



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.10



El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva

The proportionality examination in preventive prison marriages

Cesar Fernando Palli Calla*

Distrito Fiscal de Huánuco
(Huánuco, Perú)
cpallidj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0028-7828>

Resumen: La prisión preventiva es un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del procesado frente al deber de persecución penal eficaz a cargo del fiscal. En teoría, el conflicto entre ambos se resuelve con la aplicación del examen de proporcionalidad, metodología que permite que las decisiones sean razonables. Se evita así, la discrecionalidad y arbitrariedad. El presente trabajo pretende explicar cómo se aplica la teoría de examen de proporcionalidad a los casos concretos que resuelven en diez sentencias casatorias peruanas, pudiendo comprobar como resultado que el examen de proporcionalidad (test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad) se realiza en la motivación de los presupuestos procesales (elementos graves de convicción y peligro procesal) y que los presupuestos materiales de la prisión

* Con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín. Fiscal provincial penal titular del Distrito Fiscal de Huánuco.

preventiva guarda conexión con los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, libertad, persecución penal

Abstract: Preventive detention is a conflict between the fundamental right to personal liberty of the accused versus the duty of effective criminal prosecution by the prosecutor, in theory, the conflict between the two is resolved with the application of the proportionality test, a methodology that allows the decisions are reasonable, avoiding discretion and arbitrariness, the present work tries to explain how the theory of proportionality examination is applied to the specific cases that are solved in ten Peruvian random sentences, being able to verify as a result that the proportionality test (suitability test, necessity and proportionality), is carried out in the motivation of the procedural budgets (serious elements of conviction and procedural danger) and that the material budgets of the preventive prison are connected with the suitability, necessity and weighting sub-principles.

Key words: principle of proportionality, freedom, criminal prosecution

RECIBIDO: 2/04/2020

REVISADO: 4/05/2020

APROBADO: 10/05/2020

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La prisión preventiva es un caso difícil, pues mientras dure el proceso penal de un delito grave, el juez debe decidir entre el conflicto de dos principios: suspender al ciudadano investigado de su derecho fundamental a la libertad de locomoción o garantizar la efectividad de la persecución penal a cargo de la Fiscalía. Según la doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países europeos, el conflicto entre principios se resuelve aplicando el test o examen de proporcionalidad, que está conformado por tres subexámenes o pasos que deben ser aplicados en forma sucesiva: idoneidad, necesidad y ponderación. En nuestro país, el Código Procesal Penal (artículo 253.2), el Tribunal Constitucional (STC Exp. 4780-2017 fundamento 112) y la Corte Suprema de la República, (Acuerdo Plenario n.º 01-2019/CIJ-116 fundamento 15), exigen que los jueces deben aplicar el examen de proporcionalidad, para resolver los requerimientos de prisión preventiva que presentan los fiscales.

Entonces la regla es el principio de proporcionalidad que debe ser aplicado por los jueces en todos los casos sobre prisión preventiva. Los jueces de la Corte Suprema de la República, conocen los recursos de casación presentados por la defensa y Fiscalía. Si bien, el recurso de casación está delimitado por las causales invocadas por el recurrente (artículo 432.1 del Código Procesal Penal) la función más relevante de la casación, según San Martín (2017) es «la

protección o salvaguarda de las normas de orden jurídico: nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación del derecho» (p. 454). En tal sentido, le corresponde resolver los casos de prisión preventiva en atención al principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, es importante conocer cómo el máximo tribunal de justicia del Perú utiliza y desarrolla el control de proporcionalidad en los casos reales que conoce, más allá de las definiciones teóricas ya conocidas. Esto permitirá que, el análisis del pedido de la Fiscalía en la intervención en el derecho de libertad del ciudadano investigado, sea racional, y menos discrecional. Es decir, se debe ofrecer una motivación razonada y suficiente. En tal sentido, se precisarán, primero, los conceptos operacionales de los derechos fundamentales concebidos como principios; después, los principios en conflicto: Luego, se puntualizará la libertad locomotora frente a la persecución penal efectiva. Enseguida, se determinará la metodología conflictiva y el test de proporcionalidad y sus subprincipios. Posteriormente, se definirán los presupuestos procesales de la prisión preventiva y, finalmente, la aplicación del control de proporcionalidad a las casaciones de la Corte Suprema.

2. Material y métodos

El estudio se realizó, primero, en la doctrina nacional y extranjera y en la legislación y jurisprudencia nacional. Se han extraído conceptos operacionales que se utilizan para realizar el estudio a la jurisprudencia relevante de los últimos diez años de la Corte Suprema de la república, sobre el examen de proporcionalidad a casos concretos que conocen en la realidad, aplicándose como método el análisis descriptivo.

3. Resultados

3.1. El principio de proporcionalidad como metodología conflictivista

El principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que permite al intérprete hacer racional el examen de las intervenciones en casos concretos en los cuales colisionan dos o más principios constitucionales. La interpretación involucra una metodología conflictiva, por el cual se admite que el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental puede entrar en contradicción con otro de la misma naturaleza. Su solución implica hacer prevalecer un derecho fundamental o bien constitucional y sacrificar al otro. Al respecto Castillo (2020) precisa:

De modo que para esta metodología iusfundamental, la pregunta relevante que ha de responder el intérprete constitucional es cuál es el derecho fundamental pesa más y cual se ha de sacrificar en un caso concreto. Para tal cometido pone a su disposición de una herramienta teórica muy bien estructurada, el principio de

proporcionalidad, el mismo que opera a través de sus tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (pp. 172-173).

Para esta metodología, se concibe a los derechos fundamentales y bienes constitucionales, como principios y a estos como mandatos de optimización, que se definen como: «normas que mandan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. En consecuencia, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que se pueden cumplir en diversos grados» (Alexy, 2019, p. 92). La concepción de los principios como mandato de optimización según García (como se citó en Lopera 2004) comporta las siguientes características: a) Gradualidad, sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas; b) Optimización, implica acreditar el más alto grado posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas; c) Ideal, el principio tiene el deber de ser ideal que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación; y d) Carácter *prima facie*: el mandato que incorporan los principios no es definitivo.

3.2. Los principios en conflicto de la prisión preventiva

Los principios, derechos fundamentales y bienes constitucionales

Identificados los derechos fundamentales y bienes constitucionales como principios, toca explicar qué se entiende por tales conceptos, pero desde el punto de vista del derecho constitucional, lo que permitirá aterrizar a los principios que entran en conflicto en los casos de prisión preventiva.

Los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por la Constitución, destinados a garantizar valores que se consideran básicos para la sociedad», Castillo (2020) dice:

Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana, dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que se exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es (p. 38).

En tanto que los bienes constitucionales son intereses generales que permiten al igual que los derechos fundamentales el desarrollo de la sociedad. Se configuran mediante su reconocimiento en las constituciones. Según el Tribunal Constitucional, del artículo 2.24.f. de la Constitución Política se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico, el

terrorismo y la corrupción (EXP. n.º 4053-2007-PHC/TC Lima f. 11 voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos).

El derecho fundamental a la libertad física y el bien jurídico de persecución penal efectiva

El derecho a la libertad que se restringe en la prisión preventiva es la libertad física o ambulatoria de toda persona. Dicho derecho comprende la facultad de desplazarse libremente por el país, sin más excepciones de las impuestas por la constitución o leyes, derecho que a la vez promueve otros derechos o valores igualmente relevantes como ir a trabajar, estar con la familia y desarrollar la personalidad. El derecho a la libertad física garantiza no estar arbitraria o irrazonablemente privado de esta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional y la ley. Al respecto el Tribunal Constitucional en la STC n.º 06142-2006-HC/TC precisa que:

Resulta necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2.º, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado constitucional de derecho, pues se instituye como base de diversos derechos fundamentales y justifica la propia organización constitucional.

El bien constitucional de persecución penal efectiva es la función de investigar delitos. Está a cargo del fiscal conforme el artículo 158 de la Constitución Política. Esta autoridad deberá obtener y asegurar la actuación de los medios de prueba que sirvan para acreditar los hechos delictivos que postula. Esto con la finalidad de buscar una condena que concretiza la aplicación del derecho penal. La finalidad es proteger bienes jurídicos valiosos para la convivencia humana. Por ejemplo, el delito de homicidio protege el derecho a la vida, el delito de robo protege el derecho a la propiedad, el delito de organización criminal protege a el derecho a la tranquilidad pública. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, sentencia de fecha 19 de noviembre del 2015 f. 143, al respecto señala:

En su jurisprudencia reiterada este Tribunal ha señalado que el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los

hechos. (...). De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.

La prisión preventiva

Conceptualizados los principios en conflicto, corresponde definir la prisión preventiva y sus presupuestos procesales para después aplicar el control de proporcionalidad.

La prisión preventiva es una medida de coerción de carácter personal. El Fiscal busca suspender, por un determinado tiempo, la libertad física de un ciudadano del que se sospecha ha cometido un delito grave, sin que el proceso penal haya concluido. Esta acción permite garantizar el desarrollo normal del proceso y asegurar su culminación, evitando la fuga del investigado y la obstaculización de este a los actos de indagación y actuación de prueba a cargo de la fiscalía.

Para requerir la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar en un caso concreto, la acumulación de dos presupuestos materiales: la existencia de fundados y graves elementos de convicción y el peligro procesal.

La existencia de fundados y graves elementos de convicción

Conocido como *fumus comissi delicti*, exige una alta probabilidad de la existencia del delito y de la vinculación con los autores o partícipes en la comisión del delito grave. El Acuerdo Plenario n.º 01-2019, define lo que se debe entender por fundados y graves elementos de convicción, equiparándolos como sospecha fuerte, indicando:

la sospecha fuerte, es más intensa que la sospecha suficiente, pero lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicta una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura de juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye–. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene Ortells Ramos, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse.

El peligro procesal

Se le conoce también como *periculum in mora*. Es un presupuesto que hace referencia a los riesgos para evitar el infortunio del proceso derivados de la demora en su tramitación, por la aptitud y actitud que asume el imputado de fugar u obstaculizar la actividad probatoria, en tanto que el proceso penal avance. Según el citado Acuerdo Plenario n.º 01-2019, el Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros: de fuga y de obstaculización, definiéndolos del siguiente modo:

Peligro de fuga. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia —existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva—. A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, (...) 1. El arraigo en el país (...). 2. La gravedad de la pena (...). 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior (...). 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) (...) en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse —atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal—.

El examen de proporcionalidad como resolución a los conflictos entre principios

El principio de proporcionalidad

Es una herramienta metodológica que permite al interprete hacer racional el análisis de las intervenciones a los derechos fundamentales en casos concretos, cuando colisiona con otro derecho fundamental o bien constitucional. Clerigó (2009) apunta:

El examen de la proporcionalidad debe ser interpretado en principio como un examen formal - procedimental bajo consideración de sus tres reglas: la de idoneidad, la del medio alternativo menos gravoso y la de proporcionalidad en sentido estricto, este examen es formal ya que no exige que su resultado se corresponda con valores materiales. (p. 32)

El test de proporcionalidad

El examen de idoneidad o adecuación

En esta primera fase se examina si la intervención al derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucional legítimo. Clerigó (2009) señala:

El mandato de adecuación supone una relación de medio-fin: un medio es escogido e implementado, para fomentar un fin (o fines) determinado» (43). El Tribunal Constitucional peruano, define también este subprincipio, como una relación de causalidad, de medio a fin, señalando que supone: (...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada

tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (STC Exp. n.º 003-2005-PI/TC, f. 69).

En la prisión preventiva, el fin constitucionalmente legítimo es el bien constitucional de persecución penal y el medio elegido es el derecho fundamental a la libertad. Entonces el análisis de control de proporcionalidad en el caso concreto, versará en, si la suspensión del derecho fundamental a la libertad física del investigado es adecuada a contribuir a alcanzar o contribuir la efectividad de la persecución penal. En relación al tema, Llobet (2016) citando al Tribunal Federal Constitucional Alemán, indica: «la exigencia de un grado de sospecha como requisito para el dictado de la prisión preventiva es una consecuencia del principio de proporcionalidad» (p. 181). Creemos y como se va a demostrar con el análisis de las sentencias que el examen de idoneidad está vinculado directamente a la sospecha fuerte (elementos graves de convicción).

Examen de necesidad

Con el subtest de necesidad se estudia si no existe una medida que sea igualmente satisfactoria, pero menos lesiva para el derecho o el bien intervenido. En ese sentido, será necesario buscar medidas hipotéticas que sean más eficientes que la medida cuestionada, en términos de afectaciones, para los bienes involucrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.º 00045-2004-AI/TC, f. j. 39, precisa:

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

En la prisión preventiva, entonces, se examinará en el caso concreto si existe un medio menos gravoso a la suspensión de la libertad física del investigado. Al respecto Del Río (2016), dice: «una correcta interpretación de principio de necesidad, exige considerarla como la última ratio entre las medidas cautelares, que afectan los derechos fundamentales del imputado» (151).

Este subprincipio está ligado al presupuesto material del peligro procesal, pues ante la falta de este peligro, el medio alternativo a la prisión preventiva, se aplicará. En el Perú el Código Procesal Penal ofrece diversas medidas alternativas menos gravosas a la prisión preventiva como la comparecencia con restricciones, el pago de una caución económica, la detención domiciliaria, en casos de mayores de 65 años de edad, enfermedad incurable, madre gestante, siempre que el peligro de fuga u obstaculización pueda evitarse.

Examen de ponderación

Implica sopesar los principios que colisionen haciendo prevalecer a uno de ellos por su mayor peso o importancia, queda el otro postergado o derrotado en un caso concreto. Así, cuando la satisfacción del fin que respalda a la medida cuestionada no justifica de manera suficiente a la intervención al principio que se alega vulnerado, la medida resultará desproporcionada. Según el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.º 045-2004-PI f.

La (...) ponderación (...), consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación (...). Conforme a ésta: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". "Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

La ponderación, implica, la superación de dos presupuestos: primero, los exámenes de idoneidad y necesidad y, segundo la concurrencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva (sospecha fuerte y peligro procesal). Se apertura así un nuevo espacio de discusión sobre la prevalencia de los principios en conflicto. Ahí se aplica la fórmula de la ponderación que se traduciría, cuando mayor es el grado de la no satisfacción del derecho fundamental la libertad física del investigado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de la bien constitucional persecución penal efectiva.

Análisis de las casaciones

A continuación, con los citados conceptos operacionales se realizará el análisis de las siguientes casaciones de la Corte Suprema desde el 2015 hasta el 2019.

- a) Casación n.º 626-2013, 30 de junio de 2015
- b) Casación n.º 631-2015, 21 de diciembre de 2015
- c) Casación n.º 147-2016, 6 de julio de 2016
- d) Casación n.º 708-2016, 13 de septiembre de 2016
- e) Casación n.º 1021-2016, 14 de febrero de 2018
- f) Casación n.º 119-2016, 6 de abril de 2018
- g) Casación n.º 564-2016, 12 de noviembre de 2018
- h) Casación n.º 1445-2018, 11 de abril de 2019
- i) Casación n.º 292-2019, 14 de junio de 2019

j) Casación n.º 358-2019, 9 de agosto de 2019

Cabe precisar que las casaciones revisan el control externo de las resoluciones judiciales de prisión preventiva; es decir, si es expedida de manera razonada, completa y acorde a la institución. No se constata antecedente facticos justificativos, por ser la casación un recurso extraordinario.

Luego del análisis de las casaciones sobre prisiones preventivas en adelante PP, se ha obtenido los siguientes resultados:

Tabla 1

Resultados del análisis de las casaciones

Casaciones	Sentido de la resolución	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
Casación n.º 626-2013, 30 de junio del 2015	Fundada Se declaró nula de la sentencia para que se realice nueva audiencia de PP, teniendo en cuenta los presupuestos materiales y el principio de proporcionalidad.	Indica que al final del debate se debe analizar la proporcionalidad de la medida.		
Casación n.º 631-2015, 21 de diciembre de 2015	Fundada Se dispuso la libertad del investigado.		Se dictó PP a pesar de que tenía arraigo, existen otros, medios como la comparecencia restringida	
Casación n.º 147-2016, 6 de julio de 2016	Infundado Confirmaron la decisión de la Sala Penal.	Juez puede disminuir el plazo de la PP en apelación si cambiaron las circunstancias que la fundamentaron.		
Casación n.º 778-2015, 12 de abril de 2017	Infundado Recurso de la Fiscalía	Si se anula la sentencia condenatoria, ello implica que se anula la PP que se dictó en virtud de dicha sentencia.		

Casación n.º 1021-2016, 14 de febrero de 2018	Fundado para la fiscalía, se ordenó nueva audiencia.	La recalificación de los hechos, no implica la cesación de la PP, siempre que la pena sea similar.
Casación n.º 119-2016, 6 de abril de 2018	Fundado el recurso interpuesto por la Fiscalía y ordena que la Sala Penal emita nueva Resolución.	La revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva requiere de nuevos elementos.
Casación n.º 564-2016, 12 de noviembre de 2018	Fundado el recurso interpuesto por la Fiscalía, se ordena que la Sala expida nueva resolución.	La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, sustantiva y procesal.
Casación n.º 1445-2018, 11 de abril de 2019	Fundado recurso interpuesto por la defensa, se ordenó la libertad de investigado y ordena comparecencia con restricciones.	El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia.
Casación n.º 292-2019, 14 de junio de 2019	Infundado recurso interpuesto por la defensa.	Actos de investigación declaración de colaborador eficaz corroborada, fundamentan PP.
Casación n.º 358-2019, 9 de agosto de 2019	Fundado en parte, el recurso presentado por la defensa, se redujo la prisión de 36 meses a 18 meses.	El peligro de obstaculización se reduce por el tiempo, porque la PP, lo que se verifica en la reducción del plazo de PP.

El examen de proporcionalidad sobre el derecho a la libertad y el deber de persecución penal no se verifica de manera expresa, en las casaciones, si la medida de prisión preventiva en el caso concreto es idónea, necesaria y porque prefiere la libertad del investigado antes que a la persecución penal o viceversa. Menos se explica el contenido, alcance y peso de los principios en conflicto, de acuerdo a la circunstancias y particularidades del caso.

Los jueces supremos realizan el examen de proporcionalidad en las casaciones que emiten. Sin embargo, no lo explican de manera detallada bajo el examen o test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación), sino lo realizan al argumentar los presupuestos materiales (elementos de convicción y peligro de fuga). Así, se analizan las declaraciones de testigos y colaboradores, el arraigo y peligro de fuga, el cambio de circunstancias, la recalificación de los hechos, entre otros temas que son tomados en cuenta para argumentar si la prisión preventiva, es proporcional o no.

En cuanto a la idoneidad, se infiere que la Corte Suprema en la Casación n.º 147-2016 considera el plazo de prisión preventiva puede ser variado cuando las circunstancias iniciales se modificaron, a favor del procesado, lo cual tiene amparo procesal en el artículo 255.3 del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo, si el objetivo con el cual se requirió la prisión preventiva se modificó, entonces la finalidad de la prisión en cuanto al plazo inicialmente fijado ya no es idónea, por lo cual podría reducirse. Lo mismo sucede en la Casación n.º 778-2015, se entiende que la Sala Superior dispuso la libertad del acusado porque la medida de prisión preventiva, ya no era idónea para alcanzar el fin propuesto: asegurar la ejecución penal (que forma parte de la persecución penal) con la que expedición de la sentencia condenatoria, pues esta desapareció al ser declarada nula.

También, en la Casación n.º 119-2016, la Corte Suprema precisó que para revocar la medida de comparecencia por prisión se requieren nuevos elementos de convicción, como la verificación del peligro de fuga, con lo cual se coteja si la medida de prisión preventiva sigue siendo idónea para asegurar la presencia del investigado en las demás etapas del proceso. Análoga situación ocurre en la Casación n.º 564-2016 y 292-2016, en donde se estudia la apariencia del delito y las declaraciones de postulantes a colaboradores eficaces, coligiéndose de ambos casos que el presupuesto de elementos graves de convicción que exige la ley procesal, denominado «sospecha fuerte». Se debe analizar para determinar si la prisión preventiva es idónea para alcanzar los objetivos propuestos. Por el contrario, si es un caso que no tiene suficiencia probatoria, no sería idónea la prisión preventiva para garantizar la persecución penal, porque no habría elemento de prueba que proteger y garantizar su actuación, como es la declaración de testigos protegidos o colaboradores eficaces.

En cuanto al examen de necesidad, en la Casación n.º 631-2015, la Corte Suprema corrige la valoración de la Sala, considerando que existe arraigo, porque la sola condición de extranjero y sus reiterados viajes, no son suficientes, por lo que varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, eligiendo un medio de afectación menos intenso y garantizando al mismo tiempo la presencia de dicho investigado en las demás etapas del proceso penal.

Respecto al examen de ponderación, en las casaciones de la Corte Suprema, se ha identificado que el test de proporcionalidad en sentido estricto se aplicó a las casaciones números 1021-2016, 1445-2018, 358-2019. En la casación 1021-2016, el fiscal recalificó los hechos de tentativa de violación sexual a actos contra el pudor, sin alterar los hechos. La defensa consideró que debería variarse la situación jurídica del investigado. Sin embargo, la Corte Suprema aclaró que la realización de los hechos no necesariamente implica la cesación de la prisión preventiva, porque la pena es similar en ambos casos. En esta argumentación si bien no se alude directamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se puede identificar que hubo una discusión entre el derecho a la libertad y la persecución penal, prefiriéndose esta última porque no había mayor variación de los hechos.

En la Casación n.º 1445-2018, los jueces supremos precisaron que en el juicio de ponderación se debe tener en cuenta el peligro de riesgo de fuga o sustracción de la acción, con lo cual se confirma que la fundamentación del examen de proporcionalidad es a través de los presupuestos materiales esto es graves elementos de convicción y peligro de fuga.

En la Casación n.º 626-2013, si bien no se aplicó al caso concreto, el principio de proporcionalidad, pero se deja en claro que dicho examen se realiza al final del debate. Es una conclusión que se considera lógica, en la medida a que se refiera al tercer subtest de ponderación. Pues se requiere saber el contenido de los hechos que exponen ambas partes y los motivos por los cuales el proceso se debe llevar en libertad o en prisión.

Finalmente, en las casaciones números 626-2013, 147-2016, 778-2015, 119-2016, 564-2016 y 292-2019 se verifica que el examen de idoneidad o adecuación, guarda relación directa con los elementos graves de convicción, pues existiendo el medio elegido (suspensión de la libertad física) es adecuada. Del mismo en la Casación n.º 631-2015 se verificó que el examen de necesidad se vincula directamente con la presencia de los graves elementos de convicción y la inexistencia del peligro de fuga. Es decir, que su bien el medio (derecho a la libertad) es idóneo, concurre otro medio menos gravoso para salvaguardar el fin de efectividad de la persecución penal. Finalmente, en las Casaciones números 1021-2016 y 358-2019 se pueden verificar que habiendo

concurrido los elementos graves de convicción y el peligro procesal el medio escogido (suspensión de la libertad) cede para garantizar la efectividad de la persecución penal.

4. Discusión

Las casaciones reseñadas se encuentran debidamente motivadas. Sin embargo, no permiten identificar en qué momento se realiza el examen de proporcionalidad. De este modo, contravienen la conclusión de la Casación n.º 626-2013, que señala que el examen de proporcionalidad se realiza al final del debate, pues del estudio de las casaciones empieza con el análisis de los elementos graves de convicción o sospecha fuerte. Al respecto la investigación considera que los exámenes de idoneidad y necesidad se realizan durante el análisis de los presupuestos materiales de prisión preventiva y el examen de ponderación al final.

También, surge una inquietud sobre la forma del examen de proporcionalidad, si debe realizarse a través de los presupuestos materiales o si es mejor que se realice de manera expresa discriminada en cada caso concreto, detallando el peso o intensidad de derecho intervenido (libertad del procesado) frente a la satisfacción del objetivo perseguido (persecución penal).

5. Conclusiones

La Corte Suprema en las casaciones analizadas realiza el examen de proporcionalidad a través de los subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, durante el desarrollo o motivación de los presupuestos materiales: elementos graves de convicción y peligro de fuga.

El control de proporcionalidad tiene relación directa con los presupuestos materiales de la prisión preventiva del siguiente modo:

- a) El examen de idoneidad requiere solo el análisis del primer presupuesto material, elementos graves de convicción, pues para que el fin (persecución penal) sea legítimo, además de encontrarse en la Constitución, el caso debe tener una perspectiva de éxito basado en los elementos graves de convicción o sospecha fuerte.
- b) El examen de necesidad requiere el estudio de ambos presupuestos materiales: elementos graves de convicción y el peligro procesal. De tal manera, si existe en la legislación procesal un medio alternativo (comparecencia con restricciones, detención domiciliaria) al medio seleccionado (prisión preventiva) que pueda eliminar o reducir el peligro procesal, no es necesario pasar al siguiente examen.

- c) El examen de ponderación requiere no solo el estudio de ambos presupuestos materiales, elementos graves de convicción y el peligro procesal, sino de la superación de los mismos y se apertura el momento para aplicar la fórmula de la ponderación.

El control de proporcionalidad mediante el examen de idoneidad y necesidad se realiza durante el análisis de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, en tanto que el examen de ponderación se realiza al final (*ex post*). Se expresa los motivos suficientes para decidir de manera racional sobre el principio que pesa más en el caso concreto. Esto sin afectar la libertad física de los investigados o en su defecto limitar la persecución penal efectiva a cargo de la fiscalía.

Referencias

- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Editorial Palestra.
- Castillo, L. (2020). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Editorial Zela
- Clérigo, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Editorial Universitaria
- Del Rio, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas*. Editorial Instituto Pacifico.
- Llobet, J. (2016). *Prisión Preventiva Límites Constitucionales*. Editorial Grijley.
- Lopera, G. (2004). *Los derechos fundamentales como mandato de optimización*. Doxa n.º 27 211-243. doi 10.14198/DOXA2004.27.08
- San Martin, C. (2017). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Editorial Gaceta Jurídica.