



Universidad Nacional  
**Federico Villarreal**

Vicerrectorado de  
**INVESTIGACION**

**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**“LA PROPORCIONALIDAD EN LA  
PRISIÓN PREVENTIVA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:  
DOCTOR EN DERECHO**

**AUTOR:**

**CASTILLO DAVILA WILLIAM PACO ANTENOR**

**ASESOR:**

**DR: GUARDIA HUAMANI EFRAIN JAIME**

**JURADO:**

**DR. ARAMAYO CORDERO URIEL ALFONSO**

**DR. VIGIL FARIAS JOSE**

**DR. AGUILAR DEL AGUILA WILSON OSWALDO**

**LIMA- PERU**

**2018**

*Cuatro características corresponden al juez: Escuchar  
cortésmente, responder sabiamente, ponderar  
prudentemente y decidir imparcialmente.*

*(Sócrates)*

**DEDICATORIA:**

Este trabajo de investigación se debe no solo a mí esfuerzo y aplicación sino también a la paciencia y comprensión que Mi esposa y mis hijos tuvieron para comprender que este fue el motivo para mi falta de atención y tiempo para ellos por eso se los dedico.

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

**AGRADECIMIENTO:**

La vida me ha enseñado que la gratitud es uno de los valores  
Que más engrandece a la persona al permitirle  
Comprender la importancia que tiene en  
Nuestro desarrollo las acciones que  
Otras personas realizan  
en nuestro favor.

Por ello agradezco a los Doctores:

**URIEL ALFONSO ARAMAYO CORDERO**

**WILSON OSWALDO AGUILAR DEL AGUILA**

**JOSE VIGIL FARIAS**

Por ser los jurados de mi tesis.

**Al DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Mi asesor.

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

**“REBAJA DE PENA POR REPARACION DEL DAÑO EN LOS DELITOS CONTRA  
EL PATRIMONIO EN EL PERU”**

**ÍNDICE**

|                |      |
|----------------|------|
| Dedicatoria    | II   |
| Agradecimiento | III  |
| Resumen        | IV   |
| ABSTRACT:      | VI   |
| Sommario       | VIII |
| Introducción   | X    |

**CAPITULO I:**  
**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 1.1 Antecedentes de la investigación | 01 |
| 1.2 Problema                         | 03 |
| 1.2.1. Problematización              | 03 |
| 1.3. Estructuración del problema     | 05 |
| 1.3.1. Problema principal            | 05 |
| 1.3.2. Problemas específicos         | 06 |
| 1.4. Objetivos de la investigación   | 06 |
| 1.4.1. Objetivo principal            | 06 |
| 1.4.2. Objetivos específicos         | 06 |

|        |                                   |    |
|--------|-----------------------------------|----|
| 1.5.   | Justificación de la investigación | 06 |
| 1.5.1. | Justificación metodológica        | 06 |
| 1.5.2. | Justificación teórica             | 07 |
| 1.5.3. | Justificación practica            | 07 |
| 1.6.   | Importancia de la investigación   | 07 |
| 1.7.   | Alcances y limitaciones           | 07 |
| 1.7.1. | Delimitación espacial y temporal  | 07 |
| 1.7.2. | Delimitación Social               | 07 |
| 1.7.3. | Limitaciones de la investigación  | 08 |
| 1.7.4. | Delimitación conceptual           | 08 |
| 1.8.   | Definición de variables           | 08 |
| 1.8.1. | Variable independiente            | 08 |
| 1.8.2. | Variable dependiente              | 08 |

## **CAPITULO II:**

### **MARCO TEORICO**

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>2.1.</b> | <b>MEDIDAS CAUTELARES O DE COERCIÓN PROCESAL</b> | <b>09</b> |
| 2.1.1.      | Concepto   | 09        |
| 2.1.2.      | Características                                  | 11        |
| 2.1.3.      | Presupuestos Materiales                          | 15        |
| 2.1.4.      | Clasificación                                    | 17        |
| <b>2.2.</b> | <b>PRISIÓN PREVENTIVA</b>                        | <b>18</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.2.1. Concepto y finalidad                              | 18        |
| 2.2.2. Presupuestos materiales                           | 20        |
| 2.2.2.1. <i>Fumus delicti comissi</i>                    | 21        |
| 2.2.2.2. Pena probable                                   | 23        |
| 2.2.2.3. El peligro en la demora                         | 25        |
| 2.2.2.3.1. Peligro de Fuga                               | 25        |
| 2.2.2.3.2. Peligro de Obstaculización                    | 36        |
| 2.2.2.3.2. Otros presupuestos                            | 37        |
| <b>2.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD</b>                | <b>38</b> |
| 2.3.1. Principio de adecuación (Geeignetheit)            | 39        |
| 2.3.2. El principio de necesidad                         | 41        |
| 2.3.3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto | 43        |
| 2.3.4. Proporcionalidad en el Perú                       | 45        |
| <b>2.4. MARCO FILOSOFICO</b>                             | <b>46</b> |
| 2.4.1. Neoconstitucionalismo                             | 46        |
| 2.4.1.1. Concepto  | 46        |
| 2.4.1.2. Expresiones de la teoría Neoconstitucional      | 47        |
| <b>2.5. CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN</b>  | <b>50</b> |
| <b>2.6. HIPOTESIS</b>                                    | <b>51</b> |
| 2.6.1. Hipótesis Principal                               | 51        |
| 2.6.2. Hipótesis Específicas                             | 51        |

### **CAPITULO III:**

#### **METODO**

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 3.1.  | Tipo de investigación                                   | 52 |
| 3.2.  | Nivel de investigación                                  | 52 |
| 3.3.  | Métodos de investigación                                | 52 |
| 3.4.  | Diseño de investigación                                 | 53 |
| 3.5.  | Estrategia de prueba de hipótesis                       | 53 |
| 3.6.  | Operacionalización de las variables de la investigación | 54 |
| 3.7.  | Población de la investigación                           | 54 |
| 3.8.  | Muestra de la investigación                             | 54 |
| 3.9.  | Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos        | 56 |
| 3.10. | Técnicas de procesamiento de información                | 56 |
| 3.11. | Técnicas de análisis de información                     | 57 |

### **CAPITULO IV:**

#### **RESULTADOS**

|      |                                      |    |
|------|--------------------------------------|----|
| 4.1. | Análisis y resultados de la encuesta | 58 |
| 4.2. | Contrastación de la hipótesis        | 74 |

### **CAPITULO V:**

|        |                                       |    |
|--------|---------------------------------------|----|
| 5.1.   | Discusión de los resultados obtenidos | 81 |
| 5.1.1. | Discusión resultados de la encuesta   | 81 |

|   |    |
|---|----|
| 5.1.2. Discusión de los resultados de la contrastación estadística  | 83 |
| 5.2. Conclusiones   | 84 |
| 5.3. Recomendaciones  | 85 |
| 5.4. Referencias  | 86 |
| VII. ANEXOS   | 92 |
| Anexo No. 1: Matriz de consistencia                                 | 92 |
| Anexo No. 2: Instrumento: Encuesta                                  | 93 |
| Anexo No. 3: Validación del instrumento por experto.                | 96 |
| Anexo No. 4: Confiabilidad del instrumento establecida por experto. | 97 |

## RESUMEN:

La Constitución como norma fundamental de cada Estado, reconoce en favor de sus habitantes una serie de derechos que le garantizan su vida en la sociedad pues, a la par de empoderarlo como miembro de la raza humana, le dotan de acciones para demandar su respeto al Estado y a sus demás congéneres, esta labor ha sido complementada además por la labor de organizaciones internacionales las cuales a través de los instrumentos internacionales: tratados, convenciones, acuerdos, realizan una labor permanente en defensa y reconocimiento de derechos en favor de todos los habitantes del mundo entre los que podemos citar como ejemplo la Organización de las Naciones Unidas. Pero, este reconocimiento no ha sido pacífico, a través de la historia se puede verificar que el hombre se ha visto abocado a realizar protestas, que en ocasiones adquieren dimensiones violentas tal como ocurrió con los “Mártires de Chicago” en 1886.

En el ámbito jurídico se ha considerado que el ejercicio de los derechos reconocidos a los hombres, denominados por la doctrina contemporánea como fundamentales, no es absoluto, en ocasiones, por causas expresamente señaladas por la ley y debidamente fundamentadas pueden ser restringidos para posibilitar el ejercicio de otro derecho. Tal es el caso de la prisión preventiva, medida cautelar establecida por el Derecho Procesal Penal para restringir el derecho a la libertad de tránsito de una persona que está siendo sometida a un Proceso Penal, con el objeto de asegurar su presencia en él y cumplimiento la pena privativa de la libertad que eventualmente se le pueda imponer, esta medida se impone a requerimiento del Fiscal quien debe obligatoriamente demostrar que para el caso concreto se presentan o configuran todos los presupuestos materiales exigidos por el Código Procesal Penal, artículo 268 y siguientes y por la Casación 626 Moquegua pues de no ser así, se debe declarar, infundado su requerimiento, evento en el cual el Juez puede imponer al imputado la medida de coerción personal de comparecencia (simple o con restricciones). Uno de los presupuestos que estableció la Casación mencionada está referido a la motivación de la proporcionalidad de la prisión preventiva, el Fiscal debe en su requerimiento y el Juez en su sentencia, demostrar acorde con los medios de prueba actuados, los motivos por los cuales la restricción de la libertad del imputado contribuye a la ejecución de otro derecho o derechos. A pesar de la existencia de esta obligación, el Fiscal en la audiencia de prisión preventiva no sustenta el presupuesto de proporcionalidad, debiéndose en consecuencia no imponerla pero, por el

contrario esto no ocurre, a pesar de esta circunstancia, el Juez declara motiva la proporcionalidad y dicta la prisión preventiva, actuación que como se ha mencionado, no resulta ajustada a la ley y que, a nuestro juicio, constituye un problema que debe solucionarse al tener la potencialidad de afectar al imputado y desconocer principios del sistema acusatorio por el que se rige la audiencia. Para tal efecto, realizamos el estudio titulado “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, en el que aplicando el método científico: señalando los problemas, estableciendo los objetivos, con base en la información presentada en el marco teórico formular la hipótesis de la investigación, la que debe ser contrastada para verificar los resultados obtenidos al aplicar la encuesta.

**Palabras claves:** Prisión preventiva, presupuestos materiales y proporcionalidad.

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

## ABSTRACT

The Constitution as the fundamental norm of each State, recognizes in favor of its inhabitants a series of rights that guarantee their life in the society because, at the same time as empowering it as a member of the human race, they endow it with actions to demand their respect to the State and its other congeners, this work has also been complemented by the work of international organizations which through international instruments: treaties, conventions, agreements, perform a permanent task in defense and recognition of rights in favor of all the inhabitants of the world among which we can cite as an example the United Nations Organization. But this recognition has not been peaceful, through history it can be verified that the man has been doomed to make protests, which sometimes take on violent dimensions such as occurred with the "Martyrs of Chicago" in 1886.

In the legal field it has been considered that the exercise of the rights recognized to men, called by the contemporary doctrine as fundamental, is not absolute, sometimes, for causes expressly indicated by law and duly substantiated can be restricted to enable the exercise of another right. Such is the case of preventive detention, a precautionary measure established by the Criminal Procedure Law to restrict the right to freedom of movement of a person who is being subjected to a criminal process, in order to ensure their presence in it and compliance with the deprivation of liberty that may eventually be imposed, this measure is imposed at the request of the Prosecutor who must demonstrate that for the specific case are presented or set all material budgets required by the Code of Criminal Procedure, Article 268 et seq. and by the 626 Moquegua Appeal because otherwise, it must declare, unfounded, its requirement, an event in which the Judge can impose on the accused the personal coercion measure of appearance (simple or with restrictions). One of the assumptions established by the aforementioned Cassation is related to the motivation of the proportionality of the preventive detention, the Prosecutor must in his request and the Judge in his sentence, demonstrate in accordance with the means of evidence acted, the reasons why the restriction of the freedom of the accused contributes to the execution of another right or rights. Despite the existence of this obligation, the Prosecutor in the pretrial detention hearing does not support the proportionality budget, therefore not imposing it, but, on the contrary, this does not occur, despite this circumstance, the Judge declares that proportionality is motivated and it dictates the preventive prison, action that as mentioned, is not adjusted to the law and that, in our

opinion, constitutes a problem that must be solved by having the potential to affect the accused and ignore the principles of the accusatory system by which governs the audience. For this purpose, we conducted the study entitled "THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A REQUIREMENT OF PREVENTIVE PRISON", in which applying the scientific method: pointing out the problems, establishing the objectives, based on the information presented in the theoretical framework formulating the hypothesis of the investigation, which must be contrasted to verify the results obtained when applying the survey.

**Keywords:** Preventive prison, material budgets and proportionality

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

## SOMMARIO:

La Costituzione come la legge fondamentale di ogni Stato, riconosciuto per i suoi abitanti una serie di diritti che garantiscono la vita nella società, perché, alla pari responsabilizzare come membro della razza umana, di fornire con le azioni per esigere il loro rispetto Stato e altri suoi congeneri, questo lavoro è stato anche completato dal lavoro di organizzazioni internazionali che attraverso strumenti internazionali: trattati, convenzioni, accordi, svolgono un compito permanente in difesa e riconoscimento dei diritti a favore di tutti gli abitanti del mondo in cui possiamo citare come esempio l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Ma questo riconoscimento non è stato pacifico, attraverso la storia si può verificare che l'uomo è stato condannato a fare proteste, che a volte assumono dimensioni violente come accaduto con i "Martiri di Chicago" nel 1886.

In campo giuridico è stato considerato che l'esercizio dei diritti riconosciuti agli uomini, chiamati dalla dottrina contemporanea come fondamentali, non è assoluto, a volte, per cause espressamente indicate dalla legge e debitamente motivate può essere limitato per consentire l'esercizio di un altro diritto. Tale è il caso di detenzione preventiva, ingiunzione stabilita dal codice di procedura penale di limitare il diritto alla libertà di transito di una persona essere sottoposto a procedimento penale, al fine di assicurare la loro presenza in essa e Compliance private della libertà che alla fine sarà imposto, questa misura è imposta su richiesta del procuratore che deve dimostrare necessariamente che per il caso sono presentati o configurati tutti i materiali budget richiesti dal seguente codice di procedura penale, l'articolo 268 e e l'Appello di Moquegua 626, perché altrimenti, deve dichiarare, infondato, il suo requisito, un evento in cui il Giudice può imporre all'accusato la misura della coercizione personale di apparenza (semplice o con restrizioni). Uno dei bilanci Cassazione stabilito citato è legato alla motivazione della proporzionalità di detenzione preventiva, il Procuratore deve nella richiesta e la corte nella sua sentenza, per dimostrare commisurato con i media agito di prova, le ragioni per cui i la limitazione della libertà dell'imputato contribuisce all'esecuzione di un altro diritto o diritto. Nonostante l'esistenza di tale obbligo, il pubblico ministero nel corso dell'udienza in attesa di giudizio non supporta il bilancio di proporzionalità, non essendo pertanto essere imposto, ma, al contrario, questo non accade, nonostante questa circostanza, il giudice dichiara motiva proporzionalità e detta detenzione di prevenzione, che come detto, non è adeguata alla legge e che, a nostro avviso, è un problema da risolvere da avere il

potenziale per influenzare i principi accusati e ignorare del sistema contraddittorio con cui governa il pubblico. A tal fine, abbiamo condotto lo studio dal titolo "Il principio di proporzionalità come un requisito di Pretrial Detention", in cui l'applicazione del metodo scientifico: sottolineando i problemi, definizione degli obiettivi, sulla base delle informazioni presentate nel quadro teorico ipotizzare dell'indagine, che deve essere contrastata per verificare i risultati ottenuti durante l'applicazione dell'indagine.

**Parole chiave:** prigione preventiva, bilanci materiali e proporzionalità.

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

## **INTRODUCCION:**

Dentro de mi desempeño profesional reciente, tuve la oportunidad de observar la manera como el Juez dicta la medida de prisión preventiva en contra de un imputado, en la mayoría de los casos, sin que el Fiscal haya sustentado el presupuesto de proporcionalidad tal como lo exige la legislación, comportamiento que justifica la elaboración de este trabajo de investigación pues, la prisión preventiva tiene por objeto privar al imputado del derecho fundamental a su libertad de tránsito, segundo en importancia después de la vida y dignidad; lo que demanda una especial motivación de los presupuestos o motivos que justifiquen tan grande sacrificio omisión que no puede ser subsanada por el capricho del Juez.

Este resulta ser el fundamento sobre el cual se ha realizado la tesis titulada “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, estudio que se presentó en cinco secciones cuyo contenido está delimitado por el método científico así:

En la sección I se planteó el problema de la investigación, así como, los objetivos que se esperan alcanzar con su realización, se justificó su elaboración, se señalaron los alcances que puede tener, las limitaciones que se presentaron durante el proceso y se conceptualizaron las variables dentro de las que se ubicó la problemática.

En la sección II, presenté el marco teórico de la investigación, es decir, la información en que se sustentó el estudio y que permitió la elaboración del marco conceptual y la formulación de la hipótesis.

En la sección III, se analiza el método aplicado en el estudio por ello se señala el tipo, y diseño de investigación, la estrategia utilizada para probar la hipótesis de la investigación, se señalaron las variables dentro de las que se realizó el estudio, se determinó la población y muestra a al que se aplicara la encuesta, se especificaron las técnicas e instrumentos de recolección de datos su procesamiento y las técnicas para su análisis.

En la sección IV, se presentaron los resultados obtenidos para la investigación, se analizan y con fundamento en ellos se procede a contrastar la hipótesis a través del sistema SPS.

En la sección V, se discuten los resultados dentro del marco teórico y los antecedentes de la

investigación, se exponen las conclusiones a que se arribó y se plantean las recomendaciones y se reseña la bibliografía utilizada.

Al final aparecen los anexos de la investigación: la matriz de consistencia, el cuestionario de la encuesta realizada, la confiabilidad y valoración del cuestionario utilizado como instrumento en la investigación.

**WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA**

## **CAPITULO I:**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION**

Esta investigación se desarrollara en torno a la problemática que se presenta en la prisión preventiva porque el Juez Penal, en el distrito de Lima donde no está vigente el Código Procesal Penal, considera proporcional la prisión preventiva como medida de coerción personal, sin que el Ministerio Público hubiera fundamentado este aspecto, actuación que implica desconocimiento de derechos fundamentales del imputado y principios del proceso penal. Sobre esta temática se ha procedido a revisar la literatura logrando establecer son pocas, las investigaciones que se han realizado, la mayoría a nivel de pregrado siendo muy incipientes y a nivel de Maestría y Doctorado se logró ubicar la investigación titulada “La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de Cañete 2016” elaborada por Almeyda Chumpitaz trabajo que contribuye con esta investigación al concluir: “.Que, no se aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad por los operadores jurídicos, en las audiencias de prisión preventiva en el distrito judicial de Cañete año 2,016. Por un lado el fiscal confunde la proporcionalidad de medida con la proporcionalidad de la pena. Los abogados de la defensa técnica ni conocen los subprincipios de la proporcionalidad, ni lo desarrollan o aplican al caso concreto adecuadamente, ni conoce de técnicas de litigación oral para desarrollar la proporcionalidad de la medida.” (Almeyda, 2017).

También se pudo establecer que el problema ha sido abordado en ensayos y artículos de los cuales aportan a nuestra investigación:

El ensayo elaborado por Valle De La Cruz titulado “Importancia del principio de proporcionalidad en la Prisión Preventiva” dentro del cual el autor aborda el tema desde dos puntos de vista: en primer lugar, analiza la constitucionalidad de la prisión preventiva en relación con los derechos fundamentales reconocidos en favor del imputado por la Carta Magna y en segundo lugar, la manera como debe aplicarse el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, con fundamento en lo cual en su Cuarta Conclusión presenta un aporte para nuestra investigación al señalar: “En el sistema procesal peruano la prisión

preventiva no es de última ratio, sino la “*prima ratio*”, todos los juristas que explican sobre la prisión preventiva señalan este problema pero nadie ha tratado de dar una solución, problema que a su vez es el principal factor para la existencia de la sobrepoblación carcelaria, que es otro problema de nuestro medio. Por lo que considero que el test de proporcionalidad es un medio a través del cual se llegaría a controlar el excesivo uso de la prisión preventiva y a su vez sería un medio por el cual las personas sometidas a un proceso penal no sean encarceladas lo que ayudaría a superar esa sobrepoblación carcelaria.” (Valle s.f.).

El artículo de Morales denominado “Proporcionalidad de la prisión preventiva. Postura de la Cámara de Apelaciones de Mendoza respecto al requisito de la proporcionalidad de la prisión preventiva” en el que la autora presenta un comentario como un caso de imposición de prisión preventiva que fue revocado por la Cámara de apelaciones al considerar que no era proporcional, con fundamento en que “La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. (...)La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena” (Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Consid. 68 y 69). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó que: “(109)...La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza.” (Informe N° 35/07, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso - Rep. Oriental del Uruguay, 01/05/07).” (Morales s.f.)

Dentro de los trabajos de investigación en las que se ha abordado el objeto de esta investigación podemos señalar como antecedente la realizada por Alegría Patow, Conco Méndez & Otros rotulada como “El principio de proporcionalidad en materia penal” en la

que los autores abordan la manera como el principio de proporcionalidad opera en varias instituciones del derecho penal entre ellas la prisión preventiva. Su contribución con la investigación esta presentada en la conclusión número “5. Al sostener “Proporcionalidad en prisión preventiva: El principio de proporcionalidad en la regulación de la prisión preventiva, es la pieza clave a efecto de que sea la medida que equilibre la necesidad de mantener y respetar el orden social, con el derecho y el respecto a la libertad y el ámbito personal del imputado. La medida que respete este principio debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; esto es, que supone llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican. En la prisión preventiva, si se respetan las exigencias de idoneidad e intervención mínima, habrá de afirmarse la debida correspondencia de la medida acordada con los elementos que la fundamentan (el “riesgo de frustración” y la “peligrosidad procesal” del imputado): la conformidad del todo con las partes que lo componen que es, al fin y al cabo, el sentido adjetivo “proporcional”. Siendo que, para el dictado de dicha medida se ha de verificar si su objeto posibilita que se cumplan con los fines constitucionalmente perseguidos por el proceso penal, si es el medio más idóneo para asegurar su cumplimiento y si es la última ratio del sistema en aquellos casos en donde es ostensible que la libertad del acusado implica un peligro procesal.” (Alegría, 2011 et al)

## **1.2. PROBLEMA**

En esencia el problema a desarrollar en esta investigación, lo constituye el hecho de que el Juez Penal valora la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva, sin que el Fiscal la haya motivado como presupuesto concurrente de ésta.

### **1.2.1. Problematización:**

La prisión preventiva en nuestra legislación, corresponde a una medida de coerción procesal personal que se le puede imponer al imputado en el proceso penal por requerimiento del Ministerio Público, representado por el Fiscal; con el objeto de garantizar que el imputado este presente durante el desarrollo de la causa y la ejecución de la sanción que le pueda corresponder en caso de condena.

La prisión preventiva resulta ser un acto procesal fundamental en el proceso penal, como tal ha sido regulado por la norma procesal en los artículos 268 y siguientes del Código Procesal Penal habida cuenta que, si bien esta norma no se encuentra vigente en Lima, por virtud de la primera disposición Complementaria Final de la Ley 30076 los artículos referidos a la Prisión Provisional del Código Procesal Penal adelantaron su vigencia en todos los distritos judiciales de manera que, a partir del 19 de agosto del 2013 fecha de la publicación de la Ley en el diario oficial El Peruano, en todo el Perú la prisión preventiva se dicta a requerimiento del Ministerio Público en audiencia pública previo debate de los sujetos procesales, sin consideración a que el proceso se ritualice bajo los parámetros del Código de Procedimientos Penales o el Código Procesal Penal y en cumplimiento de los presupuestos de exigidos por los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal.

Dentro de este contexto, hasta el 27 de febrero del año 2016, para que el Juez de la investigación preparatoria o Penal de Turno (para el caso de Lima) considerara fundado el requerimiento de prisión preventiva el Fiscal debía haber fundamentado en el requerimiento escrito y sustentado en la audiencia pública, con fundamento en la información obtenida de los primeros recaudos realizados en el investigación, la existencia de “a) Fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe; b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratara de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)” (Código Procesal Penal, art. 268) situación que a partir de esta fecha, cambio debido a la publicación como precedente vinculante para la prisión preventiva, en el Diario Oficial El Peruano de la Casación 626-2013 Moquegua, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la que se establece como doctrina jurisprudencial vinculante, la exigencia al Ministerio Público de motivar cada uno de los requisitos en que sustenta su requerimiento pero, no sólo sobre los tres presupuestos materiales originales establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, sino que se hace extensiva esta obligación a la proporcionalidad y duración o el aspecto temporal de esta medida, de modo que a partir de la Casación 626-2013 Moquegua los presupuestos para la prisión preventiva son cinco.

Vista de manera formal, la regulación de la prisión preventiva resultaría ser un procedimiento eficaz para superar los rezagos que nos heredó el Código de Procedimientos penales dentro del cual quien decidía sobre la medida a imponer era el Juez, a solicitud del Fiscal, de manera privada, por escrito y siendo él además quien debía instruir el asunto, la actual regulación por su parte permite que la prisión preventiva sea decidida en audiencia pública, celebrada con presencia del imputado y su abogado defensor quienes tienen la posibilidad de controvertir los argumentos y elementos de convicción que sirven de motivación al requerimiento Fiscal, ante el Juez quien conforme al principio de independencia que le guía debe, de manera imparcial, verificar la concurrencia de todos los presupuestos materiales exigidos por el Código Procesal Penal para declarar fundado el requerimiento Fiscal. Pero, en la práctica no ocurre así, en el distrito de Lima Centro se ha observado que el Fiscal no motiva la proporcionalidad de la medida, lo que implicaría que faltaría un presupuesto para declarar fundado el requerimiento y por el contrario, resultaría procedente imponer comparecencia con restricciones o simple, en este caso los jueces no proceden de esta manera, al momento de decidir, son ellos los que entran a llenar el vacío de la actuación Fiscal argumentando y fundamentando la prisión preventiva en la proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se encuentran en conflicto, sin detenerse a realizar un análisis más profundo de este principio en el caso concreto, de esta manera se impone la prisión preventiva a imputados respecto de los cuales no concurren los presupuestos exigidos por la ley y que pueden afrontar el proceso en un estado de libertad con restricciones, debido a que el Juez asume la función del Fiscal en perjuicio de no solo del imputado sino también de la administración de justicia en la medida que las personas pierden la confianza en ella; y también para el Estado por cuanto, cada persona que ingresa a un penal le genera un costo. Una vez realizada esta investigación esperamos que la problemática referida disminuya y los jueces decidan la prisión preventiva dentro del marco de la imparcialidad de su investidura, limitándose únicamente a los aspectos especificados en el requerimiento Fiscal.

### **1.3. ESTRUCTURACION DEL PROBLEMA**

#### **1.3.1. PROBLEMA PRINCIPAL:**

¿Qué consecuencias genera la proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto?

### **1.3.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS:**

- 1) ¿Cuáles son las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado?
- 2) ¿Qué principios del proceso penal afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal?

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION**

### **1.4.1. OBJETIVO PRINCIPAL**

Establecer las consecuencias que genera la proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado.

### **1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

- 1) Señalar las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado.
- 2) Indicar cuales son principios del proceso penal afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal

## **1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION**

### **1.5.1. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA**

Desde la metodología se justificó la realización de esta tesis porque aplicando el método científico se proponen soluciones al problema planteado en la investigación consistente en que el Juez al dictar le medida de aseguramiento de prisión preventiva la considera proporcionada sin que el fiscal haya fundamentado este presupuesto.

## **1.5.2. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA**

Con este trabajo de investigación se demuestra la importancia que para la imposición de la medida de coerción personal de prisión preventiva posee aplicación del principio de proporcionalidad dado que su objeto es el limitar el derecho fundamental de la libertad de tránsito del imputado.

## **1.5.3. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA**

La justificación práctica de este investigación consiste en que tanto el Fiscal General de la Nación como el Presidente del Poder judicial podrán conocer la problemática que se está presentado en torno a la proporcionalidad de la prisión preventiva en cuanto los Fiscales no la sustenta y el Juez abrogando funciones que no le corresponden, subsana esta deficiencia al dictar la medida.

## **1.6. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION**

Resulta importante esta investigación por cuanto a partir de sus conclusiones permitirá que el Fiscal General de la Nación y el presidente del Poder Judicial implementen soluciones en torno a la falta de fundamentación de la proporcionalidad como presupuesto de la prisión preventiva por parte de los Fiscales y la menara como los Jueces subsanan esa falencia en la audiencia en que la dictan.

## **1.7. ALCANCES Y LIMITACIONES**

### **1.7.1. DELIMITACION ESPACIAL Y TEMPORAL**

La presente investigación se llevó a cabo en los Juzgados Penales de Turno de Lima-Centro, del veintisiete de febrero de 2016 veintisiete de diciembre de 2016.

### **1.7.2. DELIMITACION SOCIAL**

Fue necesario para la culminación de esta investigación relacionarnos con miembros del Ministerio Público: Fiscales adjuntos y provinciales; del Poder Judicial: Jueces penales de turno y del subsistema anticorrupción, Abogados de defensores de imputados en procesos penales, miembros de la defensoría pública así como imputados.

### **1.7.3. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

En el desarrollo esta investigación se tuvo como limitante la falta de conocimiento teórico de los Fiscales y Jueces sobre el principio de proporcionalidad, los sub principios que los componen y la manera como se deben exponer al fundamentar la proporcionalidad de la prisión preventiva.

### **1.7.4. DELIMITACION CONCEPTUAL**

- Prisión preventiva
- Presupuestos materiales
- Proporcionalidad

## **1.8. DEFINICIÓN DE VARIABLES**

### **1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE: PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA**

Presupuesto material de la medida de prisión preventiva que debe ser fundamentado por el Fiscal en el requerimiento y especialmente en la audiencia, indicando de qué manera la limitación del derecho fundamental a la libertad de tránsito del imputado contribuye a la realización del derecho contenido en el bien jurídico tutelado en el tipo penal imputado, mediante la aplicación de los principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### **1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE: PRISIÓN PREVENTIVA**

La prisión preventiva es una medida de coerción personal regulada por el artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal, que debe ser impuesta por el Juez previo a la sentencia, a requerimiento del fiscal una vez haya establecido la configuración de todos los presupuestos exigidos por la ley y, cuyo objeto es el de asegurar que el imputado esté presente en el desarrollo de la causa y que en el evento de ser condenado cumpla la pena.

## **CAPITULO II:**

### **MARCO TEORICO**

#### **2.1. MEDIDAS CAUTELARES O DE COERCIÓN PROCESAL**

##### **2.1.1. Concepto**

Las denominadas medidas cautelares en el derecho en general o, de coerción procesal por el Derecho Procesal Penal, corresponden a actuaciones previamente señaladas y reguladas en la ley y atribuidas exclusivamente al Juez, para asegurar los resultados del proceso, protegiendo los bienes sobre los cuales se dictan o restringiendo derechos fundamentales, en especial la libertad de las personas en el caso del Derecho Penal.

Respecto al concepto de medidas cautelares se ha adoptado una metodología conforme a la cual, en primer lugar se hizo referencia al concepto general de medida cautela en el ámbito del derecho en general y posteriormente, la aceptada en el derecho procesal penal.

Tal como lo ha establecido la doctrina, la noción de “medidas cautelares” fue elaborada originariamente por la escuela italiana en el siglo XX y adoptada posteriormente por el derecho penal, elaborando cada una su propia concepción de esta figura. Es así como del derecho privado ha conceptualizado las medidas cautelares “(...) como aquellas adoptadas judicialmente tras un juicio de procedencia y oportunidad, antes o en el curso de un proceso, que tienen por finalidad evitar que el estado de las cosas o de cualquier situación jurídica determinada se altere o se modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que deba recaer o subvenir en torno a la situación provisional *sub iudice*” (Almagro. y Tomé, 1994:553) manifestación que se enmarca en el derecho privado pues se refiere a los bienes o situaciones jurídicas que ellas pueden amparar sin embargo, analizando su contenido no resulta completo, dado que nuestro criterio no contempla el hecho de la medida cautelar se concede a petición de la parte interesada y la correlativa prohibición de declaración oficiosa. En este sentido vemos que la medida cautelar el Juez en ejercicio de sus funciones y a petición de parte, fundado en la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de demora, ordena actuaciones provisionales necesarias para asegurar el cumplimiento del fallo,

pudiendo incluso como lo faculta la legislación civil dictar la medida que a su juicio estime procedente para los fines pertinentes.

En el ámbito del Derecho Penal los doctrinantes se han ocupado por exponer su opinión respecto de las medidas cautelares o de coerción, como las denomina el Código Procesal Penal. En este sentido se ha señalado que éstas pueden ser consideradas como mecanismos previstos por el legislador para conseguir los objetivos del proceso, según su naturaleza.

Respecto a este pronunciamiento consideramos que si bien nos ubica dentro del ámbito de las medidas de coerción de asegurar los fines del proceso, entendiendo por tales: el cumplimiento de la pena y la reparación civil; no resulta acertada, pues hace entender que solo por el peligro procesal el Juez puede adoptar las medidas coercitivas sin considerar que existen otros presupuestos expresados en la ley procesal penal, de la misma manera tampoco contempla un aspecto fundamento como lo es el requerimiento fiscal pues sin éste el Juez no tiene competencia para decidir la medida cautelar, etc.

Una de las conceptualizaciones sobre las medidas de coerción que consideramos acertada es la que expone que “las medidas cautelares o de coerción procesal, como las llama el nuevo código procesal, son aquellas medidas judiciales que tiene por finalidad asegurar la presencia del imputado a la sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio. Las medidas cautelares o coercitivas cumplen función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal, que se aplica para casos taxativamente revistos en la ley y bajo determinados principios, principalmente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad” (Sánchez, 2009: 324) de acuerdo con lo señalado podemos concluir que las medidas de coerción son dictadas por el Juez para garantizar que el imputado concurra al proceso o que cumpla la sentencia bien sea en extremo de la pena privativa de la libertad o de la reparación pues ellas son de dos modalidades personales o reales pero, pero al igual que el anterior no menciona que deben ser requeridas por el Fiscal.

Acorde con lo indicado en nuestro criterio las medidas de coerción procesal, criterio adoptado por la doctrina alemana, son aquellos mecanismos jurídicos por medio del cual el Juez de la Investigación preparatoria a requerimiento del Ministerio Público, representado por el Fiscal; decide restringir de manera temporal derechos fundamentales del imputado tales como: la

libertad de locomoción, la propiedad, etc. con el objeto de garantizar que el imputado estará físicamente presente en el proceso y en caso de ser condenado a pena privativa de la libertad cumplirá con la sanción.

### **2.1.2. Características**

Acorde con la definición de las medidas cautelares podemos concluir que se trate de un mecanismo del derecho procesal, en nuestro caso concreto del procesal penal, que posee sus propias particularidades que permiten diferenciarlo de otros.

#### **Jurisdiccionalidad**

Partiendo de que el objeto de las medidas de coerción están dirigidas a asegurar la comparecencia del imputado y el cumplimiento de la sentencia, lo que implica restricción de derechos fundamentales, resulta obvio que sólo las puede dictar el Juez competente, para el caso del Perú por mandato expreso del artículo 29.2 del Código Procesal Penal al Juez de la Investigación Preparatoria, en los distritos donde aún no se ha implementado esta normativa como lo es Lima en observancia a la de la primera disposición Complementaria Final de la Ley 30076 es el Juez Penal de turno, en este mismo sentido ha considerado la doctrina que “La adopción de medidas provisionales implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de ahí que constituya una facultad claramente jurisdiccional y, por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo al Poder Judicial” (Vecina, 1994:50)

#### **Instrumentalidad**

La doctrina tradicional ha coincidido y sostenido al unísono la Instrumentalidad de las medidas cautelares o provisionales atendiendo a que “(...) no tiene una finalidad en sí misma, pues esta necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso declarativo por la función que tiene asignada, de asegurar su efectividad práctica (*fruttuosità pratica*)” (Calamandrei, 1936:21) como se puede apreciar este criterio es aplicable por el derecho privado y hace énfasis en que la medida cautelar no cumple una función independiente del proceso principal, consiste en el instrumento que permite el cumplimiento de la sentencia.

Ya en el campo del Derecho Penal el ilustre jurista GIMENO SENDRA aborda el tema de las medidas cautelares enmarcándolas en el ámbito de un proceso al señalar:“(...) son

instrumentales o han de estar supeditadas a un proceso penal en curso. Al ser instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal, lógicamente habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas.(...)” (Gimeno Sendra, 2007: 265) este doctrinante, reitera la instrumentalidad de las medidas cautelares al estar subordinadas a un proceso penal, del cual depende su existencia de manera que pierden su efecto al terminar el proceso principal o pueden coadyuvar al cumplimiento de lo sentenciado por el Juez. Este punto de vista resulta acertado, una medida cautelar sea real o personal no puede existir por sí misma, su existencia empieza cuando el Juez la dicta a requerimiento del Fiscal al considerarla necesaria para asegurar la concurrencia del imputado al proceso o el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se pudiera proferir.

### **Provisionalidad y temporalidad**

Tal como se ha señalado, debido a que las medidas de coerción implican la limitación de derechos fundamentales, la provisionalidad como una de sus características implica en ningún evento son permanentes, por el contrario dentro de la causa se imponen de manera transitoria y por un plazo determinado, siendo excepcional que se prolongue hasta que se finalice formalmente el proceso. Por la misma provisionalidad, además están sujetas a ser modificadas en el evento de que los fundamentos que sirvieron de fundamento para dictarla se modifiquen, es decir, no se pueden prolongar en el tiempo, perduran mientras la causa se adelante y pueden ser modificadas en concordancia a la modificación de los fundamentos que en su momento las justificaron. Acorde con lo manifestado podemos entender que la modificación o variación de la medida de coerción puede ser solicitada tanto por el Fiscal como por la Defensa del imputado, con el objeto de hacerla menos gravosa o por el contrario porque se requiere para los fines propios de la prisión preventiva como medida de coerción personal por excelencia.

En cuanto se dice de la temporalidad la doctrina la ha concebido como una característica proveniente y se podría decir, integrante de la provisionalidad que puede entenderse desde dos perspectivas: por una parte, para ser observada por el Juez al momento de dictarla pues no se puede imponer por un plazo indeterminado, sino por el que resulte conveniente de acuerdo a la naturaleza del asunto y con observancia del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Por otra parte la temporalidad en sentido general, significa que su permanencia en el proceso no es ilimitada, la ley previamente indica de manera expresa el tiempo máximo por el que se

puede dictar sin que por ello deba entenderse que, no se puedan imponer por un lapso de tiempo menor. Sin lugar a dudas estos aspectos resultan ser una garantía para el imputado pues la prisión preventiva que se le impone no puede ser indeterminada dado que no ostenta la calidad de pena.

### **Proporcionalidad**

La proporcionalidad le impone al Juez de la investigación Preparatoria al momento de dictar una medida de coerción, la obligación de elegir dentro de las establecidas por la ley, la que aparezca menos dañina a las garantías que la Constitución y los tratados e instrumentos internacionales han establecido en favor del imputado y a la par, posibilite alcanzar sus fines intrínsecos. Sobre característica PEDRAZ PENALVA ha precisado que “busca proteger los derechos fundamentales de la persona fijando los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados.” (Citado en San Martín 2014: 946)

Dado que la medida cautelar debe ser dictada por el Juez, de la investigación preparatoria o penal de turno en Lima, esta característica le exige que seleccione, dentro de las que la ley procesal penal ha señalado taxativamente, aquella que sea menos dañosa para los derechos del acusado. Este criterio debe ser necesariamente debatido en la audiencia toda vez que, se trata de limitar derechos fundamentales con fundamento los elementos probatorios expuestos por el Ministerio Público y la Defensa del imputado.

### **Idoneidad**

La idoneidad hace referencia a que la medida de coerción impuesta resulta suficiente y apta para lograr el fin propuesto dentro del proceso. La medida que se imponga debe guardar correspondencia con los hechos investigados y debe ser un mecanismo que permita “Considerada por algunos más como un presupuesto, supone la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable (...).”(Armenta 2003:174). Es decir el Juez debe dictar la medida apta para coadyuvar con los fines del proceso, por ello la ley en el caso del Perú el artículo 271 del C.P.P. autoriza la Juez de la Investigación Preparatoria a que para los eventos en que

no considere fundado el requerimiento de prisión preventiva, imponga medida de comparecencia simple o restrictiva.

### **Mutabilidad**

Denominada por otro sector de la doctrina mediante el aforismo romano *rebus sic stantibus* o variabilidad, implica que las medidas cautelares, de coerción o provisionales, son mutables dado que pueden ser variadas o modificadas dentro del proceso en que se profirieron de darse los requisitos establecidos para tal fin, posibilitando incluso su revocación. En un sentido más preciso se ha expresado “Los presupuestos de la medida provisional responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esta situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que necesariamente determinan un cambio en los presupuestos de la medida, a su vez, una variación de la medida adoptada.” (San Martín 2014: 948)

En la práctica esta característica genera inconvenientes, generalmente cuando se trata de variar o revocar la prisión preventiva impuesta a un imputado dado que, por los problemas de inseguridad ciudadana que vivimos las personas asocian la justicia con el encarcelamiento, no conciben que existen otras medidas de coerción que también ayudan a cumplir con los fines del proceso.

### **Legalidad**

Este principio rector del proceso penal en general opera también para las medidas cautelares o de coerción con un doble contenido: en primer lugar implica que el Juez de la investigación Preparatoria, solo se pueden dictar las medidas cautelares o de coerción personales o reales, previstas o autorizadas por el ordenamiento procesal penal y, correlativamente el Fiscal solo puede requerir las medidas previstas en el Código Procesal Penal en los artículos 259 a 316.

### **Necesidad**

La necesidad de la medida de prisión preventiva en particular, se debe dictar cuando sea imprescindible para conseguir la finalidad del proceso penal y con observancia irrestricta a los derechos reconocidos dentro del marco de un debido proceso al imputado en la causa, este criterio es sostenido por ARMENTA DEU sostener que “(...) solo se aplicaran cuando sean

estrictamente necesarias para los fines del proceso, teniendo en cuenta que la presunción de inocencia comprende también al trato como inocente y que la regla es la libertad y la detención la excepción.” (Armenta 2003:174)

Hemos afirmado que esta característica de las medidas cautelares, se queda en el plano teórico o formal pues, en la práctica y especialmente en lo que tiene que ver con la prisión preventiva no se toma en cuenta y múltiples factores extraprocesales y extrajurídicos tales como la presión de la ciudadanía a través de los medios de comunicación, el temor de los Jueces provisionales a perder su empleo, el temor a la represaría pública, etc. se deja de lado y aunque la medida no sea necesaria se dicta en contra del imputado.

### **Prueba suficiente**

Otra de las particularidades de las medidas de coerción consiste en que dentro de la investigación realizada se deben haber acopiado un buen número de elementos de convicción referidos a la existencia de la conducta y la responsabilidad del encausado en los que se pueda sustentar la medida, así lo ha expresado la doctrina al especificar que “Hace referencia a que deben existir suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule a imputado como autor o participe del mismo” (Neyra, 2010: 484). Consideramos acertado el planteamiento realizado pero, en nuestro concepto al analizar este aspecto también se tendría que analizar la validez de los medios de prueba pues, para que se puedan exponer como sustento de una medida limitativa de los derechos fundamentales, éstos deben haber sido actuados de manera legal por ende, resulta necesario posibilitar que en la audiencia en que se debate la medida cautelar se pueda discutir la legalidad de los medios probatorios.

### **2.1.3. Presupuestos Materiales**

#### ***Fumus commisi delicti***

Denominado también como “apariencia o justificación del derecho subjetivo” (San Martín 2014:951) Para que resulte viable la solicitud de una medida de coerción, el Fiscal en representación del Ministerio Público en su requerimiento, debe realizar la imputación de cargos al presunto responsable, indicando el hecho que constituye el delito y la participación que en su comisión se le atribuye al imputado toda vez que, sin ella no es posible la adopción

alguna medida de coerción. Pero, no es suficiente la sola imputación, ella debe estar fundada de los medios de prueba actuados en la investigación y que hagan suponer que la medida resulta necesaria para hacer que el imputado comparezca al proceso o cumpla la sentencia que se le pueda imponer. En este sentido un sector importante de la doctrina ha precisado que de acuerdo con este presupuesto “Debe existir sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible; esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.” (Roxin, 2000:259-260)

### **El *periculum in mora***

Corresponde al el peligro de demora. Este presupuesto concreta en el proceso penal principalmente en el riesgo de fuga como forma de ocultación personal o de insolvencia, ocultamiento patrimonial, del imputado por la demora en el adelantamiento del proceso. En la doctrina tradicional CALAMANDREI ha sostenido que este presupuesto tiene “dos elementos: a) el tiempo de demora en la expedición de la resolución final (*el retraso*); y, b) durante este lapso de tiempo pueden realizarse acciones o acontecer hechos que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal (del proceso mismo)” (Calamandrei, 1936:18)atendiendo a lo expresado por el jurista fácil resulta comprender que este peligro se acrecienta por diversas circunstancias principalmente por la presencia de antecedentes penales, la carencia de arraigo, la amenaza que para la sociedad representa el imputado, lo alarmante de la conducta, circunstancias que resultan proporcionales, a mayor gravedad de la conducta mayor será la pena que se le pueda imponer al acusado, lo que lleva a concluir que mayores son los riesgos de que el imputado se oculte y por ello mayor la necesidad de aplicar medidas cautelares. Dentro de este contexto, resulta claro que este riesgo es de tipo procesal, originado en la lentitud con que se actúe la causa.

Este presupuesto busca conjurar el riesgo de que el imputado evada o se sustraiga de la acción de la justicia durante el plazo requerido para ser juzgado o para que ejecute o cumpla la sentencia condenatoria que se le pueda imponer, de manera que las providencias que se dicten en su contra resulten ineficaces, circunstancia que demuestra mayor necesidad de aplicar medidas cautelares.

#### 2.1.4. Clasificación

Hemos visto que las medidas de coerción, provisional o de aseguramiento tienen la particularidad de limitar las garantías reconocidas en favor del procesado y garantizar que esté presente en el proceso y a la vez que, posibilitar le ejecución de la sanción De esta manera, pueden recaer “(...) sobre los derechos personales, o los derechos reales o patrimoniales del imputado. Las medidas personales limitan los derechos vinculados a la libertad personal, la libertad de tránsito, y demás derechos civiles del imputado. Las medidas reales limitan el derecho de propiedad o de libre disposición de los bienes del imputado o de los que delictivamente estén en su poder.” (San Martín 2014: 954)De acuerdo con lo expuesto podemos concluir que son dos las clases o categorías de las medidas de coerción en el proceso penal: las personales y las reales, la cuales han sido adoptadas por el Código Procesal Penal de la siguiente manera:

|                   |  |
|-------------------|--|
| <b>Personales</b> | <i>La Detención (art. 259-267°)</i>                              |
|                   | <i>Prisión Preventiva (art. 268- 285°)</i>                       |
|                   | <i>La Comparecencia (art. 286- 292°)</i>                         |
|                   | <i>La Internación Preventiva (art. 293- 294°)</i>                |
|                   | <i>El Impedimento de Salida (artículo 295° al artículo296°)</i>  |
|                   | <i>La Suspensión Preventiva de Derechos (art. 297- 301°)</i>     |
| <b>Reales</b>     | <i>El Embargo (art. 302- 309°)</i>                               |
|                   | <i>Medidas anticipadas (art. 312°)</i>                           |
|                   | <i>Medidas preventivas contra personas jurídicas (art. 313°)</i> |
|                   | <i>Pensión anticipada de alimentos (art. 314°)</i>               |
|                   | <i>La incautación (art. 31- 6320°)</i>                           |

## **2.2. PRISIÓN PREVENTIVA**

### **2.2.1. Concepto y finalidad**

La medida cautelar de prisión preventiva, ha recibido diversas denominaciones a nivel doctrinal y de las legislaciones de cada país, así: prisión provisional o encarcelamiento preventivo (Ore, 2013: 158) detención preventiva (Bernal y Montealegre, 2013:521) es una medida cautelar, de coerción personal o de aseguramiento (para el derecho Procesal Penal Colombiano), ordenada por el Juez en una investigación penal, previa observancia de los presupuestos legales que precede a la condena y que afecta el la libertad personal del procesado para obtener dos fines concretos: asegurar que el procesado este presente personalmente en todas las etapas de la causa y de ser necesario, que se facilite la ejecución de la pena que posiblemente se le asigne. En este sentido de manera sencilla se ha expuesto que “La detención preventiva constituye la más grave e intensa afectación de la libertad personal previa a la imposición de una condena penal.” (Bernal y Montealegre, 2013:521)

Otra posición considera que la prisión preventiva la pérdida de la libertad de tránsito por parte del imputado a consecuencia de una orden emitida por el Juez dentro de un proceso penal adelantado en su contra antes de que se haya impuesta pena privativa de la libertad por resolución con carácter de consentida. Es decir, la medida de coerción de la prisión preventiva, es ordenada por el Juez, con el objeto de limitar la libertad personal de un imputado en un proceso penal con anterioridad a la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley pero, no contempla el hecho de que debe ser solicitada o requerida por el Fiscal o por el titular de la acción penal, con propósitos procesales, establecidos de manera concreta por cada legislación, así para la peruana son:: asegurar la presencia del imputado en el proceso y cumplimiento .de le posible pena privativa de la liberta que se le pueda imponer como condena; para la colombiana en cambio son “(...) hacer efectiva la sanción o evitar que la persona investigada obstruya la justicia o impedir que continúe la afectación a los derechos de la víctima” (Ore, 2013: 159)

El jurista peruano Neyra Flores, ha conceptualizado la prisión preventiva como “(...) la forma más grave en que el ordenamiento jurídico procesal puede restringir la libertad de los ciudadanos en pos de asegurar el proceso penal, así el Tribunal Constitucional ha dicho que “siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de

restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como ultima *ratio*, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho de la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia (Exp. No. 0731-2004-NC/TC).” Por ello es siempre preferible imponer una medida de comparecencia o comparecencia con restricciones (en este orden de prelación) a un mandato de detención” (Neyra, 2010: 504) la posición del ilustre doctor resulta acertada, máxime si la complementa con la opinión del máximo Tribunal defensor de nuestra Carta Magna, en virtud de lo cual podemos reafirmar que la prisión preventiva busca asegurar los fines del proceso penal y que por ser una medida que limita el derecho fundamental a la libertad ambulatoria debe ser impuesta de manera extrema, cuando no resulte aplicable otra que contribuya a lograr la presencia del imputado durante el proceso y el cumplimiento de la pena privativa de la libertad que se le pueda imponer. Agregando que, en caso contrario se afectaría como es obvio el derecho fundamentad de la liberad y el de la presunción de inocencia.

Nuestra jurisprudencia por su parte no ha señalado el concepto de prisión preventiva, acogiendo los criterios imperantes ha precisado que se cómo limitante del derecho a la liberta ambulatoria del imputado se justifica para asegurar los fines del proceso al señalar “(...) La libertada ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de limitar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua. F.10) de la misma manera reconoce su aplicación excepcional o como ultima *ratio* en casos excepcionales en los que no existe otra medida para asegurar los fines que persigue pues de lo contrario se afectan derechos fundamentales del imputado. Continua la Corte señalando “La aplicación de esta medida es excepcional en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende su adopción se hará, en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua. F. 11). Finaliza su exposición con una manifestación que a nuestro juicio no resulta clara, ni ceñida a

las precisiones del Código Procesal Penal pues al señalar que “La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe la afectación a la actividad probatoria son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua. F.12) aseveración que pareciera indicar que, los presupuestos de la prisión preventiva son el peligro de fuga del imputado lo que haría inaplicable la sentencia de fondo y el peligro de fuga y de obstaculización probatoria, lo cual no corresponde con la realidad pues la norma procesal penal establece otros presupuestos que necesariamente deben concurrir.

Acorde con lo expuesto, consideramos que ninguna de las concepciones expuestas define de manera completa, la prisión preventiva como medida de coerción personal, si bien las opiniones señaladas no resultan erradas, si resultan incompletas al formularse de manera muy general o al no incluir elementos de sus esencia en consecuencia, podemos definir la prisión preventiva como la medida cautelar dictada por el Juez de la Investigación Preparatoria o Penal, que limita el derecho a la libertad ambulatoria del imputado satisfechos los presupuestos establecidos por los artículos 268 y siguientes del Código Procesal Penal con el objeto asegurar la presencia del imputado durante el proceso y para el eventual cumplimiento de la pena que se le pueda imponer.

### **2.2.2. Presupuestos materiales**

Por presupuestos materiales de la prisión preventiva se deben entender los motivos que permiten fundamentar al Fiscal su requerimiento y que deben ser debatidos por la defensa del imputado en la audiencia y valorados por el Juez para dictar esta medida cautelar. Además se caracterizan por que deben concurrir, confluir o converger todos para que se pueda dictar la medida, en otras palabras para que el Juez pueda dictar medida de prisión preventiva en contra de un imputado el Fiscal está obligado a demostrar mediante medios de prueba, que el caso del Perú corresponden a “(...) los primeros recaudos (...)” (Código Procesal Penal art. 268) todos y cada uno de los presupuestos previstos en el ley –artículo 268 del Código Procesal Penal- de manera que si falta alguno su requerimiento debe ser desestimado, pues “El legislador ha concebido este esquema como un sistema de pasos concatenados, de suerte que sólo si se satisface un requisito es posible entrar a verificar el cumplimiento del siguiente.” (Bernal y Montealegre, 2013:522)

Si bien este el criterio adoptado de manera unánime por nuestra doctrina y jurisprudencia consideramos pertinente tener en cuenta además, que se debe posibilitar la par de discutir y demostrar la existencia de los presupuestos materiales para la prisión preventiva siempre se deben tener en cuenta los derechos a libertad personal, la presunción de inocencia y las excepciones que la Constitución prevé para que se puede restringir la libertad de la persona.

### **2.2.2.1. *Fumus delicti comissi***

El presupuesto del *Fumus delicti comissi* entendido como la apariencia de comisión delictiva. (Ore, 2013: 140) también ha sido denominado por un sector de la doctrina como *Fumus bonis iuris* tal como lo hace en su obra Del Rio Labarthe y hace referencia a “Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonadamente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.” (Código Procesal Penal Art. 268.1)

La anterior normativa ha sido complementada y se podría decir aclarada por la Casación 626-2013 Moquegua en la que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre la prisión preventiva.

En considerando cinco Sobre los fundados y graves elementos de convicción se precisaron:

“**Vigésimo sexto.** Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) Atendiendo a lo expresado de acuerdo con los medios de prueba actuados la sindicación realizada en contra del imputado debe tener la posibilidad de ser veraz.

“**Vigésimo séptimo.** Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad[4] de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria[5]; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) Para que proceda la prisión preventiva, la posibilidad de que la

imputación haya ocurrido debe ser más alta que la que se requiere para formalizar la investigación preparatoria.

**“Vigésimo octavo.** Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal[6], se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco[7].” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) Los actos de investigación expuestos como sustentos de la prisión preventiva deben ser valorados independientemente y en comunión con los otros de manera que, tras un análisis metódico, permitan establecer la real existencia de la conducta imputada.

De esta manera tenemos que, el Fiscal en su requerimiento de prisión preventiva, con fundamento en los datos objetivos obtenidos o actuados en la investigación debe demostrar que la imputación realizada al imputado –en cuanto al tipo penal atribuido y a la participación- tiene alto grado de probabilidad de ser cierta, de ser real. En otras palabras, la investigación permite, podría decirse una reconstrucción real de los hechos ocurridos y de ella se puede concluir que constituyen delito por estar tipificados en la ley penal y que el imputado participó en su realización. Esta afirmación se puede obtener directamente de los medios de prueba los cuales deben ser analizados y valorados, individualmente y en conjunto de manera que se pueda llegar al resultado indicado y en el evento de que esa alta probabilidad se establezca a través de indicios el Fiscal debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha establecido “(...) que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) de la misma manera el Juez debe hacer este

análisis si pretende dictar la medida de coerción de prisión preventiva con fundamento en indicios.

En nuestro concepto, este requisito constituye la base sobre la cual se ritualizará o desarrollara el proceso penal al estar referido a la imputación de cargos: indicación del tipo penal y la modalidad atribuida al imputado así como su participación.

#### **2.2.2.2. Pena probable**

El segundo presupuesto material de la prisión preventiva ha sido denominado como Penal probable y se refiere a que “(...) b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.” (Código Procesal Penal artículo 268 b)

La jurisprudencia a través de la Casación 626 Casación 626-2013 Moquegua también aborda este presupuesto en el considerando seis bajo el título de Sobre la prognosis de pena considerandos:

**“Trigésimo.** Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) El pronóstico de la pena no se refiere a la pena abstracta señalada para la conducta típica sino, a la que se debe imponer al procesado atendiendo a: las circunstancias particulares del imputado, las circunstancias de atenuación o agravación, etc. prevista en la norma adjetiva es decir, observando las siguientes situaciones:

**Trigésimo primero.** El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de

prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua)

Es decir, la ley señala el límite para la aplicación de la medida de coerción de prisión preventiva que la pena , que de producirse condena, supere los cuatro de prisión de manera que, se debe aclarar, no se refiere a la pena prevista para el delito que se imputa, a *contrario sensu* resulta ser una exigencia para los operadores del derecho que actúan en la audiencia de prisión preventiva, Fiscal, Defensor del Imputado y el Juez para decidir si declara fundado o no el requerimiento Fiscal, demostrar a con fundamento en los elementos de convicción actuados y atendiendo al delito imputado, las circunstancias en que se desarrolló, las circunstancias personales del imputado, etc. conforme a las previsiones del artículo 45 y siguientes del Código Penal, señalar la probable pena que se pueda imponer en caso de condena y con fundamento en ello decidir si se estructura o no el presupuesto en cuestión “en consecuencia, solo si la pena imponible en el caso concreto es igualo superior a cuatro años es posible solicitar o autorizar la detención preventiva, para lo cual se tomara en consideración tanto los mínimos y máximos legales, según el tipo penal, como los incrementos o disminuciones por concepto de circunstancias de atenuación o agravación punitiva.” (Bernal y Montealegre, 2013:538)

### **2.2.2.3. El peligro en la demora**

El peligro en la demora signado con la alocución latina *Periculum in mora*, está consagrado en la norma procesal penal al exigir “Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita de colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)” (Código Procesal Penal, artículo 268 c).

Tal como se desprende de la norma el presupuesto de peligro en la demora está constituido por dos circunstancias: el peligro de fuga, artículo 269 y el peligro de obstaculización artículo 270 del Código Procesal Penal.

#### **2.2.2.3.1. Peligro de Fuga**

Originalmente este presupuesto se encuentra regulado en el Artículo 269 del Código Procesal Penal, con el siguiente contenido literal: “Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. (Código Procesal Penal, Artículo 269)

La jurisprudencia que se viene comentando aborda este presupuesto en el considerando 7. Titulándolo Sobre el peligro procesal de fuga, desarrollándolo en los: considerandos

“**Trigésimo tercero.** El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos

mil doscientos sesenta y ocho- dos mil dos–HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) Es decir, a partir de este pronunciamiento, el peligro procesal se convirtió en el presupuesto procesal más importante y justificante de la prisión preventiva como medida de coerción personal.

“**Trigésimo quinto.** El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso (...).”(Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) La situaciones que conforme a la ley procedimental penal constituyen el peligro procesal, no son taxativos sino meramente enumerativos motivo por el, cual el Juez está facultado para evaluar situaciones similares que conduzcan a su demostración

Tal como lo menciona la Corte Suprema en este pronunciamiento, a partir de su publicación y acogiendo el criterio del Tribunal Constitucional vertido en las sentencias recaídas en los expedientes 1091-2002 HC/TC y 2268- 2002–HC/TC se debe tener presente por parte de los operadores del derecho penal que, a diferencia de lo señalado por el Código Procesal Penal ,el peligro de fuga como presupuesto material de la prisión preventiva resulta ser el más importante por ello surge para el Fiscal la obligación de fundamentar meticulosa y objetivamente su configuración pues, las circunstancias que se expongan deben conducir a demostrar que la prisión preventiva resulta necesaria para evitar que el imputado se fugue evadiendo la acción de la justicia o pueda entorpecer la investigación al manipular las pruebas a través de alguna o de las conductas previstas en el artículo 270 del C.P.P., exigencia que se debe observar con sumo rigor dado que se le ha facultado para concretar este presupuesto con libertad absoluta pues, conforme los sostiene la Corte las situaciones contenidas en el artículo 269 del C.P.P. no son taxativas.

Previo a entrar a exponer jurídicamente el contenido de este presupuesto, considero pertinente expresar mis reparos en torno al señalado por la Corte Suprema de Justicia en la Casación en comento dado que, a mi juicio se podría estar afectando el principio de legalidad como pilar fundamental sobre el que se ha edificado el Derecho Penal, dentro del cual obviamente se

debe incluir el Derecho Procesal Penal, al modificarse las normas relacionadas con la prisión preventiva señalando un presupuesto con mayor incidencia que los demás y autorizando al Fiscal a crear nuevas circunstancias que demuestren el peligro de fuga del imputado.

Ahora bien, en cuanto a la esencia de este presupuesto se debe señalar que la doctrina ha considerado que “Este peligro está relacionado a la posibilidad que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y no se pueda cumplir con los fines del proceso. Es decir el procesado por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos de tiempo que le quita el proceso, como no tiene arraigo se va al lugar donde domicilia realmente, etc.) se sustrae a la acción de la justicia.” (Neyra, 2010:510)

Acorde con lo señalado podemos concluir que en este presupuesto se deben valorar las circunstancias que permitan establecer con un grado de probabilidad alto, que existen circunstancias por las cuales el imputado puede huir tales como: el temor a permanecer mucho tiempo en la cárcel atendiendo a la pena que se le puede imponer en caso de ser condenado, la necesidad de atender las obligaciones familiares, negarse a pagar los daños causados con el delito, etc.

A pesar de lo señalado por los Jueces en la Casación en análisis, procedieron a analizar las circunstancias señaladas en el artículo 269 del C.P.P., llegando a establecer:

### **Sobre el arraigo**

El arraigo es abordado en el considerando “**Trigésimo sexto.** El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas [10]. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua) La Corte Suprema señaló que el arraigo se determina a partir del lugar en que la persona decide residir, establecer su familia, relacionarse socialmente sin que necesariamente se limite solo a las situaciones previstas por el artículo 269 del Código adjetivo penal.

Considerando: “**Trigésimo séptimo.** Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC[11], señaló que la posesión de bienes generaba arraigo[12], de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua)

Considerando: “**Trigésimo octavo.** Como señala Del Río Labarthe [13] estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) .De acuerdo a esta consideración el arraigo, valorado con otras situaciones confluyen en el riesgo de fuga.

Considerando “**Trigésimo noveno.** Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P- PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.)

Considerando “**Cuadragésimo.** Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.)

A partir de lo manifestado por la Corte, podemos establecer que el Código Procesal Penal contiene presenta unas situaciones que deben ser valoradas al establecer el arraigo del imputado en nuestra patria al precisa que éste “(...) está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto” (Código Procesal Penal artículo

269.1.). Que el arraigo es una situación de hecho que se establece a partir de la permanencia del imputado en el sitio en el que radica y de las relaciones con personas o cosas que posea en él, de las cuales se puede verificar la existencia de: arraigo familiar, laboral, posesión y por la titularidad de bienes pero, sin embargo de acuerdo a lo señalado en la Resolución Administrativa número 325-2011P- PJ, la demostración de algún arraigo no desestima por si sola la prisión preventiva y a contrario *censu*, su carencia no conduce a la aplicación automática de esta medida de coerción personal pues, este aspecto debe ser valorado en conjunto con los otros presupuestos en el caso en concreto teniendo en cuenta además, que las pautas para establecer el arraigo no son taxativas por lo que éste puede demostrarse de otra manera.

Además de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal permanente, consideramos pertinente tener presente lo manifestado por esta misma Corporación en Sala Penal Transitoria en la Casación 631-2015/Arequipa respecto al arraigo pues, en nuestra opinión este criterio puede ser aplicado al momento de debatirse sobre el arraigo así “Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado conocido como “arraigo” –que tiene esencialmente un carácter objetivo y ni puede afirmarse con criterios abstractos sino debe analizarse conforme al caso concreto- (Artículo 269 del Nuevo Código Procesal Penal). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito del alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tiene lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse desincentivan la Fuga del Imputado (DEL RIO LABARTHE, GONZALO. La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Temas de Derecho Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal, Lima dos mil ocho, página noventa y siete)” “SEXTO (...) Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde un acercamiento genérico del problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado

importaría un acto de discriminación por razón de la nacionalidad.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Transitoria. Casación 631-2015 Arequipa)

### **Sobre Gravedad de la pena**

La jurisprudencia que se viene examinando contiene directrices para ser observadas al momento de estructurar este presupuesto en el considerando **“Cuadragésimo primero.** A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) En consecuencia, este supuesto no se relaciona directamente con el quantum de la pena a aplicarse sino, a una costumbre que ha formado conforme a la cual, si la sanción a imponer es grave el imputado tiene de huir.

Considerando **“Cuadragésimo segundo.** La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) De esta manera se debe tener presente que la gravedad de la pena no resulta ser solo una consideración subjetiva, debe demostrarse analizando en el caso concreto aspectos sociales, familiares y laborales del imputado que justifican su permanencia en el Perú.

Es decir, no se trata de fundar este presupuesto de manera objetiva, con base en el quantum de la pena que se pueda llegar a imponer en caso de condena pues este se refiere a la prognosis de la pena, sino en un criterio subjetivo, fundado en la actitud que asume el imputado frente a

la posibilidad de ser condenado, factor que tal como lo señala la Corte se debe establecer en conjunto atendiendo a los valores y comportamientos demostrados en su familia y en la comunidad por el imputado.

### **Sobre: La magnitud del daño causado**

Sobre la magnitud del daño causado los jueces expresaron su opinión en el Considerando: **“Cuadragésimo quinto.** Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga[14].” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) En este apartado nuestra alta Corte precisa que el Código Procesal Penal en la regulación original de este presupuesto, artículo 269.3 al establecer como criterio de valoración para la prisión preventiva la importancia del daño originado en la conducta y la conducta del imputado frente a él, no resultaba aplicable al considerar para la aplicación de esta medida de coerción personal las consecuencias civiles del delito, las que en esta etapa procesal no deben ser valoradas pues ellas se valoran y determinan en la sentencia.

Continuando con su exposición en el Considerando: **“Cuadragésimo sexto.** La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva[15], lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo[16].” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente,

Casación 626-2013 Moquegua.) De esta manera se deja claro que lo que se debe valorar es la dimensión y la posición que el imputado asuma frente a la reparación del daño, sin que en ello influyan criterios de peligrosidad criminal conforme a los cuales la pena tiene función de prevención general sino, orientada a los fines de la medida cautelar: garantizar que el imputado atienda personalmente el proceso y que este disponible para que cumpla la pena que se le pueda imponer.

Considerando: “**Cuadragésimo séptimo.** Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Resulta también importante delimitar que, el peligro procesal considerado desde este ítem no debe entenderse relacionado con la responsabilidad civil pues, para asegurar su cumplimiento la legislación ha previsto medidas cautelares apropiadas.

Considerando: “**Cuadragésimo octavo.** En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Acorde con lo expuesto se precisó que la interpretación válida que se puede hacer de esta manifestación del peligro procesal se debe centrar en analizar la manera como la gravedad del delito se refleja en la gravedad de la pena. Criterio que a nuestro juicio no resulta muy claro pues, esta circunstancia ya es objeto de valoración en el presupuesto referido precisamente a la gravedad de la pena, por lo que no resulta válido derivar de él una doble consecuencia negativa para el imputado pues ello implica vulneración de sus derechos.

Considerando: “**Cuadragésimo noveno.** La propia redacción de la segunda parte de este criterio “ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño”, implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Tal como se había sostenido en la práctica judicial, la valoración de la falta de

disposición del imputado para resarcir el daño es un criterio propio de responsabilidad civil no aplicable en esta medida de coerción personal.

Considerando: “**Quincuagésimo.** La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.)

Consideramos que a pesar de los esfuerzos realizados por la Corte para clarificar el sentido de esta circunstancia, por la manera como ha sido redactada, indudablemente nos lleva a concluir que se fundamenta en la actitud que el imputado asume frente a la posible reparación civil, apreciación que no resulta acertada pues, para garantizar el pago de los perjuicios originados existen las medidas cautelares o de coerción reales que se pueden imponer sobre los bienes del imputado con ese fin. Pretender configurar una buena conducta del procesado dentro del proceso, por querer reparar el daño producido por el delito, hace inaplicable esta circunstancia pues la misma está prevista de manera autónoma, en la práctica implicaría que al imputado se le puede agravar su situación legal, imponiéndole una medida tan lesiva para su derecho a la libertad personal de tránsito por la misma causa, lo que equivaldría a desconocer el non bis in ídem en nuestro criterio. En este sentido debemos además tener en cuenta lo sostenido por DEL RIO LABARTHE sostiene “que en el caso que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar el daño respecto del cual no ha sido declarado responsable, no puede considerársele como un acto que pueda ser usado como muestra de su falta de buen comportamiento procesal y por ende el riesgo de fuga” (Citado en Neyra, 2010:513)

### **Sobre: El Comportamiento procesal**

Continúa la Corte analizando y precisando los presupuestos de la prisión preventiva. Respecto al comportamiento procesal del imputado señalo en el Considerando: “**Quincuagésimo primero.** Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de

la caución (cuando está válidamente constituida), etc.[17]” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Esta es una circunstancia en la que se parte de la actitud del imputado para establecer si se estructura el peligro de fuga, en este sentido se valora su comportamiento procesal, sea en esta investigación o en otra a la que haya sido sometida.

Fundamento: “**Quincuagésimo segundo.** También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Otro de los elementos que se deben evaluar se refiere a conducta adoptada por el imputado inmediatamente después de realizada la conducta típica.

Considerando: “**Quincuagésimo tercero.** No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido[18], así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Se deben diferenciar las actitudes dolosas del imputado del ejercicio legítimo de sus derechos.

Considerando: “**Quincuagésimo cuarto.** La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) La evaluación de la conducta desplegada por el imputado en una investigación anterior, debe ser valorada de manera que éste sea producto de su actuar voluntario, el solo hecho de que se le haya impuesto prisión preventiva no constituye peligro de fuga.

Tal como se ha expuesto, este presupuesto es netamente subjetivo, materializado en el comportamiento desplegado por el imputado en el desarrollo del proceso y en un proceso

anterior, en este sentido se tendrá en cuenta, la actitud que asumió con posterioridad al hecho, el cumplimiento a las citaciones realizadas, y en general que se haya desentendido del proceso, además de la manera como se comportó en otra investigación en caso de que la haya tenido analizando los mismos criterios y sin que ello implique, que por habersele impuesto prisión preventiva en esa ocasión necesariamente se le deba imponer en este nuevo proceso. Sobre este aspecto la doctrina ha señalado “(...) el comportamiento al que se hace referencia debe ser uno actual, circunstanciado y relacionado al proceso penal que se busca cautelar. El fundamento de ello se encuentra en la necesidad de evitar razonamientos por analogía en virtud de los cuales el juzgador pueda ordenar la prisión preventiva en una causa penal luego de advertir que el imputado en, otros procesos, se encontró bajo una medida de coerción similar, máxime cuando es imposible sostener que los criterios allí establecidos se cumplen en el proceso en trámite” (Ore, 2013: 158)

Respecto a esta circunstancia consideramos oportuno señalar que, resultaría conveniente que la ley señale un límite temporal para apreciar su comportamiento en el proceso que antecede al actual pues, el hecho de poderse valorar en cualquier época podría generar el desconocimiento de derechos fundamentales como: la presunción de inocencia, el non bis in ídem, etc.

### **Sobre: La pertenencia a una organización criminal**

Considerando “**Quincuagésimo séptimo.** Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva[19] o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Resulta fundamental a la hora de evaluar el peligro de fuga tener en cuenta que, por naturaleza los miembros de una asociación criminal sometidos a un proceso penal, realizan acciones para que sus socios no sean intervenidos, no se descubran medios de prueba, etc.

Considerando: “**Quincuagésimo octavo.** Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Resulta primordial tener presente que, para que la prisión preventiva se dicte con sustento en este presupuesto, se exige que se demuestren elementos esenciales de la organización criminal como son: la intención de cometer ilícitos, la identidad de sus miembros y el papel de cada uno dentro de ella, incluido el imputado, etc.

Acorde con lo mencionado, resulta incuestionable que para hacer consistir el peligro de fuga de un imputado al hecho de pertenecer a un organización criminal, se debe indicar de qué manera está compuesta, cual es el nivel jerárquico que el imputado ocupa, cuál es su *modus operandi*, etc. con medios de prueba no basta la sola afirmación habida cuenta que lo que se busca es restringir el derecho fundamental a la libertad de tránsito del imputado.

#### **2.2.2.3.2. Peligro de Obstaculización**

El peligro de obstaculización hace relación a la posibilidad de que el imputado asuma una conducta desplegada de manera consiente, para “(...) 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos” (Código Procesal Penal, art. 270)

Para poder fundamentar este requisito se debe demostrar por parte del Fiscal que existe un riesgo actual, de que el imputado de permanecer en libertad pueda alterar los medios de prueba o evidencias que puedan existir, para ello debe precisar en qué consiste la conducta y que medios de prueba sustentan su afirmación, en otras palabras“(...) supone que el riesgo he de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba” (Neyra, 2010: 514)

### 2.2.2.3.2. Otros presupuestos

Conforme a lo señalado por la Casación 626-2013 Moquegua que se viene analizando, además de los presupuestos expresamente contenidos en el Código Procesal Penal, el Fiscal también debe exponer y fundamentar la proporcionalidad y duración de la prisión preventiva al consagrar “**Vigésimo segundo**. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo. (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua.) Exponen los jueces que resulta obligatorio para el Fiscal sustentar la proporcionalidad y la duración de la prisión preventiva, consideramos con fundamento en los medios de prueba recopilados hasta esa etapa procesal, criterio que resulta importante dado que, a partir de este pronunciamiento jurisprudencial, la fundamentación de estos aspectos constituye uno de los fundamentos del requerimiento de la medida de coerción por parte del Fiscal, quien debe sustentarlo en la audiencia y la defensa cuenta con la posibilidad de oponerse.

Respecto a lo señalado en considerando mencionado, respecto a la expresión motivar ésta no hace referencia a la exigencia que la Constitución Política del Perú establece en su artículo 139°, inciso 5 pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantía se circunscribe a las resoluciones judiciales y el requerimiento de prisión preventiva no ostenta esa calidad, para tal efecto el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que “Este Colegiado ha dejado establecido a través de su jurisprudencia que el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones "(...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso " (STC 1480-2006-AA/TC, Fundamento 2). Al respecto, en principio y como regla general, la protección del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales no implica someter a un nuevo examen de fondo la controversia” (Tribunal Constitucional, Sala Plena EXP. N. 0 03864-2014-PA/TC) acorde con lo señalado, consideramos que contrario a lo que la mayoría de investigadores ha considerado, lo que la Corte quiso dar a entender es que el Fiscal debe

fundamentar la proporcionalidad de la prisión preventiva así como, el plazo de duración que para el caso concreto debe tener, atendiendo a los límites temporales señalados por la ley procesal penal. En efecto el Tribunal Constitucional ha sido reiterativo en sostener:

Ahora bien, lo que si resulta esencial es profundizar en cuanto a la proporcionalidad de la medida.

### **2.3. Principio de Proporcionalidad**

Atendiendo a que la medida de prisión preventiva resulta ser la medida de coerción personal por excelencia y que se dirige a limitar el derecho fundamental de la libertad de tránsito del imputado, resulta necesario que tanto el Fiscal en su requerimiento como el Juez al momento de dictarla analicen los conflictos que entre la libertad personal y el otro derecho (protegido por el bien jurídico) se pueden presentar y como se debe resolver.

Para poder arribar a la decisión sobre la prisión preventiva, atendiendo que se trata de un conflicto entre derechos constitucionales se debe aplicar el Test de Proporcionalidad, diseñado por el Dr. Alexy quien lo estructuro bajo la premisa de que los cánones de la Constitución que reconocen derechos individuales o colectivos ostentan la categoría de “(...) reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.” (Alexy, 2008:14)

Alexy precisa que la ponderación hace parte del principio de la proporcionalidad toda vez que “En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit)”. (Alexy, 2009:8)

El profesor Alemán acepta que los derechos fundamentales individuales puede colisionar entre sí o con otros de rango colectivo situación en la cual indica que “(...) en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada” (Alexy, 2001:8)

Continúa el autor señalando que el principio de proporcionalidad “(...) se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas” (Alexy, 2009:8)

Acorde con lo expresado por el autor alemán en análisis para resolver una colisión de derechos, dado que el ejercicio de un derecho perjudica correlativa el derecho del cual es titular otro sujeto, se debe acudir al principio de proporcionalidad materializado en la aplicación de sus subprincipios de: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

### **2.3.1. Principio de adecuación (*Geeignetheit*)**

Con fundamento en lo indicado en precedencia, el autor advierte que el principio de la adecuación o idoneidad como lo concibe la doctrina, se refiere a optimización relativa a las posibilidades materiales de realización de un derecho y explica que este principio “(...) excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue

establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra” (Alexy, 2001:8) apeándonos a las manifestaciones del autor podemos afirmar que el principio de idoneidad o adecuación hace referencia a que se debe rechazar la privación del goce de un derecho sin que exista un motivo que los justifique, estos derechos pueden ser realizados, ejercidos en las mismas condiciones materiales sin que existe la causa que justifique la privación.

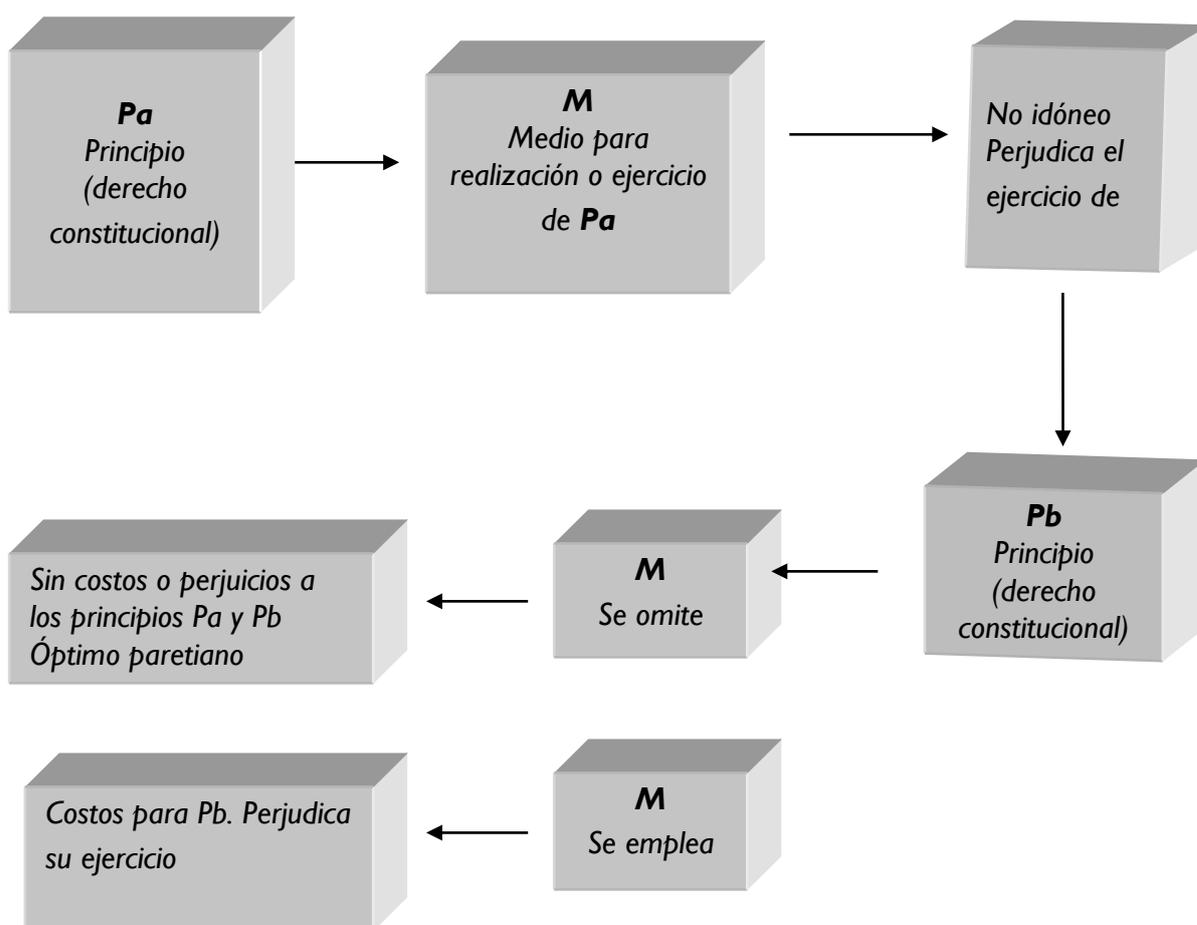


Figura 1 diseño propio

Atendiendo a lo planteado por el autor, la doctrina ha señalado que “Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional)” (García, 2007:253)

En cuanto hace referencia a la idoneidad o adecuación de la medida de coerción, en nuestro caso la prisión preventiva, se debe considerar que la misma resulta idónea o adecuada cuando precisa el fin que se persigue al limitar el derecho a la libertad de tránsito del imputado. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español al precisar que “el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella.” Consideramos que esa idoneidad se debe establecer teniendo en cuenta además el principio conforme al cual, la prisión preventiva es la excepción y la libertad la regla.

### **2.3.2. El principio de necesidad**

Considera el jurista alemán Alexy que “Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.” (Alexy, 2009:8) De acuerdo con el planteamiento del autor:

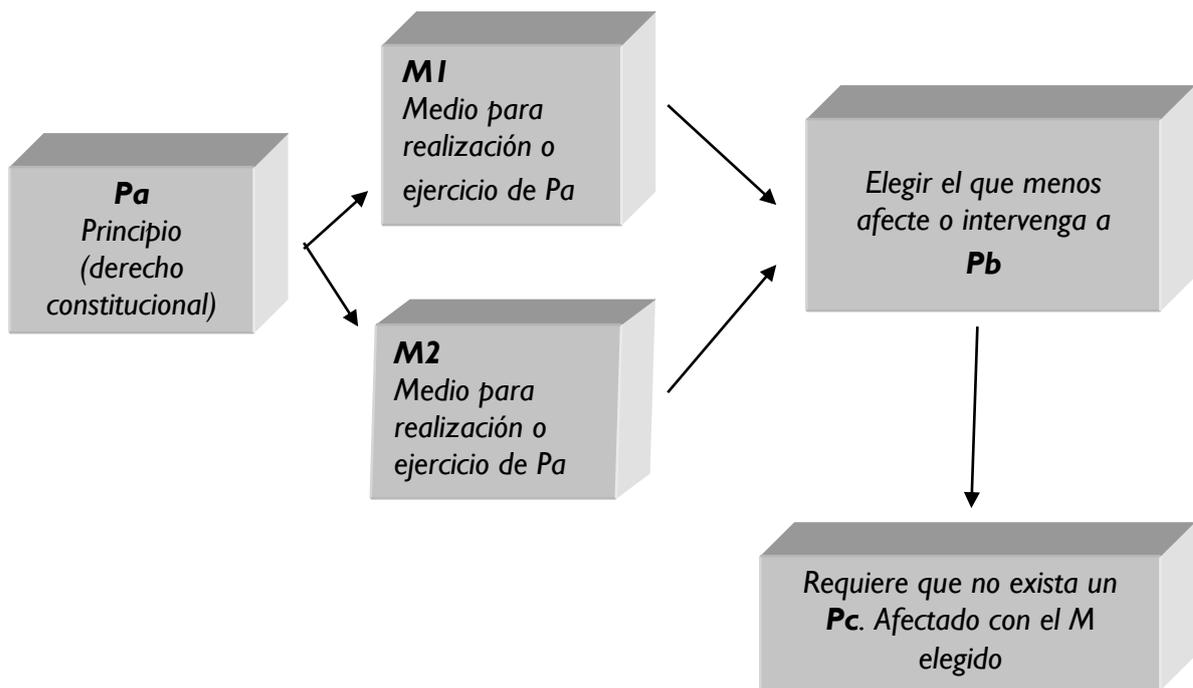


Figura 2. Diseño Propio

El principio de necesidad implica analizar si la medida limitativa del derecho es la menos limitativa entre todas las que se han establecido para tal fin, “(...) significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona” (Martínez y De Domingo, 2010:27)

El Tribunal Constitucional Español ha señalado que este principio aplicado a la medida de coerción implica que cuando se pretenda injerir en los derechos fundamentales, se debe elegir la forma más indulgente para los derechos fundamentales de quien la debe soportar pero que permitan efectivizar el propósito de la medida en este sentido se ha señalado que “la medida adoptada por el legislador será innecesaria cuando alguno de los medios alternativos que gozan de una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo perseguido, interviene además en un menor grado en el derecho afectado (...)” (Bernal, 2005:617)

En el caso de la prisión preventiva, este principio exige que el Fiscal motive en su requerimiento, así como el Juez al momento de dictar la medida, porque causa se impone tan

grave medida restrictiva de la libertad de tránsito del imputado y no otras de las previstas por los artículos 259 y siguientes del Código Procesal Penal.

### 2.3.3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto

En palabras de Alexy “(...) este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación” (Alexy, 2009:9), la cual dice: “Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.” (Alexy, 2009:8)

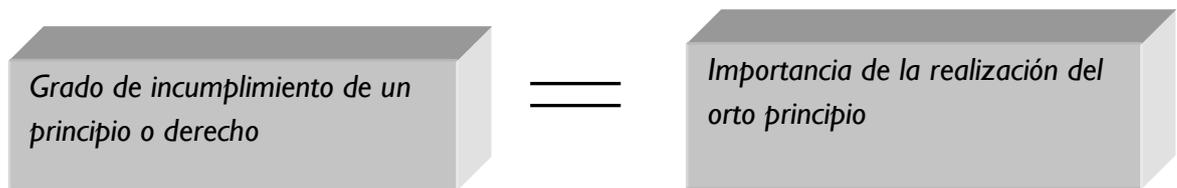


Figura 3. Diseño Propio

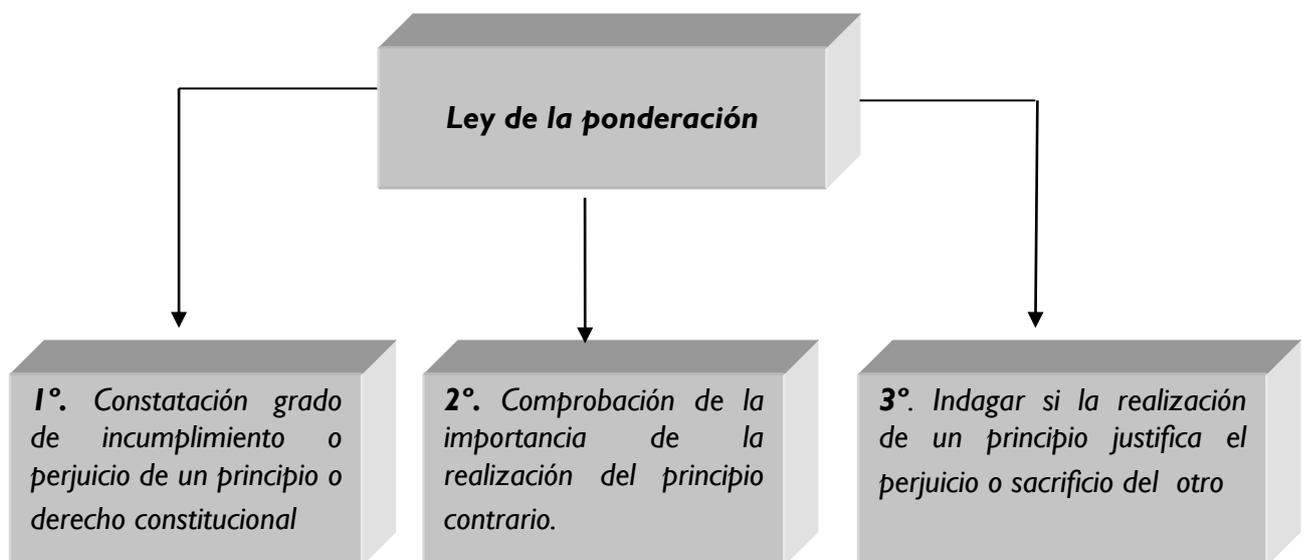


Figura 4 diseño propio

Villaverde, Presno, Sarasola y Bastida (2004) han expresado este principio indicando que “La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto consiste en la ponderación entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquél límite. Es un criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que existe un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético. Y, una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados respecto del objeto perseguido.” (Citado por Soto 2015:26)

Adentrándonos un poco en las etapas que se identifican en el principio de ponderación propiamente dicho Alexy ha señalado que: en el primero, es decir, en la constatación o verificación del grado de incumplimiento o perjuicio de un principio o derecho constitucional, “(...) la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones.” (Alexy, 2008:23) En el segundo referida a la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. Es “La segunda magnitud de valoración como l, m, o g es, según la fórmula de la ley de la ponderación, la “importancia de la satisfacción” del otro principio” los cuales corresponden a leve, medio y grave, los cuales “no sólo representa la expresión “leve” del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como “reducido” o “débil”, y “g”, junto a “grave”, también representa términos como “elevado” o “fuerte”” ( Alexy, 2008:22). Y en el tercero cuyo objeto consiste en averiguar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro, las “(...) dos valoraciones se ponen en mutua relación. (...) Puede opinarse que valoraciones de este tipo no pueden ponerse en relación. Lo que entra en colisión es inconmensurable” y a reglón seguido expone que en este caso se trata de comparar las dos valoraciones anteriores de acuerdo a lo que significan de acuerdo con los postulados constitucionales “El concepto de comparabilidad del significado para la Constitución implica dos elementos que bastan para fundamentar la conmensurabilidad. El primero es el punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. (...) Sin embargo, siempre existe una controversia acerca de lo que es correcto desde la perspectiva de la Constitución. La inconmensurabilidad aparece tan pronto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común. (...) Quien quiera hacer fracasar la posibilidad de valoraciones en razón de la imposibilidad de un punto de vista común, debe, por lo tanto, afirmar la imposibilidad de un

discurso racional sobre las valoraciones en el marco de la interpretación constitucional.(...) El segundo elemento que posibilita la conmensurabilidad es una escala, construida artificialmente como siempre, que establezca los grados para la valoración de las pérdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales.” (Alexy, 2008:27 y 28)

Acorde con lo expuesto, debemos señalar que si bien existe la teoría de la ponderación como una herramienta que permitirá llegar a establecer, aplicando los subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, cuando resulta absolutamente necesario para los fines del proceso penal restringir el derecho a la libertad de tránsito de la manera más severa que la ley ha previsto, a través de la prisión preventiva, ésta no cumplirá su fin si los operadores del derecho penal en especial el imputado, su defensora, el Fiscal y el Juez no fundamentan su posición acorde con los principios de la argumentación jurídica y con fundamento en los principios y derechos constitucionales.

#### **2.3.4. Proporcionalidad en el Perú**

El principio de proporcionalidad se encuentra consagrado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política, cuando señala con relación a las acciones de garantía constitucional 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.”(Negrillas fuera de texto). (Constitución Política del Perú art. 200)

De manera general podemos señalar que el Tribunal Constitucional del Perú ha acogido el criterio de Alexy y ha señalado que “(...) 25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: **idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto**. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre

medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Tribunal Constitucional, Sala Plena EXP.N. ° 579-2008-PA/TC)

## **2.4. MARCO FILOSOFICO**

### **2.4.1. Neoconstitucionalismo**

#### **2.4.1.1. Concepto**

El marco filosófico dentro del cual se desarrolló esta investigación es el de neoconstitucionalismo, teoría Constitucional y filosófica que originada, conforme lo ha establecido la doctrina, en la combinación de las practicas constitucionales: norteamericanas y los principios de la Revolución Francesa, dado que las primeras caracterizan a la Constitución como la norma que enmarca el desarrollo de las actividades políticas y sociales en el Estado y la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un propósito proyecto gubernamental bien reglamentado orientado por los principios que la orientaron igualdad, libertad y fraternidad. :

La teoría neoconstitucional que se fundamenta en la trasformación de la Constitución como norma fundamental, conforme al concepto Kelseniano, limitada a regular el funcionamiento del Estado, para ser concebida como la norma contentiva de valores y garantías que deben guiar el desarrollar esas actividades, de manar tal que “La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental” (Fioravanti, 2000:133).

A partir de estos principios el Estado de Derecho, en el que la Constitución se establece como su norma fundamental, se transforma en Estado Constitucional de Derecho de manera dentro del cual además del principio que guía el Estado de Derecho, se reconocen los principios y valores contenidos en la Constitución que deben aplicarse a la actividad estatal.

De esta manera esta nueva tendencia, influye de manera decisiva en el ámbito jurídico permitiendo concebir el derecho caracterizar el derecho concibiéndolo como “(...) más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho” (Zagrebelsky, 1995:65). dado que para la solución de los conflictos no solo se debe aplicar el contenido de la ley sino que además se deben observar los principios y garantías previstas Constitucionales.

Lo expuesto nos permite afirmar que el Neoconstitucionalismo es una teoría o tendencia jurídico-filosófica encaminada a reestructurar el Estado de Derecho, modificándolo de manera tal que la Constitución mute, trascienda de ser la norma que conduce el funcionamiento del Estado y se convierta en un cuerpo normativa en el que además de ser el fundamento del Estado consagre principios y garantías que manifiesten ese poderío en favor de los habitantes de su territorio, propósito que se logra a través del reconocimiento de los derechos constitucionales o fundamentales, como se les denominan en la actualidad.

#### **2.4.1.2. Expresiones de la teoría Neoconstitucional**

Con el término expresiones del neoconstitucionalismo nos referimos a los aspectos jurídicos fundamentales sobre los que se desarrolla.

##### **Prevalencia de los principios sobre reglas**

Para el neoconstitucionalismo el término regla tiene un significado diferente al tradicional, pues no se utiliza para referirse a las normas jurídicas y la ley. Para el neoconstitucionalismo las reglas comprenden los principios de legalidad y de congruencia de acuerdo con los cuales se exige que exista una rigurosa estricta equivalencia entre las pretensiones formuladas por las partes entradas en un proceso y las decisiones que toma el Juez que debe decidir el conflicto.

Para tal efecto, la doctrina neoconstitucional “(...) suele diferenciar entre problemas fáciles y difíciles en cuanto, para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma y en tal sentido, se produce un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la ley. Pero a su vez también concurren en el derecho muchos problemas difíciles, a los cuales no les basta la presencia de la ley y respecto de los cuales, los principios generales del derecho constituyen

solo parte de un marco aplicativo integrador. En dichos casos complejos, vamos a tener necesidad sustantiva de acudir a criterios interpretativos, en los cuales los principios van a desempeñar un rol sustancial.” (Dworkin, 1993:146) Es decir, la solución de los conflictos o casos que se consideran fáciles la halla el juez en la norma y por el contrario, para los casos o procesos difíciles el Juez debe además acudir a la aplicación de los principios y valores establecidos por la Constitución sin desconocer las pretensiones de las partes, que resultan ser su límite.

### **Prevalencia de la ponderación sobre la subsunción**

El Neoconstitucionalismo parte de concebir que “la subsunción corresponde al tradicional silogismo aristotélico conforme al cual existe una premisa mayor, representada por la norma; una premisa menor: vinculada a cuestiones fácticas, y una conclusión, que implica la transposición o superposición de los hechos contenidos en el problema en los supuestos de la norma. Actividad que con el transcurso del tiempo ha originado en cierto modo “una concepción mecanicista” (Recasens, 1980:180) es decir, la subsunción como principio para resolver un conflicto por parte del órgano jurisdiccional, se realiza de manera mecánica, limitándose simplemente a adecuar la situación fáctica o conflicto a la norma y aplicar las consecuencias previstas en ella para el evento.

En cambio, la ponderación parte de la incapacidad de la ley para presentar la solución al caso, de manera que solucionarlo resulta obligatorio aplicar los principios constitucionales toda vez que éstos poseen valores que sobrepasan a la norma en sí, en este evento la solución del caso se fundamenta en la defensa de los derechos fundamentales depositarios de los principios, valores y directrices Constitucionales, dicho en otras palabras “(...) En la ponderación, en abstracto, trazamos una línea de valoración entre los principios y fijamos valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve. Del mismo modo, estimamos la prevalencia de un principio frente a otro más solo en condiciones de “jerarquía móvil y bajo las condiciones fácticas X.Y.Z.” (Prieto 2003:27).

La ponderación para el neoconstitucionalismo, constituye una herramienta a través de la cual el Juez puede llegar a resolver un caso o situación no contemplado en la norma, aplicando e interpretando principios, valores y derechos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales ratificados por el Estado, lo que significa que el Juez está facultado, incluso

para dar prevalencia a un derecho sobre otro pero, limitándolo al caso o situación concreta, conducta que para el neoconstitucionalismo constituye la denominada “jerarquía móvil de los derechos”

Acorde con el problema planteado en esta investigación, debemos tener presente que, la ponderación hace referencia al principio de proporcionalidad, dado que se trata establecer la magnitud en que el Estado ha tenido injerencia en el ejercicio del derecho

### **Prevalencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico**

Para el Estado Neoconstitucional no pueden existir espacios en el Estado libres o no sometidos al control constitucional dado que, la Constitución encarna o personifica un valor supremo compuesto por: principios, valores y derechos fundamentales, que deben tener eficacia en todo el ordenamiento jurídico.

El principio del Valor supremo de la Constitución ha sido asimilado por el Tribunal Constitucional concibiéndolo como “(...) el principio de unidad de la Constitución como un todo, como la existencia de muchas normas jurídicas que, aún todas ellas con contenidos distintos e incluso a veces hasta incompatibles, están en su totalidad, subordinadas a la Constitución, es decir, le deben obediencia, en una estela de acatamiento de los postulados de la Norma *normarum*. En consecuencia, podrán existir normas que en apariencia contradicen a la Constitución pero sin embargo, tras una interpretación del principio de unidad, debemos entender que dichas normas se subordinan y sujetan a los postulados de la Carta Fundamental.” (Tribunal Constitucional, Sala Plena EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC)

De esta manera podemos afirmar que una de las manifestaciones esenciales del neoconstitucionalismo es el del Valor supremo de la Constitución conforme con el cual toda la normatividad que existe en el Estado debe observar los principios, valores y derechos que la Constitución contiene.

### **Prevalencia del pronunciamiento judicial sobre la autonomía del legislador**

La doctrina no ha sido unánime al interpretar esta manifestación del neoconstitucionalismo es así como un sector manifiesta que ante un conflicto “(...) la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas(...)”(Schmit, 2001:26), planteamiento que permite colegir que en el Estado Neoconstitucional la actividad de los

Jueces resulta fundamental pues los casos se resuelven gracias a la interpretación que ellos realizan de los principios, valores y derechos constitucionales y no a la voluntad expresada por el legislador en las normas.

## **2.5. Conceptos relacionados con la investigación**

**Derechos fundamentales.** Conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas por la Constitución y los instrumentos internacionales

**Imputado:** Es uno de los sujetos procesales, sujeto de la raza humana a la que le sindicamos de haber cometido una conducta y que adquiere esta calidad después del acto de la imputación de cargos realizada en audiencia o mediante la formalización de la disposición de legalización y continuación de la investigación preparatoria.

**Medida cautelar:** Son actuaciones desarrolladas dentro de un proceso por quien haya sido legalmente legitimado con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia favorable a él.

**Medida de coerción personal:** Mecanismo mediante el cual se restringe la libertad de tránsito del imputado en el proceso penal. .

**Medio de prueba:** prueba actuada durante la investigación preparatoria.

**Ministerio Público:** Ente encargado por mandato constitucional de investigar el delito.

**Motivar.** Explicar o justificar los motivos o razones por las cuales se actúa de determinada manera. En nuestro caso explicar cómo se configuran los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

**Órgano de prueba:** Persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga tales como: el imputado, el agraviado, el perito, el testigo, etc.

**Presupuestos materiales:** Motivos que justifican la imposición de una medida de coerción., para el caso de la prisión preventiva están establecidos en la Casación 626-2013 Moquegua.

**Proceso penal:** Conjunto ordenado de actuaciones procesales preestablecidos por la ley, con el objeto de investigar y sancionar a quienes resulten responsables de la comisión de conductas tipificadas como delitos en la ley penal.

**Requerimiento Fiscal.** Constituye uno de los actos que el Ministerio Público puede dictar durante el proceso para “(...) dirigirse al Juez solicitando la realización de un acto procesal.” (Código Procesal Penal art. 122)

**Sujetos Procesales:** Partes intervinientes en el proceso penal el Código Procesal Penal considera como tales al juez, al fiscal, al imputado y su defensor, el actor civil y su defensor y al tercero civilmente responsable.

**Sustentar:** defender una idea o posición en nuestro caso el requerimiento de prisión preventiva.

## **2.6. HIPOTESIS**

### **2.6.1. Hipótesis Principal**

La proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado genera dos tipos de consecuencias: para el imputado ser privado de la libertad sin haber tenido la posibilidad de debatir este presupuesto y para el funcionamiento de la administración de justicia por que con esta actuación el Juez desconoce los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen este tipo de actuación procesal.

### **2.6.2. Hipótesis Específicas**

- 1) Las principales las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado son que se ve abocado a cumplir con una medida libertad que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación.
- 2) Los principios del proceso penal que afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal son: de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen este tipo de actuación procesal.

## **CAPITULO III:**

### **METODO**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACION**

El tipo de investigación utilizado en este trabajo aplicada- propositiva en la medida de que luego de fundamentarse conforme a los criterios expuestos por la doctrina, los parámetros señalados por la legislación y la jurisprudencia se presentan los resultados, los cuales se esperan sean tomados en cuenta por el Fiscal General de la Nación y el Presidente del Poder Judicial para corregir las falencias que los fiscales y los jueces presentan en la prisión preventiva y a la vez, a través de la recomendaciones se proponen las modificaciones que se considerar apropiadas para superar el impase planteado.

#### **3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

El nivel de investigación aplicado fue el explicativo descriptivo por que se explicara con fundamento en la información proporcionada por el marco teórico la manera como el Juez al declarar la proporcionalidad de la prisión preventiva sin que el Fiscal haya cumplido con su obligación de fundamentarla afecta al imputado y a la vez, desconoce principios del proceso penal para luego presentar los resultados obtenidos a partir de la encuesta.

#### **3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

En esta investigación aplicaron los métodos de investigación propios de la ciencia jurídica, así:

**El método sistemático.** Este método permitió indagar la manera como la ley, la doctrina y la jurisprudencia establecen la proporcionalidad de la prisión preventiva y la prisión preventiva. .

**Exegético.** Para estudiar las variables de la investigación: la proporcionalidad de la prisión preventiva y la prisión preventiva, tal como han sido consagradas por la legislación.

**Histórico:** A través del método histórico se pudo establecer la manera cómo ha evolucionado la proporcionalidad de la prisión preventiva y la prisión preventiva.

### **3.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

A través del diseño de la investigación, el investigador establece el procedimiento por medio del cual se conseguirá la información requerida. Dentro de ese contexto podemos señalar que se aplicó el diseño no experimental, descriptivo, trasversal.

Esta investigación utilizó el diseño no experimental porque, el investigador no manipulo o maniobro voluntariamente ninguna de las variables: la proporcionalidad de la prisión preventiva y la prisión preventiva, su actuación se limitó a observarlas de la manera como han sido presentadas por las fuentes de la investigación.

Gracias al diseño descriptivo se presentan los valores obtenidos para las variables de la investigación.

A través del diseño trasversal se recaudaron: información y valores de las variables con fundamento en los que se pudo establecer su incidencia entre el veintisiete de febrero de 2016 al veintisiete de diciembre de 2016.

### **3.5. ESTRATEGIA DE PRUEBA DE HIPÓTESIS**

Para probar la hipótesis principal de la investigación se llevó a cabo el siguiente procedimiento:

- A. Se especificaron las hipótesis principal y nula dentro de la investigación.
- B. Se señaló el margen de error permitido en la investigación = 5%.
- C. Se obtuvo la muestra de la investigación y se le aplico la encuesta.
- D. Se recibieron los datos de la encuesta y se ingresaron al software SPSS.
- E. Se analizó en las tablas de correlación, anova y coeficiente el nivel de significancia arrojado comparándolo con el margen de error admitido, con el objeto de rechazar la hipótesis nula si el valor de la significancia es menor que el margen de error.

### **3.6. OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES DE LA INVESTIGACION**

#### **VARIABLE INDEPEDIENTE**

#### **X. PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA**

INDICADORES:

X.1. Idoneidad

X.2. Necesidad

X.3. Ponderación

#### **VARIABLE DEPENDIENTE**

#### **Y. PRISION PREVENTIVA**

INDICADORES:

Y.1. Requerimiento Fiscal

Y.2. Presupuestos materiales

Y.3. Fundamentar

### **3.7. POBLACIÓN DE LA INVESTIGACION**

Estuvo constituida por 130 sujetos así: Miembros del Ministerio Público de Lima Centro, Jueces Penales, Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción- de Lima Centro, Abogados defensores del Estado de Lima Centro, miembros de la Defensoría Pública de Lima Centro, Abogados litigantes en el área de derecho penal en Lima Centro.

### **3.8. MUESTRA DE LA INVESTIGACION**

La muestra la conformaron 97 personas: Miembros del Ministerio Público de Lima Centro, Jueces Penales, Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción- de Lima Centro, Abogados defensores del Estado de Lima Centro, miembros de la Defensoría Pública de Lima Centro, Abogados litigantes en el área de derecho penal en Lima Centro.

La muestra fue establecida empleando el método no probabilístico y a través de la siguiente formula:

$$n = \frac{n_o}{1 + \frac{n_o}{N}}$$

Donde

$$n_o = p * (1 - p) * \left[ \frac{z \left( 1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$1 - \frac{\alpha}{2} = 0.05$

$z(1 - \alpha/2) = 1.64$

P = proporción esperada 0.5

d = precisión (en su investigación use un 5%).

Z = nivel de confianza 90%

**Configuración:**

| COLABORADOR   | CIFRA | PROCENTAGE |
|---|-------|------------|
| Miembros del Ministerio Público de Lima Centro  | 25    | 25.77      |
| Jueces Penales, Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción- de Lima Centro. | 15    | 15.46      |
| Abogados defensores del Estado de Lima Centro   | 14    | 14.4.3     |
| Defensores Públicos de Lima Centro.   | 16    | 16.49      |
| Abogados litigantes en el área de derecho penal en Lima Centro.                                     | 27    | 27.83      |
| <b>TOTAL</b>  | 97    | 99.98      |

### 3.9. Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos

Las técnicas e instrumentos de recopilación de datos que se utilizaron en la investigación fueron los siguientes:

- 1) **La encuesta.** Esta técnica se aplicó a las 97 personas que conforman la muestra que respondan preguntas sobre proporcionalidad en la prisión preventiva y la prisión preventiva, a través del cuestionario instrumento utilizado.
- 2) **La toma de información.** Esta técnica permitió la obtención de la información contenida en las fuentes de la investigación referida a proporcionalidad en la prisión preventiva y la prisión preventiva, el instrumento que facilitó el empleo de esta técnica fue: las fichas bibliográficas, contentivas de anotaciones extraídas de las fuentes.
- 3) **El Análisis documental.** A través de esta técnica se juzgó la importancia de la información obtenida sobre proporcionalidad en la prisión preventiva y la prisión preventiva y se determinó su relevancia por medio del instrumento Guía de análisis documental.

### 3.10. Técnicas de procesamiento de información

La información disponible para la realización de este trabajo se procesó empleando las siguientes técnicas:

- 1) **Ordenamiento y clasificación.** Se empleó para organizar la información proporcionada por las fuentes de la investigación acerca de las variables de la investigación, de manera que su consulta sea sencilla.
- 2) **Registro manual.** Permite la transcripción de la información que se utilizó como sustento de la investigación
- 3) **Proceso computarizado con SPSS.** Proporciono los datos sobre las variables proporcionalidad en la prisión preventiva y la prisión preventiva contenidas en las tablas analizadas en la contrastación de la hipótesis.

### 3.11. Técnicas de análisis de información

Se aplicaron las siguientes técnicas:

- 1) **Análisis documental.** Habilitó el examen y análisis de la información en las fuentes de investigación sobre las variables de la investigación.
- 2) **Conciliación de datos.** Posibilitó que los datos sobre las variables de la investigación: proporcionalidad en la prisión preventiva y la prisión preventiva obtenidos de las tablas de correlación, anova y coeficiente fueron conciliados y analizados.

## CAPITULO IV:

### RESULTADOS

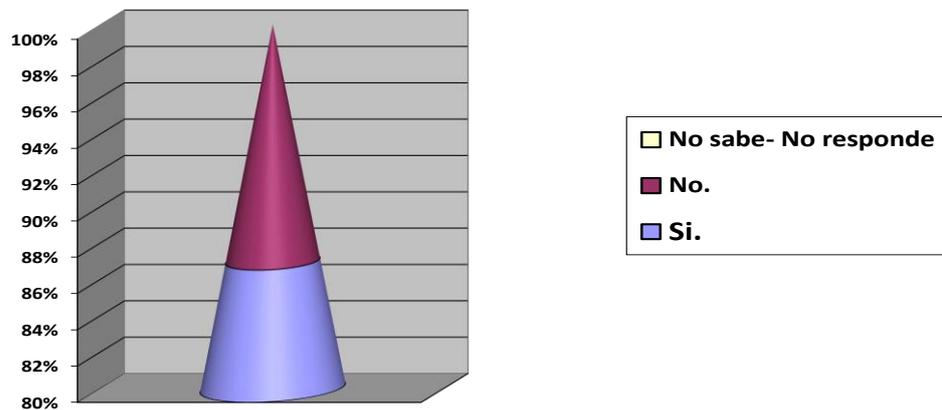
#### 4.1. ANALISIS Y RESULTADOS DE LA ENCUESTA

##### PREGUNTA No. 1

¿Está usted de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional el Fiscal y con mayor énfasis el Juez, debe analizar los sub principios de idoneidad, necesidad y Ponderación en sentido estricto?

| CONTESTARON          | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|----------------------|----------|------------|
| Si                   | 87       | 87.00      |
| No.                  | 13       | 13.00      |
| No sabe- No responde | 00       | 00.00      |
| TOTAL                | 100      | 100.00     |

##### REPRESENTACIÓN:



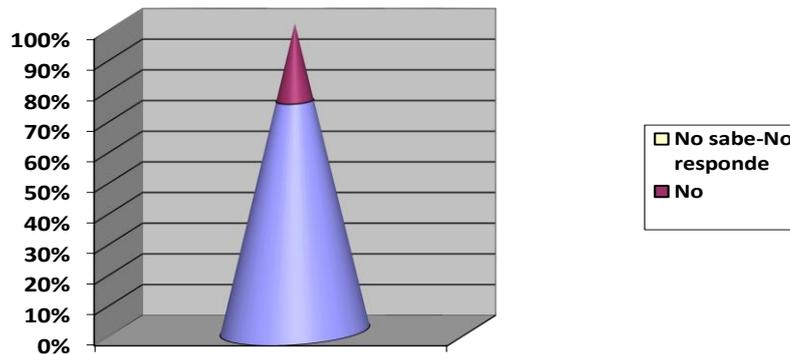
**Resultado:** El 87% de los encuestados esta acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional el Fiscal y con mayor énfasis el Juez, debe analizar los sub principios de idoneidad, necesidad y Ponderación en sentido estricto.

### PREGUNTA No. 2:

¿Sabía usted que el sub principio de idoneidad o adecuación señala que resulta proporcional la restricción de un derecho, solo cuando ésta sirva para favorecer el ejercicio de otro derecho?

| CONTESTARON         | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|---------------------|------------|---------------|
| Sí.                 | 75         | 75.00         |
| No                  | 25         | 25.00         |
| No sabe-No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>        | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



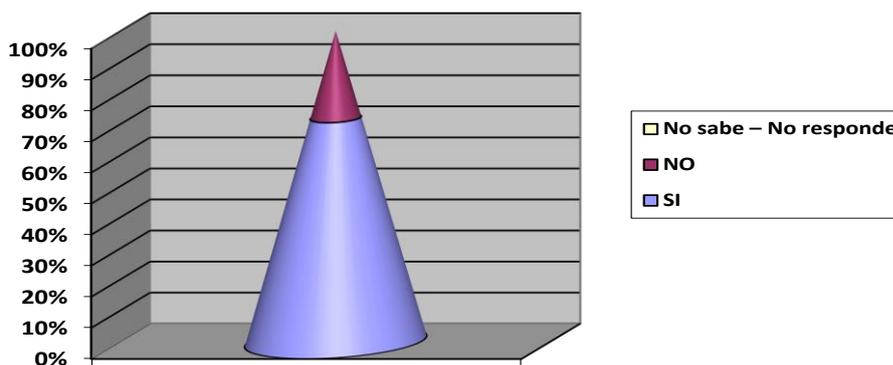
**Resultado:** El 75% de los encuestado sabía usted que el sub principio de idoneidad o adecuación señala que resulta proporcional la restricción de un derecho, solo cuando ésta sirva para favorecer el ejercicio de otro derecho.

### PREGUNTA No. 3

¿Está usted de acuerdo con que la prisión preventiva resulte idónea se debe demostrar que la restricción de la libertad del imputado contribuye a la realización o ejercicio de otro derecho?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 85         | 72.00         |
| No                    | 10         | 28.00         |
| No sabe – No responde | 05         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

#### REPRESENTACION:



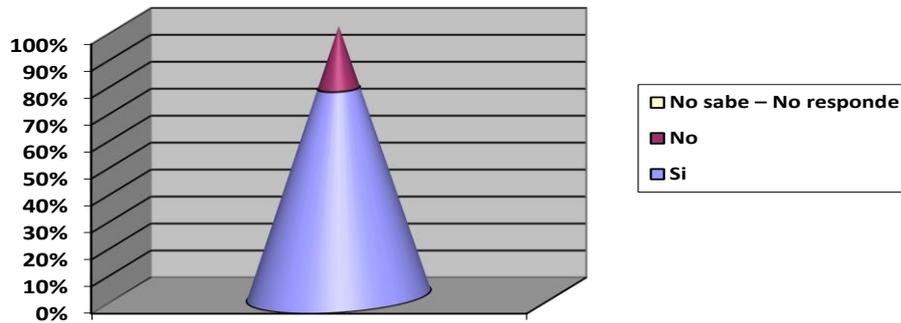
**Resultado:** El 72 % de los encuestados está de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte idónea se debe demostrar que la restricción de la libertad del imputado contribuye a la realización o ejercicio de otro derecho.

#### PREGUNTA No. 4

¿Conocía usted que el sub principio de necesidad señala que la restricción de un derecho resulta proporcional si la medida utilizada para tal fin es la menos restrictiva de todas las que están autorizadas para ese fin?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 77         | 77.00         |
| No                    | 23         | 23.00         |
| No sabe – No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

#### REPRESENTACION:



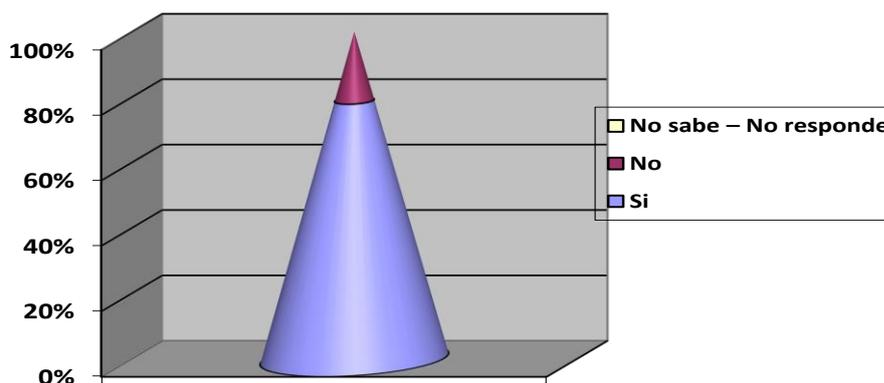
**Resultado:** El 77% de los encuestados acepto conocer el sub principio de necesidad señala que la restricción de un derecho resulta proporcional si la medida utilizada para tal fin es la menos restrictiva de todas las que están autorizadas para ese fin.

### PREGUNTA No. 5

¿Está usted de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar y fundamentar porque se aplica esta medida de coerción personal o no las otras prevista por el Código Procesal Penal?

| CONTESTARON          | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|----------------------|------------|---------------|
| Si                   | 83         | 83.00         |
| No                   | 17         | 17.00         |
| No sabe- No responde | 00         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>         | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### RESPRESENTACION



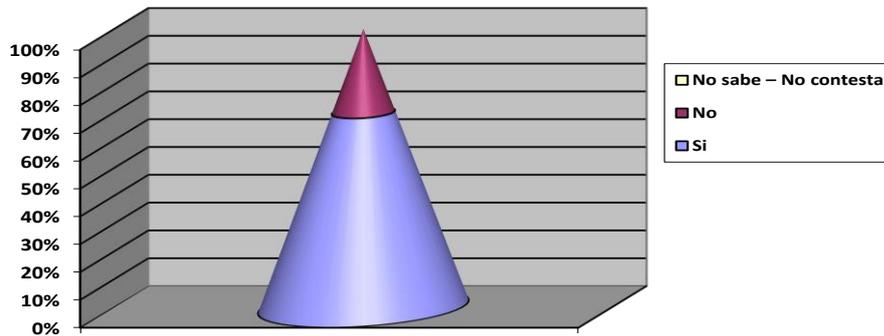
**Resultado:** El 83% de los encuestados estuvo de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar y fundamentar porque se aplica esta medida de coerción personal o no las otras prevista por el Código Procesal Penal.

### PREGUNTA No. 6

¿Sabía usted que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto indica que la restricción de un derecho es proporcional cuando se demuestra la existencia real y actual de un riesgo para el ejercicio del otro derecho?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 70         | 70.00         |
| No                    | 30         | 30.00         |
| No sabe – No contesta | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



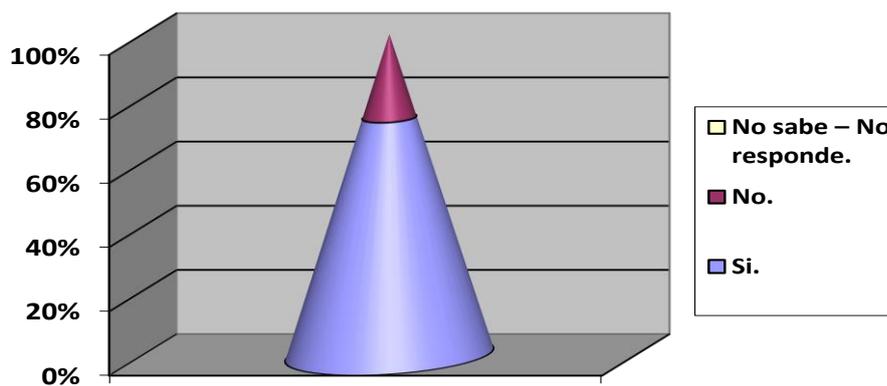
**Resultado:** El 70% de los encuestados acepto saber que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto indica que la restricción de un derecho es proporcional cuando se demuestra la existencia real y actual de un riesgo para el ejercicio del otro derecho.

### PREGUNTA No. 7

¿Concuerda usted con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar, fundamentar y demostrar que existe un riesgo actual para el ejercicio de otro derecho?

| CONTESTARON            | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|------------------------|------------|---------------|
| Sí.                    | 74         | 74.00         |
| No.                    | 26         | 26.00         |
| No sabe – No responde. | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>           | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



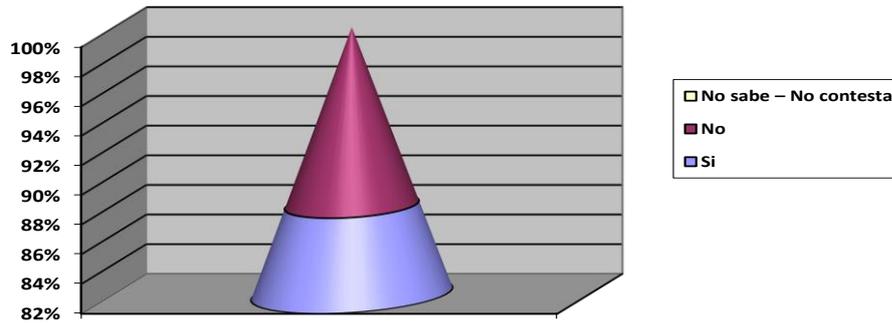
**Resultado:** El 74% de los encuestados concordó con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar, fundamentar y demostrar que existe un riesgo actual para el ejercicio de otro derecho.

### PREGUNTA No. 8

¿Conocía usted que el Fiscal debe solicitar al Juez la imposición de la prisión preventiva a través de un requerimiento?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 88         | 88.00         |
| No                    | 12         | 12.00         |
| No sabe – No contesta | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



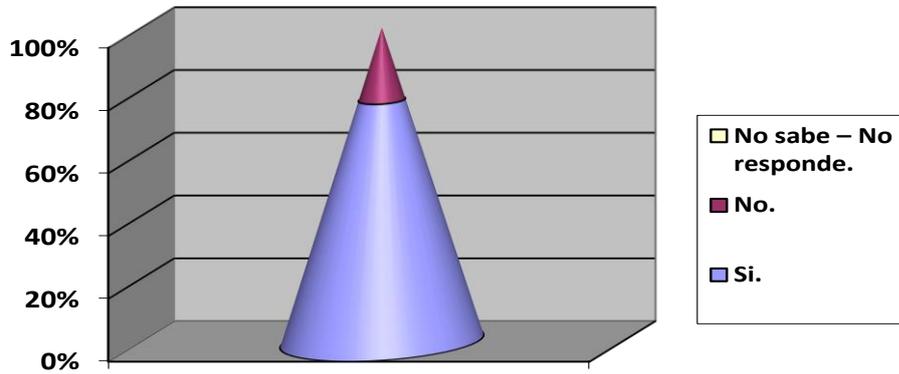
**Resultado:** El 88% de los encuestados acepto conocer que el Fiscal debe solicitar al Juez la imposición de la prisión preventiva a través de un requerimiento.

**PREGUNTA No. 9:**

¿Sabía usted que el requerimiento Fiscal está indicado por el artículo 122 del Código Procesal Penal para solicitar al Juez la realización de un acto procesal?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Sí.                   | 77         | 77.00         |
| No.                   | 23         | 23.00         |
| No sabe- No responde. | 00         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

**REPRESENTACION:**



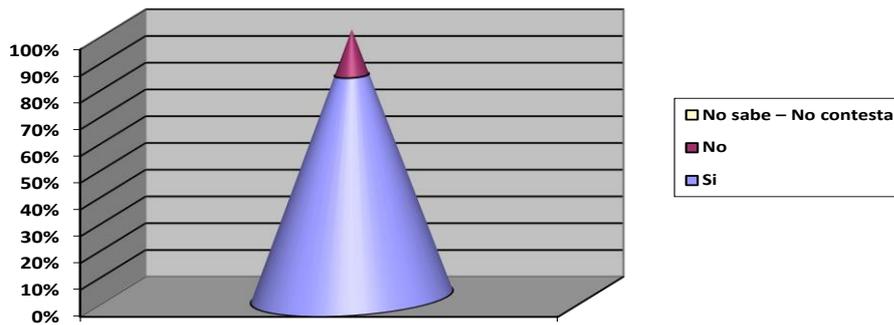
**Resultado:** El 77% de los encuestados acepto saber que el requerimiento Fiscal está indicado por el artículo 122 del Código Procesal Penal para solicitar al Juez la realización de un acto procesal.

**PREGUNTA No. 10:**

¿Sabía usted que a partir de la Casación 626 Moquegua los presupuestos materiales de la prisión preventiva son cinco?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 86         | 83.00         |
| No                    | 08         | 17.00         |
| No sabe – No contesta | 06         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

**REPRESENTACION:**



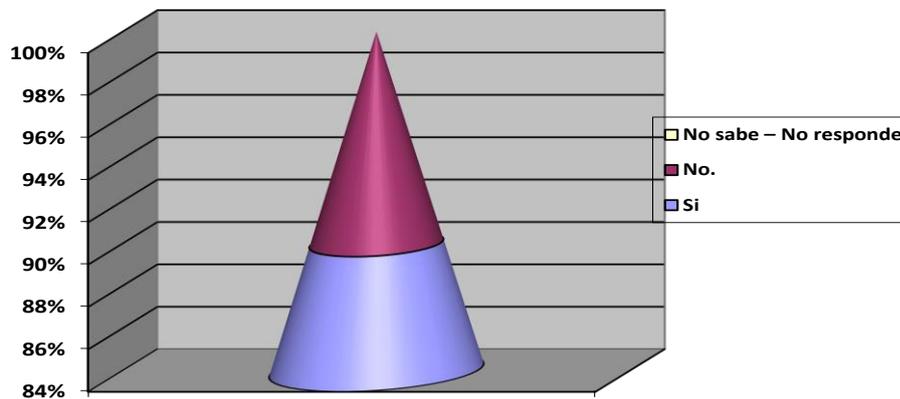
**Resultado:** El 83% de los encuestados acepto saber que a partir de la Casación 626 Moquegua los presupuestos materiales de la prisión preventiva son cinco.

### PREGUNTA No.11

¿Conocía usted que el presupuesto material más importante para la prisión preventiva es el peligro de fuga?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 87         | 90.00         |
| No.                   | 13         | 10.00         |
| No sabe – No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



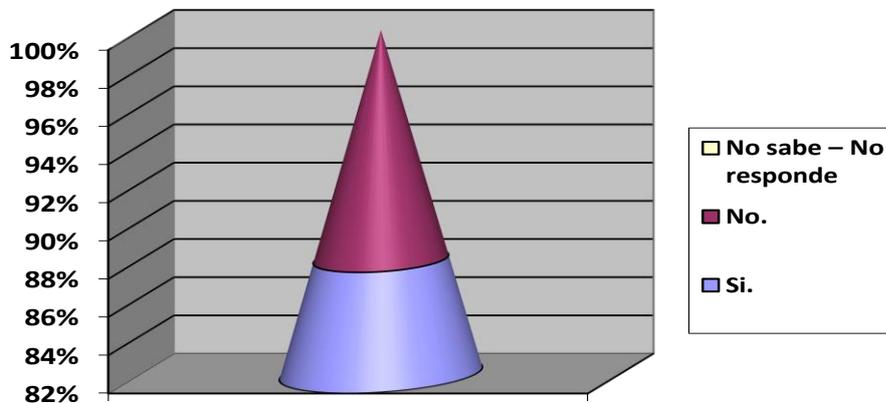
Resultado: El 90% de los encuestados acepto conocer que el presupuesto material más importante para la prisión preventiva es el peligro de fuga.

### PREGUNTA No. 12

¿Está usted de acuerdo con que el Fiscal, es su requerimiento y el Juez al dictar la medida, están obligados a fundamentar todos y cada uno de los presupuesto de la prisión preventiva?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si.                   | 88         | 88.00         |
| No.                   | 10         | 12.00         |
| No sabe – No responde | 02         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### PRESENTACION:



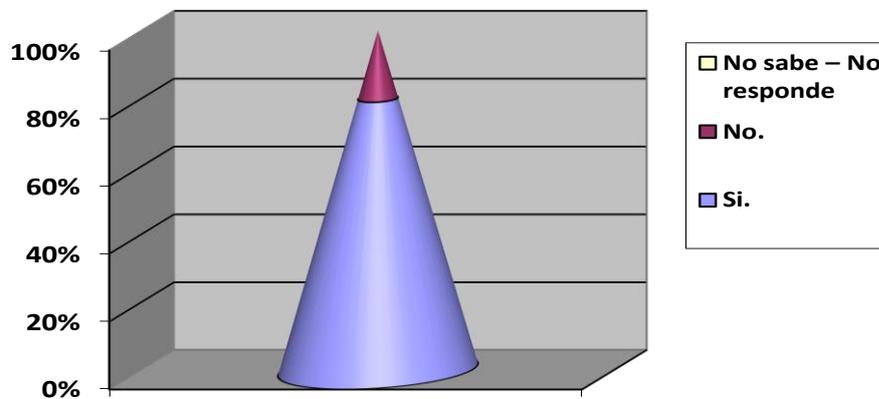
**Resultado:** El 88% de los encuestados estuvo de acuerdo con que el Fiscal, es su requerimiento y el Juez al dictar la medida, están obligados a fundamentar todos y cada uno de los presupuesto de la prisión preventiva.

### PREGUNTA No. 13

¿Concuerta usted con que fundamentar los presupuestos de la prisión preventiva implica, demostrar su configuración para en el caso concreto y que medios de prueba los sustentan?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Sí.                   | 80         | 80.00         |
| No.                   | 20         | 20.00         |
| No sabe – No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



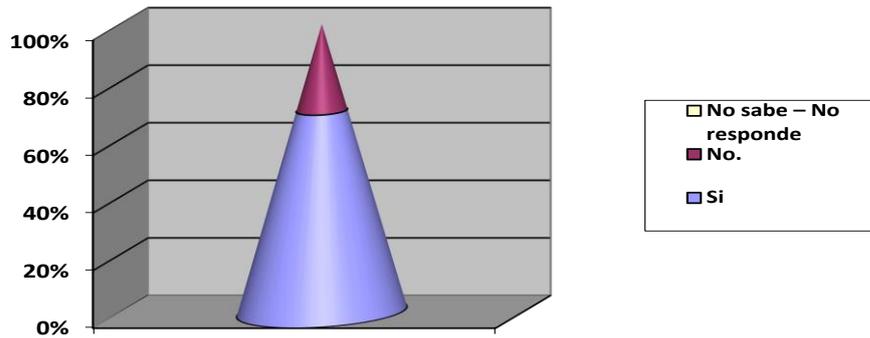
**Resultado:** El 80% de los encuestados concordó con que fundamentar los presupuestos de la prisión preventiva implica, demostrar su configuración para en el caso concreto y que medios de prueba los sustentan.

**PREGUNTA No. 14:**

¿Conocía usted que se ha hecho costumbre que el Juez declare proporcional la prisión preventiva sin que el Fiscal haya fundamentado este presupuesto?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Si                    | 90         | 70.00         |
| No.                   | 10         | 30.00         |
| No sabe – No responde | 00         | 0.00          |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

**REPRESENTACION:**



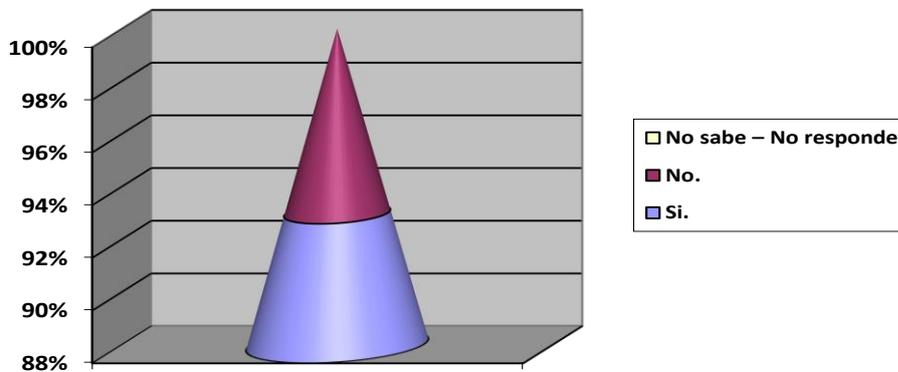
**Resultado:** El 70% de los encuestados acepto conocer que se ha hecho costumbre que el Juez declare proporcional la prisión preventiva sin que el Fiscal haya fundamentado este presupuesto.

### PREGUNTA No. 15

¿Concuerda usted con que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera que el imputado deba cumplir con una medida que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Sí.                   | 93         | 93.00         |
| No.                   | 07         | 7.00          |
| No sabe – No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



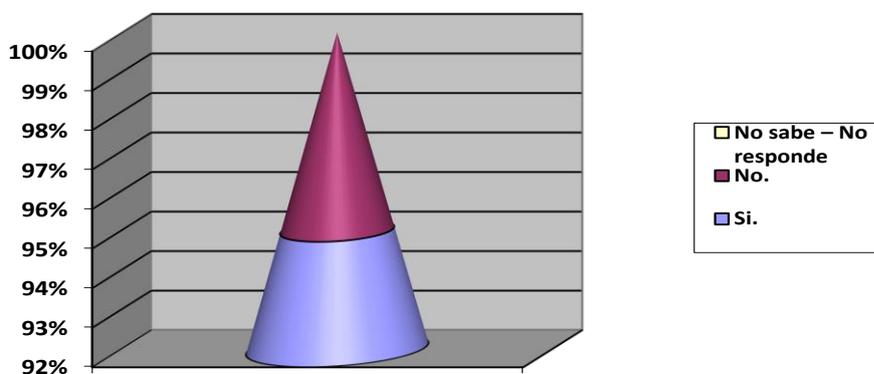
**Resultado:** El 93% de los encuestados concordó con que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera que el imputado deba cumplir con una medida que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación

### PREGUNTA No. 16

¿Está usted de acuerdo con que el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal principios afecta los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen el proceso penal?

| CONTESTARON           | CANTIDAD   | PORCENTAJE    |
|-----------------------|------------|---------------|
| Sí.                   | 95         | 9.00          |
| No.                   | 05         | 5.00          |
| No sabe – No responde | 00         | 00.00         |
| <b>TOTAL</b>          | <b>100</b> | <b>100.00</b> |

### REPRESENTACION:



**Resultado:** El 95% de los encuestados estuvo de acuerdo con que el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal principios afecta los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen el proceso penal.

## 4.2. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

Contrastar la hipótesis constituye un proceso dirigido a comprobar la validez de la hipótesis principal formulada o propuesta por el investigador. Para tal efecto se inicia definiendo:

### **La Hipótesis Alternativa o principal:**

- 1) **H1:** La proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado genera dos tipos de consecuencias: para el imputado ser privado de la libertad sin haber tenido la posibilidad de debatir este presupuesto y para el funcionamiento de la administración de justicia por que con esta actuación el Juez desconoce los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen este tipo de actuación procesal.

### **La hipótesis nula:**

**H0:** La proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado NO genera dos tipos de consecuencias para el imputado NI desconoce los principios que rigen este tipo de actuación procesal.

## **CONTRASTACION POR CORRELACION DE VARIABLES**

En la contrastación por correlación de variables se analizan dos valores:

Primero: la correlación de variables: que busca medir la relación que se presenta entre las variables de la investigación a través de: el coeficiente de correlación y el grado de significancia.

El Coeficiente de correlación se representa por la letra  $R$  y su valor fluctúa entre -1 a 1.

Debiéndose a entender que si el valor de  $R$  es más cercano a 1 es más fuerte la relación entre las variables.

Dependiendo del valor del coeficiente de correlación la correlación puede ser:

- 1) Perfecta si el valor de  $R = 1$

- 2) Excelente si el valor de  $R = 0.9 \leq R < 1$
- 3) Buena si el valor de  $R = 0.8 \leq R < 0.9$
- 4) Regular si el valor de  $R = 0.5 \leq R < 0.8$
- 5) Mala si el valor de  $R < 0.5$

Segundo: la significancia estadística, representado por la letra P, se conoce técnicamente como el valor de significancia, está dirigida a probar que entre las variables de la investigación existe una diferencia real que no se origina en la casualidad sino que es producto del tipo de investigación realizado. Cuanto menor sea el valor de P menor es la probabilidad de que los resultados de la investigación se hayan producido por casualidad, si el valor de P es menor de 0.05 indica que existe un 95% de probabilidad de que los resultados de la investigación sean reales, producto de su investigación o que se acepta un margen de error del 5%.

**VALORES DE LA CORRELACION PARA LA INVESTIGACION:**

| <b>VARIABLES DE LA INVESTIGACION</b>             | <b>INDICADORES ESTADISTICOS</b> | <b>PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA</b> | <b>PRISION PREVENTIVA</b> |
|--|---------------------------------|--|---------------------------|
| <b>PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA</b> | Correlación de Pearson          | 1  | <b>77.30%</b>             |
|  | Sig. (bilateral)                |  | <b>3.10%</b>              |
|  | Muestra                         | 97   | 97                        |
| <b>PRISION PREVENTIVA</b>                        | Correlación de Pearson          | <b>76.20%</b>                                    | 1                         |
|  | Sig. (bilateral)                | <b>3.10%</b>                                     |                           |
|  | Muestra                         | 97   | 97                        |

**DE LOS DATOS ARROJADOS POR LA TABLA:**

El valor Correlación de Pearson = 0.73 = 77.30%, de los que se infiere una correlación directa, aceptable.

El valor de significancia (p) = 3.10%, que resulta menor al 5% del margen de error aceptado el cual, permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alternativa o principal formulada por el investigador.

Como consecuencia de los valores obtenidos se puede concluir que, la correlación obtenida para la muestra es significativa y que dicho valor no se debe a la lógica y al tipo de investigación propuesto por el investigador y no a la casualidad.

## CONTRASTACION POR VARIANZA

La varianza es una característica de la muestra que cuantifica su dispersión o variabilidad en relación del valor promedio. La varianza tiene unidades al cuadrado de la variable. Su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

La varianza se representa como ANOVA y corresponde a la técnica que determina si las diferencias numéricas que existen entre las variables son significativas estadísticamente significativas.

La Tabla ANOVA, contiene los siguientes datos:

Suma de cuadrados,

Grados de libertad = (Gl)

Media cuadrática,

Estadístico = "F" y

Valor de significancia (Sig.)

El estadístico "F" es el cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza. Uno de estos estimadores se obtiene a partir de la variación existente entre las medias de regresión. El otro estimador se obtiene a partir de la variación residual. La Tabla de ANOVA, recoge una cuantificación de ambas fuentes de variación (sumas de cuadrados), los grados de libertad (gl) asociados a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad).

**TABLA ANOVA (b) DE LA INVESTIGACION:**

| Modelo |           | Suma de cuadrados | Gl | Media cuadrática | F       | Sig.     |
|--------|-----------|-------------------|----|------------------|---------|----------|
| 1      | Regresión | 73.321%           | 1  | 73.321%          | 7.4312% | 3.10%(a) |
|        | Residual  | 42.569%           | 5  | 7.714%           |         |          |
|        | Total     | 117.000%          | 6  |                  |         |          |

a. Variables Constante, independiente **PROPORCIONALIDAD**

**EN LA PRISION PREVENTIVA**

b. Variable dependiente. **PRISION PREVENTIVA**

**DE LOS DATOS ARROJADOS POR LA TABLA:**

Ahora, el cociente entre estas dos medias cuadráticas nos proporciona el valor del Estadístico “F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado. El valor del estadístico F: 7.431, el cual no es muy alto resulta representativo para la predicción del modelo lineal.

Luego tenemos el Valor sig = 3.10%. el cual comparado con el margen de error aceptado 5.00% resulta menor. Resultado que permite: rechazar de la hipótesis nula y en la aceptación de la hipótesis principal y aceptar el modelo obtenido a partir de la muestra considerada.

**CONTRASTACIÓN POR COEFICIENTES**

El Coeficiente de Regresión, que en un modelo de regresión lineal presenta los valores de “a” y “b” que determinan la expresión de la recta de regresión  $Y = a + bX$ .

La tabla de coeficientes contiene los siguientes datos:

Coeficientes no Estandarizados

Coeficientes Estandarizados o Coeficiente Beta

El valor de “t” y

El Grado de Significancia (Sig.)

Para que se puedan comparar los coeficientes, resulta necesario estimar los coeficientes de regresión estandarizados o coeficientes beta.

El coeficiente estandarizado o coeficiente beta muestra el peso relativo de cada variable, sin importar la unidad de medida en que se encuentren expresadas.

**TABLA DE COEFICIENTES (a) DE LA INVESTIGACION:**

| Modelo | Variables  | Coeficientes no estandarizados |            | Coeficientes estandarizados | T     | Sig.         |
|--------|--|--------------------------------|------------|-----------------------------|-------|--------------|
|        |  | B                              | Error típ. | Beta                        | B     | Error típ.   |
| 1      | <b>PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA</b> | 42.70%                         | 16.43%     | 78.35%                      | 2.30% | <b>3.10%</b> |
|        | <b>PRISION PREVENTIVA</b>                        | 54.20%                         | 17.75%     |                             | 2.72% | <b>3.30%</b> |

a. Variable dependiente: **PRISION PREVENTIVA**

**DE LOS DATOS ARROJADOS POR LA TABLA:**

En la tabla el coeficiente de regresión estandarizado para la variable dependiente: **PRISION PREVENTIVA** está vacío porque el estándar está dado justamente por dicha variable, en cambio el Coeficiente para la variable independiente: **PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA** es 78.35% que corresponde al peso de esta variable.

El Coeficiente no estandarizado, tiene dos sub-columnas, una para el Valor de cada variable en el contexto del modelo (B) y otra para el error típico. Luego, el valor de la variable dependiente **PRISION PREVENTIVA** es 54.20%, el cual, de acuerdo a convenciones generalmente aceptadas de la ciencia Estadística resulta significativo para el objetivo de la investigación.

El valor de “t”, para la variable dependiente es 2.72% el cual resulta favorable al tipo de investigación propuesto por el investigador.

El valor del grado de significancia se debe comparar el 5% del margen de error aceptado Grado de significancia (Sig.) obtenido en la tabla, para el caso de la variable dependiente **PRISION PREVENTIVA** es 3.30%, luego este valor es menor que el margen de error del 5.00% aceptado valor que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis principal.

El valor de Sig. para la variable Independiente **PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA** es de 3.10%, que también resulta menor valor del margen de error aceptado (5.00%) valor que también rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis principal.

## **CAPITULO V:**

### **5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS**

#### **5.1.1. DISCUSION RESULTADOS DE LA ENCUESTA**

De manera general se puede afirmar que, no ha se han podido comparar los resultados de la investigación con otros debido a que no se han elaborado investigaciones que consideren las mismas variables de investigación pero, a pesar de ello, éstos resultan razonables y no se presenta discusión sobre ellos para tal efecto, a continuación se consignan los valores obtenidos de la encuesta

El resultado de la pregunta No. 1 fue que: El 87% de los encuestados esta acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional el Fiscal y con mayor énfasis el Juez, debe analizar los sub principios de idoneidad, necesidad y Ponderación en sentido estricto.

El resultado de la pregunta No. 2 fue que: El 75% de los encuestado sabía usted que el sub principio de idoneidad o adecuación señala que resulta proporcional la restricción de un derecho, solo cuando ésta sirva para favorecer el ejercicio de otro derecho.

El resultado de la pregunta No. 3 fue que: El 72 % de los encuestados está de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte idónea se debe demostrar que la restricción de la libertad del imputado contribuye a la realización o ejercicio de otro derecho.

El resultado de la pregunta No. 4 fue que: El 77% de los encuestados acepto conocer el sub principio de necesidad señala que la restricción de un derecho resulta proporcional si la medida utilizada para tal fin es la menos restrictiva de todas las que están autorizadas para ese fin.

El resultado de la pregunta No. 5 fue que: El 83% de los encuestados estuvo de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar y fundamentar porque se aplica esta medida de coerción personal o no las otras prevista por el Código Procesal Penal.

El resultado de la pregunta No. 6 fue que: El 70% de los encuestados acepto saber que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto indica que la restricción de un derecho es proporcional cuando se demuestra la existencia real y actual de un riesgo para el ejercicio del otro derecho.

El resultado de la pregunta No. 7 fue que: El 74% de los encuestados concordó con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar, fundamentar y demostrar que existe un riesgo actual para el ejercicio de otro derecho.

El resultado de la pregunta No. 8 fue que: El 88% de los encuestados acepto conocer que el Fiscal debe solicitar al Juez la imposición de la prisión preventiva a través de un requerimiento.

El resultado de la pregunta No. 9 fue que: El 77% de los encuestados acepto saber que el requerimiento Fiscal está indicado por el artículo 122 del Código Procesal Penal para solicitar al Juez la realización de un acto procesal.

El resultado de la pregunta No. 10 fue que: El 83% de los encuestados acepto saber que a partir de la Casación 626 Moquegua los presupuestos materiales de la prisión preventiva son cinco.

El resultado de la pregunta No. 11 fue que: El 90% de los encuestados acepto conocer que el presupuesto material más importante para la prisión preventiva es el peligro de fuga.

El resultado de la pregunta No. 12 fue que: El 88% de los encuestados estuvo de acuerdo con que el Fiscal, es su requerimiento y el Juez al dictar la medida, están obligados a fundamentar todos y cada uno de los presupuesto de la prisión preventiva.

El resultado de la pregunta No. 13 fue que: El 80% de los encuestados concordó con que fundamentar los presupuestos de la prisión preventiva implica, demostrar su configuración para en el caso concreto y que medios de prueba los sustentan.

El resultado de la pregunta No. 14 fue que: El 70% de los encuestados acepto conocer que se ha hecho costumbre que el Juez declare proporcional la prisión preventiva sin que el Fiscal haya fundamentado este presupuesto.

El resultado de la pregunta No. 15 fue que: El 93% de los encuestados concordó con que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera que el imputado deba cumplir con una medida que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación.

El resultado de la pregunta No. 16 fue que: El 95% de los encuestados estuvo de acuerdo con que el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal principios afecta los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen el proceso penal.

### **5.1.2. DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LA CONTRASTACION ESTADISTICA**

De acuerdo con los valores obtenidos en la contrastación estadística de la hipótesis realizada se tiene:

En la correlación de variables lo más destacado es el valor que presentó la significancia (p) = 3.10%, que resulta menor al 5% del margen de error aceptado el cual permite: rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alternativa o principal formulada por el investigador y, afirmar que ese valor no se obtuvo por casualidad sino a consecuencia del tipo de investigación propuesto por el investigador.

La varianza o ANOVA, arrojó un Valor sig = 3.10%. el cual comparado con el margen de error aceptado 5.00% resulta menor. Resultado que permite: rechazar de la hipótesis nula y en la aceptación de la hipótesis principal y aceptar el modelo obtenido a partir de la muestra considerada.

Conforme a tabla de coeficientes El valor del Grado de significancia (Sig.) obtenido para la variable dependiente **PRISION PREVENTIVA** es 3.30%, luego este valor es menor que el margen de error del 5.00% aceptado valor que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis principal y para la variable Independiente **PROPORCIONALIDAD EN LA PRISION PREVENTIVA** es de 3.10%, que también resulta menor valor del margen de error aceptado (5.00%) valor que también rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis principal.

## 5.2. CONCLUSIONES

- 1) La mayoría de los Jueces Penales de Turno de Lima Centro, al dictar la prisión preventiva proceden a fundamentar su proporcionalidad a pesar de que el Fiscal no lo hizo en su momento, actitud que demuestra el desconocimiento de los principios que se deben observar en el desarrollo de esta audiencia propia del sistema acusatorio implementado por el Código Procesal Penal.
- 2) A pesar de que en el distrito judicial de Lima, rige el sistema acusatorio instaurado por el Código Procesal Penal solo para los delitos de corrupción y conexos, por mandato de primera disposición Complementaria Final de la Ley 30076, la prisión preventiva se debe dictar observando no solo las exigencias del Código Procesal sino también sus principios rectores, en especial el de asignación de roles y el de independencia judicial.
- 3) Conforme a los principios de independencia judicial y de asignación de roles no permiten que el Juez supla al Fiscal en la fundamentación de la Prisión Preventiva por que, el Juez debe limitar sus decisiones a lo solicitado expresamente por el Fiscal es decir, para el caso de esta investigación, conforme a los presupuestos fundamentados por el Fiscal.
- 4) En los casos en que el Juez declara fundado el requerimiento de prisión preventiva y fundamenta su proporcionalidad a pesar de que el Fiscal no lo hizo, se afectan: el derecho de defensa de imputado, dado que no ha podido controvertir este presupuesto y el derecho a su libertad de tránsito.
- 5) Conforme a los lineamientos del artículo 271.4 el Juez está facultado para dictar comparecencia restrictiva o simple cuando considera que el requerimiento presentado por el Fiscal no se encuentra fundado.
- 6) La encuesta mostro que, los operadores del derecho penal tienen escaso conocimiento del principio de proporcionalidad en consecuencia, no saben cómo fundamentarlo en la prisión preventiva.

### **5.3. RECOMENDACIONES**

- 1) Se recomienda al Fiscal General de la Nación organizar cursos de capacitación para los Fiscales sobre el principio de proporcionalidad y la manera como se debe fundamentar en la prisión preventiva.
- 2) Se exhorta al Presidente del Poder Judicial a que promueva la capacitación de los Jueces Penales en los principios del sistema acusatorio que deben ser observados en el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva.
- 3) Se recomienda al Colegio de Abogados a programar cursos de capacitación para los abogados sobre la aplicación de principio de proporcionalidad y la técnica para contrarrestar la fundamentación que el Fiscal realiza en la audiencia de prisión preventiva.

#### 5.4. REFERENCIAS

- ALEGRÍA, J, CONCO, C, y otros. (2011) “El principio de proporcionalidad en materia penal” Tesis Doctorado Universidad San Martín de Porres. Lima.
- ALEXY, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2001) *Teoría de los derechos fundamentales*. [Traducido al Español de Theorie Der Griindrechte]. Madrid, España. Centro de estudios constitucionales
- ALEXY, R. (2009) Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (11) 33-48 Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- ALMAGRO, J. y TOMÉ, J. (1994): *Instituciones de Derecho Procesal (Proceso Civil)*, 2ª edición, Madrid, España. Edit. Trivium.
- ALMEYDA, F. (2017) *La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de Cañete 2016* (Tesis Maestría) Universidad Cesar Vallejo. Lima. Perú.
- ARMENTA, T. (2003) *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Barcelona España. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- ARZAMENDIA, M, GÓMEZ, E., LABORANTI, N., *Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Prisión Preventiva: un análisis de su constitucionalidad*. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/alles.pdf>
- ASENCIO MELLADO, José María (s.f.) *La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú* Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacionprisionpreventiva.pdf>
- BARONA, S. (2005). *Prisión Provisional y medidas alternativas*. 1ª Edición. Barcelona, España Librería Bosch.

- BERNAL, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- BERNAL, C. (2005) *La estructura del principio de proporcionalidad*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- BERNAL, J. & MONTEALEGRE, E. (2013) *El Proceso Penal. T.II*, 6ª. Edición. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- BOBBIO, N. (1997) *Teoría del Ordenamiento Jurídico*. Madrid, España. Editorial Síntesis.
- CÁCERES, R. & IPARRAGUIRRE, R. (2007) *Código Procesal Penal Comentado*. Lima-Perú. Jurista Editores.
- CALAMANDREI, P. (1936) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Itralia, Cedam.
- CARBONELL, M. (2007) *El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*. Madrid, España. Edición de Miguel Carbonell.
- CARBONELL, M. (Ed.) (2008) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>
- CASTILLO, L. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6 (11), 127-151.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (30 de junio de 2015). Casación 626-2013 Moquegua. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20160508\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20160508_01.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Transitoria (21 de diciembre de 2015). Casación 631-2015 Arequipa. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20160508\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20160508_02.pdf)

- CUBAS, V. (2009) *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Primera Edición Lima. Palestra Editores.
- DE LA MATA, N. (2007) *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia.España. Tirant lo Blanch.
- DEL RIO LABARTHE, G. (2008) *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Perú. Ara.
- DWORKIN, R. (1993) *¿Los Derechos en Serio?* Buenos Aires. Argentina. Ed. Planeta
- FERRAJOLI, L. (2003) *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Madrid. España. Trotta.
- FIGUEROA, E. (2010) Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional ¿Hacia Nuevos Horizontes en el Derecho? *Revista Jurídica del Perú* (117) 43-57
- FIORAVANTI, M. (2000) *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Madrid. España. Trotta.
- FRISANCHO, M. (2013) *Manual para la aplicación de Código Procesal Penal*. 2ª Ed. Lima. Perú. Editorial Rodhas.
- GARCIA, F. (2002) *Manual de Derecho Penal Parte general y especial*. Lima-Perú. Ed. Legales.
- GARCÍA, J. (2007) *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid. España. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- GIMENO, V, MORENO, V. & CORTÉS, L. (2003) *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª. Madrid. España. Ed. Colex
- GIMENO, V. (2007) *Derecho Procesal Penal*. Madrid-España. Ed. Colex.
- HESSE, K. (1992) *Escritos de Derecho Constitucional*. 2da. Ed. Madrid. España. Centro de Estudios Constitucionales.
- HINOSTROZA, A. (2006) *El Embargo y otras medidas cautelares*. Lima. Perú. Ed. San Marcos.

- HORVITZ, M, y LOPEZ, J. (2002) *Derecho Procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- LLOBET, J. (2009) La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema Interamericano. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (24), 114-148.
- LOPERA, G. (2005) *Principio de Proporcionalidad y Ley penal*. Madrid. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MAIER, J.(1989) *Derecho Procesal Penal argentino*. Vol. 2. Buenos Aires. Argentina. Hammurabi.
- MARTÍNEZ, A& DE DOMINGO, T. (2010) *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional - Teoría general e implicaciones prácticas*. Lima. Perú. Palestra.
- MONROY, J. (2002) *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima-Perú. Ed. Comunidad.
- MORALES, X. (s.f.) La prisión preventiva. Postura de la Cámara de Apelaciones de Mendoza respecto al requisito de la proporcionalidad de la prisión preventiva” [Mensaje en un blog]. Recuperado de [http://iaepenal.com/revista/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1593%3Aproporcionalidad-de-la-prision-preventiva&catid=301%3Anumero-7&Itemid=39](http://iaepenal.com/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=1593%3Aproporcionalidad-de-la-prision-preventiva&catid=301%3Anumero-7&Itemid=39)
- NEYRA, J. (2010) *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Lima-Perú. Editorial IDEMSA.
- OLIVER, G. (2007) *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago. Chile Editorial Jurídica de Chile.
- ORE, A. (2013) *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I Primera Reimpresión*. Lima. Perú. Editorial Reforma S.A.C.

- PECES, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: España. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- PEDRAZ, E. (1990) El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada Alemana *Revista poder judicial*, (17) 69-100.
- PEÑA CABRERA, A. (2006) *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Perú. Rhodas SAC.
- PRIETO, L. (2003) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid. España. Trotta.
- PRIETO, L. (2005) *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Madrid. España. Trotta.
- RECASENS, L. (1980) *La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX*. México, Ed. Porrúa S.A.
- REYNA, L. (2011) *El Proceso Penal aplicado conforme al Código Procesal Penal. Segunda Edición*. Lima, Perú. Grijley.
- ROJAS, Ivonne (s.f.) *La proporcionalidad en las penas* Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
- ROXIN, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires-Argentina. Ed. Del Puerto S.R.L.
- SAN MARTIN, C. (2014) *Derecho Procesal Penal*. Lima. Perú. Griley.
- SANCHEZ, P.. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Perú. Idemsa
- SCHMIT, K. (2001) *Legalidad y legitimidad*. México. Fondo de Cultura Económica.
- SOTO, Á. (2015) *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en materia de Derechos Fundamentales*. (Tesis pregrado) Universidad de Salamanca España. Recuperado

de

[https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127331/1/TG\\_SotoGarcia\\_Principio.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127331/1/TG_SotoGarcia_Principio.pdf)

Tribunal Constitucional, Sala Plena (10 de junio de 2008) Exp. 579-2008-PA/TC Lima  
Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional, Sala Plena (22 de marzo de 2016) Exp. 03864-2014-PA/TC,  
Lima, Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03864-2014-AA.pdf>

Tribunal Constitucional, Sala Plena (8 de noviembre 2005). Exp. 5854-2005-PA/TC, Lima  
Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

VALLE, Y. (s.f.) *Importancia del principio de proporcionalidad en la Prisión Preventiva*.  
Recuperado de <http://themis.pe/wp/wp-content/uploads/2016/07/IMPORTANCIA-DEL-PRINCIPIO-DE-PROPORCIONALIDAD-EN-LA-PRISI%C3%93N-PREVENTIVA-Yunior-Romel-Valle-De-La-Cruz.docx>

VASQUEZ, J. (2004) *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Argentina, Buenos Aires.  
Rubianzal Culzoni Editores.

VECINA, J. (1994) *Las Medidas Cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid. España. Colex.

VILLAVARDE, I, et al (2004) *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*. Madrid. España. Tecnos.

VON, H. (1967) *La pena*. Volumen II. Madrid. España. Editorial Espasa - Calpe..

ZAGREBELSKY, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta.

**VIII. ANEXOS:**

**ANEXO NO. 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA  
“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**

| <b>PROBLEMAS</b>   | <b>OBJETIVOS</b>   | <b>HIPOTESIS</b>   | <b>VARIABLES E INDICADORES</b>   |
|--|--|--|--|
| <p><b>PROBLEMA PRINCIPAL:</b></p> <p>¿Qué consecuencias genera la proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</b></p> <p>1) ¿Cuáles son las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado?</p> <p>2) ¿Qué principios del proceso penal afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal?</p> | <p><b>OBJETIVO PRINCIPAL:</b></p> <p>Establecer las consecuencias que genera la proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado.</p> <p><b>OBJETIVOS SECUNDARIOS:</b></p> <p>1. Señalar las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado.</p> <p>2. Indicar cuales son principios del proceso penal afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal .</p> | <p><b>HIPOTESIS PRINCIPAL:</b></p> <p>La proporcionalidad de la medida en la prisión preventiva establecida por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado genera dos tipos de consecuencias: para el imputado ser privado de la libertad sin haber tenido la posibilidad de debatir este presupuesto y para el funcionamiento de la administración de justicia por que con esta actuación el Juez desconoce los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen este tipo de actuación procesal.</p> <p><b>HIPOTESIS SECUNDARIAS:</b></p> <p>1) Las principales las principales consecuencias que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera para el imputado son que se ve abocado a cumplir con una medida libertad que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación.</p> <p>2) Los principios del proceso penal que afecta el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal son: de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen este tipo de actuación procesal.</p> | <p><b>VARIABLE INDEPEDIENTE</b></p> <p><b>X. PROPORCIONALIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA</b></p> <p>INDICADORES:</p> <p>X.1. Idoneidad</p> <p>X.2. Necesidad</p> <p>X.3. Ponderación</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p><b>Y. PRISION PREVENTIVA</b></p> <p>INDICADORES:</p> <p>Y.1. Requerimiento Fiscal</p> <p>Y.2. Presupuestos materiales</p> <p>Y.3. Fundamentar</p> |

## **ANEXO No. 2:**

### **INSTRUMENTO: ENCUESTA**

#### **FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO A UTILIZAR**

- TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DENOMINADO: “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”
- AUTOR: WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DAVILA
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: DOCTORADO
- ESPECIALIDAD: DERECHO
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 97
- LUGAR DE APLICACIÓN: LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: PROPORCIONALIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA Y PRISION PREVENTIVA
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 16

**CUESTIONARIO A UTILIZAR:**

| NR   | PREGUNTA   | SI | NO | N/R |
|--|--|----|----|-----|
| <b>PREGUNTAS SOBRE PROPORCIONALIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA</b> |  |    |    |     |
| 1  | ¿Está usted de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional el Fiscal y con mayor énfasis el Juez, debe analizar los sub principios de idoneidad, necesidad y Ponderación en sentido estricto?              |    |    |     |
| 2  | ¿Sabía usted que el sub principio de idoneidad o adecuación señala que resulta proporcional la restricción de un derecho, solo cuando ésta sirva para favorecer el ejercicio de otro derecho?                                      |    |    |     |
| 3  | ¿Está usted de acuerdo con que la prisión preventiva resulte idónea se debe demostrar que la restricción de la libertad del imputado contribuye a la realización o ejercicio de otro derecho?                                      |    |    |     |
| 4  | ¿Conocía usted que el sub principio de necesidad señala que la restricción de un derecho resulta proporcional si la medida utilizada para tal fin es la menos restrictiva de todas las que están autorizadas para ese fin?         |    |    |     |
| 5  | ¿Está usted de acuerdo con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar y fundamentar porque se aplica esta medida de coerción personal o no las otras prevista por el Código Procesal Penal?           |    |    |     |
| 6  | ¿Sabía usted que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto indica que la restricción de un derecho es proporcional cuando se demuestra la existencia real y actual de un riesgo para el ejercicio del otro derecho? |    |    |     |
|  | ¿Concuerta usted con que para que la prisión preventiva resulte proporcional se debe indicar, fundamentar y demostrar que existe un riesgo actual para el ejercicio de otro derecho?   |    |    |     |
| <b>PREGUNTAS SOBRE PRISION PREVENTIVA</b>                        |  |    |    |     |
| 7  | ¿Conocía usted que el Fiscal debe solicitar al Juez la imposición de la prisión preventiva a través de un requerimiento?   |    |    |     |
| 8  | ¿Sabía usted que el requerimiento Fiscal está indicado por el artículo 122 del Código Procesal Penal para solicitar al Juez la realización de un acto procesal?  |    |    |     |

|    |   |  |  |  |
|----|---|--|--|--|
| 9  | ¿Sabía usted que a partir de la Casación 626 Moquegua los presupuestos materiales de la prisión preventiva son cinco?   |  |  |  |
| 10 | ¿Conocía usted que el presupuesto material más importante para la prisión preventiva es el peligro de fuga?   |  |  |  |
| 11 | ¿Está usted de acuerdo con que el Fiscal, es su requerimiento y el Juez al dictar la medida, están obligados a fundamentar todos y cada uno de los presupuesto de la prisión preventiva?  |  |  |  |
| 12 | ¿Concuerta usted con que fundamentar los presupuestos de la prisión preventiva implica, demostrar su configuración para en el caso concreto y que medios de prueba los sustentan?   |  |  |  |
| 13 | ¿Conocía usted que se ha hecho costumbre que el Juez declare proporcional la prisión preventiva sin que el Fiscal haya fundamentado este presupuesto?   |  |  |  |
| 14 | ¿Concuerta usted con que la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Juez sin que el Fiscal la haya motivado este presupuesto, genera que el imputado deba cumplir con una medida que restringe su libertad de tránsito sin haber tenido la posibilidad de debatir su fundamentación?    |  |  |  |
| 15 | ¿Está usted de acuerdo con que el Juez al fundamentar la proporcionalidad de la medida sin que este presupuesto haya sido motivado por el Fiscal principios afecta los principios de excepcionalidad de la prisión preventiva, de la independencia judicial, imparcialidad y de asignación de roles que rigen el proceso penal? |  |  |  |

### ANEXO No. 3:

#### VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR EXPERTO

Después de revisado el instrumento a utilizar en la investigación titulada “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, mi calificación es la siguiente:

| No. | PREGUNTA   | 50 | 60 | 70 | 80 | 90 | 100 |
|-----|--|----|----|----|----|----|-----|
| 1   | ¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis con este instrumento?  |    |    |    | X  |    |     |
| 2   | ¿En qué porcentaje considera que las preguntas están referidas a las variables, e indicadores de la investigación?   |    |    |    |    | X  |     |
| 3   | ¿Qué porcentaje de las interrogantes planteadas son suficientes para lograr el objetivo general de la investigación? |    |    |    | X  |    |     |
| 4   | ¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión?  |    |    |    |    | X  |     |
| 5   | ¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica?  |    |    |    |    | X  |     |
| 6   | ¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras?                       |    |    |    |    | X  |     |

Fecha: 29 de octubre de 2018

Validado favorablemente por:

**DR. EFRAIN JAIMEGUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

#### **ANEXO No. 4:**

##### **CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DETERMINADA POR EXPERTO**

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA” por cuanto es factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del 5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

Lima 29 de octubre de 2018

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.