



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

ESCUELA DE POSGRADO

**PROGRAMA ACADÉMICO DE DOCTORADO EN
DERECHO**

Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, 2020

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:
Doctor en Derecho**

AUTOR:

Callo Deza, Ubaldo (ORCID: 0000-0003-2673-7396)

ASESOR:

Dr. Carrasco Campos, Marco Antonio (ORCID: 0000-0002-6715-8537)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho procesal penal

LIMA – PERÚ

2022

Dedicatoria

Este trabajo de investigación esta dedicado a mi esposa Yolanda, mis hijos Ligia Milagros y Darío Fernando quienes, con sus palabras de aliento no me dejaron decaer es el largo camino motivándome para que siguiera adelante y pueda cumplir con la meta trazada.

Agradecimientos

Principalmente a mi esposa que me dio la fortaleza para seguir adelante. A la universidad Cesar Vallejo por permitirle ser parte de ella y posibilitar concretar un anhelo personal, sus docentes por haberme brindado sus conocimientos y guiarme durante el desarrollo de esta tesis.

Índice de Contenidos

	Pág.
Carátula	
Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Índice de contenidos	iii
Índice de tablas	iv
Índice de gráficos y figuras	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Resumo	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	6
III. METODOLOGÍA	30
3.1. Tipo y diseño de investigación	30
3.2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización.	31
3.3. Escenario de estudio	33
3.4. Participantes	33
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	34
3.6. Procedimiento	34
3.7. Rigor científico	34
3.8. Análisis de la información	34
3.9. Aspectos éticos	35
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	37
4.1. Resultados de entrevistas.	37
4.2. Resultados de análisis de casos.	50
4.3. Discusión.	53
V. CONCLUSIONES	64
VI. RECOMENDACIONES	65
VII. PROPUESTA	67
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	68
ANEXOS	77

índice de tablas.

Tabla 1. Definición de categorías, definición operacional y dimensiones	32
Tabla 2. Participantes en la investigación	33
Tabla 3. Técnicas e instrumentos	34
Tabla 4. Presentación de entrevistados	38

índice de figuras

Figura 1	39
Figura 2	40
Figura 3	41
Figura 4	42
Figura 5	44
Figura 6	45
Figura 7	46
Figura 8	47
Figura 9	48
Figura 10	49
Figura 11	51
Figura 12	52
Figura 13	53

Resumen

Existe la necesidad de justificar las decisiones jurisdiccionales, especialmente aquellas que tienen incidencia en la restricción de derechos fundamentales como la prisión preventiva, comúnmente esta medida se fundamenta sobre los presupuestos materiales establecidos en la norma procesal; sin embargo, se aprecia la inobservancia de una adecuada fundamentación del principio de proporcionalidad, ello podría ser el problema principal para generar excesivas medidas privativas de libertad, el análisis de este principio a través del test de ponderación, que se hace de manera mecánica. Este criterio no puede ser el único modelo para analizar la razonabilidad de la medida, es posible que existan otros criterios igualmente válidos.

Es necesario identificar los argumentos que vienen usando los jueces al momento de analizar la proporcionalidad de la medida y de ese modo verificar si la prisión preventiva responde a criterios constitucionales. Para ello se hizo uso de una investigación básica con un enfoque cualitativo, a través de un diseño fenomenológico, que permitió explorar y describir las razones que usan los jueces penales al argumentar el principio de proporcionalidad, así como se hizo estudio de casos reales, todo con la finalidad de identificar cual es el impacto de una adecuada argumentación de la proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva en el Perú al 2020.

Palabras clave: Argumentación, proporcionalidad, prisión preventiva.

Abstract

There is a need to justify jurisdictional decisions, especially those that have an impact on the restriction of fundamental rights such as preventive detention, commonly this measure is based on the material presuppositions established in the procedural norm; However, the non-observance of an adequate foundation of the principle of proportionality is appreciated, this could be the main problem to generate excessive measures of deprivation of liberty, the analysis of this principle through the weighting test, which is done mechanically. This criterion cannot be the only model to analyze the reasonableness of the measure, it is possible that there are other equally valid criteria.

It is necessary to identify the arguments that the judges have been using when analyzing the proportionality of the measure and thus verify if the preventive detention responds to constitutional criteria. For this, basic research with a qualitative approach was used, through a phenomenological design, which allowed exploring and describing the reasons used by criminal judges when arguing the principle of proportionality, as well as a study of real cases, all in order to identify what is the impact of an adequate argument of proportionality, at the time of imposing preventive detention in Peru by 2020.

Keywords: Argumentation, proportionality, preventive detention.

Resumo

Há necessidade de fundamentação de decisões jurisdicionais, principalmente aquelas que impactam na restrição de direitos fundamentais como a prisão preventiva, esta medida é comumente baseada nos pressupostos materiais estabelecidos na norma processual; no entanto, aprecia-se a não observância de uma fundamentação adequada do princípio da proporcionalidade, este poderia ser o principal problema para gerar medidas excessivas de privação de liberdade, a análise deste princípio através do teste de ponderação, que é feito mecanicamente. Este critério não pode ser o único modelo para analisar a razoabilidade da medida, é possível que existam outros critérios igualmente válidos.

É necessário identificar os argumentos que os magistrados vêm utilizando ao analisar a proporcionalidade da medida e assim verificar se a prisão preventiva atende aos critérios constitucionais. Para isso, utilizou-se uma pesquisa básica com abordagem qualitativa, por meio de um desenho fenomenológico, que permitiu explorar e descrever as razões utilizadas pelos juízes criminais ao defender o princípio da proporcionalidade, bem como um estudo de casos reais, tudo para identificar qual o impacto de uma adequada argumentação de proporcionalidade, ao impor a prisão preventiva no Peru até 2020.

Palavras-chave: Argumentação, proporcionalidade, prisão preventiva.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico contemporáneo es común afirmar que existe la necesidad de justificar las decisiones jurídicas, especialmente aquellas decisiones que tienen incidencia en la restricción de los derechos fundamentales. En la mayoría de las veces, el juez ante un caso concreto se enfrenta al dilema de elegir entre varias alternativas posibles la solución que considere adecuada para el caso; una vez elegida la medida, debe explicar las razones que lo conducen a dicha elección y de ese modo evitar que las soluciones aplicadas sean consideradas arbitrarias.

La prisión preventiva es una medida que afecta la libertad de un individuo, requiere una especial motivación, lo contrario implica el uso abusivo de la medida que representa una de las figuras más resaltantes de la desilusión que se tiene del sistema de administración de justicia (CIDH, 2017). El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA, 2013), señaló que la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal es posiblemente el componente que de manera más serena informa sobre la buena o mala marcha del sistema penal.

El problema no es ajeno en el país. Con ocasión de la pandemia del Covid-2019, se ha comprobado de manera palpable el hacinamiento en las cárceles del Perú, a marzo de 2020 (INPE, 2020) había 97,493 internos de los cuales 37.69% eran procesados y 62.30% eran sentenciados, porcentajes que a diciembre del 2020 no han variado; apreciándose que existe una proporción de un procesado por cada tres internos; este hecho motivó que se dictaran medidas urgentes a fin de paliar dicha situación, pero no solucionan el problema de fondo, ya que se dictaron medidas para la excarcelación de procesados, pero no se tomó medida alguna a fin de evitar el ingreso de nuevos presos preventivos.

El código procesal peruano, en su título preliminar señala que las medidas que limitan derechos fundamentales se imponen a través de resolución motivada, el artículo 203 del Código Procesal Penal indica que las medidas restrictivas que se dispongan deben ejecutarse con acomodo al principio de proporcionalidad; por

tanto la observancia de este principio es una exigencia que tiene base constitucional que fue positivizada en el artículo 200 de nuestra constitución; como tal, debe ser observada por los jueces al momento de tomar cualquier decisión especialmente las que afecta derechos fundamentales; la Corte Suprema por jurisprudencia vinculante del 2016, precisa que no es suficiente fundamentar sobre la confluencia de los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal, sino que debe además realizarse una adecuada fundamentación de la proporcionalidad de la medida, a través del test de ponderación.

La inobservancia de una adecuada fundamentación del principio de proporcionalidad podría ser el problema principal para generar excesivas medidas privativas de libertad. En las audiencias donde se discute la prisión preventiva, se hace énfasis en el análisis de los presupuestos materiales de verosimilitud de los hechos, el peligrosismo procesal, la prognosis de la pena no merece mayor cuestionamiento; este análisis responde a un modelo de subsunción, ya que se trata de verificar la existencia de los presupuesto señalados para decretar la procedencia o no, de la prisión preventiva; sin hacer un análisis apropiado del presupuesto de proporcionalidad y de ese modo cumplir con la exigencia constitucional. La jurisprudencia exige hacer un examen de la razonabilidad de la medida a través de la prueba de proporcionalidad propuesto por el alemán Alexy. Pese a que dicho método fue planteado para resolver conflictos entre principios frente a casos difíciles; si bien los pedidos de prisión preventiva inciden sobre la libertad de una persona, no necesariamente son casos difíciles; por tanto, el test de ponderación no podría ser el único modelo para analizar la razonabilidad de la medida, es posible, que existan otros criterios igualmente válidos, caso contrario, los jueces no estarían haciendo un análisis adecuado de este procedimiento.

Al no tenerse una uniformidad respecto a estos criterios, muchas veces la imposición de la medida se hace siguiendo criterios morales, factores mediáticos, o criterios discrecionales. El análisis de los tres supuestos exigidos para imponer la privación de la libertad, son los únicos factores que son minuciosamente fundamentados, dejándose de lado la motivación de la justificación constitucional de la medida. Esa forma de proceder hace que se vengán imponiendo medidas

restrictivas de libertad de manera arbitraria; hay casos donde la imputación ésta sustentada en suficiencia probatoria, la pena es mayor de los cuatro años, incluso que el imputado representa peligro de obstaculización; empero, haciendo un análisis de proporcionalidad se determina que la medida no es racional para el caso concreto, como por ejemplo cuando el encausado sea un individuo menor de 21 años, o sea una persona que adolezca de una enfermedad grave, o también que el encausado tenga más de setenta años.

Cuando el análisis se hace a través del método de la ponderación, que a decir de sus críticos es un método moralista, el juez puede resolver en función a criterios morales, pues el “derecho aporta razones morales para la decisión, razones morales comparables y ponderables con las razones que proporciona la moral” (García, 2017, p. 66), pero puede ocurrir que esos criterios sean distintos a los criterios morales que maneja la comunidad para ese determinado tiempo y espacio, por tanto la ponderación que busca la única solución válida para cada caso concreto no será un razonamiento racional en dicho tiempo y espacio. Puede darse el caso que un juez resuelva la medida limitativa de libertad en base a criterios ideológicos, como las posturas que buscan la protección de algunas minorías, o puede estar actuando en base a poderes discrecionales basados en una libertad positiva buscando que se trate de una decisión legítima.

Entonces se hace necesario saber, cuáles son los argumentos que vienen usando los jueces al momento de analizar la proporcionalidad de la medida y de ese modo verificar si las medidas de prisión preventiva responden a criterios constitucionales; para ello se debe analizar la argumentación que justifica el principio de proporcionalidad, pues “permite el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho por defectos o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas” (Ferrajoli, 2000, p.623).

Teniendo en cuenta el contexto descrito, y como “es útil tener como directriz una pregunta de investigación clara a la que dar respuesta” (Flick, 2015, p.44), se ha identificado el siguiente problema general: ¿Cuál es el impacto de

una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva en el Perú al 2020? Lo que nos lleva a plantearnos los siguientes problemas específicos: ¿Existe una adecuada argumentación de la proporcionalidad, al momento de resolver los requerimientos de prisión preventiva?, ¿Resultan adecuadas las técnicas que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva?, y ¿Existen criterios uniformes en el análisis de la proporcionalidad, para imponer o no la prisión preventiva?

La justificación del problema planteado implicaba “exponer la razón de ser del estudio mediante argumentos que explique para qué se realiza y por qué es importante hacerlo” (Arizabal, 2016, p.72); en ese sentido, existe una justificación social, ya que existe la necesidad de que el sistema judicial garantice la vigencia del estado constitucional de derecho en forma plena, la que será posible, cuando la medida de prisión preventiva responda a fines netamente constitucionales, y no se imponga en base a factores ideológicos o mediáticos y dejen de ser una de las medidas más polémicas que los jueces adoptan durante el proceso penal (Neyra, 2015). La justificación teórica práctica, reside en el hecho de aportar conocimientos sobre los criterios que vienen adoptando los jueces al momento de valorar y fundamentar el criterio de proporcionalidad, cuando imponen la medida limitativa de libertad; y si responden a criterios constitucionales; la misma que ha de servir de base a nuevas investigaciones en el campo de la argumentación nacional, y la teoría de la proporcionalidad en las medidas. En el aspecto metodológico, la presente investigación se justificó en el hecho de que a través de procedimientos inductivos, se pretende describir el impacto que tiene la argumentación del principio de proporcionalidad cuando se toma una decisión en la audiencia que resuelve la medida provisional que afectará la libertad en el Perú; para ello se hará un estudio documental de las teorías relacionadas a las categorías de investigación; luego por medio de entrevistas virtuales utilizando formularios del aplicativo Google realizada a jueces penales, fiscales y abogados, se identificará si existe una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, si su análisis puede influir en la imposición o no de la prisión preventiva; para luego a través de estudios de casos de pronunciamientos

emitidos por los jueces penales, identificar las técnicas que vienen utilizando para analizar la proporcionalidad y si existen criterios uniformes.

A fin de responder a las interrogantes planteadas es necesario “indicar cuáles son los conocimientos que se obtendrán a la finalización del estudio” (Gómez, 2006, p.43); en ese sentido el objetivo general propuesto es: Analizar el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva. Para ello nos apoyaremos en los siguientes objetivos específicos: Establecer si los jueces hacen una adecuada argumentación de la proporcionalidad, al momento de resolver los pedidos de prisión preventiva; Identificar los procedimientos que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva; y, Describir si existen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad, frente a la medida de prisión preventiva

II. MARCO TEÓRICO

A nivel nacional, se han venido realizando investigaciones relacionadas al tema de estudio que sirven de antecedentes. Se tiene el trabajo doctoral de Estrada (2019) sobre la compatibilidad que puede existir entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia enfocada en la aplicación del principio de proporcionalidad, a través de una investigación descriptiva que tuvo como propósito confluir la categoría de la prisión preventiva con el principio de presunción de inocencia, es decir que el reconocimiento de una no implique apartar la aplicación de la otra, concluyó que la ponderación es el mecanismo que nos suministrará un análisis valorativo del contenido del principio de presunción de inocencia frente a la prisión provisional, lo que permite resolver conflictos cuando estas dos categorías colisionan.

Por su parte Castillo (2018) en su tesis doctoral que tenía como propósito establecer las secuelas de la fundamentación de la proporcionalidad en la prisión preventiva realizada por el Fiscal y que además la haya fundamentado, a través del método descriptivo explicativo, estableció que al dictarse la prisión preventiva los Jueces Penales suelen fundamentar al proporcionalidad a pesar de que el Fiscal no lo solicito en su momento, afectando el derecho de defensa del imputado que no ha podido controvertir adecuadamente este presupuesto; trabajo que se desarrolló en el marco de la implementación del nuevo modelo procesal penal en la Corte Superiores de Justicia de Lima.

Se tiene también el reciente trabajo desarrollado por Viera (2021), donde trata de identificar los criterios utilizados para aplicar razonablemente el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva a criterio del máximo intérprete de la constitución que es el Tribunal Constitucional, donde a partir de entrevistas realizadas a especialistas en el tema y el análisis de casos emblemáticos a través de una investigación de tipo explicativa, con un enfoque cualitativo y diseño fenomenológico concluyó que el principio de proporcionalidad se halla constitucionalizado y se emplea para llevar adelante el análisis de cualquier acto restrictivo de los derechos y requiere del empleo de la prueba de

proporcionalidad, por medio de la prueba de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

De igual modo Temoche (2020) en su trabajo de investigación sobre la valoración del principio de proporcionalidad frente a la medida de prisión preventiva en la Provincia Constitucional del Callao, en una investigación descriptiva básica cualitativa, estableció que no se está valorando convenientemente el principio de proporcionalidad en la medida de prisión preventiva.

Por otro lado, se tiene también el trabajo desarrollado por Cadena (2020), quien en su tesis sobre el criterio preponderante para la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva cuando se analiza el subprincipio de necesidad, luego de un análisis de pronunciamientos emitidos por la Corte Superior de Justicia Nacional Especializada, estableció que la configuración del peligrosismo procesal en la prisión preventiva genera una explicación amplia del subprincipio de necesidad, permitiendo explicar con suficiencia la proporcionalidad de la medida.

Se tiene el trabajo de Palli (2020) quien haciendo un examen de los criterios de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva, desarrolla cómo el máximo tribunal de justicia del Perú utiliza y desarrolla el control de proporcionalidad en casos reales, luego de analizar una docena de sentencias casatorias concluyó que la Corte Suprema realiza el examen de proporcionalidad a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación, durante el desarrollo o motivación de los presupuestos materiales, precisando que el examen de idoneidad requiere solo el análisis del primer presupuesto es decir a la existencia de graves elementos de convicción para que el fin sea legítimo; mientras que el examen de necesidad requiere el estudio de la suficiencia probatoria y la existencia del peligro procesal; mientras que el examen de ponderación se realiza al final, expresando los motivos suficientes para decidir de manera racional sobre el principio que pesa más en el caso concreto.

A nivel internacional se tiene el trabajo doctoral desarrollado por López (2014) sobre el principio de proporcionalidad como instrumento para establecer contenido fundamental a los derechos humanos en México, a través del método analítico de precedentes judiciales, concluyó que la discrecionalidad judicial no debe ser asumida como un equivalente de arbitrariedad, sino como una posibilidad de una práctica plena de los valores constitucionales, por ello se indica que el principio de proporcionalidad es una concreta herramienta para alcanzar la potenciación de los derechos fundamentales en conflicto; considera que, desde el punto de vista de la argumentación constitucional, es difícil cuantificar el nivel de racionalidad de las decisiones judiciales cuando se aplica el test de proporcionalidad, por ello procurar una absoluta racionalidad en el plano de la justificación de las decisiones judiciales es una idea errónea, el balanceo de principios o valores involucra la deferencia del juez constitucional para elegir una o varias concepciones sobre derechos fundamentales mediante la cual estipula un significado determinado a los derechos fundamentales.

En Colombia, Ospina (2015) en su trabajo de maestría respecto a la inconstitucionalidad de la detención preventiva, se planteó como objetivo fijar si la medida cautelar de la prisión o detención provisional conviene con los mandatos de la constitución, concluyó que lo que las medidas cautelares no pueden tener funciones represivas, no deben ser esgrimidas para solventar la alarma social que excita la presunta comisión de un delito, ello resulta desproporcionado y despótico, agrega que se debe ser imaginativo a la hora de diseñar esquemas de protección de los fines constitucionales que se pretende alcanzar con la medida provisoria, considerando que es posible un proceso penal con detención preventiva, que resaltaría la dignidad humana y materializaría la presunción de inocencia como una regla para el tratamiento del imputado y además que sirva como una regla de juicio, recogiendo las palabras de Ferrajoli.

Por su lado, Velecela (2019) en una investigación empírica descriptiva, sobre la constitucionalización de la prisión preventiva para evitar las penas anticipadas, luego del trabajo de campo concluyó que, pese a que en la legislación ecuatoriana se reconocen principios constitucionales, sin embargo, en

la práctica no se aplican los principios de presunción de inocencia, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, pese a que los jueces tienen clara estos derechos consagrados constitucionalmente.

En su tesis doctoral Alfaro (2017) haciendo un estudio de contenido dogmático, analiza el principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, señaló que en la jurisprudencia costarricense existe una confusión o utilización como sinónimo entre razonabilidad y la proporcionalidad, haciendo citas conjuntas de ambas figuras, señalando realizar un análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad de una medida, aunque aplique solo el protocolo de proporcionalidad; una segunda opción que se viene tomando con más auge, es el referido a que el contenido del protocolo en realidad corresponde al examen de proporcionalidad en sentido amplio propio del modelo alemán y no en las nociones de razonabilidad típicas del sistema norteamericano.

Para comprender el problema de investigación debemos tener presente algunas categorías conceptuales, que se utilizan en la presente investigación.

Argumentar en su concepción básica significa dar razones que justifican una decisión. Vega (2015) señala que argumentar es una manera interactiva de dar cuenta y razón de algo en el desarrollo de un debate, con el propósito de lograr una opción, a la que podemos agregar que este dar cuenta y razones tiene como fin que el destinatario de la argumentación acepte como válida la opción propuesta o la resolución dada. Agrega Vega que:

[...] argumentamos cuando exponemos razones a favor o en contra de una propuesta, para sentar una opinión o rebatir la contraria, para suscitar un problema o defender una solución. Argumentamos cuando aducimos normas, valores o motivos, para mover en cierta dirección el sentir de un auditorio o el ánimo de un jurado para fundar un veredicto, para justificar una decisión o para descartar una opción” (2015, p.15).

Atienza (1997) señala que a nivel jurídico pueden distinguirse hasta tres campos distintos donde se efectúa la argumentación, en primer lugar, es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, que se da como resultado de la aparición de un problema social y se argumentaría buscando una solución al problema, en segundo lugar, se encuentran los argumentos jurídicos propia de la aplicación de normas jurídicas, y finalmente un tercer campo referido a la dogmática jurídica. Mas adelante el mismo Atienza (1990) preciso que la argumentación jurídica es una teoría prescriptiva, no sólo representa el proceso de justificación de las soluciones a los casos que realizan los jueces y otros operadores jurídicos, toda vez que prescribe además cómo debe realizarse el proceso de justificación, agrega que la argumentación jurídica es el proceso que se sigue para justificar razonadamente las soluciones que se dan a los problemas jurídicos; precisa que se pueden distinguir los siguientes pasos: primero se identifica el problema a resolver; luego se establecen hipótesis a través de nuevas premisas; y finalmente se justifican las hipótesis; por ello se dice que la argumentación consistente en pasar de las hipótesis, de las nuevas premisas, una vez demostradas o aceptadas, a la solución.

Por su parte, para Alexy (1997) la argumentación jurídica es como una actividad lingüística, a la que denomina “discurso”; precisa que el discurso jurídico es un caso especial, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones metódicas. Tiene que haber la sujeción a la ley, necesariamente se tienen que tomar en cuenta los precedentes, su enmarque en la dogmática desarrollada por la ciencia jurídica de manera institucional y las limitaciones a través de las normas del ordenamiento procesal.

El concepto de argumentación está íntimamente ligada al concepto de interpretación, ya que toda interpretación lleva aparejada siempre una argumentación. En ese sentido Meza (2006) agrega que la interpretación es dotar de significado a un determinado enunciado y argumentar es dar una o varias razones a fin de sostener una tesis; agrega que argumentar es dar razones para sostener el criterio aplicable al caso concreto, y cuidar que estas razones convenzan a las partes en el juicio y deben estar apoyadas en justicia y legalidad.

Mientras que Huerta (2017) analizando la propuesta de Alexy señala que el proceso interpretativo consta de dos etapas, la primera que se ubica en el contexto del descubrimiento puesto que se refiere a la determinación de las alternativas de significado posibles, para lo cual se requiere un método, y la segunda se refiere a la elección de la alternativa, considerada como correcta o más apta respecto del texto interpretado, que los autores llaman “contexto de justificación”

Los conceptos hasta ahora desarrollados corresponden al modelo, constitucionalista del derecho, que corresponde a un modelo lógico-sustantivo, donde el juez al momento de juzgar los hechos, lo subsume bajo una norma válida a partir de la cual procede a desarrollar sus razonamiento, donde el juez puede ser afinadamente objetivo y dar con la única solución correcta para el caso, donde “el método para que el juez plasme en su sentencia o bien es el de la simple lógica silogística o bien es un método que simule una operación empírica como la de la medición o el pesaje o ponderación” (García, 2017, p. 30). El mismo autor agrega que existe un modelo irracional, donde el derecho no tiene una lógica interna o de racionalidad, las normas jurídicas son permeables altamente indeterminadas y maleables, no pudiéndose hallar una solución correcta, ni un método de conocimiento de la solución, para cada caso concreto, ni para justificarlos, al no haber parámetros de razón práctica o de racionalidad jurídica específica que consientan esa justificación, precisa “los diversos métodos o esquemas argumentativos y de razonamiento que los jueces utilizan y que leemos en sus sentencias no son por lo general sino disfraces o técnicas de encubrimiento de los diversos móviles que determinan las decisiones” (p.32), como simpatías, intereses, ideologías, temores, ambiciones.

Finalmente, el tercer modelo que identifica el autor es el positivista normativista, donde la relación de las normas conformadas por una relación de validez por razones de jerarquía y de apoderamiento de órganos normadores; consecuentemente no hay una única decisión jurídicamente correcta para cada asunto y el juez ejercita discrecionalidad, y la idea de discrecionalidad es propia del iuspositivismo normativista, pues en derecho no se puede decidir sin valorar,

sin instaurar valorativamente predilecciones y sin optar entre alternativas abiertas; pone como ejemplo que a la hora de escoger entre varias interpretaciones de la norma, la valoración que hace el juez es libre y personal, por mucho que sea razonable y contenga una reforzada motivación, ello es la esencia de la inevitable discrecionalidad, el juez no puede librarse de las valoraciones que tiene que hacer, ni haciendo, silogismos ni manejando imaginarias balanzas.

Es ampliamente conocida la posición del jurista alemán Kelsen respecto al sistema jurídica, que se estructura en forma de pirámide; por el cual, cada norma extrae su validez de la norma jerárquicamente superior, lo que se conoce como relación de determinación que nunca puede ser completa pues pueden presentarse ambigüedades, contradicciones, vacíos; facultándose a los órganos jurisdiccionales colmar estas indeterminaciones a través de la interpretación, para poder aplicarlo a un caso concreto; por tanto, la discrecionalidad deberá ser entendida como un fenómeno propia de la concreción y aplicación del derecho.

Lifante (2002) considera que para la teoría del derecho existen tres posturas respecto a la discrecionalidad, por un lado las teorías realistas por el cual los jueces cuentan con la discrecionalidad en todos los casos y como tal sería creadores del derecho, mientras que para posturas más modernas como las de Hart los jueces gozas de discrecionalidad sólo en los llamados casos difíciles, mientras que las posturas absolutistas como la propuesta por Dworkin según la cual los jueces no gozan de discrecionalidad, al existir una respuesta única correcta. Agrega que la discrecionalidad es entendida como el poder de elegir entre dos o más cursos de acción, que son concebidos como permisibles por el sistema jurídico, por tanto, discrecionalidad en sentido lato se entiende como la libertad de elegir entre varias alternativas conformes con el derecho. Entonces, es importante precisar cómo debe ser el proceder del juez al momento de tomar la decisión de elegir entre las alternativas, es decir explicar ese margen de libertad que dispone. Agrega la autora española que la discrecionalidad como libertad debe entenderse en dos sentidos; como una idea de libertad negativa al ser un permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el derecho, y como

una idea de libertad positiva entendida como la autonomía que le permite poder ordenar acciones de acuerdo con sus propias normas.

En otro trabajo agregó que el poder discrecional no debe entenderse como una ausencia de regulación jurídica, sino en el sentido de que en realidad existe una regulación específica que debe ser entendida como la “presencia de normas que han de ser interpretadas como ‘mandatos de optimización’ y que lo que hacen es marca el fin u objetivo que debe perseguir la conducta optimizando para ello los recursos disponibles para conseguirlo” (Lifante, 2012, p. 144)

La discrecionalidad en un sistema jurídico constitucionalista se ha visto fortalecido; frente al conflicto que puede presentarse entre principio y reglas, surge la decisión que ha de tomar el juez otorgando preferencia a uno u otro principio, decisión que tiene como único límite la racionalidad. Para resolver este tipo de conflictos acudirá a la ponderación donde tiene que sacrificar o descartar un principio aplicando el principio que considera adecuado al caso concreto; entonces en este modelo señala Ruiz (2010) es mucho mayor la libertad del juez al momento de aplicar principios que cuando aplica reglas, ello viene dado por el hecho de que es factible establecer un ‘orden fuerte de principio’, o lo que es lo mismo un listado completo de los principios de un sistema jurídico que incluya todas las relaciones de prioridad abstracta, es decir no es posible realizar una estructuración jerárquica de los principios en caso de colisión, sino que el problema ha de resolverse en cada caso concreto.

Ferrer (2011) señaló que existen dos concepciones sobre la motivación de las resoluciones, una “psicologista” que la identifica como la expresión lingüística de los motivos que han llevado a la decisión y una concepción “racionalista” de la motivación que busca las razones que justifican la decisión. La primera concepción es desarrollada por el realismo jurídico norteamericano que puso énfasis en las causales que motivan la toma de una decisión lo que significa saber cuál es la ideológica del juez, el contexto social en que toma la decisión, el estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, ello evidencia que los realistas busquen en la sociológica del derecho los factores causales que llevan a tomar una medida.

Por su parte, la concepción racionalista no solamente busca las razones que sirven para tomar una decisión sino también verificar si estas han sido analíticamente formuladas, para ello se cuenta con las premisas fácticas relativas a los hechos, y con las premisas normativas relativas a la norma aplicable, de las que se obtiene una derivación lógica conocido como el fallo, por tanto, la decisión no estará justificada si no se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento.

Respecto a las funciones que cumple la motivación en el ordenamiento jurídico, Castillo (2012) señala que es un instrumento técnico procesal, y a su vez es una garantía-institucional, ya que por un lado facilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, de quienes tienen la condición de partes en el proceso, permitiendo un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinente; y por otro lado es un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, ya que garantiza que la solución del caso responda a una aplicación racional del ordenamiento jurídico y no sea producto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia.

La decisión producto de la interpretación debe ser una decisión justificada que pueda ser considerada racional y legal. El proceso de justificación se divide en dos partes, lo que a nivel doctrinario se ha denominado justificación interna y justificación externa; por un lado, la justificación interna, que reproduce de manera sintetizada el proceso que se conoce como subsunción de los hechos en la norma para producir una norma individualizada aplicable al caso concreto, Huerta (2017) señaló que presenta el siguiente razonamiento. Premisa 1, conocida como la premisa normativa que es la disposición jurídica aplicable al caso concreto; premisa 2, conocida como premisa fáctica que se refiere a los hechos, y finalmente la conclusión donde se individualiza la norma, se le da el significado a la norma lo que constituye la decisión jurídica. Ello quiere decir que el juez al momento de resolver un caso, acude a la lógica formal, infiriendo sus conclusiones con la adecuación lógica de las premisas, procedimiento que se

denomina «silogismo jurídico» o de subsunción, donde la premisa fáctica debe adecuarse a la premisa normativa y de este modo obtener una conclusión; esta forma de razonamiento es el más usado por los operadores jurídicos; sin embargo, el juez no debe limitarse a emplear sólo el silogismo jurídico vinculado a la justificación interna para resolver sus casos, que es propio para solucionar lo que se ha venido en llamar los casos fáciles.

La justificación externa lo que busca es la corrección de las premisas de las que el juez extrae sus conclusiones (Ferrer, 2012), es decir que el argumento no solo sea válido sino que sea también sólido; por ello es necesario que el juez profundice en sus argumentos y satisfaga el deseo de justicia de los justiciables, dado que, en un Estado Constitucional de Derecho, no es tolerable que las decisiones judiciales se justifiquen amparados en una vinculación exacta a la ley que responde a un enfoque positivista del sistema jurídico; Vigo (2012) señala que el objeto de la justificación externa es mostrar los argumentos y razones que justifiquen, fundamenten y motiven racionalmente las premisas y enunciados.

El juez, primero debe justificar internamente la decisión con una operación lógica-deductiva, luego deberá proceder a la justificación externa que orienta la resolución del caso y que satisfaga el auditorio en el escenario en que se encuentre, procedimiento que realizará frente a casos sean estos fáciles o difíciles; ello quiere decir que se exige al juez una deliberación sobre un hecho para hallar la solución con suficiente justificación, lo que interesa en el enfoque material (justificación externa) es el contenido de verdad y de corrección de las premisas, tiene como propósito conocer si las premisas fácticas y las normativas ha sido desarrolladas y aceptadas correctamente o equivocadas (Atienza, 2012).

Finalmente en esta primera parte se debe agregar que la motivación de las decisiones judiciales permite un control democrático de la toma de decisiones, ello permitirá verificar si las pautas o premisas que sustentan una decisión poseen la racionalidad adecuada, ya que no basta que la decisión final de la controversia sea justa y equitativa, sino que dicha decisión se fundamente en el conjunto del material fáctico, probatorio y normativo aportado por las partes en el proceso y

que los hechos relevantes, la valoración de la prueba y las elecciones interpretativas se justifiquen de manera adecuada. El control democrático que se realiza no es un mero control de logicidad, es más bien un control material que incide en la fiscalización de las premisas materiales (premisas externas) y formales que utiliza el juez en su discurso, ya que no basta la simple coherencia interna entre la decisión y la fundamentación, es necesario que se analice el contenido material de las premisas de las que se parte (Aragón, 1987).

El principio de proporcionalidad fue desarrollado en el derecho alemán, (Ferrerres, 2020 y Martinez y Zuñiga, 2011) fue concebido en la ley fundamental de Bonn de 1949, pero su origen se remonta al derecho administrativo donde las cortes prusianas recurrían al análisis de la proporcionalidad para limitar los poderes de la policía del Estado. A mediados del siglo pasado, muchos países a nivel europeo como latinoamericano, han venido introduciendo este instrumento a través del desarrollo jurisprudencial constitucional; es importante señalar que este principio fue introducido en los Estados Unidos de Norte América por la Enmienda XIV que lo reconoce como el debido proceso en sentido sustantivo, en otros países nació como un remedio contra los excesos que puedan cometer tanto el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en la toma de decisiones; Stayce (2019) recuerda que el principio de proporcionalidad ha surgido como un punto de apoyo analítico de la investigación judicial sobre la constitucionalidad de las limitaciones de los derechos.

No existe una definición concreta respecto a que debemos entender por este principio, debido a que en realidad es un instrumentos para resolver conflictos entre reglas y principios, Riofrio (2016) señala que nació sin una definición normativa o jurisprudencial precisa, por ello no siempre resulta claro cuando aplicarla y sobre que cuestiones en juego; Sánchez Gil (citado por Becerra 2013), señala que la proporcionalidad es un principio de naturaleza constitucional que permite controlar que las injerencias directas o indirectas, de los poderes públicos así como de los particulares sobre la esfera de los derechos de la persona humana, respondan siempre a criterios de adecuación, necesidad y coherencia equilibrada que beneficie el fin legalmente perseguido y los bienes

jurídicos que pudieran ser afectados, para que de ese modo estas injerencias sean compatibles con las normas constitucionales.

Riofrio (2016) indica que la aplicación del principio de proporcionalidad paulatinamente fue ganando relevancia constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos; sin embargo, existe cierta confusión, respecto a lo que se debe entender por razonabilidad y proporcionalidad. Algunos consideran que son sinónimos, otros que son conceptos diferentes; hay autores que distinguen el principio de proporcionalidad de los principios de razonabilidad, de ponderación, de proporcionalidad en sentido estricto; otros lo consideran como una especie de ponderación o balanceo. Martínez (2011) haciendo un estudio más detenido de ambos conceptos llega a concluir de manera estricta y formal que no son lo mismo; sin embargo, dentro del derecho penal hablar de proporcionalidad y razonabilidad tiene el mismo propósito.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido del principio de proporcionalidad y razonabilidad que se hallan positivizados en el artículo 200° de la Constitución, cuando precisa que los jueces deben examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, cuando se analizan la restricción de los derechos. Si bien, este principio se halla ubicado dentro de las acciones de garantía; sin embargo, su ubicación no significa que no debe ser tomado en cuenta como un principio que de manera transversal se ha ubicado en todas las ramas del derecho hasta convertirse en un principio que debe ser observado por todos los jueces al momento de resolver un conflicto de intereses. Al ser reconocido expresamente por la constitución, se ha convertido en un principio general propio de un estado de derecho, que se proyecta en todos los poderes públicos.

Todavía en el 2004 en el Tribunal Constitucional Peruano preciso que: [...] el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios:

de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (STC Exp. 2192-2004-AA).

Como se aprecia inicialmente el máximo intérprete, hacía una distinción de ambos principios, el primero como el resultado de un proceso de valoración y el segundo como el procedimiento para realizar dicha valoración. Grandes (2010) analizando dicho pronunciamiento señaló que una decisión resultará razonable, en cuanto a su resultado en un caso concreto, si es que se sigue un procedimiento racional para la toma de dicha decisión, en procedimiento racional sería en este caso el test de la proporcionalidad, se considera que la valoración debe responder a criterios de racionalización.

Este concepto fue evolucionando, ya que más adelante, el Tribunal Constitucional precisó que la razonabilidad aparece como una exigencia del fundamento, o base que justifique el tratamiento diferenciado. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional” (STC 045-2004-AI, fundamento 22).

Se puede apreciar que el principio de proporcionalidad para el Tribunal Constitucional invocará su aplicación en casos de intervención del poder público respecto a la afectación de derechos de la libertad de las personas, a partir de esta afirmación Indacochea señala que:

[...] la razonabilidad y la proporcionalidad constituyen parámetros que han servido a la dogmática jurídica; pero, sobre todo, a los jueces y tribunales para enjuiciar la validez de las medidas que limitan la libertad y los derechos fundamentales de los individuos cuando

éstas provienen del poder público o, en general, de cualquiera que detente una cuota de autoridad o de poder; así como para obtener una relación de equilibrio entre dos o más derechos o bienes fundamentales que concurren en un caso concreto.(2008, p. 107)

En ese sentido, se aprecia que la razonabilidad se ubica como un parámetro para medir la validez de una medida limitativa de derechos; a partir de ello Tirado (2011) considera que resulta más consistente desde un punto de vista constitucional hablar del principio de proporcionalidad y subsumir en el subprincipio de adecuación los alcances atribuidos al principio de razonabilidad, es decir se debe ubicar el principio de razonabilidad como un componente al momento de hacer el análisis del sub principio de proporcionalidad como parte del test de ponderación. Como ya se ha indicado el principio de proporcionalidad ha sido recogido por la constitución política del Estado en el artículo 200°, y el tribunal constitucional se ha venido esforzando en darle un contenido, el mismo que debe guardar coherencia práctica.

Una de las técnicas para valerse del principio de proporcionalidad en la resolución de casos concretos es la técnica de ponderación; Fernández (2017) siguiendo a Alexy, indica que la ponderación consiste en el enjuiciamiento de un trance o conflicto no previsto por una regla entre dos principios opuestos que se resuelven con la precedencia condicionada de uno de esos principios, cuando los elementos que la conforman son controvertidos de acuerdo a la caracterización de las normas, los instrumentos metodológicos y la relevancia normativa, sobre los que nos media acuerdo.

El Tribunal Constitucional Peruano señaló el principio de proporcionalidad admite un triple juicio; en primer término, un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la limitación en el derecho resulta pertinente o apropiada a la finalidad que se busca tutelar; el siguiente paso consiste en considerar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad es decir, comprobar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador, lo que implica que se debe hacer un

análisis de relación medio-medio, esto es, un cotejo entre medios; finalmente, y siempre que la medida haya prevalecido con éxito luego de haber desarrollado los pasos previos, debe seguir el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto, 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”. (STC N° 579-2008-PA/TC).

Stamile (2015) siguiendo a Nirvana señala que es una peculiar técnica de decisión, ya que los jueces han de realizar una ponderación entre los principios y los intereses que se encuentran en un mismo nivel, y frente a determinadas circunstancias uno de ellos debe primar.

La prisión preventiva dentro del ordenamiento procesal es en realidad una medida cautelar de tipo personal por el cual se limita la libertad de una persona que viene siendo sometida a un proceso penal, como tal dentro de un sistema jurídico expresa la forma en que un Estado respeta los derechos elementales de las personas.

Para el maestro español Asencio (2015) se conceptúa la prisión provisional como una medida cautelar personal, que deviene en la privación de la libertad de un sujeto imputado por la autoridad judicial, que se adopta dentro de un proceso penal, a efecto de garantizar fines previstos expresamente por la Ley y adecuados a la Constitución. Para Guerra citado por Morillas (2016) es la privación de la libertad de un sujeto que legalmente aún es considerado inocente, a quien se le atribuye la comisión de un delito grave que es ordenada a través de una resolución jurisdiccional, de naturaleza provisional y duración limitada, impuesta antes de que se imponga una sentencia firme, con el propósito de asegurar la presencia del imputado durante el proceso o la eventual ejecución de la pena; este concepto propuesto recoge todos los principios procesales y constitucionales que rigen a esa figura procesal.

A nivel nacional Del Rio (2008) conceptúa la prisión preventiva como “el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la

privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena (p. 98). Por su parte Galvez (2017) señala que es “instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”. (p. 360).

La prisión preventiva se halla reglado en nuestro ordenamiento procesal en el artículo 268 del Código Procesal Peruano, que informa que es una medida cautelar de tipo personal que es aplicada por el Juez penal, siempre a pedido del Fiscal; cuando concurren de manera copulativa, tres presupuestos: graves elementos de convicción que vincula a un procesado con la comisión de hechos imputados, que se presente una pena probable mayor a los cuatro años y que el procesado en razón de sus condiciones personales represente un peligrosismo procesal, que puede ser de fuga o de obstaculización.

La naturaleza jurídica de esta institución está determinada en atención a su función y finalidad que se espera cumpla en el marco de funcionamiento del ordenamiento jurídico, por ello Asencio (2016) señala que pretende asegurar el proceso, tanto en relación con la propia persona imputada en el mismo cuya presencia es irrenunciable, como en atención a los elementos de investigación y de prueba. Teniendo en cuenta que la finalidad de la medida de prisión preventiva, siempre se ha dicho que es una medida cautelar, para el profesor Sánchez (2006) el fin de la prisión es asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la posterior ejecución de la sentencia, ya sea en su ámbito punitivo y resarcitorio.

Reátegui (2006) haciendo un análisis pragmático consideró que la prisión preventiva no puede desaparecer, ya que considera que es transcendental que la ley penal pueda aplicarse y precisamente la medida de prisión provisional tiene como propósito que se logre, señala que “si no aplicamos la prisión preventiva cuando se necesite aplicar, el poder punitivo estatal, expresado en la vigencia y respeto de la ley penal como en la averiguación de la verdad, resultaría una mera y simple utopía. Concebiríamos una sociedad en la que reinara el caos y la

ausencia de orden jurídico” (p.84), esta afirmación resulta siendo acertada, toda vez que muchas veces las medidas de imponen con la finalidad de afirmar la eficacia del *ius puniendi* del Estado. Asencio (2016) sostuvo que tiene una naturaleza cautelar, y si la medida excede estos fines pasa a convertirse en otra cosa, siendo los límites imprecisos y difícil de encajar en el esquema de valores que inspira el sistema democrático.

Entonces concibiendo la medida de prisión preventiva como una medida cautelar personal, la misma goza de ciertos principios que explican su naturaleza; así se tiene principios de orden procesal y presupuestos de naturaleza constitucional, entre los más significativos y sobre los que existe consenso, sin hacer un orden de prelación tenemos los siguientes.

El principio de excepcionalidad, que significa que la medida de prisión debe aplicarse única y exclusivamente en situaciones determinadas y claras ajustadas a la naturaleza del proceso; por ello existe consenso cuando se dice que es una medida que sólo es procedente a efecto de garantizar los fines del proceso, principio que tiene consonancia con el principio de presunción de inocencia, Bovino (2007) citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que es una medida excepcional y que se aplica exclusivamente en los casos en que haya una sospecha grave y con fines de que no se evada de la investigación judicial. A partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Sarango (2018) ha precisado expresamente que la prisión preventiva no puede concebirse como una regla general; por ello señaló que este principio exige agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso penal a través de otras medidas cautelares menos lesivas, así como que no cabe la posibilidad de transgredir la presunción de inocencia.

Por el principio de temporalidad, la medida de prisión preventiva debe servir para tutelar o garantizar temporalmente una situación jurídica hasta que se dicte un pronunciamiento de fondo o desaparezcan los motivos o razones que sirvieron para su imposición, para el CEJA (2013) al ser una medida cautelar es provisional porque están temporalmente condicionada a la subsistencia de los

presupuestos que se verificaron al momento de dictarla, por ende, si desaparecen esos motivos y la medida subsiste se convierte en ilegítima, a nivel normativo este principio de halla reconocido en el Código Procesal Penal Peruano en su artículo 255 cuando señala que la medida es reformable aún de oficio, y su subsistencia debe ser evaluada en las diferentes etapas del proceso; este principio posee una íntima correspondencia con el principio de variabilidad. Si bien algunos tratan de diferenciarlos del principio de provisionalidad que para efectos del presente trabajo ambos principios son coetáneos.

El principio de legalidad, que significa que sólo el órgano jurisdiccional puede imponerlo; Del Rio (2016) señala que es necesaria la previsión o autorización legal de la medida para que tenga legitimidad, es decir la medida debe estar contemplada en la legislación, y si bien la constitución no lo reguló de manera específica, existen normas de desarrollo constitucional que la regulan. Asencio (2016) al ocuparse de la legislación nacional, indicó que es respetuoso de este principio; efectivamente en la norma constitucional se precisa que la restricción de la libertad solo es posible si está previsto por la ley, la norma procesal en su título preliminar precisa que la limitación de un derecho fundamental solo puede hacerse conforme lo dispone la ley; y precisamente sus presupuestos materiales y formales se encuentra debidamente tasados para su observancia estricta.

Del Rio (2016) precisó que el principio de proporcionalidad tiene una importancia en las medidas cautelares penales, pues “opera un conflicto de intereses entre la eficacia del *ius puniendi* del Estado y los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad personal del imputado” (p. 14); por su lado, Carrión (2016) señala que este principio exige que los investigados reciban un trato de inocentes y es conocido también como principio de prohibición en exceso aludiendo a la capacidad de control de potenciales restricciones que se le pueden imponer; por ello se debe precisar que dentro de las medidas cautelares este es una derivación del principio general de la proporcionalidad que como hemos indicado contiene el propio principio de razonabilidad y representan un punto intermedio entre las restricción o la libertad del procesado, debiendo la medida

guardar proporcionalidad con el fin perseguido en la medida que su imposición sea considerada legítima, por ello existe consenso cuando se dice que no se puede aplicar una medida gravosa si existiera otra medida menos restrictiva.

A nivel doctrinario, existe consenso en afirmar que, para la materialización del principio de proporcionalidad, se debe acudir al test de ponderación, instrumento que a su vez está integrado por tres subprincipios.

El subprincipio de idoneidad que implica que la medida se aplique cuando no existe otra medida menos lesiva, para asegurar los fines del proceso, es decir proteger el fin constitucionalmente protegido. Del Rio (2016) precisó que este subprincipio es fundamental para entender la naturaleza de las medidas cautelares, ya que la decisión judicial debe administrar los riesgos procesales; al respecto teniendo en cuenta que las medidas cautelares tienen como propósito sujetar al imputado al proceso, la restricción de la libertad podría siempre ser calificada como idónea, empero no es así teniendo en cuenta que se debe proteger el fin constitucionalmente protegido que sería la libertad. Su análisis importara una adecuación cuantitativa, respecto a la duración, que sea la única capaz de lograr los fines, la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad, y las situaciones que rodean cada caso.

El subprincipio de necesidad. Significa que no debe existir otro medio alternativo más benigno y que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo cautelar de la medida (Mendoza, 2019; Fernández, 2017) señalan que la medida es necesaria cuando no haya una medida alternativa igualmente eficaz con un valía menor para el principio sacrificado, ello significa que se impondrá la medida cuando no existe otra medida menos gravosa a imponer en el caso concreto, de acuerdo a las circunstancias del hecho, las condiciones personales del imputado no sea posible imponer una medida como la comparecencia con restricciones o el arresto domiciliario. Del Rio (2016) preciso que es un criterio comparativo, porque exige a los órganos del Estado a verificar si hay otras medidas que se pueden adoptar. Para efectos de materializar este principio la norma procesal ha previsto

una serie de medidas cautelares que se pueden imponer a un imputado, indicando sus requisitos y los supuestos en que se impondrán.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica realizar una ponderación entre la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Alexy (2007) señaló que “cuando mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p.460); Llobert citado por Carrión (2016) señaló que implica hacer un balance de intereses a fin de establecer si sacrificar un interés individual guarda concordancia proporcionada con la importancia del interés estatal que ha de protegerse. Este principio implica determinar si resulta razonable restringir la libertad de un individuo con la finalidad de proteger el interés o derecho que tiene el Estado de proteger los bienes jurídicos lesionados.

No se debe perder de vista, que la prueba de ponderación, es un método para el análisis de la proporcionalidad de la medida, pero no es el único, por ello Sáenz (2016) precisa que si bien por mandato de jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema de la República, corresponde al Juez Penal hacer una fundamentación de la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva, sin embargo, en dicho mandato jurisprudencial no se ha precisado pauta alguna de cómo debe desarrollarse dicho análisis.

Posteriormente por Acuerdo Plenario N° 1-2019/CIJ-116 siguiendo a Rubio Correa precisa que el principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos, la libertad versus la eficacia de la persecución procesal de manera que no haya excesos entre uno y otros, la que se mide a partir de consideraciones de tiempo y lugar, criterios que no son absolutos sino que esta condicionado a ideas predominantes en la sociedad, la aplicación de las normas que reglamentan la prisión preventiva en todo estado de derecho no es matemático, sino que abre un amplio margen de discrecionalidad a la hora de considerar su aplicación o no; así mismo siguiendo a Gonzales Cuellar, precisa que la proporcionalidad exige dos presupuestos; la legalidad procesal lo que significa que su imposición tenga reglas claras y precisas; y una justificación

teleológica que exige determinar valores que se tratan de proteger con la adopción de la medida.

En el derecho penal, el principio de proporcionalidad como técnica de resolución de conflictos entre normas, es una consecuencia necesaria de la vigencia del principio de inocencia, que exige que los imputados reciban el trato de inocentes, criterio que también ha variado con el tiempo; actualmente se concibe como una estricta equivalencia entre la medida de prisión preventiva como medida cautelar y la prisión como pena; por lo que se conoce como la prohibición del exceso. (Bovino, 2007).

Por su parte Montealegre *et al* (2014) precisa que el método de análisis de proporcionalidad de las medidas estatales, significa la demostración de cuatro condiciones básicas; en primer lugar se debe verificar la legitimidad de la medida a través de la identificación de los fines que la medida persigue es decir la idoneidad de los medios disponibles para alcanzarlos; luego verificar la necesidad de recurrir a la privación de la libertad y no poder acudir a otros medios; y finalmente verificar la relación adecuada entre el grado de intervención estatal y el grado de importancia del fin perseguido, lo que se conoce “ponderación” o “proporcionalidad en sentido estricto. Los criterios de proporcionalidad para Gimeno Sendra (2001) contiene notas esenciales; el de legalidad que significa que la injerencia a la libertad debe estar prevista en la ley, y que únicamente puede ser aplicada cuando se cumplan los motivos tasados que la justifican; y por otro lado verificar la necesidad de la medida que ha de ser justificada objetivamente para el cumplimiento de la medida, lo que implica la exigencia de una especial motivación.

La limitación de la libertad de una persona en aras de lograr el éxito de una investigación en realidad tiene un trasfondo vedado. Mora-Sánchez (2014) señaló que la incoerción inmediata del delincuente a través de la medida limitativa del derecho, conocida en la jerga jurídica como “sacarlo de circulación”, implica un flagelo directo a las pautas internacionales de protección de los derechos fundamentales, ya que se afecta el principio de presunción de inocencia; Bovino

(2006) advierte sobre la presencia de un conflicto, por un lado se tiene un individuo inocente y el Estado que no puede someterlo a medidas coercitivas, y por otro lado se tiene la necesidad de los órganos estatales de atender contra la libertad de una persona inocente para aplicar una medida represiva; ello justifica que la medida desde el punto de vista procesal a efectos de garantizar la realización del derecho se puede aplicar a un inocente.

Este conflicto es mucho más evidente al momento de tener que determinar si será proporcional imponer la medida de coerción en caso de corrupción de funcionarios, donde muchas veces los imputados son personas que fácilmente pueden acreditar que no representan peligro de fuga ni de obstaculización; sin embargo, ante la gravedad de elementos de convicción que a nivel de investigación sólo son elementos de convicción y no generan una declaración de condena, hacen que el análisis de la presunción de inocencia sea muy complicada.

A nivel nacional Neyra (2015) señaló que la prisión preventiva es una de las medidas más graves y polémicas que adoptan los jueces en el proceso penal, ya que se priva de la libertad en una prematura etapa procesal al imputado a quien por mandato constitucional se presume inocente. Apreciamos entonces la existencia de un choque frontal de este principio con la medida limitativa de la libertad; al respecto Reategui precisa con claridad que:

[...] mediante el principio de inocencia no se quiere afirmar que la persona sea realmente inocente, ni que existan elementos probatorios de cargo, sino únicamente que el imputado debe ser tratado en esa calidad hasta que no existe sentencia condenatoria firme que sea el fruto de una máxima actividad probatoria” (2006, p.143).

Entonces apreciamos que este principio se encuentra íntimamente relacionado con el derecho constitucional de estar informado de la acusación y, por extensión, también con el derecho fundamental a la defensa, incluso a la independencia judicial.

La proporcionalidad en la prisión preventiva, puede ser entendida como un margen de discrecionalidad que tiene los jueces, ya que resulta obvio que no se puede aplicar matemáticamente los presupuestos materiales de la medida cautelar de prisión preventiva, los órganos jurisdiccionales no pueden operar con automatismo, al momento de decidir si es necesario utiliza o no la prisión preventiva no se abre un amplio margen de discrecionalidad, por ello se debe tomar en cuenta una serie de circunstancias a través del análisis de la proporcionalidad (Barona, 1988) ya que a través de este principio se controla las decisiones de la autoridad.

Como indico Riofrio (2016) a través del principio de proporcionalidad se busca que las decisiones que adopten los jueces al momento de imponer la medida sean razonables, que contengan razones racionales; por tanto, la utilización de criterios de proporcionalidad permite hacer un control a las decisiones jurisdiccionales, control que lo deben hacer de manera inicial los propios órganos jurisdiccionales y luego la colectividad.

En materia penal, la operativización del principio de proporcionalidad inicialmente se plasmó al momento de imponer sanciones a conducta definidas como delitos, a través del principio de proporcionalidad de las penas; posteriormente con la promulgación del Código Procesal Penal, se introdujo de manera obligatoria la observancia de este principio, cuando en el artículo 253°.2, la norma procesal precisa que la restricción de un derecho fundamental, requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad. La Corte Suprema de la República a través de la casación N° 626-2013-Moquegua publicada en febrero del 2016, precisó que el juez penal, cuando tenga que debatir y resolver la medida de prisión preventiva se debe ocupar en forma independiente sobre la proporcionalidad de la medida. Si bien, no se precisó cuál debía ser el método a utilizar para abordar esta materia, la judicatura nacional ha venido utilizando el test de ponderación propuesta por Alexy.

Recientemente con la dación de Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, la Corte Suprema de la República se ocupó sobre la prisión preventiva y precisó que al momento de motivar la imposición de la medida esta debe ser suficiente y razonable, ponderando la afluencia de todos los extremos que justifican su adopción a partir de toda la información disponible, para que la ponderación o subsunción no sea arbitraria y este acorde a las pautas del razonamiento lógico. Alexy señaló que una decisión judicial debe basarse en la argumentación correcta, sustentada en la interpretación de la norma, bajo ciertas condiciones metodológicas, sólo así se puede evitar la arbitrariedad de sus decisiones. Meza (2006) señalaba que una de las preocupaciones de los jueces es que las razones dadas al resolver un caso convencan a las partes en el proceso, para que no sea una razón arbitraria sin soporte, sino apoyada en la justicia y legalidad.

En este punto es importante el aporte que realiza García (1996) cuando señala que la facultad de argumentar que tienen los jueces es un ejercicio discrecional de las preferencias del tribunal que generalmente son excepciones, que los conflictos de principios son solo aparentes y presuponen un pretexto para la arbitrariedad del juez quien niega la existencia de un conflicto. De existir algún conflicto, este tendría que resolverse a través de la subsunción del caso en una regla.

Se critica la aplicación de la proporcionalidad porque se considera como un peligro de irracionalidad, porque no hay método racional para conferir una mínima objetividad a la decisión sustentada en optimizar valores, el resultado racional de la ponderación en base a un razonamiento subsuntivo. Se considera que la ponderación es un criterio subjetivo, los criterios que emplean los operadores jurídicos provienen de sus prejuicios y concepciones personales, la ponderación sirve para comparar juicios subjetivos sobre bienes colectivos o individuales. También se señala que la ponderación abona por una discrecionalidad judicial, la ponderación es una fórmula empleada por los jueces para encubrir sus decisiones arbitrarias, es una técnica de justificación de las valoraciones personales con las que el operador jurídico resuelve un caso.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

La investigación fue de tipo básica. Valderrama (2013) señaló que los estudios básicos no están diseñados para dar solución a casos prácticos, sino que, se tratan de buscar información para la vida real, para producir y ampliar teorías científicas que ayuden al progreso de la ciencia; en la investigación se pretende determinar si el análisis de la proporcionalidad en la medida limitativa de la libertad tiene impacto al momento de tomarse la decisión final, por ello se busca llegar a un conocimiento mucho más completa del fenómeno a través de la comprensión de sus aspectos fundamentales (CONCYTEC, 2018)

Se planteó un enfoque cualitativo, toda vez que la investigación tiene como objeto examinar la forma en que los jueces perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, indagando en sus interpretaciones y conceptualizaciones (Hernández, Fernández y Baptista, 2014); por ello se buscó opiniones de los participantes en la investigación haciendo uso de guías de entrevistas a través de formularios de Google tanto a jueces penales, fiscales penales y abogados a fin de conocer sus opiniones y apreciaciones respecto al presupuesto de la proporcionalidad en los pedidos de prisión preventiva; también se estudiaron los pronunciamientos emitidos por los jueces penales, a fin de verificar cuáles fueron las razones que expusieron respecto al análisis y valoración del principio de proporcionalidad. Para llevar adelante una investigación fue indispensable conocer y posicionarse en un determinado paradigma que representa un sistema de creencias sobre la realidad, visión y relaciones del mundo (Ramos, 2015).

La investigación se ubicó dentro de un paradigma interpretativo, ya que se interpreta todos estos sucesos inmediatos a la luz de experiencias anteriores, de hechos anteriores, y de cualquier elemento que pueda ayudar a entender mejor la situación estudiada (Ruiz, 2012, p. 13); a través de la metodología cualitativa, fue posible describir el funcionamiento de los sistemas sociales de manera holística, apreciar los factores contextuales para detectar fenómenos y generar descripciones más complejas para una futura generalización (Sherman, 1994).

La presente investigación utiliza el método inductivo, que es un tipo de razonamiento nos permite “pasar de hechos particulares a los principios generales” (Hurtado y Toro, 2007); tiene un diseño fenomenológico, que permitió explorar en la conciencia de la persona, tratando de hallar la esencia en el modo de observar la vida a través de sus experiencias, los significados que los envuelven (Fuster, 2019), el propósito de la investigación fue explorar y describir la forma en que los jueces penales vienen argumentando el principio de proporcionalidad, comprender la experiencia y vivencias que tiene los fiscales y abogados respecto a la implicancia que tiene el principio de proporcionalidad, al momento de resolverse los pedidos de prisión preventiva; (Hernández et al, 2014: pág. 493), la que fue posible a través de las entrevistas; así mismo se hizo uso del diseño de estudio de casos múltiples para estudiar y comprender el problema en su contexto específico, “a través de un registro detallado y profundo de lo que va sucediendo a lo largo del estudio” (Ñaupas H. et al, 2011, p.288), que en este caso fueron a través de las resoluciones emitidas por los jueces en su quehacer diario.

3.2. Categorías, Subcategorías

Conforme al objetivo general y los objetivos específicos propuestos en el trabajo, las categorías tomadas en cuenta son:

Tabla 1.*Definición de categorías, definición operacional y dimensiones*

DEFINICIÓN DE CATEGORÍAS	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES
<p>Argumentación</p> <p>Describe el proceso de justificación racional de las soluciones de los casos jurídicos, que realizan los jueces y cómo debe realizarse dicho proceso de justificación.</p> <p>(Atienza, 2011)</p>	<p>Dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar</p>	<p>Interpretación es dotar de significado a un determinado enunciado</p> <p>(Meza, 2001)</p> <hr/> <p>Discrecionalidad, es el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, concebido como permisible por el sistema</p> <p>(Lifante, 2002)</p> <hr/> <p>Motivación. Que la solución del caso responda a una aplicación racional del ordenamiento jurídico y no sea producto de la arbitrariedad o capricho.</p> <p>(Castillo 2010)</p>
<p>Proporcionalidad.</p> <p>Permite controlar que las injerencias directas o indirectas, de los poderes públicos y particulares sobre los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados</p> <p>(Becerra 2013)</p>	<p>Medir las injerencias de los poderes públicos sobre los particulares sobre los derechos fundamentales</p>	<p>Constitucionalidad del Derecho</p> <p>En un Estado Constitucional de Derecho, no es aceptable que las decisiones judiciales se justifiquen amparados en una vinculación estricta a la ley que responde a una visión positivista del sistema jurídico, (Ferrer, 2012)</p> <hr/> <p>Razonabilidad.</p> <p>El principio de razonabilidad exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso (STC 045-2004-AI)</p> <hr/> <p>La ponderación. Implica hacer un balance de intereses a fin de establecer si sacrificar un interés individual guarda concordancia proporcionada con la importancia del interés estatal que ha de protegerse. (Llobert citado por Carrión, 2016)</p>
<p>Prisión preventiva.</p> <p>Es la privación de la libertad de un sujeto imputado por la autoridad judicial, que se adopta dentro de un proceso penal, a efecto de garantizar fines previstos expresamente por la Ley y adecuados a la Constitución.</p> <p>(Asencio, 2015)</p>	<p>Privación temporal de la libertad de una persona en el proceso penal</p>	<p>Presunción de inocencia. Que el imputado debe ser tratado en esa calidad hasta que no existe sentencia condenatoria firme que sea el fruto de una máxima actividad probatoria. (Reategui, 2006)</p> <hr/> <p>Presupuesto material.</p> <p>La presencia de graves elementos de convicción que vincula al procesado con los hechos imputados, que la pena probable sea mayor a los cuatro años y que el procesado represente un peligro procesal. (C.P.P)</p> <hr/> <p>Excepcionalidad. Es una medida que se aplica exclusivamente en los casos en que haya una sospecha grave y con fines de que no se evada de la investigación judicial. (Bovino, 2007)</p>

Fuente: elaboración propia.

3.3. Escenario de estudio

Con la finalidad de recoger las apreciaciones y experiencias de las personas involucradas, la presente investigación se desarrolló a nivel nacional, siendo el escenario de estudio los jueces, fiscales, y abogados, especializados en derecho penal que vienen aplicando el Código Procesal Penal; y para efectos del análisis documental se tomó en cuentas las resoluciones emitidas por los jueces penales de la Corte Superior de Justicia del Perú, y las resoluciones emitidas en la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, teniendo en cuenta que puede acceder a dicha información a través de fuente abierta, como son las páginas web especializadas en derecho.

3.4. Participantes

Hernández et al (2014) señala que en los estudios cualitativos no es importante desde una perspectiva probabilística, ya que la investigación no tiene como propósito generalizar resultados, en ese sentido para determinar la muestra se debe tomar en cuenta la capacidad de recolectar datos, las categorías y la naturaleza del fenómeno investigado. Haciendo una muestra no probabilística, de manera intencional se ha seleccionado a los sujetos que participaron en la investigación:

Tabla 2.

Participantes en la investigación.

Participante	Tipo muestra	Características	Tamaño
Jueces	Intencional	Jueces penales	Tres
Fiscales	Voluntario	Fiscales penales	Tres
Abogado	Voluntario	Especialistas en derecho penal	Cuatro

Fuente: elaboración propia.

Así mismo, se tomó en cuenta 10 resoluciones judiciales que donde se emitieron pronunciamientos sobre la prisión preventiva.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Teniendo en cuenta las categorías establecidas y la muestra establecida, las técnicas empleadas que se utilizaron fueron la entrevista que es una técnica de acopio de datos, a través de preguntas a los expertos quienes constituyen una unidad de análisis (Hernández, 2014), las que se recogieron a través de guías de entrevistas semi estructuradas; así mismo, se hizo uso del análisis documental, realizada por el investigador ya que analizando las resoluciones emitidas por los jueces nos permitirá recopilar información respecto a las categorías objeto de estudio, Valderrama (2013) precisó que tiene como propósito captar la mayor cantidad de expresiones. Instrumentos que serán validados por expertos.

Tabla 3.

Técnicas e instrumentos.

Técnica	Instrumento	Sujetos	Validez
Entrevista	Guía de entrevista	Jueces Fiscales Abogados	Válido por dos expertos.
Análisis de documentos	Ficha de análisis de resoluciones	Autos de prisión preventiva	Validado por dos expertos

Fuente: elaboración propia.

3.6. Procedimientos

La investigación se inició con la observación de la realidad, lo que nos permitió formular los problemas que se han de resolver, se procedió a realizar el acopio de información teórica en revistas indexadas, trabajos de investigación, libros físicos y digitales, se procedió a aplicar las guías de entrevistas. La información recolectada fue sometida a una discusión, donde se confrontó la información recopilada con los datos de la realidad observada; luego se procedió a hacer un análisis de los resultados,

formular las conclusiones, plasmar las recomendaciones y redactar el informe final.

3.7. Rigor científico

La indagación cumplió con los patrones de la investigación social, se empleó los procedimientos demandados por la metodología científica, cuando se formularon las guías de entrevistas, al momento de su aplicación con la finalidad de recoger información relevante para la investigación, luego se procedió a elaborar matrices de los resultados de las entrevistas, luego se analizó a través de la triangulación los resultados, ya que se evidenció una lógica diferente de muestreo para de ese modo obtener resultados, interpretarlos y comprender su significado cumpliendo de ese modo el requisito señalado por Guba y Lincoln (1981) del precio de la verdad, su aplicabilidad, firmeza e imparcialidad elevando la calidad científica.

3.8. Análisis de la información

Para analizar los resultados se uso del método inductivo para obtener conclusiones; de “estudiar u observar hechos o experiencia particulares se pueden llegar a conclusiones que puedan inducir una teoría” (Bernal, 2000); no se debe perder de vista que Flick (2015) señaló que la investigación cualitativa, es más que el uso de un método u otro para atender un objetivo de la investigación, sino que se debe mantener el mesura entre las destrezas técnicas y la actitud adecuada para este tipo de investigaciones. (p.34).

3.9. Aspectos éticos

La investigación respetó las normas internacionales para citar y referenciar las fuentes examinadas y aprovechadas a esta indagación. A fin de verificar que la tesis no haya sido copiada de manera parcial o total de otra investigación, se acudió al software de turnitin, para poder establecer el cálculo de porcentaje de similitud, evitando cualquier cuestionamiento de plagio respecto a otros trabajos de investigación. Igualmente, se respetó la

confidencialidad de los expertos, quienes de manera voluntaria se identificaron al momento de recoger la información solicitada, también se ha garantizado el anonimato de dos colaboradores al momento que contestaron las entrevistas, quienes decidieron reservar su identidad.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Resultados de entrevistas

La entrevista tuvo como propósito recabar información respecto a las categorías y subcategorías utilizadas en la presente investigación, para ello se ha acudido a expertos en derecho procesal penal, para ello se ha generado una guía de entrevista, con preguntas que tienen como propósito dar respuesta a los objetivos propuestos por el investigador.

Para recabar la información, se ha tenido que hacer uso de los entornos virtuales. Teniendo en cuenta que estamos en épocas de pandemia con ocasión del Covid-19, no ha sido posible acudir de manera personal a cada experto para formularle la guía de entrevista, sin embargo, se ha acudido a los formularios de Google meet, que permite al entrevistado dar respuesta a las preguntas desde el lugar en que se encuentra, de manera libre. Para ello primero se les expuso el tema a investigar y una vez obtenido su consentimiento se les envió la guía de entrevistas a través del enlace abreviado <https://forms.gle/9EPygxzmqzSQb1jD9>, lo que ha permitido recabar información de expertos que laboran en distintas cortes del país como Lima, Callao, Huaura, Cusco.

Se ha convocado a tres Jueces penales de investigación preparatoria quienes en su labor diaria dictan resoluciones que afectan la libertad de una persona; del mismo modo, se ha convocado a tres fiscales penales, quienes como titulares de la acción penal son los únicos legitimados para solicitar la prisión preventiva y como tal deben proponer y justificar los motivos para que sus pedidos sean acogidos por los jueces; otro de los actores necesarios en las audiencias de prisión preventiva, son los abogados, en ese sentido en la investigación se ha convocado a cuatro abogados penalistas, quienes al ejercer la labor de defensa, refutan los argumentos del fiscal y proponen sus argumentos, generalmente exigen el análisis escrupuloso de proporcionalidad al momento en que el juez penal tome una decisión para restringir o no la libertad de una persona.

Tabla 4.*Presentación de entrevistados.*

Participantes	Descripción
Experto 1 juez penal	Galileo Galilei Mendoza Calderón, Juez especializado penal del 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaura.
Experto 2 juez penal	Sandy Karina Balisio Ysidro, Juez especializado penal del 19vo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima
Experto 3 juez penal	Obdulio Fabian Quedo, Juez especializado penal del 1er Juzgado de Investigación Preparatoria del Módulo de Violencia Penal del Callao
Experto 4 fiscal penal	(Mantuvo su anonimato), Fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Experto 5 fiscal penal	(Mantuvo su anonimato), Fiscal adjunto penal de la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.
Experto 6 fiscal penal	Max Lening Carrasco Yarin, Fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios La Convención
Experto 7 abogado	Jorge Javier Vera Benavides, Defensor público del Distrito Judicial de Lima
Experto 8 Abogado	Luz Mery Blanco Concepción, Defensora pública del Distrito Judicial de Huaura
Experto 9 abogado	Juan Bernardo Magallanes Borja, Defensor público del Distrito Judicial de Huaura
Experto 10 abogado	Roosvelt Osorio Roman, Defensor particular distrito judicial del cusco

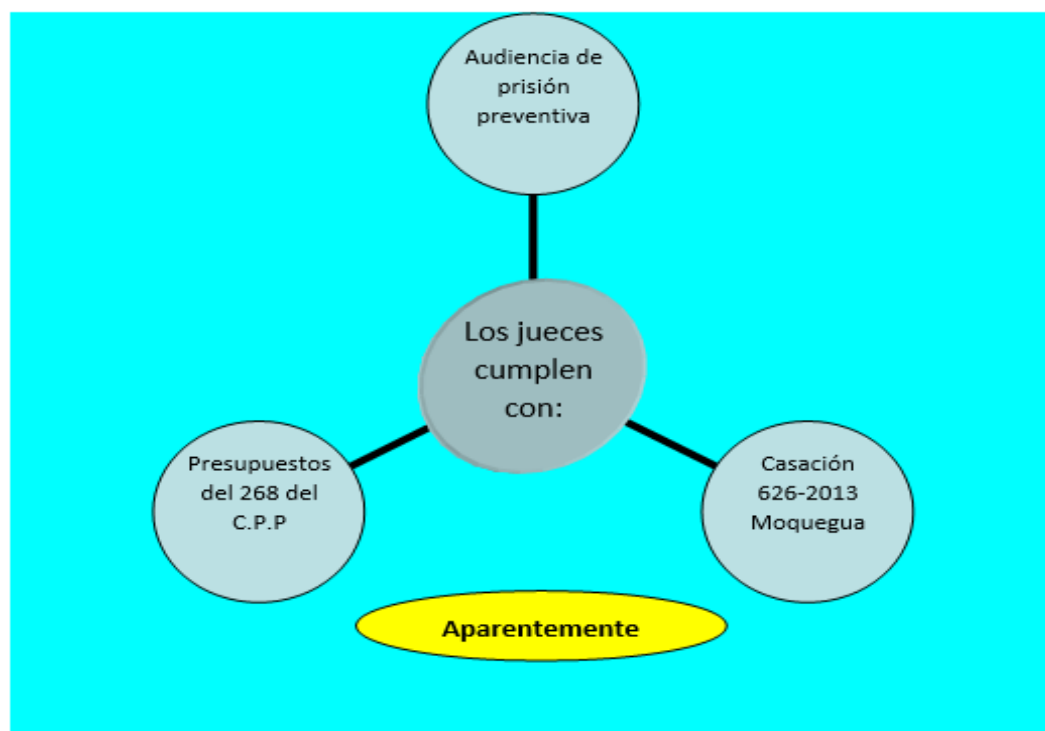
Fuente: elaboración propia.

El primer objetivo de la investigación era identificar si los jueces hacen una adecuada argumentación de la proporcionalidad al momento de

resolver las solicitudes de restricción de la libertad. Para ello, una de las dimensiones usadas en la investigación fue la interpretación que desarrollan los jueces al respecto, se ha preguntado a los expertos sobre el cumplimiento de los presupuestos establecidos en artículo 268 de la norma procesal y la Casación N.º 626-2013-Moquegua.

Figura 1.

Argumentación en la prisión preventiva



Elaboración propia

Apreciamos que todos los entrevistados coinciden en afirmar que los jueces se pronuncian tanto por los requisitos establecidos en la norma procesal como por la jurisprudencia; sin embargo, un experto matiza su respuesta indicando que el cumplimiento de dichos requisitos sería aparente.

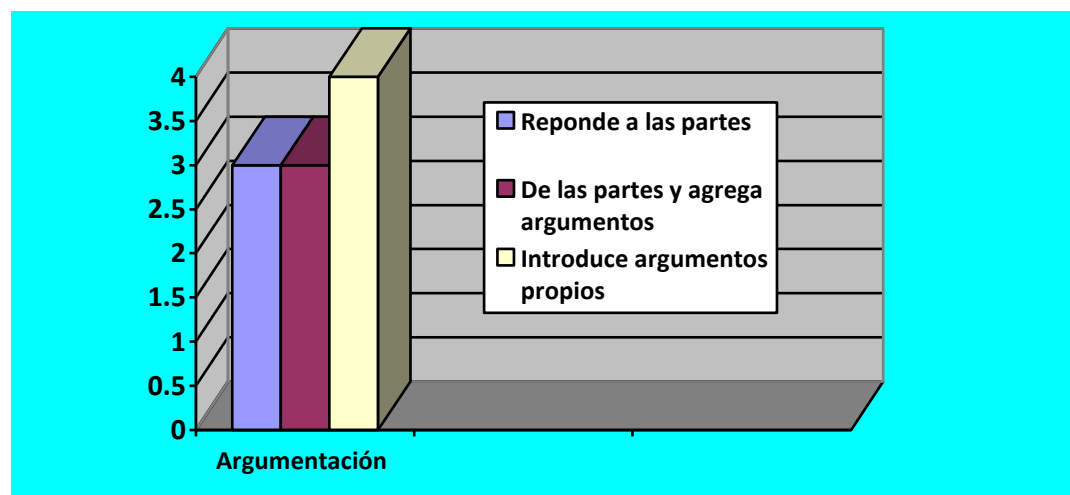
Más allá de las discrepancias, queda claro que los jueces penales al momento de pronunciar la resolución que resuelve el pedido de prisión provisional emiten argumentación sobre todos los presupuestos exigidos

por el artículo 268 del código adjetivo, verificando que su afluencia sea en forma copulativa, al mismo tiempo dan cumplimiento a lo establecida en la Casación vinculante 626-2013 Moquegua, que establece que el juez debe pronunciarse sobre la existencia de una alta probabilidad de la materialización de los hechos, seguidamente se analiza la pena probable, luego el peligro procesal, se evalúa la proporcionalidad de la medida y finalmente el plazo de la misma. Estos pronunciamientos deben tener una motivación reforzada no solo por mandato constitucional sino por la exigencia propia de las partes.

Para identificar la dimensión de discrecionalidad se ha preguntado a los expertos ¿si el juez penal, luego de escuchar a las partes en una audiencia sobre la prisión preventiva y proceder a emitir su pronunciamiento respecto a la proporcionalidad o no del pedido, responde a los planteamientos propuestos por las partes o introduce argumentos propios?; las respuestas obtenidas se pueden expresar en lo siguiente.

Figura 2.

Discrecionalidad



Elaboración propia

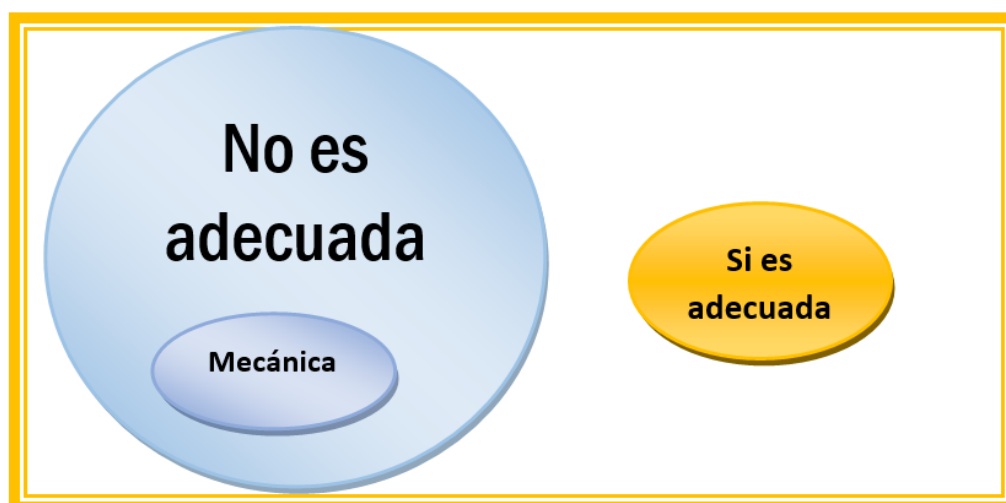
De los diez expertos se aprecia que tres señalan que los jueces responden a los argumentos propuestos por las partes, un número similar considera que los jueces al momento de pronunciarse a más de dar

respuesta a los argumentos propuestos por el fiscal y el abogado agrega sus propios argumentos; mientras que cuatro expertos señalan que el juez desarrolla sus propios argumentos sin tomar en cuenta lo propuesto por las partes. Se puede concluir que los jueces penales saben que deben dar respuesta a los planteamientos de las partes; sin embargo, haciendo uso de sus facultades discrecionales introducen argumentos propios al momento pronunciarse sobre la proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad, esta forma de proceder afecta el principio acusatorio.

Con la finalidad de identificar si se cumple con una adecuada motivación al momento de emitir las resoluciones de prisión, se ha consultado a los expertos ¿si los jueces penales realizan una adecuada argumentación respecto al presupuesto de la proporcionalidad?, habiéndose obtenido lo siguiente.

Figura 3.

Motivación adecuada.



Elaboración propia

Los resultados de la entrevista nos muestran que la mayoría de los expertos consultados indican que el Juez penal no hace una adecuada argumentación, un experto agrego que lo hacen de manera mecánica, y solo un experto considera que si se hace una adecuada argumentación.

Pese a que tres entrevistados cumplen la labor de jueces, uno de ellos, considera que no se hace un análisis adecuado respecto a la proporcionalidad de la medida.

En general, se puede decir que los expertos coinciden al señalar que la motivación que hacen los jueces respecto a la proporcionalidad al momento de resolver la medida limita la libertad de una persona no es adecuada, que se hace en forma mecánica, sin un análisis profundo de los subprincipios de proporcionalidad en atención a cada caso concreto.

El segundo objetivo de la investigación fue identificar los procedimientos que se viene utilizando para determinar si la restricción de la libertad es o no proporcional. Por ello se ha preguntado a los expertos si consideran que la constitucionalidad de la prisión provisional se justifica con el análisis de la proporcionalidad, o, si existen otros supuestos que pueden justificar su constitucionalidad. Las respuestas obtenidas se pueden ilustrar.

Figura 4.

Constitucionalidad



Elaboración propia

Ocho expertos consideraron que el análisis de la proporcionalidad si justifica la constitucionalidad de la prisión preventiva, teniendo en cuenta

que la libertad no es un derecho inmutable y su limitación está reconocida constitucionalmente; mientras que dos expertos consideraron que el análisis de la proporcionalidad no le da contenido constitucional a la decisión que se adopte consideran que existen otros presupuestos que deben ser analizado para considerarla constitucional, sin precisar cuáles serían dichos presupuestos.

Entonces, se aprecia que los expertos coinciden en señalar que en un debate de prisión preventiva el análisis de la proporcionalidad hace que la decisión ya sea en forma positiva o negativa respecto a la libertad de una persona se legitime constitucionalmente, ya que se hace una valoración de principios fundamentales que se hallan en juego y deben ser sopesados; existe consenso en señalar que la libertad no es un derecho absoluto y como tal puede ser limitado en cualquier momento, cuando se halle frente a otros derechos fundamentales que merece mayor protección en determinado tiempo y espacio.

Otra de las dimensiones utilizadas en la investigación, está referida a la razonabilidad, para tratar el tema se trató de identificar si el juez penal al momento de tomar la decisión respecto a la libertad o no de una persona, considera que el análisis de la razonabilidad es similar al análisis de la proporcionalidad.

Figura 5.

Razonabilidad y proporcionalidad



Elaboración propia

En su mayoría los expertos consideran que el análisis de la razonabilidad es distinto al análisis de la proporcionalidad; para algunos la razonabilidad es un criterio metodológico que se usa para el análisis de la proporcionalidad, para otros es un criterio metodológico, pero para el momento de la ponderación de principios que siempre se pone en juego al momento de tomarse la decisión. También se aprecia que existe un porcentaje menor de expertos que consideran que proporcionalidad es expresión de la razonabilidad a través de la ponderación, lo que significa que el análisis es similar. Se puede concluir que los entrevistados no tienen un concepto claro de lo que significa en análisis de la proporcionalidad o el análisis de la razonabilidad al momento de imponerse una medida limitativa, esta confusión no es atribuible sólo a los jueces penales, sino a la propia doctrina ya que existe confusión en los especialistas en este tópico; lo cierto es que al momento de resolver el caso concreto el Juez por un lado está analizando si la medida es razonable y al mismo tiempo está pensando si la misma es proporcional.

Otro tema importante que ha sido tratado en la investigación como dimensión para el segundo objetivo fue la ponderación como instrumento de análisis de la proporcionalidad por ello se ha preguntado a los expertos ¿si consideran que el test de ponderación es un criterio adecuado y suficiente para analizar la proporcionalidad de la medida limitativa de libertad? Las respuestas obtenidas se presentan:

Figura 6.

Prueba de ponderación



Elaboración propia

La mayoría de los expertos coincide en señalar que la ponderación es un criterio adecuado para el análisis de la proporcionalidad, considerar que por un lado permitirá al juez motivar adecuadamente el análisis respecto a la proporcionalidad, para ello tiene que sopesar diferentes derechos fundamentales que se ponen en juego, identificando los criterios de deben ser usados y analizados en ese procedimiento mental. Sólo un 10% de los entrevistados consideran que no es un criterio adecuado, ya que consideran que se deben analizar los tres subprincipios de la proporcionalidad y no solamente un subprincipio que es la proporcionalidad en sentido estricto que tiene implícito la ponderación de principios.

Los consultados piensan que el análisis del test de ponderación, es un criterio suficiente para justificar y establecer si la imposición de la prisión preventiva es proporcional, ya que luego de sopesar la posible afectación a derechos fundamentales en desmedro de otros derechos también fundamentales podrá tener claro cuáles son las razones que sustentan su decisión permitiéndole realizar una adecuada motivación, de su decisión; no se debe olvidar que en el análisis de la ponderación no se requiere transitar por los tres pasos, puede que con el análisis de un presupuesto se determine que no es proporcional la medida. La investigación se propuso como tercer objetivo establecer si existen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad cuando los operadores del derecho se enfrentan a la medida de prisión preventiva. Para ello se preguntó a los expertos si conocían otros métodos o procedimientos distintos al test de ponderación, que pueda permitir el análisis de la proporcionalidad en las audiencias donde se resuelven pedidos de prisión preventiva. Los resultados señalan:

Figura 7.

Criterios de proporcionalidad.



Elaboración propia

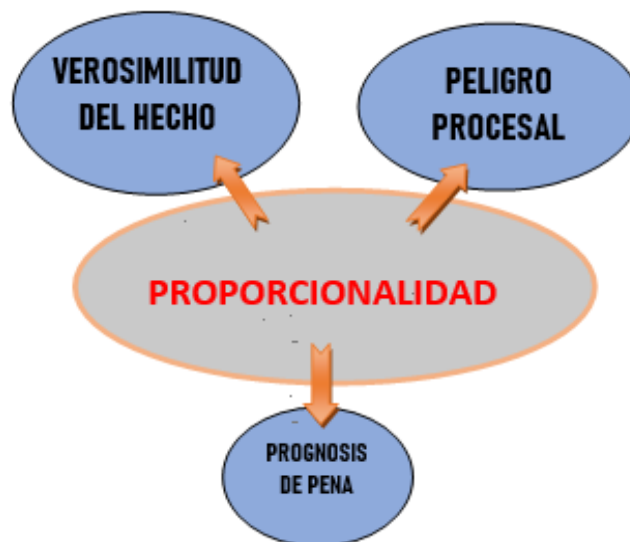
Todos los expertos coinciden en señalar que no conocen otros métodos para analizar la proporcionalidad de una medida limitativa de libertad.

Existe una respuesta en el sentido de que se pueden analizar otros principios, sin embargo, no se indica que principios serían esos. Consecuentemente los resultados informan que el único método conocido por los expertos para determinar si una medida es proporcional o no y que vienen siendo utilizado para resolver medidas provisionales a la libertad es a través del test de ponderación propuesto por Robert Alexy, lo que significa que los especialistas en derecho penal al igual que la jurisprudencia nacional, se han nutrido de su propuesta neoconstitucionalista, que se sustenta en una posición moralista del derecho.

Respecto a los presupuestos materiales establecidos en la norma procesal, se hizo necesario saber cuál de ellos podía ser analizado haciendo uso del principio de proporcionalidad. Los resultados obtenidos son.

Figura 8.

Contenido de la proporcionalidad



Elaboración propia

Se aprecia que la mayoría de los expertos consideran que el principio de proporcionalidad está ligado al análisis de dos de los presupuestos establecidos en la norma procesal; el referido a la verosimilitud del hecho, lo que significa que los elementos de convicción tendrían que ser valorados

a través de criterios morales, pese a que la teoría de la prueba indica que los indicios o las pruebas deben ser valorados a través de ciertos estándares de valoración previamente establecidos; del mismo modo consideran que el principio de proporcionalidad debe ser tomado en cuenta a momento de analizar el peligro procesal del investigado. Existe un porcentaje minoritario que considera que deben analizarse todos los supuestos materiales establecidos en el artículo 268 del C.P.P. Los resultados nos permiten afirmar que el peligro procesal es uno de los presupuestos más importantes que deben ser valorados desde un punto de vista constitucional verificando si es proporcional y racional indicar que una persona representa un peligro de fuga al proceso, si la medida es necesaria atendiendo al peligro de obstaculización que pudiera presentar un investigado, o si lo que se pretende es evitar la reiterancia delictiva. Estos resultados tienen correlato con lo señalado por el artículo 253.3 de la norma procesal.

Por otro lado, respecto a la necesidad de la motivación de los tres subprincipios de ponderación, se preguntó a los expertos si era necesario motivar los tres criterios o era suficiente con el análisis de algunos de ellos.

Figura 9.

Motivación de la ponderación



Elaboración propia

Los entrevistados consideran que es necesario pronunciarnos por todos los subprincipios, sin colocar una prelación a la misma; sin embargo, señalan que si no se supera uno de ellos no será necesaria imponer la medida lo que evidencia que en realidad están indicando que el análisis de estos subprincipios se hace en forma escalonado y el resultado de dicho análisis deben ser adecuadamente motivados. Solo uno de los expertos considera que no es necesario analizarlos todos, lo que significa que con el análisis de uno de los presupuestos será posible indicar que la medida es proporcional al momento de dictar una prisión preventiva. La medida limitativa de libertad para ser impuesta además de superar los presupuestos materiales establecidos en la norma procesal, también se debe superar el examen de proporcionalidad a través de la prueba de ponderación para verificar que la medida tenga un contenido constitucional. Para ello se tiene que transitar por los tres componentes de la ponderación.

Finalmente, se ha preguntado a los expertos si el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva, con la finalidad de dar respuesta al objetivo general. El resultado obtenido se presenta de este modo:

Figura 10.

Impacto de la proporcionalidad.



Elaboración propia

Se aprecia que en forma mayoritaria los entrevistados coincide en señalar que el análisis del principio de proporcionalidad, si impacta de manera positiva al momento de resolver una medida limitativa de la libertad. En caso de ser amparada la medida le dará un matiz constitucional a la decisión, en caso de ser rechazada igualmente se entenderá que ha primado el derecho a la libertad frente al caso concreto; por ello, consideran que es necesario debatir la proporcionalidad en la audiencia, para que se explique las razones que justificarían la adopción de una medida gravosa, de ese modo se garantiza que la restricción de la libertad de una persona responda a criterios constitucionales, y no a criterios punitivos; además este análisis permitirá motivar adecuadamente la decisión que adopte el juzgador. Sin embargo, uno de los entrevistados considera que no tiene mayor incidencia ya que no guarda relación con los presupuestos materiales establecidos en la norma. Por tanto, se puede concluir que los entrevistados consideran que en análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva al momento de decidir si una persona durante el proceso debe estar privado de su libertad o debe defenderse en libertad; ese análisis justifica que la decisión responda a parámetros constitucionales.

4..2. Resultados del análisis de casos

Para responder a los objetivos propuestos en la investigación y recabar mayores datos para la discusión del problema través de técnica del análisis documental, se analizaron diez resoluciones emitidas por jueces penales a nivel nacional, utilizando de fichas de observación sobre las resoluciones, a fin de verificar cuales son los argumentos que utilizan los jueces penales al momento de ocuparse de los tres subprincipios de la ponderación.

Respecto al subprincipio de idoneidad se obtuvieron los siguientes resultados:

Figura 11.

Subprincipio de idoneidad.



Elaboración propia

Como se aprecia, los jueces al momento de fundamentar el subprincipio de idoneidad consideran que la prisión provisional es idónea porque permite asegurar la presencia del encausado en el proceso penal, evitando su evasión, lo que permitirá ejecutar una futura sentencia. Otros consideran que permitirá asegurar el éxito del proceso, ya que posibilitará descubrir la verdad; algunos jueces consideran que la medida es idónea por concurrir los presupuestos materiales del artículo 268 del C.P.P. especialmente los graves elementos de convicción; existen también argumentos variados como que permitirá prevenir actividades ilícitas, y es idónea por ser proporcional. Apreciamos que existe una variedad de argumentos que se utilizan para dar las razones que justifiquen la idoneidad, lo que significa que cada argumentación responde a la naturaleza y circunstancias de cada

caso, teniendo en cuenta las características personales de cada imputado, la gravedad de los hechos.

En cuanto al subprincipio de necesidad se ha podido obtener los siguientes resultados:

Figura 12.

Subprincipio de necesidad.



Elaboración propia

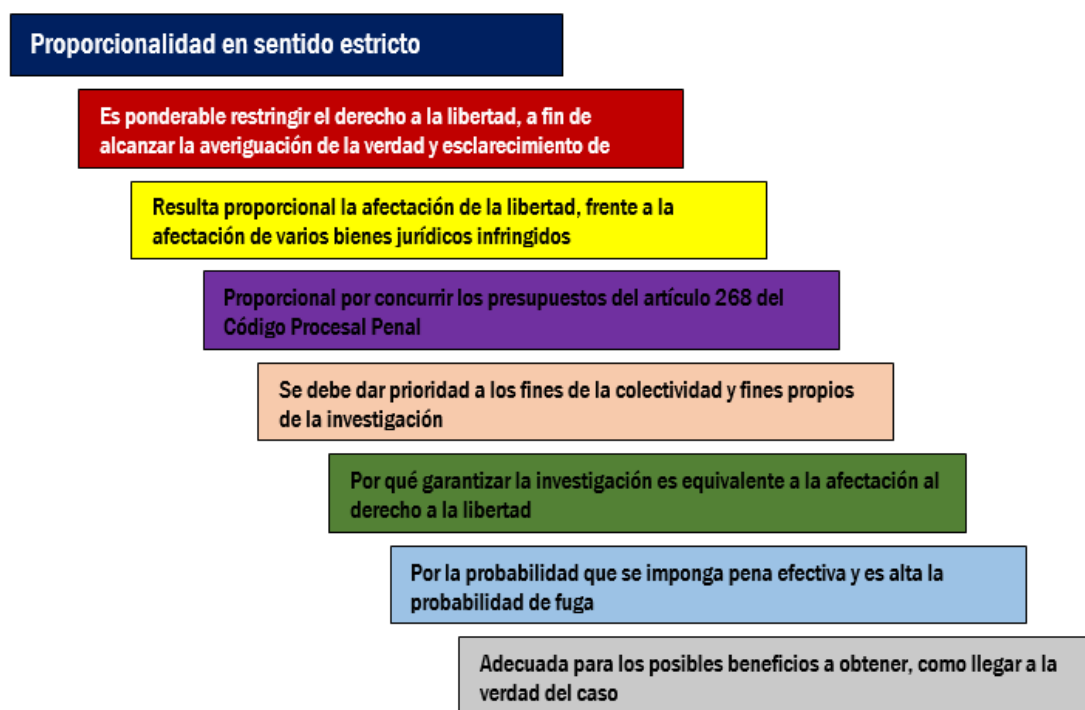
De los resultados se aprecia, que en realidad los jueces no hacen un análisis de los medios alternativos a la medida propuesta, el análisis es similar a la evaluación del peligro procesal, los jueces consideran que la medida es necesaria porque advierten la presencia o concurrencia de un peligro de fuga, ya sea por la gravedad de los cargos que le atribuyen a la persona que está sometido a proceso una persona, también se inclinan por la necesidad cuando verifican la existencia de graves elementos de convicción, en algunos casos analizan la conducta procesal, verifican la posibilidad de la presencia de una reiterancia delictiva. Cuando verifican

todos estos presupuestos consideran que la medida será necesaria para cumplir los fines de proceso, esto es que se lleve adelante la investigación.

Respecto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se ha podido obtener los siguientes resultados:

Figura 13.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.



Elaboración propia

Se aprecia que los jueces penales al momento de hacer el balance entre los derechos que se ponen en juego escogen diferentes derechos fundamentales que tienen que confrontarse con el derecho a la libertad que tiene el investigado en base a su presunción de inocencia. Algunos ponen en la balanza el derecho que tiene el Estado para garantizar la seguridad pública y cuando infringe una norma penal, el derecho para lograr la averiguación de la verdad, otros ponen en balance el derecho de la libertad versus los bienes jurídicos afectados por el investigado para en el caso concreto como puede ser el derecho a la vida, el derecho a la libertad del agraviado, el derecho a la integridad sexual, el derecho a llevar una vida

digna, entre otros derechos según la naturaleza de los hechos. Sin embargo, existen otros magistrados que consideran que la medida será proporcional teniendo en cuenta que se cumplen con todos los presupuestos exigidos para la procedencia de la prisión preventiva, es decir no hacen ponderación alguna; se aprecia que algunos vuelven a hacer un análisis de la idoneidad de la medida, teniendo en cuenta que consideran que es adecuada para garantizar la investigación, o para evitar la posibilidad de fuga, o para que se cumpla la pena futura.

4.3. Discusión

La discusión se basa en la interpretación de los resultados, para ello se procede a analizar los resultados obtenidos en las entrevistas, analizando su contenido confrontándolo con los objetivos planteados a partir de las teorías utilizadas y los antecedentes nacionales e internacionales, ya que la interpretación hace hincapié en aspectos sucintos y resumidos de la investigación, que se comparan con diversos estudios aplicados con el fin de hallar analogías, convergencias y divergencias, (Carrillo, 1995).

Respecto al primer objetivo propuesto en la investigación, que tenía como propósito identificar la argumentación que desarrollan los jueces al momento de resolver una petición de restricción de la libertad es de calidad. Partiendo del concepto de que argumentar es dar razones de algo durante el debate a fin de que el auditorio acepte una respuesta como válida como afirma Vega (2015); al momento de resolver las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de una persona la argumentación debe tratar de resolver un problema concreto, ya que está en juego la libertad de una persona, más allá de que sea inocente o no, así como el deseo de justicia que exige la víctima y la sociedad; para con ello darle validez al pronunciamiento.

La Corte Suprema de la República por desarrollo jurisprudencial ha precisado ciertos requisitos que deben cumplir los jueces al momento de emitir pronunciamiento, así estableció que de manera obligatoria no solo

deben pronunciarse sobre los tres requisitos establecidos en la norma procesal, sino que adicionalmente se deben ocuparse de la proporcionalidad de la decisión y el plazo que se fija para restringir la libertad; este mandato jurisprudencial viene siendo cumplido por los jueces penales, motivo por el cual los expertos han señalado que los jueces de investigación preparatoria emiten pronunciamientos argumentando sobre todos los presupuestos exigidos por la norma procesal y la jurisprudencia. Si ello es así, la argumentación jurídica sirve como criterio prescriptivo respecto a la forma de emitir un pronunciamiento, por ello Atienza (1990), señalaba que la argumentación jurídica prescribe cómo debe realizarse el proceso de justificación tanto interna como externa al momento de emitir el pronunciamiento judicial, teniendo en cuenta que es una actividad lingüística que ha sido denominada “discurso” por Alexy (1997).

No debemos perder de vista que el proceso de argumentación está relacionado con el proceso de interpretación, por ello Meza (2006) indicaba que interpretar es dotar de significado a un enunciado, y argumentar es dar razones a fin de sostener una tesis. Conforme al modelo procesal que tenemos, las partes proponen planteamientos al juez para que sean acogidos, en dicho proceso, se hace un análisis de los hechos, de los supuestos normativos que regulan dicho supuesto, tratando de dar un significado jurídico de los hechos; a partir de ello, el juez identifica los enunciados que han de servirle de sustento para sostener un pronunciamiento; empero, conforme indicaba Castillo (2018) muchas veces el fiscal, como titular de la acción penal no cumple con proponer enunciados adecuados, especialmente respecto al presupuesto de la proporcionalidad, motivo por el cual el juez tiene que suplir dichos defectos, introduciendo de oficio sus propios argumentos.

La situación antes descrita, ha sido revelada también en la investigación, ya que los expertos que fueron encuestados han coincidido en señalar que los jueces introducen argumentos propios al momento de ocuparse de la proporcionalidad de la restricción de un derecho fundamental como es la

libertad. Cuando los jueces introducen sus propios argumentos al momento de resolver el pedido de prisión en realidad hacen uso del poder discrecional del que gozan como bien resaltaba, Lifante (2012). La discrecionalidad conforme concepciones modernas sólo se debe aplicar a casos difíciles como propone Hart; sin embargo la resolución de un pedido de prisión provisional no siempre va a calificar como un caso difícil, ya que desde un punto de vista legalista se trata de verificar la concurrencia de los presupuestos establecidos en la norma para la procedencia de la misma, y en caso se aprecie que estos presupuestos no son desarrollados plenamente por las partes, el juez como conocedor del derecho puede colmar estos vacíos a través de un proceso interpretativo para resolver el caso concreto, por ello siguiendo a Kelsen la discrecionalidad deberá ser entendida como un fenómeno propia de la concreción y aplicación del derecho.

Las circunstancias que se presentan en el proceso hacen que el juez introduzca sus propios argumentos, motivando que en realidad la decisión que toma al momento de resolver el pedido de prisión sea altamente subjetiva, permitiéndole hacer una valoración a partir de su posición moralista que tenga respecto a los hechos puestos en su conocimiento, y a partir de ello elegir los derechos que se ponen en juego, ya que como indicaba Ruiz (2010) el juez tiene libertad de elegir los principios que deben ser aplicados al caso concreto, estableciendo una categorización de los principios.

Los argumentos desarrollados por el juez respecto a la proporcionalidad de una medida gravosa a la libertad, tiene que ser expresada en una resolución que se dicta oralmente, para ello tiene que recurrir a la motivación de las resoluciones, que desde un punto de vista psicológica Ferrer (2011) señala que se identifica como la expresión lingüística de los motivos que han llevado a la decisión; siguiendo la doctrina americana para verificar si la motivación es adecuada es necesario saber cuál es la ideología que asume el juez respecto a situaciones jurídicas; por ejemplo,

actualmente existe corrientes feministas que vienen ejerciendo influencia respecto a la forma en que se deben enfocar los casos de violencia familiar, otra corriente ideológica parte a que ha calado hondo en los operadores de derecho como es la conocida teoría del derecho penal del enemigo que busca frenar los elevados niveles de criminalidad relativizando algunos derechos fundamentales; se debe tomar en cuenta el contexto social en el que se toma la decisión, el estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica.

Los resultados de la investigación muestran que los jueces al momento de resolver no hacen una motivación adecuada respecto al análisis de la proporcionalidad, se ha podido apreciar con los resultados del análisis de los pronunciamientos emitidos por los jueces, que al momento de fundamentar el subprincipio de idoneidad hacen uso de una variedad de argumentos para justificar la idoneidad, donde cada argumentación responde a la naturaleza y circunstancias de cada caso concreto, toman en cuenta las condiciones personales de cada imputado, la gravedad de los hechos entre otros. Cuando se hace el análisis de la necesidad se analiza la existencia del peligro de fuga, la gravedad de los cargos que le atribuyen a una persona, los graves elementos que sustentan la imputación la conducta procesal, la reiterancia delictiva.

Resulta relevante que no se haga un análisis de la existencia de otros medios alternativos a la prisión, es decir no se explica por qué no se puede aplicar a una persona la medida de comparecencia con restricciones, si dicha medida es capaz de conjurar el peligro procesal advertido. Estos defectos han sido resaltados también por los expertos, cuando señalaron que no se hace una adecuada argumentación del extremo de la proporcionalidad.

Habiendo quedado establecido que la motivación que realizan los jueces al momento de resolver medidas gravosas contra la libertad no es adecuada; es necesario identificar los métodos que vienen utilizando los jueces para

enfrentar este análisis. Luego de aplicar los instrumentos de investigación se ha establecido que la decisión que se tome ya sea en forma positiva o negativa respecto a la libertad de una persona, se legitima constitucionalmente luego de la valoración que se hace de los derechos fundamentales en juego a través del análisis de la proporcionalidad, esta posición se condice con lo señalado por Stayce (2019) cuando indicó que la proporcionalidad surge como un punto de apoyo constitucional a la decisión judicial, de ese modo se evita que la prisión provisoria sea concebida como una pena anticipada.

Resulta entonces que es válido indicar que la medida limitativa de la libertad tiene sustento constitucional en la medida que se analiza la proporcionalidad de la misma, es por ello que el artículo 253.3 de la norma procesal plantea dicha exigencia, en consonancia del artículo 200 de la Constitución Política, evitando que las medidas cautelares pueden tener funciones represivas y sean utilizadas para solventar la alarma social que genera la comisión de delitos muchas veces mediatizados, pues decir de Velecela (2019) resulta desproporcionado y despótico.

Consideramos que la razonabilidad puede ser usado como un parámetro para medir la validez de una medida limitativa de derechos, Tirado (2011) considera que es constitucionalmente válido hablar del principio de proporcionalidad y subsumir en el subprincipio de adecuación los alcances atribuidos al principio de razonabilidad, es decir ubica la razonabilidad como un componente del subprincipio de proporcionalidad, cuando se hará el examen de ponderación; por tanto, es viable indicar que la razonabilidad y la proporcionalidad son conceptos diferentes; esto queda evidenciado también con la opinión que proporcionaron los expertos cuando indicaron que el análisis de la razonabilidad es distinto al análisis de la proporcionalidad; habiéndose apreciado que algunos consideran que la razonabilidad es un criterio metodológico que se usa para el análisis de la proporcionalidad, y para para otros es un criterio metodológico, pero para el momento de la ponderación de principios.

Ya la jurisprudencia es uniforme en reclamar que se debe hacer un examen de la razonabilidad de la medida a través de la prueba de proporcionalidad propuesto por el alemán Alexy (2009); sin embargo, se aprecia que todavía existe confusión respecto a estos conceptos, como se aprecia en la posición minoritaria de los entrevistados, esta confusión no solo se refleja en el derecho nacional, sino también se evidencia en otras latitudes, Alfaro (2017) señaló que en Costa Rica existe una confusión entre razonabilidad y la proporcionalidad y se la utiliza como un sinónimo, haciendo citas conjuntas de ambas figuras siguiendo las nociones típicas del sistema norteamericano.

A nivel nacional Incacochea (2008) consideraba que la razonabilidad y la proporcionalidad son parámetros que sirven a los jueces y tribunales para enjuiciar la validez de las medidas que limitan la libertad, esta posición queda ratificada en la investigación en la medida que se ha podido determinar que existe un criterio uniforme de parte de los operadores del derecho procesal penal, en el sentido de que la ponderación es un criterio adecuado para el análisis de la proporcionalidad, ya que ello le permitirá al juez motivar adecuadamente el análisis respecto a la proporcionalidad.

Existe una fuerte crítica que se hace a esta propuesta en el sentido de que en realidad el método de la ponderación responde a criterios moralistas, los mismos que no siempre van a ser uniformes, los magistrados como todo ser humano tiene sus propios valores morales que no necesariamente pueden estar con consonancia con los valores morales que se manejan en una determinada comunidad, si bien se pretende un único sistema de valores buscando la única solución correcta, ello es una simple utopía, ya García (2017) consideraba que el método de la ponderación al ser un método moralista busca la única solución válida para cada caso concreto, el mismo que no puede ser un razonamiento racional en distinto tiempo y espacio.

Consideramos que la ponderación no puede ser el único criterio para determinar si la medida de prisión provisoria es constitucional o no, ya que esto puede llevar a que el juez haciendo uso de sus poderes discrecionales, de una valoración distinta a la que percibe la comunidad; es posible que a través de la ponderación cualquier principio puede ser derrotado o pueda ser elevado a la máxima categoría; todo dependerá de las razones que se den, frente a cada situación fáctica. Consideramos que el legislador nacional al haber señalado que la proporcionalidad requiere de la evaluación de diferentes factores, en realidad está proponiendo que el análisis responda a criterios racionales y razonables frente a la colectividad que finalmente son los destinatarios de la labor judicial.

Otro propósito de la investigación era verificar si hay criterios uniformes al momento de evaluar la proporcionalidad cuando se dispone una medida limitativa; la Corte Suprema en jurisprudencia vinculante indicó que el juez penal cuando resuelva la medida de prisión preventiva se debe ocupar en forma independiente sobre la proporcionalidad de la medida, sin indicar el método para abordar esta materia; empero la judicatura ha venido utilizando el test de ponderación propuesta por Alexy. Era necesario identificar si conocen otros métodos; los expertos indicaron no conocer otros métodos para analizar la proporcionalidad, lo que explica porque se viene utilizando el método de la ponderación propuesta por Robert Alexy al haberse nutrido su propuesta neoconstitucionalista; solo de ese modo la medida podrá sopesar la presunción de inocencia al no existir sentencia condenatoria firme que sea el fruto de una máxima actividad probatoria, Reategui (2006).

Sin embargo, tal como indicó Saenz (2016) el mandato jurisprudencial contenida en la Cas. 296-2013-Moquegua no ha precisado pauta alguna de cómo debe desarrollarse dicho análisis; hace pocos años se emitió el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, donde la Corte Suprema precisó que la motivación de la resolución debe ser suficiente y razonable, ponderando la afluencia de todos los extremos que justifican su adopción a

partir de toda la información disponible, para que la ponderación o subsunción no sea arbitraria y esté acorde a las pautas del razonamiento lógico; en base a ello consideramos que el análisis de la proporcionalidad no se agota con la evaluación de la ponderación.

Lo afirmado se corrobora con lo expresado por los expertos cuando indican que el principio de oportunidad está ligado al análisis de la verosimilitud del hecho y al momento de analizar el peligro procesal; lo primero significa que las pruebas o indicios tendrían que ser valorados con criterios morales, dejando de lado la doctrina que procura buscar ciertos estándares de valoración de prueba que previamente deben estar establecidos; lo segundo resulta mucho más razonable, ya que es en el análisis de los peligros que deben ser valorados con una mirada constitucional, analizando cada caso concreto, verificando si es proporcional y racional afirmar que alguien representa un peligro de fuga al proceso, si atendiendo al peligro de obstaculización la medida es necesaria, o si lo que se pretende es evitar la reiterancia delictiva, conforme indica el artículo 253.3 de la norma procesal, ya Del Río (2016) indicaba que las medidas cautelares al tener el propósito de sujetar al imputado al proceso, podría siempre ser idónea, pero desde un punto de vista constitucional no será necesaria.

Al evaluar las resoluciones judiciales, se determinó que los jueces penales consideran que la medida es idónea porque permite asegurar la presencia del encausado evitando su evasión, permitiendo ejecutar una futura sentencia. Otros consideran que es idónea por que permitirá asegurar el éxito del proceso y por concurrir los presupuestos materiales del artículo 268 del C.P.P., y la medida es necesaria también dada la gravedad de los cargos, la existencia de graves elementos de convicción, y la presencia de una conducta procesal peligrosa de cara el proceso.

Al respecto Montealegre et al (2014) consideraba que el método de análisis de proporcionalidad requiere demostrar cuatro condiciones, la primera

verificar la legitimidad de la medida de cara a los fines que la medida persigue; luego determinar la idoneidad de los medios disponibles para alcanzarlos; seguidamente constatar la necesidad de recurrir a la privación de la libertad y no a otros medios; y finalmente verificar la relación adecuada entre el grado de intervención estatal y el grado de importancia del fin perseguido, a través de “ponderación”.

En consecuencia, para afirmar que una resolución judicial cumple con motivar el extremo de la proporcionalidad siguiendo la posición de los entrevistados es necesario pronunciarnos por todos los subprincipios para verificar su concurrencia. En caso no sea superado uno de estos subprincipios, no será necesario imponer la medida gravosa; es decir el análisis de estos subprincipios se hace en forma escalonada y el resultado de dicho análisis deben ser adecuadamente motivada. Para ello se tiene que transitar por los tres componentes de la ponderación, se debe verificar si la medida es idónea para el caso concreto lo que implica que se aplica cuando no existe otra medida menos lesiva para proteger el fin constitucionalmente protegido, ya que la decisión debe administrar los riesgos procesales a decir de Del Río (2016); luego se pasa al análisis del subprincipio de necesidad verificando que no haya una medida alternativa igualmente eficaz con una valía menor para el principio sacrificado (Mendoza, 2019; Fernández, 2017), constatar que no es posible imponer la comparecencia con restricciones o el arresto domiciliario y finalmente evaluar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto haciendo un balance de intereses Carrión (2016) que deben protegerse para el caso concreto.

Finalmente, podemos decir en base a lo reseñado precedentemente al igual que los expertos, que el análisis del principio de proporcionalidad, si impacta de manera positiva al momento de resolver una medida limitativa de la libertad; por un lado cuando se disponga la privación de la libertad la dará un matiz constitucional a la decisión; en caso que el juez disponga la libertad del investigado se entenderá que ha primado el derecho a la

libertad frente a los interés colectivos puestos en juego, de ese modo se garantiza que la restricción de la libertad de una persona responda a criterios constitucionales, y no a criterios punitivos.

V. CONCLUSIONES

1. Los jueces penales al momento de emitir pronunciamiento sobre las medidas de privación de libertad tienen la obligación de pronunciarse sobre la proporcionalidad de la medida, para ello tienen que interpretar los enunciados propuestos por las partes, para luego expresar los motivos que sustentan la decisión.
2. Para pronunciarse sobre la proporcionalidad de una medida restrictiva, los jueces penales recurren al método propuesto por el alemán Robert Alexis, muy enraizado en la judicatura peruana, agotando la evaluación en la proporcionalidad en los tres subprincipios que la componen. No advierten que la constitucionalidad de la restricción de la libertad puede ser superada también con un análisis de la razonabilidad y haciendo más énfasis en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.
3. Se ha podido determinar que los jueces penales, no tienen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad, cuando se evalúa la idoneidad, se pronuncian sobre la suficiencia probatoria, gravedad de los hechos e incluso el peligro procesal. Los mismos supuestos suelen ser analizados al evaluar la necesidad de la medida. Cuando se ocupan del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, nuevamente vuelven a evaluar los peligros procesales, la gravedad de los hechos. Verificándose que se hace una subsunción de los requisitos materiales, a los supuestos de la ponderación
4. Un adecuado análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva al momento de tomarse una decisión sobre la restricción provisional de la libertad, la decisión tomada responderá a criterios constitucionales, evitando que se vulnere el principio de presunción de inocencia cuando la decisión es favorable al investigado, y se acepte pacíficamente que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto cuando la decisión le es contraria.

VI. RECOMENDACIONES

Primera

Se recomienda al Poder Judicial que, a través de la Academia de la Magistratura, programe cursos teóricos prácticos, a fin de capacitar a los Jueces de Investigación Preparatoria en el uso de la técnica de ponderación y proporcionalidad para resolver medidas limitativas de la libertad, para así dejar de lado, la costumbre de transcribir definiciones conceptuales emitidos por la jurisprudencia y especialistas en la materia propio de sistemas memorísticos.

Segunda

Se sugiere que la escuela del Ministerio Público y los colegios de abogados, programen cursos de capacitación a los fiscales y abogados, para que puedan proponer argumentos adecuados de acuerdo con la naturaleza del caso, para que el juez haga un adecuado análisis de la proporcionalidad. Se deben proponer los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el sistema de *common law*.

Tercera

Se recomienda a los Magistrados, hacer un análisis de la proporcionalidad de la medida en forma más exhaustiva, argumentando la necesidad de imponer la medida gravosa en cada caso concreto, con un lenguaje sencillo que este dirigido al afectado con la medida, y no a los profesionales en derecho.

Cuarta

Se recomienda a los fiscales penales y a los señores abogados, que, en las audiencias de prisión preventiva, pongan en consideración de juez que resolverá la causa mayores argumentos para analizar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, para que el juez emita un pronunciamiento que impacte adecuadamente en los destinatarios de la decisión. Evitando que los debates se centren en determinar la existencia o no de indicios graves

que vinculan a una persona con los hechos, dejando en segundo plano el análisis de la peligrosidad procesal y la proporcionalidad.

VII. PROPUESTA

En base a los resultados de la investigación, proponemos que se lleve adelante un Pleno Jurisdiccional de Jueces Superiores a Nivel Nacional sobre la proporcionalidad en la prisión preventiva para unificar criterios jurisprudenciales.

La propuesta tiene su fundamento en el Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial 201-2023 que tiene objetivo estratégico promover la uniformización de criterios jurisprudenciales son las resoluciones judiciales, para lo que se busca propender a la generación de sentencias o acuerdos plenarios por parte de los jueces penales bajo ciertos fundamentos uniformes en las decisiones judiciales.

Los acuerdos plenarios tienen su marco conceptual en lo señalado en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando señala que constituye un mecanismo para “concordar” la jurisprudencia en general, atendiendo de ese modo a los principios de igualdad y seguridad jurídica que se exige a los integrantes del Poder Judicial, principios que también se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución Política del Estado.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial como máximo órgano de dirección y gestión que tiene el Poder Judicial a través de Resolución Administrativa anualmente establece un Plan Nacional de Plenos Jurisdiccionales, en el año 2020 el plan fue aprobado por Resolución Administrativa N° 00042-2021-CE-PJ, donde se fijaron seis plenos jurisdiccionales nacionales; que versan sobre derecho laboral y procesal laboral, penal y procesal penal, sobre familia y civil, sobre derecho constitucional, sobre derecho civil y procesal civil, y finalmente sobre violencia contra la mujer y violencia de género; en ese sentido se propone que para el año 2022 se incluya un pleno nacional de jueces penales superiores donde se debe analizar la proporcionalidad en la prisión preventiva con la finalidad de unificar criterios jurisprudenciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Asencio J.M. (2016) *Reforma de la prisión provisional*. El respecto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad. Derecho Procesal Penal Estudios Fundamentales. INPECCP CENALES Pag. 786
- Arbaiza, L. (2016) *Cómo elaborar una tesis de grado*. Primera reimpresión. Universidad ESAN. Lima Perú. P. 72.
- Alexy, R. (1997) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 35 y 36.
- Alfaro, A. (2017) *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. En:
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680766/alfaro_calderon_esteban.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Alfaro, N. (2020) *La prisión preventiva y su afectación a la presunción de inocencia*. Trabajo académico para optar Título de Segunda Especialización en Derecho Procesal. PUCP. Lima. En:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16811/ALFARO_TINAJEROS_NILS_PAVELS%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Aragón, M. (1987) El Control como elemento inseparable del concepto de constitución. En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 19
<file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-ElControlComoElementoInseparableDelConceptoDeConst-79346.pdf>
- Atienza, M (1990) *“Para una teoría de la argumentación jurídica”*, Doxa, N° 8, 1990, pp. 55 – 58.

(1994). *Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*". En *Isonomía*. N° 1, 1994, pp. 51 – 68.

(1997) *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid

Barona, S. (1988) *Prisión Provisional y medias alternativas*, Editorial Bosch Barcelona pp. 20-21)

Becerra, O. (2012) *El principio de proporcionalidad en el derecho constitucional peruano* <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

Bernal, C.A (2006). *Metodología de la investigación: para la administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Ciudad de México: Pearson Educación.

Bovino, A. (2007). *Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo*. Foro Revista De Derecho, (8), 5-47,237. Retrieved from <https://search.proquest.com/docview/200952793?accountid=37408>

Cadena, H. (2020) "*Criterio preponderante para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva: A propósito del subprincipio de necesidad*." Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17709/CADENA_TINUCO_HUSSEIN%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Castillo, W. (2018) "*La proporcionalidad de la prisión preventiva*". Tesis doctoral. Universidad Nacional Federico Villarreal.

Castillo, J. L. (2010) *Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales.*

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017) Informe sobre las medidas para reducir la prisión preventiva en las Américas. CIDH. En:

<http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/PrisionPreventiva.pdf>

Centro de Estudios de las Américas (2013) *Prisión Preventiva en América Latina Enfoques para profundizar el debate.* CEJA En:

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Carrión, J.E. (2016). *Prisión preventiva*, Manual auto instructivo. Academia de la Magistratura. Perú

Del Rio (2008). *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* En: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008. PUCP Fondo Editorial.

Estrada, M. C. (2019). *Compatibilidad entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, un enfoque constitucional y aplicativo del principio de proporcionalidad* Tesis doctoral. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

Fernández, M (2017) *La ponderación: Análisis de la situación del debate en España.* DOXA Cuadernos de filosofía del derecho 40. pp, 155-384 En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/69519/1/DOXA_40_15.pdf

Ferreres, V. (2020). *Más allá del principio de proporcionalidad.* Revista Derecho Del Estado N° 46, pp.161-188. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.07>

- Ferrer, J. (2011) *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales* En: ISONOMIA Revista de Teoría y filosofía del Derecho N° 34, pp.87-107. México.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000100004
- Ferrojoli, L. (2000) *Derecho y Razón*. Versión Castellana Editorial Trotta 4ta edición P. 623.
- Flick, U (2015). *El diseño de investigación cualitativa*. Traducido por Tomas del Amo y Carmen Blanco. Ediciones MORATA Madrid. P.44
- Fuster, D. (2019). Investigación cualitativa: Método fenomenológico hermenéutico. Propósitos y Representaciones, N° 7(1), pp. 201-229. Doi: <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2019.v7n1.267>
- Galvez Villegas, Tomas Aladino (2017) *La prisión preventiva naturaleza y funciones*. En Colaboración Eficaz; prisión preventiva y prueba. José María
- García, J.A. (2010). *¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?* Acotaciones breves a un debate intenso. DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho N° 33.
<http://hdl.handle.net/10045/32613>.
- García, J. A. (2017) *Decidir y argumentar sobre derechos* Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial – Consejo de la Judicatura Federal. Edit. Tirant lo Blanch. Ciudad de Mexico.
- Gómez-Gómez, M. (2006) *Introducción a la metodología de la investigación científica*. Editorial Brujas. Córdoba Argentina. P.43
- Guba, E. y Lincoln, Y. (1981). *Effective evaluation: improving the usefulness of evaluation results through responsive and naturalistic approaches*.

Recuperado de <https://www.gwern.net/docs/sociology/1981-guba-effectiveevaluation.pdf>

Grandez, P. (2010) *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano*. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*. Palestra Editores Lima.

Hernández, R. Fernández C. Baptista, M (2014) *Metodología de la Investigación* 6ta Edición Mc Graw-Hill México.

Huerta, C. (2017) *Problema*. Anuario de filosofía y Teoría del Derecho N° 11 enero- diciembre 2011. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones jurídicas. <http://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-379.pdf>

Hurtado, I y Toro, G. J (2007) *Paradigmas y métodos de investigación en tiempos de cambio*. Caracas CEC.

INPE (2020) *Sistema de información estadística penitenciaria*. Módulo de Estadística del INPE. En: <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>

Indacochea, U. (2008) *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación*. THEMIS 55 Revista de Derecho. PUCP. Lima.

Jimeno, V. (2001) *“La necesaria reforma de la prisión provisional”* En: la Ley revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año 2001, número 7.

Lifante, I. (2002) *“Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”*. En *Doxa* N° 25 Universidad de Alicante 2002

(2012) *Poderes discrecionales* En: Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad N° 2, marzo - agosto 2012 pp. 139-144

Martínez, J.I y Zúñiga, F. (2011) *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Estudios Constitucionales Vol 9 Núm 1 pp. 199-226 Santiago de Chile. En: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82019098007.pdf>

Martinez, J.I y Zuñiga, F. (2011) *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Estudios Constitucionales Vol 9 Núm 1 pp. 199-226 Santiago de Chile. En: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82019098007.pdf>

Mendoza, F.C (2019) *La proporcionalidad de la prisión preventiva*. La Ley el Angulo de la noticia Revista digital. En: <https://laley.pe/art/7827/la-proporcionalidad-de-la-prision-preventiva>

Meza, E (*Argumentación e interpretación jurídica*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. N° 22. UNAM Mexico. Pp. 95-113 En: https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf

Montealegre, Bautista y Vergara; (2014) *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Mora-Sanchez, J.J. (2014) *Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad*. Acta Académica. 54. Pp. 187-220. En <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33628.pdf>

Morillas, L. (2016). *Reflexiones sobre la prisión preventiva*. Anales De Derecho, 34(1). Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111>

Neyra, J.A (2015) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II Editorial IDEMSA Lima.

Ñaupas H. et al (2011) “*Metodología de la investigación científica y asesoramiento de tesis*” 2da edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Pág.288

Ospina, G. J. (2015) La inconstitucionalidad de la detención preventiva Tesis de maestría Universidad Sergio Arboleda. Colombia.
<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/941/La%20inconstitucional%20de%20la%20detenci%C3%B3n%20preventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Palli, C. F. (2020) El Examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva. En Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura Vol 2. n° 2. <http://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/31/27>

López, R. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* (Tesis doctoral) Universidad Autónoma de Nuevo León. México. **URL:**
<http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf>

Ramos, C.A. (2015) *Los paradigmas de la investigación científica.* Unife En:http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2015_1/Carlos_Ramos.pdf

Riofrio-Martinez, J.C. (2016) *Alcance y límites del principio de proporcionalidad.* Revista Chilena de Derecho N° 43 N° 1 pp. 283-309.

RENACYT (2019) Reglamento de Calificación, Clasificación y Registro de los Investigadores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica

Ruiz, José Ignacio (2012) Metodología de la Investigación Cualitativa 5ta edición Universidad de Deusto Bilbao-España. Pág 13.

https://books.google.com.pe/books/about/Metodolog%C3%ADa_de_la_investigaci%C3%B3n_cualit.html?id=WdaAt6ogAykC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true

Ruiz, R. (2010) “*Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*” En Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N° 20 pp. 119-132. <file:///C:/Users/DELL/Downloads/193-1428-1-PB.pdf>

Reategui, J. (2006) *En busca de la Prisión Preventiva*. Jurista Editores Lima

Sánchez, P. (2009) *El Nuevo Proceso Penal*. Editorial IDEMSA Lima.

Saenz, L. (2016) *La proporcionalidad en la prisión preventiva*. Conferencia 02 de junio de 2016 En: <https://www.youtube.com/watch?v=IZDoUT2rY-g&t=21s>

Sarango, J.A (2018) *La excepcionalidad de la prisión preventiva*. Elementos doctrinales y su aplicación en la justicia ecuatoriana. Revista Magazine de las ciencias. Universidad Técnica de Babahoyo. Ecuador

Sherman, E & Reid, J (1994) *Qualitative Research in social work*. Columbia University. New York 1994. Pág 477.

Stacey, R., Hons, B.A., Witwatersrand, LL.B., *The Magnetism of Moral Reasoning and the Principle of Proportionality in Comparative Constitutional Adjudication*. The American Journal of Comparative Law, Volume 67, Issue 2, June 2019, Pages 435–475, <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz015>

Stamile N. (2015) *El principio de Razonabilidad*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 8 2015 En: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2488>

- Tirado, J.A. (2011) *Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional*. Revista de la facultad de derecho N° 62. PUCP. Lima.
- Temoche, W. M. (2020) “*Valoración del principio de proporcionalidad en la medida de prisión preventiva Corte Superior de Justicia del Callao*”. Tesis de maestro. Universidad Cesar Vallejo.
- Valderrama, S. (2013) Pasos para elaborar proyectos de investigación científica: cuantitativa, cualitativa y mixta 2° edición. Lima Editorial San Marcos.
- Valecela, W. F. (2019). *Constitucionalización de la prisión preventiva para evitar la pena anticipada*. (Tesis para maestría) Universidad de Cuenca. Ecuador.
URL:
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/jspui/handle/123456789/32905>
- Vega Reñon, Luis (2015) Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas. Palestra Editores. Lima
- Viera, L. (2021) “Criterios para aplicar razonablemente el principio de proporcionalidad en la medida de prisión preventiva según nuestro tribunal constitucional”. Tesis de maestría. Universidad Cesar Vallejo.
- Vigo, R. L. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la constitución: realidad, teorías y valoración/from interpretation of the law to argumentation based on the constitution: reality, theories and assessment/
<https://search.proquest.com/docview/1324973331?accountid=37408>

ANEXOS

INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

GUÍA DE ENTREVISTA

Entrevistado (Nombre-Grado Académico):

Cargo del entrevistado:

La presente guía de entrevista tiene por finalidad conocer su opinión sobre el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponerse la prisión preventiva. Se le pide ser objetivo y honesto en sus respuestas. Se le agradece por anticipado su valiosa participación y colaboración, pues los resultados de este estudio de investigación científica permitirán realizar un aporte al sistema de justicia penal.

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 10 preguntas, que se formularán de manera directa a cada participante.

¿Establecer si los jueces hacen una adecuada argumentación de la proporcionalidad, al momento de resolver los pedidos de prisión preventiva?

1. En su experiencia, en las audiencias de prisión preventiva, considera que los jueces penales se pronuncian por todos los presupuestos establecidos en el artículo 268° del C.P.P, y la Casación N° 626-2013-Moquegua.
2. En su experiencia, en las audiencias de prisión preventiva, el razonamiento desarrollado por el juez penal respecto a la proporcionalidad de la medida responde a los planteamientos propuestos por las partes, o son argumentos propios del juez.

3. Considera usted que al momento de resolver la prisión preventiva los jueces penales realizan una adecuada argumentación respecto al presupuesto de la proporcionalidad.

¿Identificar los procedimientos que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva?

4. ¿Considera que la constitucionalidad de la prisión preventiva se justifica con el análisis de la proporcionalidad, o, existen otros supuestos que pueden justificar su constitucionalidad?
5. ¿Para usted, el análisis de la razonabilidad de la medida limitativa de la libertad es similar al análisis de la proporcionalidad?
6. ¿Considera que el test de ponderación es un criterio adecuado y suficiente para analizar la proporcionalidad de la medida limitativa de libertad?

¿Establecer si existen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad, frente a la medida de prisión preventiva?

7. Usted conoce otros métodos o procedimientos, distintos al test de ponderación, que permitan el análisis de la proporcionalidad de una medida de prisión preventiva.
8. De los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, cual o cuales puede ser analizado a través del principio de proporcionalidad.
9. Considera que es necesario la motivación de los tres subprincipios de ponderación (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) para considerar que la medida es proporcional, o es suficiente con el análisis de algunos de ellos.

¿Analizar el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva?

10. Para usted el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva, o considera que no tiene incidencia alguna.

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DE LA GUIA DE ENTREVISTA

X	CATEGORÍA 1: ARGUMENTACIÓN	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
1	Subcategoría: Interpretación ¿En su experiencia, considera que en las audiencias de prisión preventiva los jueces penales se pronuncian por todos los presupuestos establecidos en el artículo 268° del C.P.P., y la Casación N° 626-2013-Moquegua?	X		X		X		
2	Subcategoría: Discrecionalidad ¿En su experiencia, en las audiencias de prisión preventiva, el razonamiento desarrollado por el juez penal respecto a la proporcionalidad de la medida responde a los planteamientos propuestos por las partes, o son argumentos propios del juez?	X		X		X		
3	Subcategoría: Motivación ¿Considera usted que al momento de resolver la prisión preventiva los jueces penales realizan una adecuada argumentación respecto al presupuesto de la proporcionalidad?	X		X		X		
	CATEGORÍA 2: PROPORCIONALIDAD	Si	No	Si	No	Si	No	
4	Subcategoría: Constitucionalidad del proceso ¿Considera que la constitucionalidad de la prisión preventiva se justifica con el análisis de la proporcionalidad; o existen otros supuestos que pueden justificar su constitucionalidad?	X		X		X		
5	Subcategoría: Razonabilidad ¿Para usted, el análisis de la razonabilidad es similar al análisis de la proporcionalidad al momento de resolver el pedido de prisión preventiva?	X		X		X		
6	Subcategoría: Ponderación ¿Considera que el test de ponderación es un criterio adecuado y suficiente para analizar la proporcionalidad de la medida limitativa de libertad?	X		X		X		
	CATEGORÍA 3: PRISIÓN PREVENTIVA	Si	No	Si	No	Si	No	
7	Subcategoría: Presunción de inocencia. ¿Usted conoce otros métodos o procedimientos, distintos al test de ponderación, que permitan el análisis de la proporcionalidad de una medida de prisión preventiva, podría indicarnos?	X		X		X		
8	Subcategoría: Presupuestos materiales ¿De los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, cual o cuales puede ser analizado a través del principio de proporcionalidad?	X		X		X		
9	Subcategoría: Excepcionalidad ¿Considera que es necesario la motivación de los tres subprincipios de ponderación (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) para considerar que la medida es proporcional, o es suficiente con el análisis de algunos de ellos?	X		X		X		
10	¿Para usted el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva, o considera que no tiene incidencia alguna?	X		X		X		

Observaciones (precisar si hay suficiencia): SI HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [X]** **Aplicable después de corregir []** **No aplicable []**

Apellidos y nombres del juez validador: Dr. RUBEN QUISPE ICHPAS

DNI: 09813237

Especialidad del validador: Doctor en Ciencias de la Educación, Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, Abogado.

Lima, 22 de setiembre del 2021.

¹Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.
²Relevancia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.
³Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.



Firma del Experto Informante.

Power Judicial - PJ - Gob... x Recibidos (493) - ucallo... x Formulario sin título - F... x Mi unidad - Google Drive x CÓDIGO PENALdox... x Nueva pestaña x + -

https://docs.google.com/forms/d/1ygshArmZg0nNowJHFSbH9nrpVVoLr1OWwVL7a-Ws/edit#responses

Aplicaciones La Ley - El Ángulo L... LP | Pasión por el D... Poder Judicial del... Normas Legales On... Lista de lectura

Formulario sin título

Preguntas Respuestas 10 Configuración

10 respuestas

Se aceptan respuestas

Resumen Pregunta Individual

Nombre: (opcional)
8 respuestas

SANDY BASILIO
JORGE JAVIER VERA BENAVIDES
Galileo Gallei Mendoza Calderon
OBDULIO FABIÁN QUEDO
Max Lening Carrasco Yarin
Roosvelt Osorio Román
Luz Mery Blanco Concepción
Juan Bernardo Magallanes Borja

Actividad actual (Obligatorio)
10 respuestas

Actividad	Porcentaje
Abogado	40%
Juez	30%
Fiscal	30%

● Juez
● Fiscal
● Abogado
● Otra actividad

Título sin título

Objetivo específico 1: Determinar el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva

1.- ¿En su experiencia, considera que en las audiencias de prisión preventiva los jueces penales se pronuncian por todos los presupuestos establecidos en el artículo 268° del C.P.P., y la Casación N° 626-2013-Moquegua?

10 respuestas

Si

SI, AUNQUE CON MOTIVACIÓN APARENTE EN MUCHOS CASOS.

Desde la emisión de la Casación N° 626-2013, exige que frente al pedido de prisión preventiva se deba debatir además lo concerniente a la proporcionalidad de la medida y la duración, es a raíz de ello, los Jueces al momento de resolver la medida cautelar personal luego del debate oral en audiencia, cumple con pronunciarse por cada uno de los cinco presupuestos.

Si efectivamente

En efecto considero que sí existe pronunciamiento por los Jueces respecto a los cinco presupuestos.

Si.

Si se pronuncian por todos los presupuestos.

Si, mayormente el patrón de justificación de las medidas de prisión prev. están basado en los presupuesto del arte. 268 a la luz de los argumentos desarrollados en la casación en mención.

2.- ¿En su experiencia, en las audiencias de prisión preventiva, el razonamiento desarrollado por el juez penal respecto a la proporcionalidad de la medida responde a los planteamientos propuestos por las partes, o son argumentos propios del juez?

10 respuestas

A los planteamientos propuestos por las partes

PROPIOS DEL JUEZ

Argumentos propios del Juez

Muchas veces el Juez a tomado parte de los argumentos propuestos por las partes; sin embargo, a complementado con argumentos propios.

El juez valora las posiciones de las partes e introduce su razonamiento en la resolución final.

En la mayoría de veces muchos Jueces efectúan argumentos propios del Juez; en el caso mio siempre trato de responder a los planteamientos de las partes.

Responden a los argumentos planteados por las partes y también propios del juez.

Responde a los planteamientos propuestos por las partes

En mi experiencia participando en diversas audiencias de prisión preventiva considero que son argumentos propios del juez.

Responde a los argumentos de las partes.

3.- ¿Considera usted que al momento de resolver la prisión preventiva los jueces penales realizan una adecuada argumentación respecto al presupuesto de la proporcionalidad?

10 respuestas

No siempre

NO

No

El Juez, cuando le toca argumentar con relación al presupuesto de proporcionalidad en algunas veces lo hace de manera mecánica, no realizando el adecuado análisis para el caso en concreto.

En la mayoría de los casos si se aplica.

La proporcionalidad es uno de los presupuestos procesales en la que menos inciden los Jueces.

No.

No, falta motivar de mejor manera

Algunos, no todos realizan una argumentación adecuada respecto al presupuesto de proporcionalidad.

Objetivo específico 2: Identificar los procedimientos que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva

4.- ¿Considera que la constitucionalidad de la prisión preventiva se justifica con el análisis de la proporcionalidad; o existen otros supuestos que pueden justificar su constitucionalidad?

10 respuestas

Existen otros presupuesto que justifican la prisión

SE JUSTIFICARÍA SOLO CON EL ANÁLISIS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD, SIEMPRE QUE SE APLICARÁ EN FORMA CORRECTA.

Se justifica con el análisis proporcionalidad no

Considero que el pilar principal para la constitucionalidad de la prisión preventiva debe ser el análisis adecuado del principio de proporcionalidad, en la medida que son principios los que se tienen que analizar, en contraposición a un derecho fundamental que es la libertad.

La proporcionalidad con sus tres sub principios, el Juez desarrolla la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

La constitucionalidad de a prisión preventiva se justifica en efecto en la proporcionalidad en sus tres vertientes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto); sin embargo, también debe tenerse en cuenta la razonabilidad de la medida.

Considero que es con el análisis de la proporcionalidad.

Es suficiente, en razón que todo derecho no es absoluto

Considero que el análisis de la proporcionalidad debe estar debidamente motivado y sustentado por ello es que en este punto se deben tener muy en cuenta los tres sub principios que la rigen esto es: la idoneidad, la necesidad de imponerse esta medida de coerción personal (la más gravosa) y la proporcionalidad en sentido estricto por ello el Juez debe ser analítico y sobre todo razonable de acuerdo al caso que la Fiscalía plantea.

El más adecuado resulta analizar la proporcionalidad, sopesando el derechos en discusión, además, podría aplicarse el control de convencionalidad

5.- ¿Para usted, el análisis de la razonabilidad es similar al análisis de la proporcionalidad al momento de resolver el pedido de prisión preventiva?

10 respuestas

No

Si

No son distintos

Ambos términos son distintos, en la medida que se entiende por razonabilidad como el criterio metodológico de la aplicación de la norma, por su parte la proporcionalidad nos llevara a la ponderación, pudiéndose advertir que en algunas veces se llega a confundir al monto de resolver.

Buenos ambas van de la mano por que se encuentra en juego la libertad de la persona.

El análisis de razonabilidad y proporcionalidad son distintos.

No.

No, son aspectos distintos, así como la idoneidad

Considero que si, la proporcionalidad es la única expresión posible de la razonabilidad puesto que a la hora de justificar el porqué se impone la medida de prisión preventiva esto es privar de la libertad a un ciudadano se debe evaluar razonablemente antes el porqué de la imposición de dicha medida y si la misma cumplirá con el objetivo que persigue.

No, por qué identifican aspectos diferentes en las medidas de coerción.

6.- ¿Considera que el test de ponderación es un criterio adecuado y suficiente para analizar la proporcionalidad de la medida limitativa de libertad?

10 respuestas

Si
NO, POR ESO SE EXIGE DE LOS TRES PRESUPUESTOS DEL ART. 268 DEL CPP
El test de ponderación en la actualidad ha resultado adecuado en la ponderación de derechos.
Claro efectivamente se debe valorar la ponderación, por que es la única manera de ver si corresponde o no la prisión preventiva.
Considero que si se cumple con motivar adecuadamente el test de ponderación resultaría suficiente.
Si.
Si, al tratarse de conflictos de derechos fundamentales
Considero que si, ya que gracias al test de ponderación se sopesan los derechos constitucionales que se encuentran en colisión para de esta manera encontrar de ser posible la armonización entre ellos y se define de manera correcta cuál va prevalecer.
Si en la medida que se identifiquen los factores de proporcionalidad.

Objetivo específico 3: Establecer si existen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad, frente a la medida de prisión preventiva.

7.- ¿Usted conoce otros métodos o procedimientos, distintos al test de ponderación, que permitan analizar la proporcionalidad de una medida de prisión preventiva, sin afectar la presunción de inocencia, podría indicarnos

10 respuestas

No
No.
NO
No conozco
Desconozco
Se puede analizar los principios como el de legalidad, el interés superior del niño.
A la fecha el test de ponderación, como uno de los tres aspectos a analizarse en la prisión preventiva, son los únicos métodos analizados.
No conozco.

8.- ¿De los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, cual o cuales pueden ser analizado a través del principio de proporcionalidad?

10 respuestas

Peligro de fuga
GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN Y EL PELIGROSISMO PROCESAL
Los suficientes elementos de convicción y el peligro procesal
El principio de proporcionalidad
Dentro del tercer párrafo del artículo 268.
Los tres presupuestos deberían ser analizados a través del principio de proporcionalidad.
Peligro procesal y los graves y fundados elementos de convicción.
Los graves elementos de convicción y el peligro procesal

La existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan acreditar la vinculación entre los hechos materia de imputación y el imputado y el peligro procesal.

El Peligro procesal y la proporcionalidad.

9.- ¿Considera que es necesario la motivación de los subprincipios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, para considerar que la medida es proporcional, o es suficiente el análisis de uno o algunos subprincipios?

10 respuestas

No

ES NECESARIO EL ANÁLISIS DE LOS TRES SUB PRINCIPIOS PARA ESTIMAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA. EN CASO NO SE CUMPLA CON UNO O DOS SUB PRINCIPIOS YA NO SERÍA NECESARIO CONTINUAR CON EL ANÁLISIS DE LOS DEMÁS, PORQUE LA MEDIDA DEVENDRÍA EN DESPROPORCIONAL.

Motivar todos

Por su puesto que cada uno de estos subprincipios debes ser analizados adecuadamente

Claro es totalmente necesario puesto que puede darse el caso que se cumpla con los 4 presupuesto para dictar la pp pero si el último no se cumple no se podría dictar dicha medida coercitiva de carácter personal.

Por supuesto que deben necesariamente analizarse los tres subprincipios.

Sí, considero que es necesario la motivación de los subprincipios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto.

Si es necesario que se motiven estos sin principios

Es necesario se motiven cada uno de los subprincipios señalados tales como: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Si resultada fundamental el análisis de todos.

Objetivo general: Determinar el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva

10.- Para usted el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva, o considera que no tiene incidencia alguna

10 respuestas

De manera positiva

IMPACTA EN FORMA POSITIVA, PUESTO QUE, A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN CORRECTA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD SE GARANTIZA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

No tiene incidencia alguna con los presupuestos del 268

Considero que es necesario un adecuado análisis de la proporcionalidad la cual tendrá incidencia en la medida coercitiva.

Claro que impacta por que es un presupuesto que se tiene que debatir en audiencia. Sino que además forma para del requerimiento de pp del Ministerio Público

Considero que tiene incidencia en ambos aspectos, de manera positiva y negativa, por cuanto de su análisis dependerá si se ampara o rechace la medida de la prisión prisión preventiva.

Sí, el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva.

Si impacta, tiene incidencia directa al momento de restringir un derecho fundamental denominado libertad ambulatoria

A mi parecer impacta de manera positiva.

Impacta de manera positiva, ya que de ello, se reflejarán las razones de la medidas de coerción dictadas.

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Matriz de categorización apriorística.

TÍTULO					
La implicancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva, Perú – 2020					
PROBLEMA					
¿Cuál es el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva en el Perú al 2020?					
OBJETIVO					
Analizar el impacto de una adecuada argumentación del principio de proporcionalidad, al momento de imponer la prisión preventiva					
PREGUNTAS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	DEFINICIÓN DE CATEGORIAS	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	Indicador
¿Existe una adecuada argumentación de la proporcionalidad de los jueces, al momento de resolver los requerimientos de prisión preventiva?	Establecer si los jueces hacen una adecuada argumentación de la proporcionalidad, al momento de resolver los pedidos de prisión preventiva	Argumentación Describe el proceso de justificación racional de las soluciones de los casos jurídicos, que realizan los jueces y cómo debe realizarse dicho proceso de justificación. (Atienza, 2011)	Dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar	Interpretación es dotar de significado a un determinado enunciado (Meza, 201)	Significado de un enunciado
				Discrecionalidad. Es el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, concebido como permisible por el sistema (Lifante, 2002)	Libertad del juez
				Motivación. Que la solución del caso responda a una aplicación racional del ordenamiento jurídico y no sea producto de la arbitrariedad o capricho. (Castillo 2010)	Racionalidad de las decisiones jurídicas
¿Resultan adecuadas las técnicas que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva?	Identificar los procedimientos que se viene utilizando para determinar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva.	Principio de proporcionalidad. Permite controlar que las injerencias directas o indirectas, de los poderes públicos y particulares, sobre la esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados (Sánchez Gil citado por Becerra 2013)	Identificar las injerencias de los poderes públicos sobre los particulares sobre los derechos fundamentales	Constitucionalidad del Derecho En un Estado Constitucional de Derecho, no es aceptable que las decisiones judiciales se justifiquen amparados en una vinculación estricta a la ley que responde a una visión positivista del sistema jurídico, (Ferrer, 2012)	Adecuada para cumplir la finalidad
				Razonabilidad. El principio de razonabilidad exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso (STC 045-2004-AI)	
				La ponderación. Implica hacer un balance de intereses a fin de establecer si sacrificar un interés individual guarda concordancia proporcionada con la importancia del interés estatal que ha de protegerse. (Llobert citado por Carrión, 2016)	Ponderación entre la libertad y el interés estatal
¿Existen criterios uniformes en el análisis de la proporcionalidad para imponer o no la prisión preventiva?	Establecer si existen criterios uniformes al momento de analizar la proporcionalidad frente a la medida de prisión preventiva	Prisión preventiva. Es la privación de la libertad de un sujeto imputado por la autoridad judicial, que se adopta dentro de un proceso penal, a efecto de garantizar fines previstos expresamente por la Ley y adecuados a la Constitución. (Asencio, 2015)	Privación temporal de la libertad de una persona en el proceso penal	Presunción de inocencia. Que el imputado debe ser tratado en esa calidad hasta que no existe sentencia condenatoria firme que sea el fruto de una máxima actividad probatoria. (Reategui, 2006)	Presencia del imputado
				Presupuesto material. La presencia de graves elementos de convicción que vincula al procesado con los hechos imputados, que la pena probable sea mayor a los cuatro años y que el procesado represente un peligro procesal. (C.P.P)	Ser tratado como inocente
				Excepcionalidad. Es una medida que se aplica exclusivamente en los casos en que haya una sospecha grave y con fines de que no se evada de la investigación judicial. (Bovino, 2007)	Se aplica para situaciones determinadas

Matriz de triangulación de resultados.

Pregunta 01 ¿En su experiencia, considera que en las audiencias de prisión preventiva los jueces penales se pronuncian por todos los presupuestos establecidos en el artículo 268° del C.P.P., y la Casación N° 626-2013-Moquegua?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Si	Si	En efecto considero que sí existe pronunciamiento por los Jueces respecto a los cinco presupuestos.	Desde la emisión de la Casación N° 626-2013, exige que frente al pedido de prisión preventiva se deba debatir además lo concerniente a la proporcionalidad de la medida y la duración, es a raíz de ello, los Jueces al momento de resolver la medida cautelar personal luego del debate oral en audiencia, cumple con pronunciarse por cada uno de los cinco presupuestos.	Si efectivamente	Sí.	Si, aunque con motivación aparente en muchos casos	Si se pronuncian por todos los presupuestos.	Si, mayormente el patrón de justificación de las medidas de prisión preventiva. Están basados en los presupuestos del art. 268 a la luz de los argumentos desarrollados en la casación en mención	Si	Todos coinciden en afirmar que los jueces penales se pronuncian por todos los presupuestos del Art. 268 del C.P.P, y la Casación de Moquegua.	Un experto matiza su respuesta indicando que el pronunciamiento sería aparente.	Se puede concluir que los jueces penales al momento de emitir la resolución que resuelve el pedido de prisión preventiva emiten pronunciamiento argumentando sobre todos los presupuestos exigidos, por la norma y la jurisprudencia teniendo en cuenta que la norma exige una motivación especial.

Pregunta 02 ¿En su experiencia, en las audiencias de prisión preventiva, el razonamiento desarrollado por el juez penal respecto a la proporcionalidad de la medida responde a los planteamientos propuestos por las partes, o son argumentos propios del juez?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Argumentos propios del Juez	A los planteamientos propuestos por las partes	En la mayoría de las veces muchos Jueces efectúan argumentos propios del Juez; en el caso mío siempre trato de responder a los planteamientos de las partes.	Muchas veces el Juez ha tomado parte de los argumentos propuestos por las partes; sin embargo, ha complementado con argumentos propios.	El juez valora las posiciones de las partes e introduce su razonamiento en la resolución final.	Responden a los argumentos planteados por las partes y también propios del juez.	Propios del juez	En mi experiencia participando en diversas audiencias de prisión preventiva considero que son argumentos propios del juez.	Responde a los argumentos de las partes.	Responde a los planteamientos propuestos por las partes	30% señala que sólo responden a argumentos de las partes. 30% señala que responden a argumentos de partes al que agregan argumentos propios	40% señala que desarrolla argumentos propios	Los jueces saben que deben dar respuesta a planteamientos de las partes, sin embargo, discrecionalmente introducen argumentos propios.

Pregunta 03 ¿Considera usted que al momento de resolver la prisión preventiva los jueces penales realizan una adecuada argumentación respecto al presupuesto de la proporcionalidad?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación.
No	No siempre	La proporcionalidad es uno de los presupuestos procesales en la que menos inciden los Jueces.	El Juez, cuando le toca argumentar con relación al presupuesto de proporcionalidad en algunas veces lo hace de manera mecánica, no realizando el adecuado análisis para el caso en concreto.	En la mayoría de los casos si se aplica.	No.	No	Algunos, no todos realizan una argumentación adecuada respecto al presupuesto de proporcionalidad .	No, porque en muchos no analizan a profundidad los subprincipios de forma individual.	No, falta motivar de mejor manera	El 90% señala que el Juez no hace una adecuada argumentación. Uno agrega que lo hace de manera mecánica	Un 10% que señala que si se hace una adecuada argumentación	Los expertos coinciden al señalar que la motivación de la proporcionalidad no es adecuada, que algunos jueces lo hacen de manera mecánica, sin un análisis profundo de los subprincipios de proporcionalidad.

Pregunta 04 ¿Considera que la constitucionalidad de la prisión preventiva se justifica con el análisis de la proporcionalidad; o existen otros supuestos que pueden justificar su constitucionalidad?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
No se justifica con el análisis proporcionalidad.	Existen otros presupuestos que justifican la prisión	La constitucionalidad de a prisión preventiva se justifica en efecto en la proporcionalidad en sus tres vertientes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto); sin embargo, también debe tenerse en cuenta la razonabilidad de la medida	Considero que el pilar principal para la constitucionalidad de la prisión preventiva debe ser el análisis adecuado del principio de proporcionalidad, en la medida que son principios los que se tienen que analizar, en contraposición a un derecho fundamental que es la libertad.	La proporcionalidad con sus tres subprincipios, el juez desarrolla la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto	Considero que es con el análisis de la proporcionalidad.	Se justificaría solo con el análisis del test de proporcionalidad, siempre que se aplicará en forma correcta.	Considero que el análisis de la proporcionalidad debe estar debidamente motivado y sustentado por ello es que en este punto se deben tener muy en cuenta los tres subprincipios que la rigen esto es: la idoneidad, la necesidad de imponerse esta medida de coerción personal (la más gravosa) y la proporcionalidad en sentido estricto por ello el Juez debe ser analítico y sobre todo razonable de acuerdo al caso que la Fiscalía plantea.	El más adecuado resulta analizar la proporcionalidad, sopesando el derecho en discusión, además, podría aplicarse el control de convencionalidad	Es suficiente, en razón que todo derecho no es absoluto	El 80% considera que el análisis de la proporcionalidad justifica la constitucionalidad de la prisión preventiva, teniendo en cuenta que la libertad no es un derecho absoluto	Hay un 20% que considera que la constitucionalidad de la prisión preventiva no se justifica solo con el análisis de la proporcionalidad, sino que hay otros presupuestos. No indican el supuesto	Los expertos coinciden en señalar que el análisis de la proporcionalidad de la privación temporal de la libertad; lo legitima constitucionalmente, y que la propia constitución señala que la libertad no es un derecho absoluto.

Pregunta 05													¿Para usted, el análisis de la razonabilidad es similar al análisis de la proporcionalidad al momento de resolver el pedido de prisión preventiva?
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación	
No son distintos	No	El análisis de razonabilidad y proporcionalidad son distintos.	Ambos términos son distintos, en la medida que se entiende por razonabilidad como el criterio metodológico de la aplicación de la norma, por su parte la proporcionalidad nos llevara a la ponderación, pudiéndose advertir que en algunas veces se llega a confundir al monto de resolver.	Buenos ambas van de la mano por que se encuentra en juego la libertad de la persona.	No.	SI	Considero que sí, la proporcionalidad es la única expresión posible de la razonabilidad puesto que a la hora de justificar el por qué se impone la medida de prisión preventiva esto es privar de la libertad a un ciudadano se debe evaluar razonablemente antes el porqué de la imposición de dicha medida y si la misma cumplirá con el objetivo que persigue	No, por qué identifican aspectos diferentes en las medidas de coerción.	No, son aspectos distintos, así como la idoneidad	La razonabilidad es distinta al análisis de la proporcionalidad; Es un criterio metodológico para el análisis de la proporcionalidad; y al momento de la ponderación de principios	Algunos expertos consideran que proporcionalidad es expresión de la razonabilidad a través de la ponderación El análisis es similar	Los entrevistados no tienen un concepto claro de lo que significa en análisis de la proporcionalidad; y lo significa el análisis de la razonabilidad al momento de imponerse una medida limitativa, La confusión no es atribuible a los jueces penales, sino a la propia de la doctrina.	

Pregunta 06													¿Considera que el test de ponderación es un criterio adecuado y suficiente para analizar la proporcionalidad de la medida limitativa de libertad?
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación	
Si	Si	Considero que si se cumple con motivar adecuadamente el test de ponderación resultaría suficiente.	El test de ponderación en la actualidad ha resultado adecuado en la ponderación de derechos.	Claro efectivamente se debe valorar la ponderación, porque es la única manera de ver si corresponde o no la prisión preventiva.	Sí.	No, por eso se exige de los tres presupuestos del art. 268 del C.P.P.	Considero que si, ya que gracias al test de ponderación se sopesan los derechos constitucionales que se encuentran en colisión para de esta manera encontrar de ser posible la armonización entre ellos y se defina de manera correcta cuál va prevalecer.	Si en la médica que se identifiquen los factores de proporcionalidad.	Si, al tratarse de conflictos de derechos fundamentales	Es un criterio adecuado para el análisis de la proporcionalidad, Permite al juez motivar adecuadamente Se sopesa diferentes derechos fundamentales	Sólo un 10% consideran que no es un criterio adecuado, Se deben analizar los tres subprincipios	Los consultados piensan que el análisis del test de ponderación es un criterio suficiente para justificar y establecer si la imposición de la prisión preventiva es proporcional. Le permite realizar una adecuada motivación, de su decisión.	

Pregunta 07												
¿Usted conoce otros métodos o procedimientos, distintos al test de ponderación, que permitan el análisis de la proporcionalidad de una medida de prisión preventiva?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
No conozco	No	A la fecha el test de ponderación, como uno de los tres aspectos a analizarse en la prisión preventiva, son los únicos métodos analizados.	Desconozco	Se puede analizar los principios como el de legalidad, el interés superior del niño.	No	No	No conozco	No	No	No conocen otros métodos para analizar la proporcionalidad	Se pueden analizar otros principios, no se indica que principios serían	El único método conocido el test de ponderación propuesto por Robert Alexy. la jurisprudencia nacional, se han nutrido de su propuesta neoconstitucionalista,

Pregunta 8												
¿De los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, cual o cuales pueden ser analizado a través del principio de proporcionalidad?												
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Los suficientes elementos de convicción y el peligro procesal	Peligro de fuga	Los tres presupuestos deberían ser analizados a través del principio de proporcionalidad	El principio de proporcionalidad	Dentro del tercer párrafo del artículo 268.	Peligro procesal y los graves y fundados elementos de convicción.	Graves y fundados elementos de convicción y el peligrosismo procesal	La existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan acreditar la vinculación entre los hechos materia de imputación y el imputado y el peligro procesal.	El Peligro procesal y la proporcionalidad.	Los graves elementos de convicción y el peligro procesal	El principio de oportunidad está ligado al análisis de la verosimilitud del hecho, y al analizar el peligro procesal	Deben analizarse todos los supuestos materiales del artículo 268 del C.P.P	El peligro procesal es debe ser valorados desde un punto de vista constitucional verificando si es proporcional y racional indicar que una persona representa un peligro de fuga al proceso, si la medida es necesaria atendiendo al peligro de obstaculización que pudiera presentar un investigado.

Pregunta 09		9.- ¿Considera que es necesario la motivación de los subprincipios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, para considerar que la medida es proporcional, o es suficiente el análisis de uno o algunos subprincipios?										
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Motivar todos	No	Por supuesto que deben necesariamente analizarse los tres subprincipios.	Por su puesto que cada uno de estos subprincipios debes ser analizados adecuadamente	Claro es totalmente necesario Sí, el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva. puesto que puede darse el caso que se cumpla con los 4 presupuesto para dictar la pp pero si el último no se cumple no se podría dictar dicha medida coercitiva de carácter personal.	Sí, considero que es necesario la motivación de los subprincipios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto.	Es necesario el análisis de los tres subprincipios para estimar la proporcionalidad de la medida. en caso no se cumpla con uno o dos subprincipios ya no sería necesario continuar con el análisis de los demás, porque la medida devendría en desproporcional.	Es necesario se motiven cada uno de los subprincipios señalados tales como: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.	Si resultada fundamental el análisis de todos.	Si es necesario que se motiven estos sin principios	Es necesario pronunciarnos por todos los subprincipios, sin colocar una prelación a la misma. Si no se supera uno de ellos no será necesaria imponer la medida El análisis de estos subprincipios se hace en forma escalonado y deben ser adecuadamente motivados	No es necesario analizar todos los presupuestos	La medida limitativa de libertad para que pueda imponerse además de superar los presupuestos materiales establecidos en la norma procesal, también se debe superar el examen de proporcionalidad a través de la prueba de ponderación.

Pregunta 10		10.- Para usted el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva, o considera que no tiene incidencia alguna										
E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	Convergencia	Divergencia	Interpretación
No tiene incidencia alguna con los presupuestos del 268	De manera positiva	Considero que tiene incidencia en ambos aspectos, de manera positiva y negativa, por cuanto de su análisis dependerá si se ampara o rechace la medida de la prisión preventiva.	Considero que es necesario un adecuado análisis de la proporcionalidad a la cual tendrá incidencia en la medida coercitiva.	Claro que impacta porque es un presupuesto que se tiene que debatir en audiencia. Sino que además forma para del requerimiento de pp del Ministerio Público	Sí, el análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva o negativa al momento de resolverse una medida coercitiva.	Impacta en forma positiva, puesto que, a través de la aplicación correcta del test de proporcionalidad se garantiza la constitucionalización de la prisión preventiva.	A mi parecer impacta de manera positiva.	Impacta de manera positiva, ya que, de ello, se reflejarán las razones de la medidas de coerción dictadas.	Si impacta, tiene incidencia directa al momento de restringir un derecho fundamental denominado libertad ambulatoria	Si impacta de manera positiva Cuando es amparada la medida le dará un matiz constitucional a la decisión, Cuando es rechazada igualmente se entenderá que ha primado el derecho.	Un entrevistado considera que no tiene mayor incidencia no guarda relación con los presupuestos materiales	El análisis de la proporcionalidad impacta de manera positiva al momento de resolverse; ese análisis justifica que la decisión responda a parámetros constitucionales.

Matriz del subprincipio de idoneidad.

Expediente/ subprincipio de idoneidad.			
	Argumentos	Idea central	Interpretación
1	“se busca pues que los imputados no evadan la obligatoria comparecencia a la investigación y luego a la etapa intermedia y juzgamiento y también una vez culminado el proceso en caso de ser declarados culpables impidan pues materializar la condena impuesta por el juez de juzgamiento”.	No se evadan del proceso y se pueda ejecutar una sentencia	Los jueces, en su mayoría consideran que la prisión provisional es idónea porque permite asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, evitando que se evada del proceso. Que permita ejecutar una futura sentencia. Otros consideran asegurará el éxito del proceso permitiendo descubrir la verdad.
2	Para J.G.M. “...para alcanzar la finalidad del proceso, (...) se evitará que el imputado siga inmerso en este tipo de actividades ilícitas que no sólo afectan al bien jurídico patrimonial sino también hay una afectación monetaria...” Para S.H.A “...va a contribuir a alcanzar los fines de la investigación, (...) garantizaría este riesgo, esto es, la posibilidad de fuga evidenciado por este juzgado y además se evitaría de este tipo de actividades ilícitas que han sido continuas...” Para J.D.M. “...esto a fin de evitar o prevenir la continuación de las actividades ilícitas cometidas o incurridas por el investigado Para L.E. B. A. “...se evitaría la continuación de actividades ilícitas que se han venido desarrollando por el investigado y por personas cercanas, asequibles al investigado...”	Evitar la continuación de actividades ilícitas.	Sin embargo, algunos jueces consideran que la medida es idónea por concurrir los presupuestos materiales del artículo 268 del C.P.P.
3	“...al haberse determinado los fundados y graves elementos de convicción, una prognosis de pena mayor a cuatro años y el peligro procesal.	Por concurrir los presupuestos del art. 268 del C.P.P.	especialmente los graves elementos de convicción.
4	“En ese sentido el requerimiento resulta idóneo para la realización del fin constitucionalmente protegido en el presente caso; es decir, el interés público en la investigación del delito. Consecuentemente a la medida de coerción personal solicitada es idónea porque con ella se alcanzará o favorecerá el fin perseguido legítimamente por el Estado. Esto es, no sólo buscar asegurar la sujeción de los imputados.	Asegurar la sujeción del imputado y lograr el éxito del proceso	Otros consideraron que era idónea para evitar la reiterancia delictiva; y otro consideró que es idónea por ser proporcional.
5	... resulta evidente que la medida dictada por el a quo resulta idónea por tener una finalidad constitucionalmente legítima: asegurar la presencia del imputado y lograr el éxito del proceso.	Asegurar la presencia del imputado y lograr el éxito del proceso	
6	...resulta idóneo para la realización del fin constitucionalmente protegido con el presente caso, es decir el interés público de la investigación del delito. Consecuentemente la medida de coerción personal solicitada es idónea porque con ella se alcanzará o favorecerá el fin perseguido legítimamente por el Estado, esto es no sólo buscar asegurar la sujeción del imputado al proceso, sino también	Asegurar la sujeción del imputado y la aplicación de la ley	Existe una variedad de argumentos que justifican la idoneidad de la medida, lo que significa que cada argumentación responde a la

	<i>asegurar la aplicación de la ley penal material.</i>		
7	<i>“La medida debe ser proporcional, idónea, necesaria y razonable; considera que la medida es proporcional, y es necesaria porque indudablemente se debe combatir este flagelo como es el tráfico ilícito de drogas (...) es idóneo para el correcto descubrimiento de la verdad, como el ministerio público ha señalado que se tiene que establecer la pena y el hecho criminal con otras personas para poder identificar quienes serían los proveedores de la mercancía.</i>	Para el correcto descubrimiento de la verdad	naturaleza de cada proceso penal, teniendo en cuenta las condiciones personales de cada imputado. La idoneidad tiene íntima relación con los fines que persigue el proceso en cada caso concreto. Es preocupante que algunos jueces consideren que la prisión es necesaria para descubrir la verdad, pese
8	<i>Considero que la medida es proporcional, y esto porque definitivamente es idónea puesto que se pasa de un inicio a llegar a una causa, (...) no conlleva que la policía pueda en uso de sus facultades constitucionales realizar las intervenciones cuando se traten flagrancia delictiva como en el presente caso se ha realizado por lo tanto es idóneo.</i>	Porque la detención es proporcional	
9	<i>La prisión preventiva es la medida de coerción personal más idónea para garantizar la presencia del imputado en el proceso y el éxito de la investigación.</i>	Garantiza la presencia del imputado y el éxito de la investigación	
10	<i>“...este órgano considera que si es idónea a medida de prisión preventiva por una administración de justicia teniendo en cuenta los elementos de convicción recabados en contra del investigado...”</i>	Por que concurren graves elementos de convicción.	

Matriz del subprincipio de necesidad.

Expediente / Subprincipio de necesidad			
	Argumentos	Palabra clave	Interpretación
1	<p>“La privación de la libertad de los imputados es necesaria y no puede ser tomada como arbitraria porque es la función de la judicatura garantizar y asegurar el normal desarrollo del proceso penal, considerando que éste es un instrumento necesario de protección de los valores recogidos por el derecho penal, la función primordial consiste en dotar a Estado de un cauce pre establecido del ius puniendi, motivo por el cual es proporcional y necesario restringir la libertad de los imputados al ser este un derecho que no es absoluto e irrestricto; no existiendo además otro medio alternativo con el derecho afectado habiéndose cumplido todos los requisitos para su aplicación.</p>	Garantizar el normal desarrollo procesal	Los jueces no hacen un análisis de los medios alternativos a la medida propuesta, el análisis es similar a la evaluación del peligro procesal, los jueces consideran que la medida es necesaria porque advierten la presencia o concurrencia de un peligro de fuga, ya sea por la gravedad de los cargos que le atribuyen a la persona que está sometido a proceso una persona, también se inclinan por la necesidad cuando verifican la existencia de graves elementos de convicción, en algunos casos analizan la conducta procesal, verifican la posibilidad de la presencia de una reiterancia delictiva. Cuando verifican todos estos presupuestos consideran que la medida será necesaria para cumplir los fines de proceso, esto es que se lleve adelante la
2	<p>Para J.G.M. “consideramos que al concurrir los elementos de convicción fundados y graves que vinculan en alta probabilidad al imputado con dos delitos que se han mencionado, ante la existencia de la probabilidad de peligro o riesgo de fuga u obstaculización, resulta necesario imponerse esta medida más gravosa,”</p> <p>Para S.H.A “resulta necesario para imponer esta medida a fin de neutralizar, puntualmente el peligro procesal y cautelar los fines del proceso.</p> <p>Para a J.D.M. “...ante la concurrencia de fundados y graves elementos de convicción que vinculan al investigado (...), resulta necesaria la imposición de la medida más gravosa a fin de neutralizar el peligro procesal existente</p> <p>Para a L.E. B. A. “...está vinculado a hechos que están relacionados a presuntas organizaciones criminales (...) el comportamiento del agente, no en este proceso, sino, en otros procedimientos, (...) la concurrencia de fundados y graves elementos de convicción (...) resulta necesario imponerse la medida más gravosa, a fin de neutralizar el peligro procesal existente.</p>	<p>Concurrir los elementos de convicción</p> <p>Existencia de probabilidad de fuga</p> <p>Neutralizar el peligro procesal.</p> <p>Concurrir graves elementos de convicción.</p>	
3	<p>“La necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en tanto existe peligro de fuga de investigado x x x y considerando</p>	Gravedad del delito	

	<p>que la medida es idónea y necesaria, así como por la gravedad del delito imputado, y considerando que la medida es idónea y necesaria, así como por la gravedad del delito imputado ...</p>		investigación.
4	<p>Respecto a W.M.M.P., "... no existen otros medios alternativos, al de la prisión preventiva, que sean menos gravosos que este o que no lo sean, y que a su vez aseguren que la parte investigada cumpla con los fines del proceso penal. Toda vez que la comparecencia simple o con restricciones no son medios idóneos para cumplir dicho fin (...) el referido procesado no tiene arraigo familiar, su arraigo laboral es débil, concurre la circunstancia de ser integrante de una organización criminal, la gravedad de la pena, aunado a la conducta obstruccionista durante la investigación preliminar e incluso a nivel judicial...</p> <p>Respecto a A.L.V.A., "... no deviene en necesaria, toda vez que, el arraigo domiciliario ha quedado acreditado de forma suficiente, al igual que el arraigo laboral y familiar. Además, a pesar de ser imputada como presunta integrante de una red criminal que involucrará a magistrados del Poder Judicial, ha mostrado una conducta adecuada, de concurrir al llamado del Ministerio Público, (...), es decir, a pesar de enfrentar una eventual condena de pena privativa de libertad de larga duración, no se tiene que haya tenido intención de obstaculizar la investigación en su contra...</p>	<p>Se cumpla con los fines del proceso</p> <p>Conducta procesal</p>	
5	<p>... asimismo, resulta necesaria, en razón que una medida coercitiva menos gravosa no lograría el cumplimiento de los fines mencionados...</p>		
6	<p>... porque en el presente caso no existe otros medios alternativos, al de la prisión preventiva, que sean menos gravosas y que a su vez aseguren que la parte investigada cumpla con los fines del proceso penal, (...) en el presente caso sin no tiene arraigo en el país, de ninguna manera se garantizaría, con dicha medida la sujeción al proceso penal. A mayor abundamiento a pesar del país, incumplió la orden judicial y Sali del país, teniendo pleno conocimiento de los graves cargos que se le imputan y que ya había sido autorizado su procesamiento por el</p>	<p>Para que cumpla los fines del proceso</p> <p>Los graves cargos que se le imputan</p>	

	<i>congreso de la República. ...</i>		
7	<i>No se hace mención alguna.</i>		
8	<i>“...es necesaria porque efectivamente se tiene que evitar la reiteración delictiva quien sabe si esta persona ha estado recibiendo este tipo de paquetes en otras oportunidades y que puede declarar y esclarecer a quienes se estaría enviando</i>	Evitar reiterancia delictiva	la
9	<i>Es necesaria a pesar de que existe en nuestro ordenamiento jurídico otras medidas de coerción personal menos gravosa, como la comparecencia; en este caso, por la gravedad del delito que se le atribuye y por la calidad de los elementos de convicción que están evidenciando la realidad de este delito, se hace necesaria acudir a esta medida de coerción personal.</i>	Gravedad del delito	del
10	<i>“... ahora consideramos que si es necesario si, esto tiene relación con el peligro de fuga, en la cual hay alta probabilidad de peligro de fuga conforme lo establece cuando se determina sobre la necesidad de una prisión preventiva conforme lo establece el acuerdo plenario 01-2019 cuando habla de la necesidad de la prisión preventiva y aquí se debe de analizar el peligro de fuga,...”</i>	Peligro de fuga.	

Expediente / subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto			
	Argumentos	Palabra clave	Interpretación
1	<p>“...no es desproporcional, pues con ella se genera una restricción adecuada a los posibles beneficios obtener, la violencia que se ejerce con la medida de coerción no será mayor que la violencia que se podría eventualmente ejercer en la medida de la aplicación de la pena en caso de probarse los delitos materia de imputación; es preciso señalar que lo que se persigue con la prisión preventiva es garantizar la presencia de los imputados en la investigación hasta la etapa de juzgamiento, a lo que se suma que en el presente proceso la existencia de los presupuestos necesarios para emitir la misma como son el fumis boris...”</p>	<p>Posible beneficio a obtener</p> <p>Garantizar la presencia de imputados en investigación</p>	<p>Se aprecia que los jueces penales al momento de hacer el balance entre los derechos que se ponen en juego escogen diferentes derechos fundamentales que tienen que confrontarse con el derecho a la libertad que tiene el investigado en base a su presunción de inocencia.</p>
2	<p>Respecto a J.G.M. “...resulta ponderable restringir el derecho a la libertad a fin de alcanzar la averiguación de la verdad y el esclarecimiento de los hechos...”</p> <p>Respecto a S.H.A. “...una pena de gravedad, consideramos que debe darse prioridad a los fines de la colectividad y a los fines propiamente de la investigación...”</p> <p>Respecto a J. D.M. “...debe resultar ser más efectiva, garantizar el desarrollo del proceso penal y establecer la finalidad del mismo, como es la averiguación de la verdad por encima de la libertad del imputado en atención a la concurrencia de los 3 presupuestos que establece el artículo 268° del Código Procesal Penal...”</p> <p>Respecto a L. E. B. A. “...aportaría a garantizar los derechos constitucionales que se habrían venido afectando a la colectividad (...) la finalidad de la investigación, como es la averiguación de la verdad y el respeto a los derechos de la colectividad...”</p>	<p>Alcanzar la averiguación de la verdad</p> <p>Priorizar los fines de la colectividad propiamente de la investigación</p> <p>Garantizar derechos constitucionales</p>	<p>Algunos ponen en la balanza el derecho que tiene el Estado para garantizar la seguridad pública y cuando de infringe una norma penal, el derecho para lograr la averiguación de la verdad, otros ponen en balance el derecho de la libertad versus los bienes jurídicos afectados por el investigado para en el caso concreto como puede ser el derecho a la vida, el derecho a la libertad del agraviado, el derecho a la integridad sexual, el derecho a llevar una vida digna, entre otros derechos según</p>
3	<p>“La necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en tanto existe peligro de fuga de investigado x x x y considerando que la medida es idónea y necesaria, así como por la gravedad del delito imputado, y considerando que la medida es idónea y necesaria, así como por la gravedad del delito imputado, ...”</p>	<p>Idoneidad y necesidad de la medida</p>	<p>el derecho a la libertad del agraviado, el derecho a la integridad sexual, el derecho a llevar una vida digna, entre otros derechos según</p>
4	<p>“Respecto a W.M.M.P “...el grado de</p>	<p>Es equivalente al grado de</p>	<p>derechos según</p>

	<p>realización de la finalidad que se busca en la actual investigación lo legitima, ya que tal intromisión es equivalente al grado de afectación de dicho derecho fundamental. Porque al hacerse la ponderación se evidencia que existen más razones que justifican la imposición de la medida. Asimismo, el derecho a la salud del procesado se encuentra garantizado pues, a pesar de que nos encontramos en Emergencia Sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo, resulta oportuno señalar que las personas de su edad (47) ya se encuentran habilitados para ser inoculados con alguna de las vacunas contra la Covid-19.</p>	<p>afectación de dicho derecho</p> <p>Existen más razones que justifican la imposición de la medida</p>	<p>la naturaleza de los hechos. Sin embargo, existen otros magistrados que consideran que la medida será proporcional teniendo en cuenta que se cumplen con todos los presupuestos exigidos para la procedencia de la prisión preventiva, es decir no hacen ponderación alguna; se aprecia que algunos vuelven a hacer un análisis de la idoneidad de la medida, teniendo en cuenta que consideran que es adecuada para garantizar la investigación, o para evitar la posibilidad de fuga, o para que se cumpla la pena futura.</p>
5	<p>... debe privilegiarse la prisión preventiva del procesado por sobre su derecho a la libertad, en razón de la existencia de graves y fundados elementos de convicción, la probabilidad de una pena privativa de libertad de carácter efectiva y la alta probabilidad de fuga de citado encausado..</p>		
6	<p>... la intromisión al derecho fundamental de la libertad locomotora de la parte investigada es legítima. Toda vez que el grado de realización de la finalidad que se busca en la actual investigación lo legitima, y a que tal intromisión es equivalente al grado de afectación de dicho derecho fundamental, Porque al hacerse la ponderación se evidencia que existen más razones que justifican la imposición de la medida.</p>		
7	<p>“... y es proporcional la medida porque conforme lo he referido se busca partir de una circunstancia y llegar a un fin y buscar el correcto descubrimiento de la verdad..</p>	<p>Busca partir de una circunstancia y llega a un fin</p>	
8	<p>es proporcional y razonable porque indudable y definitivamente véase pues es que es una cantidad regular son más de diez kilos que se le han incautado a esta persona, estamos hablando de actos de tráfico indudablemente, es razonable esta medida por llegar a la verdad del caso en ese sentido considero que la medida es evidentemente proporcional.</p>	<p>Razonable para llegar a la verdad</p>	
9	<p>La afectación de la libertad personal en ponderación con los bienes jurídicos que se ven afectados resulta proporcional, porque no solo se ha afectado con estos</p>	<p>Es proporcional frente a la afectación de varios bienes</p>	

	<p>hechos, la integridad física del agraviado, se ha puesto en riesgo también su salud con el contagio de la Sífilis. Además de afectar el bien jurídico de la administración de justicia. De tal forma que resulta proporcional la afectación de la libertad personal frente a la afectación de varios bienes jurídicos que han infringido los imputados frente a la comisión de este delito que se les atribuye.</p>	<p>jurídicos infringidos.</p>	
10	<p>“...este órgano jurisdiccional considera que si es proporcional, (...) sin embargo, debo dejar constancia conforme ya lo he señalado y voy hacer reiterativa en ese aspecto al investigado se le ha dictado una medida de prisión preventiva si bien es cierto en contra de un proceso en la cual involucra a la misma agraviada pero sobre otro hecho de otro fecha, pero esa resolución a la fecha no se encuentra ni consentida ni ejecutoriada es más la defensa ha señalado van a interponer recurso de apelación contra esa resolución, consideramos que es proporcional la medida teniendo en cuenta los elementos graves de convicción, la prognosis de la pena y que hay un peligro de fuga latente por ende consideramos que esta medida es proporcional</p>		