15 de diciembre de 2022, en el fundamento jurídico 32.1, donde indica lo siguiente:

No existen otros medios alternativos, al de la prisión preventiva, que sean menos gravosos que éste o que no lo sean, y que a su vez aseguren que la parte investigada cumpla con los fines del proceso penal. Toda vez que la comparecencia simple o con restricciones no son medios idóneos para cumplir dicho fin en el presente caso. No puede ser utilizado otro medio menos gravoso, puesto que, la comparecencia restrictiva según el art. 287º del Código Procesal Penal, se impondrá siempre que el peligro de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse, y en el presente caso, el investigado [...] ha demostrado su conducta obstruccionista y de fuga, que de ninguna manera se garantizaría, con dicha medida, su sujeción al proceso.

Asimismo, en la Apelación n.º 29-2023/Cusco, en el fundamento jurídico 28, se indica, en un caso concreto, la necesidad de la prisión preventiva del siguiente modo:

Si pudiera existir una medida que fuese de igual idoneidad, apreciamos que no existe por cuanto no posee arraigos, y sobre todo la labilidad del domicilio declarado hace altamente probable no ubicarla, mayor razón si ha sido destituida y no ha podido acreditar otros trabajos de su especialidad, una medida de menor intensidad no sería suficiente al fin que se persigue alcanzar, la prisión preventiva es **necesaria**.

Tal y como lo menciona Pujadas Tortosa (2008), podemos advertir que

esta regla de necesidad 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 (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 la Apelación n.º 06-2018-1/Lima, en el fundamento jurídico 45.2, se estableció respecto al juicio de necesidad lo siguiente:

De conformidad a la Constitución 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.

Causa preocupación el hecho de que no exista desarrollo de por qué las otras medidas alternativas (más allá de no indicar cuáles son éstas) no resultan idóneas ni porque no resultan suficientes para cautelar el proceso. Es probable que no lo sean, pero se requiere de una motivación al respecto y aquí no la hay.

En cuanto a la necesidad, su cumplimiento no puede tan solo referirse a que lo es para asegurar al imputado al proceso (entiéndase a los fines del proceso), se debe motivar por qué las otras medidas (menos lesivas) no resultan suficientes o necesarias para el caso en concreto. La Corte IDH en el Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador²², párr. 152, ha indicado:

La Corte advierte el argumento estatal de que la fuga de dos de las presuntas víctimas evidenció en el caso la necesidad de la prisión preventiva. No obstante, aun cuando podría eventualmente ser posible evaluar que había motivos fundados para determinar la necesidad de la medida, lo cierto es que la prisión preventiva se dictó y desarrolló, en los términos indicados, sin acreditar esa necesidad, y su aplicación estuvo enmarcada en legislación contraria a la Convención Americana. Por ende, el argumento estatal no resulta suficiente para considerar acorde a la Convención a la privación preventiva de la libertad de las presuntas víctimas.

Podemos colegir que se deberá evaluar la eficacia del resto del catálogo de medidas de coerción existentes en el Código Procesal Penal para determinar la suficiencia de las mismas de cara a preferir éstas en lugar de la prisión preventiva.

Cumplida las exigencias de idoneidad y necesidad, corresponde realizar el análisis del juicio de proporcionalidad en sentido estricto en la prisión preventiva.

3.2.3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

Sobre la ponderación en la prisión preventiva, tal como lo menciona Mendoza Ayma (2020):

implica la habilitación de la prisión preventiva sólo cuando el grado de realización del fin cautelar sea por lo menos, superior o equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este subprincipio evalúa la magnitud del impacto que se causará al imputado con la prisión preventiva. (p. 94)

En esa misma línea, la Corte IDH, en el Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile, de 29 de mayo de 2014, párr. 312, sostiene que la proporcionalidad implica 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”.

Por su lado, en el Exp. n.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, en el fundamento jurídico 9, se señala que la proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio" (Informe n.º. 12/96, Argentina, Caso n.º. 11.245, párr. 86). De igual forma, en el Exp. n.º

²² Véase Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016, párr. 152.

03248-2019-PHC/TC, de 25 de octubre de 2022, en el fundamento jurídico 125, se afirma lo siguiente:

La medida de prisión preventiva deberá satisfacer el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. Esto implica que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental limitado. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental (cfr. sentencia emitida en el Exp. 00034- 2004-PI/TC, fundamento jurídico 63).

Ahora bien, el TC²³ con criterio vinculante expresa que una injerencia en los derechos fundamentales será legítima, cuando el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental limitado. Se trata, por tanto, de la comparación de: i) La realización del fin de la medida examinada y ii) La afectación del derecho fundamental.

Igualmente, 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, 2009, p. 21).

Así, por ejemplo, en el Exp. n.º 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.

²³ Exp. n.º 03248-2019-HC/TC, fundamento jurídico 125, de fecha 25 de octubre de 2022.

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, en el fundamento jurídico 313, 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”.

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 la Apelación n.º 06-2018-1/Lima, en el fundamento jurídico 45.3, se 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.

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 la Apelación n.º 133-2023/Corte Suprema, en el fundamento jurídico 7, se 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 (subprincipios 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. 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 el 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.

En el juicio de ponderación demanda que no solo se remita a la gravedad del hecho punible, como se viene haciendo, sino 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. Lo que

4. Conclusiones

se persigue es una ponderación aplicada a resolver si la restricción resulta en concreto proporcional, es decir, si genera mayor utilidad privar la libertad que mantenerla en salvaguarda, esta tiene que ser extremadamente imprescindible para lograr el objetivo propuesto, pues de lo contrario, si no resulta así estaríamos frente a un acto exagerado o desmedido.

Con frecuencia se presentan casos concretos en que concurren todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva y, además, se superaron los juicios de idoneidad y necesidad; sin embargo, de aplicarse la prisión preventiva se puede afectar la propia vida del imputado, su integridad, e incluso otros derechos fundamentales vinculados a la libertad del imputado. Es por ello, que se estableció que la finalidad de aquellas medidas, sean legítimas, idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales²⁴.

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 y de la resolución que impone la prisión preventiva. Todos los pronunciamientos judiciales que imponen una medida de prisión preventiva invocan el test de proporcionalidad.

No obstante, 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).

La incorrecta aplicación de las subreglas se acentúa cuando al realizar el juicio de idoneidad, tan solo se 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 por qué, 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 relevancia de cumplir con el principio opuesto justifica la afectación o la falta de cumplimiento del otro.

Es necesario que por la naturaleza procesal restrictiva que conlleva la prisión preventiva, las resoluciones judiciales deben cumplir con fundamentar adecuadamente, con una motivación reforzada, si bien se trata de una medida constitucionalmente aceptable, ello no significa que se pueda sustentar sin la menor de las exigencias, su legitimidad depende del cumplimiento de los parámetros constitucionales y convencionales para su adopción.

Es por ello que, para equilibrar la afectación al derecho a la libertad, su validez solo se ampara en que la decisión sea lo suficientemente

²⁴ Véase Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Corte IDH, fundamento jurídico 98, de fecha 6 de mayo de 2008. Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, Corte IDH, fundamento jurídico 204, de fecha 14 de octubre de 2019.

constitucional, de modo tal, que no devenga en arbitraria, la exigencia de motivación reforzada o cualificada precisamente impone ese baremo para evitar que se convierta en una medida irracional.

Lima, junio 2024

Lista de referencias

Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ra edición). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Grández, P. (2009). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. *Observatório Da Jurisdição Constitucional*, 3 (2009).

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

Londoño, C. (2009). *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica.

Mendoza, F. (2020). Prisión preventiva: principio de proporcionalidad. En *Prisión preventiva y detención preliminar. Un estado de la cuestión* (pp. 75 - 105). Palestra Editores.

Prieto, L. (2008). La limitación de los derechos fundamentales. El juicio de ponderación constitucional. En *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación constitucional*. Imprenta W&M gráficas.

Pujadas, V. (2008). *Teoría general de las medidas cautelares penales*. Marcial Pons.

Rubio, M. (2005) *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP.