

Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano

Pretrial Detention from the Review for Compliance. The Binomial of Proportionality and Proper Grounds for Prosecutor General's Decisions as a Rule in Peruvian Criminal Prosecution

Prisão preventiva à luz do controle de convencionalidade. O binômio da proporcionalidade-devida motivação das decisões fiscais como regra no processo penal peruano

Gerson Moscoso Becerra*

* <https://orcid.org/0000-0002-5887-9295>. Universidad Católica San Pablo, Perú.
gerson.moscoso@ucsp.edu.pe

Recibido: 26/04/2020. Envío a pares: 13/05/2020
Aprobado por pares: 11/10/2020. Aceptado: 10/12/2020

DOI: 10.5294/dika.2020.29.2.6

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Gerson Moscoso Becerra, "Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano", en *Dikaion* 29, 2 (2020), pp. 469-500.
DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo argumentar la necesidad de considerar al test de proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla, y la prisión como la excepción, derrotero que estará fundamentado en un estándar jurídico interamericano unificado y sustentado en el control de convencionalidad, el cual elevará el baremo exigido para la imposición de un mandato de prisión preventiva acorde con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer término, se ofrecerá una noción de la situación que afronta la prisión preventiva en la región americana; posteriormente, se esbozarán cada uno de los casos que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tópico referido y los fundamentos jurídicos destacados que, con base en la interpretación de conformidad, serán analizados y concordados con los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal Peruano y la jurisprudencia de mayor relevancia emitida por los altos tribunales peruanos, para finalmente hacer un análisis exhaustivo de las reglas propuestas que, si bien tienen una importancia independiente como instituciones jurídicas, armonizadas generarán un estado tuitivo reforzado.

Palabras clave

Prisión; preventiva; reglas; proporcionalidad; debida; motivación; decisiones; fiscales.

Abstract

This article aims to argue the need to consider proportionality and proper grounds for prosecutor general's decisions as the rule and detention as an exception. This rule will be based on a unified inter-American legal standard and the review for compliance with the American Convention on Human Rights, raising the bar required to issue a pretrial detention order. First, we provide an overview of pretrial detention in the Americas and outline each related case that the Inter-American Court of Human Rights has settled and their noteworthy legal grounds. These cases are analyzed from an interpretation of conformity and reconciled with Articles 268, 269, and 270 of the Peruvian Criminal Prosecution Code and the most significant rulings of Peruvian high courts. Finally, we exhaustively discuss the proposed rules that will result in a reinforced protective state if they are harmonized while remaining legally independent.

Keywords

Detention; pretrial; rules; proportionality; proper; grounds; decisions; prosecutor general.

Resumo

O objetivo deste artigo é argumentar a necessidade de considerar o teste de proporcionalidade e a devida motivação das decisões fiscais como regra, e a prisão como a exceção, opção que está fundamentada em um parâmetro jurídico interamericano unificado e apoiado no controle de convencionalidade, o qual eleva a escala exigida para impor um mandado de prisão preventiva de acordo com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em primeiro lugar, é oferecida a noção da situação que a prisão preventiva enfrenta na região americana; em seguida, é apresentado cada um dos casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu sobre o tópico referido e os fundamentos jurídicos destacados que, com base na interpretação de conformidade, são analisados e comparados com os artigos 268, 269 e 270 do Código Processual Penal Peruano e com a jurisprudência de maior relevância emitida pelos altos tribunais peruanos, para, finalmente, analisar de forma exaustiva as regras propostas que, embora tenham importância independente como instituições jurídicas, harmonizadas gerarão um estado tuitivo reforçado.

Palavras-chave

Prisão preventiva; regras; proporcionalidade; devida motivação; decisões fiscais.

Sumario: Introducción. 1. Bosquejo de la situación de la prisión preventiva en la región americana. 2. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 3. La prisión preventiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema interamericano de derechos humanos. 3.1. Primer pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tópico de prisión preventiva. 4. La prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. 4.1. El control de convencionalidad. 4.1.1 Niveles del control de convencionalidad. 5. El Estado y su deber de velar por la imposición legítima de un mandato de prisión preventiva en estricta concordancia con el estándar exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de la constitución y el control de convencionalidad. 6. Análisis convencional de los presupuestos materiales y jurisprudenciales de prisión preventiva con base en la interpretación de conformidad. 6.1 Sobre los fundados y graves elementos de convicción. 6.1.1 La imputación necesaria y su incidencia en el primer presupuesto material establecido por el artículo 267 del Código Procesal Penal Peruano. 6.2 Sobre la sanción mayor a cuatro años de pena privativa de libertad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. 6.3. El cumplimiento de duración de mandato de prisión preventiva mayor al establecido por sentencia condenatoria. 7. Presunción de inocencia y prisión preventiva. 8. La proporcionalidad como regla. 8.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el test de proporcionalidad. 9. La debida motivación de las decisiones fiscales como regla. 10. La dialéctica entre la sospecha de corrupción, la prisión provisional y la operatividad automática de la actuación fiscal. Conclusiones.

Introducción

Uno de los tópicos que despiertan mayor interés y debate jurídico actualmente en el Perú es el de prisión preventiva, una medida cautelar de carácter personal que viene siendo aplicada de forma desmedida por los operadores jurídicos, y que es considerada en la praxis como la regla y no como la excepción en los procesos cautelares penales. Ante esto, no es indiferente uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema del Perú, que señala: “el Tribunal Supremo Peruano, no es ajeno a lo que está ocurriendo en la actualidad, puesto que la prisión preventiva es la medida a la que frecuentemente se recurre para neutralizar cualquier atisbo procesal”.¹ En ese contexto, el problema que surge es que, en la mayoría de los casos, no se efectúa previamente una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro, puesto que se sostiene que no cualquier traba procesal es, *per se*, suficiente para dictar prisión, sino solo aquella que resulte idónea y concluyente para impedir el curso regular del proceso. Por tanto, es inconstitucional la aplicación automatizada de la prisión preventiva con base en especulaciones o creencias subjetivas, con ausencia de un mínimo de razonabilidad en la motivación.

Esta situación es sumamente alarmante y preocupante en un Estado democrático y constitucional de derecho, en el cual la libertad es un derecho fundamental que debe ser protegido con estados tuitivos reforzados, en donde

1 Casación 353-2019-LIMA de fecha 19 de diciembre 2019, F.J 3.

su restricción o limitación solo debe efectuarse con base en la aplicación del test de proporcionalidad propuesto por el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, en virtud del cual, el *prosecutor* tiene el deber de argumentar por qué es necesaria, idónea y proporcional la restricción de la libertad en correlación perfecta con los presupuestos materiales establecidos por los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal Peruano, la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema Peruana, los derechos humanos y el estándar probatorio exigido para declarar fundado un requerimiento de prisión preventiva.

A partir de la pequeña noción esbozada en el párrafo precedente, la posición que asumiremos en la presente investigación es la de establecer como propuesta derroteros fundados en la tridimensionalidad de los derechos humanos –*interdependencia, indivisibilidad y universalidad*–² con la cualidad de medulares para establecer que la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales son la regla en la institución procesal de prisión preventiva; y que a la luz del control de convencionalidad se evitarán pretensiones acusatorias desmedidas teniendo en cuenta el estándar jurisprudencial establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el tópico.

1. Bosquejo de la situación de la prisión preventiva en la región americana

En la región americana existió un primer estudio que evidenció la preocupación que tenían las personas que cumplían mandato de prisión preventiva, ya que ante su indubitable privación de la libertad sin un fallo que enervaba su presunción de inocencia surgía la idea de que tenían la calificación de presos sin condena, situación que no ha sido obviada por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), entidad que ha señalado que un caso de especial gravedad dentro del panorama regional es “el aumento de poblaciones penitenciarias con presos sin condena, y es por ello que deberán continuar los esfuerzos para mantener niveles más reducidos de presos a la espera de sentencia”.³ En esa misma línea, en épocas precedentes –específicamente en el año 1983–, el destacado jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, junto a notables juristas, publicó la empresa de investigación *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, para evidenciar dicho problema político-criminal. Asimismo, Mara Gómez Pérez señala que “ante la elaboración de este primer estudio, surgieron una gran

2 Elizabeth Salmón Gárate, “América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos”, en *Agenda Internacional* 14 (1999), pp. 123-136.

3 Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, Ilanud, 2009, pp. 78 y 79.

cantidad de estudios empíricos y trabajos doctrinarios”⁴ que pusieron en evidencia “prácticas incorrectas de la prisión preventiva en toda Latinoamérica”.⁵ Por tanto se corrobora que, casi cuatro décadas después, el tópico sigue siendo de gran trascendencia para la región americana. A todo ello, siguiendo al profesor Javier Llobet Rodríguez, debe agregarse que este problema se debe a una “legislación procesal de caracteres predominantemente inquisitivos, que al no considerar los derechos de los imputados y rebajarlos al carácter de meros objetos, se origina que en la práctica judicial se dicte con suma facilidad prisión preventiva”,⁶ de manera que, ante esta situación excesivamente gravosa, se entiende que en América Latina la pena realmente sería la prisión preventiva; la sentencia condenatoria, el auto por el cual se confirma la apelación, y la sentencia definitiva terminan siendo una especie de revisión del auto de prisión preventiva; por tanto, “debe reconocerse que la prisión preventiva es el talón de Aquiles del proceso penal latinoamericano”.⁷ Por esta razón tiene total sentido lo que señala el exmagistrado de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, “en nuestros países se prodiga la prisión preventiva asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso, y eso denota el elevado número de presos sin condena”.⁸

- 4 José María Asencio Mellado, “La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú”, en Víctor Cubas Villanueva et al. (coords.), *El nuevo proceso penal, estudios fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2005; Alberto Bovino, “Contra la inocencia”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 17, 23 (2005), pp. 11-29; Diego Camaño Viera, “Límites normativos de la duración de la prisión preventiva”, *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, Fundación Cultural Universitaria 16 (2006); Miguel Carbonell, *La reforma penal que México necesita*, Monterrey, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Renace, Red Nacional de Organizaciones Civiles de Apoyo a los Juicios Orales y Debido Proceso, 2012; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Estudio de la prisión preventiva con el Código Procesal Penal peruano*, 2010, en <http://es.scribd.com/doc/35288799/Estudio-de-La-Prision-Preventiva-conel-Codigo-Procesal-Penal-peruano>; CEJA, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2008; CEJA, “Un análisis del impacto de la reforma procesal penal en la materia”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2009; José Daniel Césano “Cesación de la prisión preventiva”, en Víctor Cubas Villanueva et al. (coords.), *El nuevo proceso penal...*, ob. cit.; Luis Barrera Solórzano, *Racionalizar la prisión preventiva. Propuesta del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI)*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/21.pdf>; Due Process of Law Foundation, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington, D. C., 2013; Jaime Granados Peña, “El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia” y “La detención preventiva”, *Revista de Derecho Constitucional*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador 19 (1996); Javier Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José de Costa Rica, Mundo Gráfico, 1997; Humberto Nogueira Alcalá, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, Ius et Praxis*, Chile, Universidad de Talca 11, 1 (2005); Cecilia Sánchez Romero, “La prisión preventiva en un Estado de derecho”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 9, 14 (1997); Raúl Tavolari, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005; Jorge Vial Álamos, “Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile 29, 2 (2002); Carolina Villadiego Burbano, “Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva”, en *América Latina: mecanismos para evaluar la necesidad de la cautela*, Santiago de Chile, 2010; Guillermo Zepeda Lecuona, *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Open Society Institute, 2004.
- 5 Mara Gómez Pérez, “La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva”, en Sergio García, Olga Islas, Mercedes Peláez Ferruzca (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, UNAM, 2014, p. 205.
- 6 Javier Llobet Rodríguez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales. Doctrina y Jurisprudencia de la CorIDH*, 2 ed., La Paz, Ulpiano Editores, 2020, pp. 605-606.
- 7 *Ibid.*, p. 608.
- 8 Voto razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 62.

2. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas

Uno de los instrumentos de *soft law* más importantes en la región americana sobre prisión preventiva es el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aprobado el 30 de diciembre de 2013 en Washington y preparado por la Relatoría de las Personas Privadas de la Libertad de la CIDH.

Este informe señala que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en América Latina y que, además, existen tendencias preocupantes en materia de regulación ya que se incorporan normas que conducen a un uso abusivo de esta medida cautelar de carácter personal y que este es un factor determinante para establecer la mala calidad de la administración de justicia.⁹ De esta manera, el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en cuanto al respeto y la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad.¹⁰

En esa misma línea, el informe en mención destaca los siguientes documentos de *soft law*: el *Informe sobre los Derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*, el cual estableció que “uno de los problemas más graves y extendidos en la región es el uso excesivo de la prisión preventiva”;¹¹ el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, celebrada en Santo Domingo, el cual estableció causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como son:

“... el retardo en el trámite de los procesos penales, la ausencia de asesoría legal adecuada, la influencia de la opinión pública, y la tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite en vez de recurrir a otras medidas”.¹²

La Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias y Carcelarias, la cual hizo referencia al “amplio uso de la detención preventiva, llegándose a estimar que en la región, más del 40 % de la población carcelaria se encuentra en prisión preventiva”.¹³ La lectura de este informe –como he-

9 Gómez Pérez, “La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva”, *op. cit.*, p. 207.

10 *Idem.*

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013, parágrafo 1.

12 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011.

13 Organización de los Estados Americanos (OEA), Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias y Carcelarias, palabras de Apertura del embajador Adam Blackwell, Secretario de Seguridad,

mos acreditado en líneas precedentes— resulta clarificadora y no debe pasar desapercibido en mérito a que ayudará al lector a tener una noción de lo que el estándar interamericano exige mínimamente en esta institución cautelar de carácter personal.

3. La prisión preventiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema interamericano de derechos humanos

Si bien la prisión preventiva no se encuentra regulada de manera taxativa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se debe considerar que “existen dos normas que indirectamente regulan”¹⁴ su imposición; en tal sentido, el artículo 7.3 de la CADH establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”, y el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. En esa misma línea, tanto la Corte IDH como la doctrina señalan que “existen cinco reglas o principios fundamentales”¹⁵ que se extraen de este binomio convencional:

La prisión preventiva:

1. Constituye una medida excepcional.
2. Debe ser proporcional.
3. Su imposición debe ser necesaria para los fines del proceso.
4. No puede estar determinada por el tipo de delito.
5. No se funda en la gravedad ni en el resultado del delito.

Derroteros jurídicos que no pueden pasar desapercibidos, pero que necesariamente tienen que ser observados para hablar de la imposición de un mandato de prisión preventiva legítimo, constitucional y convencional.

En esa misma línea, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que la prisión preventiva de las personas que deban ser juzgadas no debe ser la regla general. De igual forma, las Reglas

en nombre del Secretario General de la OEA; en un sentido similar, las Recomendaciones de la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados de la OEA (Valdivia, 2008), instaron a los Estados a la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo con las normas del debido proceso y respetando los principios de excepcionalidad y proporcionalidad (B.ix). Y en la primera reunión de este tipo (Washington, 2003), las autoridades responsables de políticas penitenciarias y carcelarias de los Estados de la OEA ya identificaban como otro de los grandes retos de la región en este ámbito al “alto porcentaje de reclusos que está aún en espera de juicio” (Informe de la Reunión).

14 Gómez Pérez, “La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva”, *op. cit.*, p. 207.

15 *Ibid.*, p. 208.

Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establecen en su artículo 60 que,

“... en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último reverso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito, la protección de la sociedad y de la víctima. Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

Lo traído a colación precedentemente evidencia que no solo la CADH y las sentencias emitidas por la Corte IDH establecen el estándar convencional que exige la imposición de un mandato de prisión preventiva, sino también que existe un tratado internacional y una resolución expresa de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que vinculan al Estado peruano a emplear la prisión preventiva solo de manera excepcional.

3.1. Primer pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tópico de prisión preventiva

En septiembre de 2004, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente por primera vez a un Estado por la imposición arbitraria de un mandato de prisión preventiva, y esto se materializó en la sentencia recaída en el caso *Tibi vs. Ecuador*.

Uno de los fundamentos jurídicos destacados de la referida sentencia se encuentra en el parágrafo 93, el cual establece la necesidad de que la medida excepcional de prisión preventiva se justifique por los criterios acogidos por la CIDH en el Informe 2/97 de Argentina, a saber

- Presunción de que el acusado ha cometido un delito.
- Peligro de fuga.
- Riesgo de comisión de nuevos delitos.
- Necesidad de investigar y posibilidad de colusión.

La sentencia referida sostiene que deben existir medios probatorios claros y precisos que indiquen que el imputado es autor o cómplice del delito.¹⁶ Asimismo, esgrime que la naturaleza de la referida institución es la de una medida cautelar y no punitiva.¹⁷ En esa misma línea, el PIDCP dispone que la

16 Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 93.

17 *Ibid.*, párr. 180.

prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (art. 9.3), por tanto, se incurriría en una violación a la CADH el privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, pues esto equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene en todas sus aristas los principios generales del derecho universalmente reconocidos.¹⁸

Ahora bien, es perfectamente posible que, a lo largo de un procedimiento persecutorio de carácter penal, que puede desenvolverse aceleradamente, se cometan violaciones a una de las *ratios essendis* de la CADH, esto es, el contenido convencionalmente protegido del derecho a la libertad personal, que se materializa en la severidad irracional de la prisión preventiva, los quebrantos del debido proceso y las deficiencias de la sentencia. Cada uno de estos errores materiales en los que puede incurrir tanto el *prosecutor* como el *judge* se corroboran en la práctica, ya que es una ejercicio ordinario que en el litigio judicial peruano, en reiteradas oportunidades, los requerimientos de prisión preventiva constituyen “algunas veces” –en su mayoría– una mera transcripción del contenido normativo establecido en el Código Procesal Penal Peruano sobre la referida institución, esto es, de los presupuestos materiales establecidos por el artículo 268, los requisitos establecidos de manera taxativa en el artículo 269 respecto del peligro de fuga y el artículo 270, como también la transcripción literal conceptual en cuanto a la proporcionalidad de la medida y la jurisprudencia que establece estándares jurisprudenciales de carácter vinculante; empero, no existe una tarea de subsunción, argumentación y desarrollo jurídico en el caso concreto, específicamente sobre la plataforma fáctica y los elementos de convicción que denoten una sospecha grave de la comisión del ilícito, por tanto, los fundamentos que lógicamente y en justicia deben ser desarrollados corresponden a una labor argumentativa prolija; *contrario sensu*, dicho proceder –el que inobserve lo exigido– puede generar un preso sin condena que puede estar arbitrariamente privado de su libertad.

Otro aspecto importante de la sentencia es el voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso Tibi vs. Ecuador, de manera que ilustra la problemática sobre el tópico del plazo razonable, el cual constituye, por cierto, una de las cuestiones más frecuentemente examinadas por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos y la cual ha perdido importancia y práctica en el Perú; en dicho voto se aborda el espinoso problema de la duración de la prisión preventiva; reflexiona el destacado jurista: “justicia retardada, dice el sabido aforismo, es justicia denegada; y más todavía cuando quien aguarda esa justicia, que avanza con reticencia y llega muy tarde, se halla privado de su libertad; peor todavía si la privación es arbitraria”,¹⁹ en

18 Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Fondo, Serie C, núm. xx, párr. 77.

19 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 53.

estricto sentido concluye que “si esta institución de carácter cautelar personal se funda solamente en motivos prácticos es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras la excepción y no la regla”.²⁰ Por lo cual consideramos que la prisión preventiva fue, en primer término, un instrumento de retención del investigado, porque en tanto se desarrollaba el proceso se dictaba sentencia; aquí caben perfectamente las

“... conocidas caracterizaciones de Ulpiano, las Siete Partidas y lo sostenido por el propio Beccaria: trata de asegurar al acusado, no de castigarlo, mientras se desarrollaba el juicio y sobrevénia la sentencia. Por supuesto, el cauteloso y piadoso designio se vio siempre contradicho por la realidad: cárcel es cárcel, por encima de cualquier deslinde técnico”.²¹

4. La prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad

De conformidad con el principio de buena fe convencional establecido en la Convención de Viena sobre los Tratados, los Estados deben cumplir con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales, incluyendo los relativos a los derechos humanos, sin que puedan invocar restricciones desde la normatividad del derecho interno. En esa misma línea, el caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala sintetiza de manera prolija que,

“... la Corte recuerda que es un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado este Tribunal y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de cumplirla. Por lo que el Estado no puede excusar el incumplimiento de su obligación de investigar con la debida diligencia [...] de acuerdo a los estándares de derecho internacional que se desprenden de los tratados”.²²

De manera que hoy en día es un tema ya superado, que reconoce que parte de las obligaciones de los Estados es considerar la CADH como fuente de derecho aplicable. Por tanto, es un deber inobjetable e indispensable tanto del litigante como del representante del Ministerio Público entender, desarrollar, ejercer y respetar las diversas garantías jurídicas que sustentan las bases de un Estado constitucional de derecho, en estricto respeto de los derechos fundamentales como convencionales que son la *ratio essendi* del sistema jurídico contemporáneo. Así las cosas, una las instituciones o figuras elementales que

20 *Ibid.*, par. 61.

21 *Ibid.*, par. 63.

22 Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C, núm. xx, párr. 180.

materializan el respeto de los derechos humanos en la región americana es el *control de convencionalidad*.²³

En los siguientes apartados ofreceremos al lector una breve noción de esta institución jurídica de carácter supranacional que, a la luz de la CADH y de la jurisprudencia interamericana, resulta de observancia obligatoria para todo operador jurídico²⁴ y servidor público.²⁵

4.1. El control de convencionalidad

El tópico medular para el buen entendimiento del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y para reforzar los estados tuitivos de los derechos humanos por los Estados parte de la CADH es el control de convencionalidad,²⁶ el cual consiste esencialmente en realizar un examen de congruencia²⁷ al momento de resolver casos concretos sometidos a la jurisdicción ordinaria, interpretando las disposiciones de derecho interno de conformidad²⁸ con el desarrollo jurisprudencial que ha realizado el máximo intérprete de la CADH: la Corte IDH. En consecuencia, resulta de suma trascendencia determinar los niveles irradiadores del control de convencionalidad de cara al reforzamiento tuitivo que ejerce sobre la libertad personal.

4.1.1. Niveles o clasificaciones del control de convencionalidad

Ahora bien, el control de convencionalidad tiene dos niveles:²⁹ i) Internacional: el cual consiste en analizar si un acto o norma de derecho interno resulta compatible o incompatible con la CADH. En este nivel, la Corte IDH tendrá la tarea de examinar si el Estado parte no ha cumplido con el deber de adoptar

23 Sergio García Ramírez, "Sobre el Control de Convencionalidad", en *Pensamiento Constitucional* 21 (2016), pp. 173-186.

24 Corte IDH, Caso García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. xx, párr. 225.

25 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. xx, párr. 239.

26 Gerson Moscoso Becerra, "La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Dikaion* 28, 2 (2019), pp. 385-403. Doi: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.7>

27 Néstor Pedro Sagiús, *El control de convencionalidad*, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, t. II, p. 452.

28 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154, párr. 124: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaid por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

29 Domingo García Belaúnde y José Palomino Manchego, "El Control de Convencionalidad en el Perú", en *Pensamiento Constitucional*, 13 (2013), pp. 223-241.

disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos humanos (ver art. 2 de la CADH). ii) Interno: tiene efecto irradiador en sede nacional del Estado parte de la CADH; este nivel se encuentra a cargo principalmente de los magistrados al momento de resolver casos concretos –en el tópico de prisión preventiva debe aplicarse en el momento de dictar el auto que restringe provisionalmente la libertad personal del investigado–, y de los distintos operadores jurídicos como servidores públicos. En puridad, el nivel interno del control de convencionalidad consiste en realizar un juicio racional de adecuación de las normas jurídicas internas o derecho doméstico a la CADH, otros instrumentos internacionales, y los estándares formulados por la Corte IDH a través de su jurisprudencia.

5. El Estado peruano y su deber de velar por la imposición legítima de un mandato de prisión preventiva en estricta concordancia con el estándar exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y el control de convencionalidad

Con base en los apartados precedentes y teniendo claro que el nivel interno o la clasificación interna del control de convencionalidad es la que se aplica en la prisión preventiva, es que ahora resulta necesario tener en consideración lo establecido por la Constitución Política del Estado peruano, carta magna que en su Cuarta Disposición Final y Transitoria dispone que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En esa misma línea, el TC peruano ha establecido que las disposiciones constitucionales tienen fuerza vinculante e integran el parámetro de control constitucional, por lo que “la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es una regla de interpretación de los derechos de rango constitucional y de carácter obligatorio para todos los que aplican e interpretan las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la Constitución”.³⁰

De manera que “en el ordenamiento jurídico nacional peruano, la prisión preventiva se erige como la medida cautelar de naturaleza personal de mayor gravedad”, por tanto, la “legitimidad de la prisión preventiva está asociada al

30 Francisco Morales Saravia, *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (t. IV, 3 ed.), Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 771.

respeto absoluto de la Constitución, la Ley³¹ y la CADH, por lo que resulta indubitable e inobjetable el deber de ejercitar la interpretación de conformidad con base en el control de convencionalidad en la aplicación de los preceptos adjetivos del Código Procesal Penal peruano en materia de prisión preventiva.

6. Análisis convencional de los presupuestos materiales y jurisprudenciales de prisión preventiva con base en la interpretación de conformidad y el control de convencionalidad

6.1. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

En relación con los requisitos taxativamente regulados por el Código Procesal Penal peruano que deben concurrir para la imposición del mandato de prisión preventiva, el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador ha establecido que, para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva es necesaria la existencia de “indicios suficientes –prueba indirecta contundente– que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso, ha participado en el ilícito que se investiga”,³² estándar jurídico que debe interpretarse en correlación armoniosa con el artículo 268 lit. a) del Código Procesal Penal peruano referido a los fundados y graves elementos de convicción, y la Casación-626-2013-Moquegua, famosa en Perú, la cual establece que “debe acreditarse mediante datos objetivos que cada uno de los aspectos de la imputación tiene una posibilidad de ser cierta”.³³ En esa misma línea, se exige que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria. De manera que el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 –emitido con posterioridad a las razones jurisprudenciales precedentes– eleva el estándar probatorio al establecer que es “un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, el estándar probatorio de sospecha grave a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión del fiscal”,³⁴ por tanto, “el grado de convicción que la prisión preventiva requiere, debe ir más allá de toda duda razonable”.³⁵

31 Casación 353-2019-LIMA, de fecha 19 de diciembre de 2019.

32 Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 170, párr. 101; Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 152, párr. 90.

33 Casación 626-2013-MOQUEGUA. F.J 27.

34 Acuerdo Plenario 01-2019/Cij-116. F.J 24.

35 Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/cij-433 (f.j 23 y 24).

6.1.1. La imputación necesaria y su incidencia en el primer presupuesto material establecido por el artículo 267 del Código Procesal Penal peruano

No es de menor importancia traer a colación lo señalado por la Casación 724-2015-Piura, criterio casatorio que sostiene: “si los cargos no son concretos y definidos no existe el cumplimiento del Principio de Imputación Necesaria desde las exigencias de la imputación objetiva y subjetiva”,³⁶ por tanto, no cumplirá el requerimiento de prisión preventiva con el primer presupuesto material, si no se respeta el Principio de Imputación Concreta –garantía judicial de grado convencional regulada en la CADH en el artículo 8, núm. 2, lit. b), el artículo 9, núm. 2 y artículo 14, núm. 3 del PIDCP–, derrotero que es exigido implícitamente por el Código Procesal Penal peruano. En consecuencia, el efecto procesal ante la inobservancia de este derrotero será –en concordancia con lo desarrollado en el párrafo precedente– la desestimación de la medida coercitiva solicitada–, eso en razón de que, como bien lo advirtió el caso *Hernández vs. Argentina*,

“... la garantía primaria del derecho a la libertad física es la reserva de la ley, según la cual debe ir forzosamente acompañada con el respeto irrestricto del principio de tipicidad, el cual obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible las causas y condiciones de la privación de la libertad física”.³⁷

De esta manera, queda totalmente claro que para poder cumplir con el primer presupuesto exigido por el Código Procesal peruano en materia de prisión preventiva, con base en el estándar interamericano, se requiere el cumplimiento del principio de imputación concreta o imputación necesaria, el cual tiene como efecto colateral el respeto del principio de legalidad, en caso contrario, la imputación carecerá de solidez y no existirá ningún tipo de fundamento de la pretensión del representante del Ministerio Público.

6.2. Sobre la sanción mayor a cuatro años de pena privativa de libertad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización

Ahora bien, “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”,³⁸ por lo que el análisis sobre la posible pena por imponerse no solo

36 Casación 724-2015, PIURA. F.J 4.

37 Corte IDH, Caso *Hernández vs. Argentina*, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, núm. xx.

38 Corte IDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. xx, párr. 110.

debe atender a la pena legal fijada, sino que debe considerar los principios de lesividad y proporcionalidad –previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano–, así como las diversas circunstancias que podrían influir sobre la determinación de la pena, que no necesariamente será la máxima fijada por ley.³⁹ Por tanto, el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación fundada en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, derrotero que ha sido establecido por el TEDH en los casos *Letellier vs. Francia*,⁴⁰ *Stögmüller vs. Austria*,⁴¹ e *Imre vs. Hungría*.⁴²

En cuanto a la prognosis de la pena esta ha de ser sustentada por parte del fiscal y valorada rigurosamente por parte del juez de la IP, a partir de diversas aristas, presupuestos y criterios que sostienen la determinación e individualización de la pena (art. 46 del CP), por lo que la pena pasible de imposición al investigado debe ser mayor de cuatro años y debe tener el carácter de efectiva por el pronóstico judicial punitivo –requisito que es de ineludible cumplimiento–.

Sobre el extremo referido al peligro procesal, indudablemente es uno de los tópicos de mayor discusión y subjetividad sobre esta medida cautelar, ya que el arraigo puede ser destruido con el argumento referido a que el investigado carece de un empleo permanente o de una vivienda propia, lo cual genera una especie de predictibilidad y arbitrariedad en cuanto al cumplimiento automático de dicho requisito en los investigados que se encuentren en dicha situación, ya que incluso personas que contaban con arraigo domiciliario, familiar y laboral fueron privadas de su libertad únicamente por ser independientes o pagar renta por alquiler de un inmueble, por tanto, si bien el cumplimiento de la legalidad no denota un proceder convencional, resulta necesario tener en consideración cada caso concreto y evaluar las particulares condiciones del investigado; y esto lo demostramos con un ejemplo: un empresario de dudosa reputación que cuenta con un vasto número de inmuebles a su nombre, su familia vive en el país, y, además, está inmerso en investigaciones de narcotráfico, no puede ser analizado de manera idéntica a un ciudadano común que fue despedido, o que alquila un inmueble, por tanto, las exigencias de argumentación en la debida motivación del requerimiento fiscal cobran más importancia en este extremo ya que criterios vagos o meras conjeturas carentes de realidad y virtualidad corroborativa no pueden sustentar válida y legítimamente ninguna clase de peligro procesal.

Otro requisito que constituye un elemento importante para evaluar la validez de la prisión provisional es que se acredite la real capacidad del investigado

39 Casación-626-2013-MOQUEGUA. F.J 31.

40 TEDH, *Case of Letellier v. France*, Strasbourg, 26 June 1991.

41 TEDH, *Case of Stögmüller v. Austria*, Strasbourg, 10 November 1969.

42 TEDH, *Case of Imre vs. Hungría*, Strasbourg, 2 December 2003.

de huir u obstruir la labor de investigación, la cual tiene que tener una muy alta probabilidad o una potencialidad evasiva de la justicia, y la cual no debe fundamentarse en la tenencia de pasaportes o ser titular de varias nacionalidades, sino en un proceder cierto y real corroborado periféricamente mediante elementos de convicción que denoten que el investigado quiere huir del país o está tratando de ocultar o destruir los medios de prueba o elementos probatorios, o de impedir el desarrollo de las investigaciones.

Finalmente, en el análisis de dichos presupuestos y requisitos no debe pasar por desapercibido lo señalado por la Resolución 1/2020 emitida por la CIDH en el contexto actual influido por el covid-19, la cual refiere que los Estados parte de la CADH deben adoptar medidas que tengan por objetivo enfrentar el hacinamiento carcelario e incluir la reevaluación de casos de prisión preventiva para identificar aquellos en los que sea imprescindible adoptar la conversión de la prisión provisional en medidas alternativas a ella, a fin de dar prioridad inobjetable a las poblaciones que tengan un mayor riesgo en su salud frente a un eventual contagio de covid-19, esto significa que el rol tuitivo de la libertad personal del investigado se incrementa en mujeres embarazadas o con hijos en lactancia y personas mayores,⁴³ por lo que la pena establecida por el ilícito *per se*, como el peligro procesal, no pueden ser un criterios *a fortiori* para generar hacinamiento, sino que debe considerarse la imposición de medidas cautelares alternativas a la prisión provisional que resultan óptimas a efectos de que los investigados puedan afrontar el proceso en condiciones de libertad, justicia, dignidad y salud.

6.3. El cumplimiento de la duración del mandato de prisión preventiva mayor al establecido por la sentencia condenatoria

La duración de la prisión preventiva no debe pasar desapercibida, puesto que hay un caso en que el tiempo impuesto como prisión previsual fue mayor al establecido por la sentencia condenatoria, lo que se evidencia en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela; en su intervención la CIDH señala:

“... la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Barreto Leiva superó en dieciséis días la pena finalmente impuesta. Afirmó que la aplicación de la detención preventiva desconoció el plazo razonable y la garantía de presunción de inocencia consagrados en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, ‘pues dicha detención se convirtió en un medio punitivo y no cautelar’”.⁴⁴

43 CIDH. Resolución 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos*, emitida el 10 de abril de 2020, p. 16.

44 Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. xx, párr. 117.

De igual manera, el artículo 7.5 de la CADH garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar, señalando además que “una de las características que debe tener una medida de prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención, es la sujeción a la revisión periódica”,⁴⁵ por tanto, “cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia (sic) al juicio” mediante medidas restrictivas que sean distintas a la prisión preventiva. Evidentemente, esto genera que el ser personal tenga el derecho de que el sistema de justicia tramite con mayor diligencia y eficacia los procesos penales en los que el investigado se encuentre privado de su libertad,⁴⁶ por lo que se desprende la lógica obligación de cesar su imposición y “evitar su prolongación cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción”.⁴⁷

7. Presunción de inocencia y prisión preventiva

Tampoco puede ser materia de olvido la Norma II establecida por el Código Procesal Penal peruano, ya que esta debe aplicarse de manera correlacionada con el Principio de Presunción de Inocencia, el cual se encuentra reconocido en el artículo 8.2 de la CADH. De este derrotero se deriva la “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia”.⁴⁸ Esta constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado, por lo que se debe aplicar excepcionalmente. En consecuencia, “la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve su responsabilidad penal”.⁴⁹

Asimismo, la profesora Gómez Pérez señaló que la Corte IDH dejó claramente expresado que en el sistema interamericano prima la presunción de inocencia, puesto que la prisión preventiva, dentro de todas las medidas cautelares que se le pueden aplicar a un investigado, es la más severa y que, debido a ello, siempre debe ser excepcional; la regla debe ser la libertad del procesado y no su detención. De esta manera, la Corte IDH señala que la aplicación de

45 Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina, Sentencia de 26 de noviembre de 2019, Serie C, núm. 397, párr. 83.

46 Cfr. Caso Bayarri vs. Argentina, supra nota 21, párr. 70. **(la nota 21 es Caso Tibi vs. Ecuador, no se ha citado antes a Bayarri)**

47 Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina, cit., párr. 83.

48 Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, supra nota 19, párr. 77.

49 Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, supra nota 22, párr. 67; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135, párr.196; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, supra nota 22, párr. 74, y Caso Tibi vs. Ecuador, supra nota 22, párr. 106. **(OJO, los casos resaltados NO los ha citado antes, la nota 22 corresponde al caso Tibi)**

la prisión preventiva debe ser inequívocamente la última ratio como medida cautelar, esto quiere decir que “no debe aplicarse en la mayoría de los casos, ni en la mitad de ellos y ni siquiera en el veinte por ciento de los asuntos, es una medida que a juicio de la Corte Interamericana debe ser verdaderamente inusual”.⁵⁰ Finalmente, se debe recalcar que la presunción de inocencia es una regla general que implica que el investigado afronte el proceso penal en libertad.⁵¹ Los derroteros mencionados precedentemente son unánimes en la jurisprudencia de la Corte IDH.

8. La proporcionalidad como regla

El test o examen de proporcionalidad se ha vuelto un estándar universalizado, que se ha extendido prácticamente por todos los rincones del mundo⁵² y por diversas áreas del derecho.⁵³ Así, la incidencia práctica de esta institución se encuentra frente a una medida que interviene o restringe un derecho fundamental, en la cual deberá analizarse “si está constitucionalmente justificada, lo que requiere llevar a cabo los exámenes de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.⁵⁴

En efecto, la prisión preventiva se halla limitada por el principio de proporcionalidad,⁵⁵ en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada.⁵⁶ El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de sentencia condenatoria. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, “en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena privativa de libertad que exige el tipo en cada caso concreto, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida”,⁵⁷ en caso contrario se estarían configurando actos procesales “irrazonables, imprevisibles y faltos de proporcionalidad”,⁵⁸ como lo advertimos en apartados precedentes.

50 Gómez Pérez, “La jurisprudencia interamericana sobre Prisión Preventiva”, *op. cit.*, p. 211.

51 Corte IDH, Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador, Sentencia de 3 de febrero de 2020, Serie C, núm. xx, párr. 89.

52 Aharon BARAK, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017, pp. 205 y ss.; Carlos Bernal Pulido, “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Diego Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 1 (*Estado constitucional*), México D. F., UNAM, 2015, pp. 235 y ss.

53 Bernhard Schlink, *El principio de proporcionalidad*, en Eduardo Montealegre, Nathalia Bautista y Luis Felipe Vergara (coords.), *La ponderación en el Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 119-120.

54 Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. European Commission for democracy through law (Venice Commission), International Conference, Constitutional Justice and the Principle of Proportionality, publicado en Strasbourg, el 26 de febrero de 2019.

55 Cfr. Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 112, párr. 228.

56 Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, supra nota 58 (¿??), párr. 93.

57 Cfr. Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina, supra nota 21, párr. 74. (OJO, ver nota 46)

58 Corte IDH, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, núm. xx, párr. 102.

8.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Test de Proporcionalidad

Para reforzar la noción esgrimida en líneas anteriores, el criterio propuesto por el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy,⁵⁹ fue desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH por primera vez en el tópico de prisión preventiva en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia que estableció de manera expresa que la medida cautelar de naturaleza personal más gravosa en el proceso penal “se halla limitada por el principio de proporcionalidad”.⁶⁰ En esa misma línea, siguiendo los casos Hernández vs. Argentina y Jenkins vs. Argentina, la Corte IDH ha considerado los criterios necesarios para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no califique como arbitraria y desproporcional, por lo que es necesario el cumplimiento *sine qua non* de los siguientes derroteros:

1. Se deben presentar presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a este hecho.
2. Las medidas deben cumplir con los cuatro elementos del test de proporcionalidad, es decir, con la finalidad de la medida que debe ser legítima –entiéndase como idónea, necesaria y estrictamente proporcional–⁶¹ en todos sus extremos y compatible con la CADH.⁶²
3. La decisión que impone el mandato de prisión preventiva debe contener una motivación suficiente.⁶³
4. La sola existencia de indicios no es suficiente para justificar la imposición de una medida privativa provisionalmente de la libertad, sino que resulta esencial acudir a elementos relativos a la finalidad legítima de la medida, esto es, la eventual obstaculización del desarrollo normal del procedimiento penal o posibilidad de sustracción de la acción de la justicia.⁶⁴

En definitiva, el derrotero del principio de proporcionalidad y los subprincipios que este establece son criterios jurídicos de imperativo cumplimiento

59 Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011), pp. 12-13; “Principios formales. Algunas respuestas a los críticos”, en Jorge Portocarrero (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 27.

60 Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 206, párr. 122.

61 Cfr. Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, cit., párr. 197; Caso Romero Feris vs. Argentina, Sentencia de 15 de octubre de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 391, párr. 92.

62 Cfr. Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 152, párr. 89; Caso Romero Feris vs. Argentina, cit., párr. 92.

63 Cfr. Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 137, párr. 128; Caso Romero Feris vs. Argentina, cit., párr. 92.

64 Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina, cit., párr. 82.

por todo Estado sometido al sistema interamericano de derechos humanos, y específicamente en las situaciones en las que el perseguidor público realiza el requerimiento o al momento de la emisión del auto por parte del juzgador que impone un mandato de prisión preventiva por un tiempo determinado, el cual debe ser razonable,⁶⁵ debidamente justificado y subsumido al caso concreto, ya que la sola descripción conceptual no conlleva el respeto del deber de motivación de las decisiones judiciales como fiscales, el cual resulta como un “parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes estatales, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales”.⁶⁶

Asimismo, la exigencia de realizar el test de proporcionalidad en el requerimiento y la imposición del mandato de prisión preventiva fue establecida por la Casación-626-2013-Moquegua y la Casación-353-2019, casaciones de la Corte Suprema Peruana que exigen una debida motivación sobre la proporcionalidad de la medida coercitiva personal que se va a imponer. Por tanto, resulta inexorable que el Ministerio Público debe fundamentar por qué la medida que se pretende imponer al imputado es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Debe precisar, además, por qué otras medidas coercitivas personales alternativas a la prisión preventiva no son idóneas, o por qué no pueden ser aplicadas; en suma, el fiscal a cargo debe desarrollar y explicar por qué no podría aplicarse un impedimento de salida del país o una restricción de firmar en un registro cada 15 días. En esa misma línea, resulta diligente advertir que esta tarea debe ejercerse de conformidad con lo establecido por el TC en el famoso caso *Guiliana Llamuja Linares*, en donde indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta. Solo así es posible evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida.

Por tanto, queda suficientemente claro que por parte del fiscal existe la obligación de sustentar por escrito en su requerimiento y oralmente en la respectiva audiencia, por qué y cómo no es posible aplicarle al investigado medidas coercitivas personales distintas a la prisión preventiva, y por qué resulta idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto la privación provisional de la libertad del investigado, y por parte del juez la obligación de valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de privación de la libertad provisional ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón.⁶⁷

65 Corte IDH, *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. xx, párr. 120.

66 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0050-2004-AI/TC. F.J. 109.

67 Corte IDH, *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, Sentencia de 23 de enero de 2020, Serie C, núm. xx, párr. 116.

9. La debida motivación de las decisiones fiscales como regla

En la presente empresa de investigación iniciamos proponiendo el principio de proporcionalidad como regla, sin embargo, consideramos de la misma importancia la debida motivación de las decisiones fiscales, en mérito a que estas son el inicio del movimiento del aparato estatal para privar de la libertad a un ser personal de manera provisional, sin sentencia condenatoria. Incluso cuando el mandato es inconstitucional, desproporcional e inconvencional, se genera para el investigado un trato igual al del preso con sentencia condenatoria, lo cual resulta totalmente degradante, en el extremo que contraviene en puridad el contenido del artículo 1 de la Constitución Política del Estado peruano.

Por tanto, conviene subrayar qué se entiende por el derecho a la motivación de las resoluciones fiscales; de esta manera, TC peruano ha señalado en reiterada jurisprudencia⁶⁸ que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales comporta que los representantes del Ministerio Público, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica que se exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta decisión sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente aplicable al caso, sino, y, sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva el auto o la resolución materia de cuestionamiento. Con base en ello, el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria⁶⁹ y, en consecuencia, inconstitucional e inconvencional, lo que califica dicho proceder procesal como una causal de nulidad del auto que impone prisión preventiva por lesionar derechos humanos y fundamentales que se desprenden del debido proceso.

En esa misma línea, las facultades atribuidas por la Constitución peruana respecto de los actos que efectúe el Ministerio Público no se legitiman desde la perspectiva constitucional en sí mismos –referido al ejercicio de la acción penal y a perseguir el delito–, sino a partir del respeto pleno del conjunto de

68 STC. Exp. 04437-2012-PA/TC; STC. Exp. 01479-2018-PA/TC.

69 Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano recaídas en el Exp. 04437-2012-PA/TC F.J 5-6, y el Exp. 01479-2018-PA/TC F.J 18-19.

valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona humana, de conformidad con la Constitución⁷⁰ y la CADH. Por tanto, los representantes del Ministerio Público tienen el deber y la obligación de motivar adecuadamente las resoluciones como requerimientos que emitan, es decir que este deber no solo compete a los jueces, sino también al encargado de la persecución penal o titular de la acción penal y, por otro lado, reconoce que el derecho a la debida motivación también puede ser invocado por el afectado por un mandato de prisión preventiva arbitrario.

Así pues, resulta relevante traer a colación lo establecido por la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, el cual establece que, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la CADH a la hora de decretar prisión preventiva, se vulnera el derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Del mismo modo, se afecta el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, puesto que

“... cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, dado que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la desprotección del derecho a la libertad”.⁷¹

En consecuencia, las decisiones fiscales no serán “suficientes” en el extremo de lograr un fin legítimo que se pueda obtener con la imposición de un mandato de prisión preventiva en respeto único del derecho positivo nacional, sino que resultará realmente suficiente la imposición del mandato en respeto de todas las garantías procesales de las que goza una persona privada de la libertad, y estas son: que exista una imputación concreta o necesaria respecto a los cargos formulados; que, además, se desarrollen de manera exhaustiva cada uno de los presupuestos materiales y requisitos jurisprudenciales, entre ellos el requisito de proporcionalidad, su debida subsunción y argumentación en el caso concreto, como también rescatar siempre el carácter de excepcionalidad de la prisión preventiva, y esto no con base en razones nominativas, es decir, insistimos, que no solamente deben citarse los conceptos de cada institución jurídica y consignar en el requerimiento de prisión preventiva un número excesivo de elementos de convicción que, seguramente basados en la estrategia del fiscal, tendrán una repercusión retórica en el juez. Por tanto, el estándar propuesto que constituye una regla-binomio consistente en la aplicación del principio de proporcionalidad y la debida motivación las decisiones fiscales que dan origen a la discusión de un mandato de la prisión preventiva –requerimiento– que hemos ensayado en la presente empresa de investigación es de

70 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. 03379-2010-PA/TC. F.J 4.

71 Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, cit., párr. 54.

suma trascendencia, ya que, sin él, caeremos en prácticas procesales mecanizadas que tendrán como consecuencia imposiciones arbitrarias de mandatos de prisión preventiva, lo cual resulta inadmisibles en un Estado constitucional de derecho.

10. La dialéctica entre la sospecha de corrupción, la prisión provisional y la operatividad automática de la actuación fiscal

El presente acápite resulta ser una especie de síntesis del binomio convencional propuesto y de aplicación a un caso real, a efectos de que el lector pueda comprender que lo esbozado no debe limitarse a ser materia de una lectura teórica sobre el tópico, sino que encuentra mayor importancia la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales en aquellos casos en los que el mediatismo contamina la independencia judicial con el único objetivo de someter a presión de sed de justicia al juzgador, ya que “la publicidad de los juicios no puede generar espectáculos mediáticos”.⁷²

Lo mencionado se ha materializado en el Perú, y ha sido de público conocimiento, específicamente en casos muy emblemáticos, como el del grupo de la construcción, en el que se encontraban inmersos árbitros de vasta reputación académica y profesional. De manera que, consideramos prudente traer a colación las palabras de una de las personas que lamentablemente se vio afectada por el proceder mecánico, automático, inmediato y colateral del Ministerio Público ante meras sospechas que no tienen un grado de convicción corroborado que denoten la posible comisión de un ilícito; Mario Castillo Freyre sostiene que “la práctica es la medida de toda teoría”,⁷³ y qué mejor constatación de ello que la misma Resolución 6 del Expediente 00029-2017-33-20002-JR-PE-03 que revocó el mandato de prisión preventiva impuesto⁷⁴ en contra de Franz Kundmüller, Fernando Canturias, Castillo Freyre y otros, por presuntamente haber laudado a favor de Odebrecht bajo el motivo de la recepción de un soborno indirecto.

En líneas breves, el colegiado presidido por el ilustre juez Ramiro Salinas Siccha estableció que no es suficiente sostener la legalidad de una medida coercitiva personal de prisión preventiva como lo hizo el representante del Ministerio Público en primera instancia, alegaciones que fueron consideradas por el juzgado que observó la causa en su primera etapa, sino que resulta im-

72 Claudio Nash Rojas y Marie-Christine Fuchs, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, Tirant to blanch y Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2020, p. 50.

73 Mario Castillo Freyre, *Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte*. Thomson Reuters, 2014, Lima, p. 152.

74 Resolución 8 del Expediente 00029-2017-33 de 04 de noviembre de 2019, emitida por el Tercer juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente.

prescindible y necesario erradicar cualquier rasgo de arbitrariedad, esto es, que debe existir un cumplimiento ineludible del principio de proporcionalidad en el extremo de que la finalidad de la medida debe ser compatible con la CADH; en puridad, no debe ser su *ratio essendi* el fin preventivo general o específico de desincentivar actos de corrupción, sino que debe verificarse el real o potencial impedimento del desarrollo de la justicia por el afectado de la medida cautelar, situación que no fue acreditada –para el colegiado de segunda instancia– por el Ministerio Público en su requerimiento oral y escrito, ni mucho menos argumentada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente en la Resolución 8 recaída en el Expediente 00029-2017-33.

Respecto a la idoneidad, la limitación provisional de la libertad personal del investigado debe desplegar efectos jurídicos que denoten de manera objetiva que el Ministerio Público ha tenido complicaciones en la investigación preparatoria por proceder mediatos o inmediatos del investigado, y que el optar por esta medida cautelar hará que la imposición provisional limitativa resulte idónea por dotar de mayor eficacia a la labor persecutora de Fiscalía, es decir que únicamente la privación de la libertad transitoria garantizará un correcto desarrollo de los actos de investigación, la tarea de recabar pruebas y la imposibilidad de que el investigado se pueda fugar del país a efectos de eludir la justicia; y en cuanto a la necesidad, se debe tener en consideración que aun cuando existan elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación del investigado en un ilícito, se deberá optar por una medida alternativa a la adoptada, como lo es el impedimento de salida del país o la detención domiciliaria en cumplimiento de los fines procesales penales.

En el caso señalado, únicamente se imputó que hubo un soborno indirecto por la fijación de honorarios de cuantía “no ordinaria” y muy elevada –consideraba Fiscalía– a árbitros que laudaron en causas en las que se encontraba inmersa la empresa Odebrecht, elementos que fueron “suficientes” para el *a quo* entre la numeración de centenares de elementos de convicción que no fueron corroborados periféricamente e imputaciones que solo se basaban en supuestos nexos académicos los cuales finalmente no denotaron ningún tipo de ilicitud, extremos que fueron observados por la Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, y los cuales finalmente fueron revocados, y que con base en la aplicación del binomio dialéctico de proporcionalidad y la debida motivación de las fiscales, fueron modificados y se dispuso el impedimento de salida del país por parte del *ad quem* por el plazo de dieciocho meses a Cantuarias Salverry, Castillo Freyre, Abanto Verástegui, Franz Kundmüller y otros, por lo que el análisis y la motivación de la resolución a lo largo de sus 258 páginas que realizó el colegiado presidido por el juez Salinas Siccha, conlleva la aplicación del derrotero conformado por el binomio dialéctico que hemos

propuesto y el cual sí resulta eficaz en la práctica. Consideramos que la regla que desarrollamos a lo largo del presente manuscrito debe ser difundida a efectos de evitar la arbitrariedad fiscal y el proceder anticonvencional de los operadores jurídicos.

Finalmente, conviene señalar que, en el Perú, las políticas anticorrupción concentran sus esfuerzos en aplicar la prisión preventiva a todos los supuestos en los que sea pasible de investigación un conocido agente político, o en casos emblemáticos que sean materia de persecución pública por su incidencia económica en el país; sin embargo, los estándares internacionales señalan que este tipo de medida cautelar en cuanto a su resultado no puede terminar generando una sanción anticipada, ya que sería un error totalmente contrario a los derechos humanos conectar la duración de la investigación con la duración del mandato de prisión provisional, o hasta incluso con la duración del proceso hasta la emisión de una sentencia condenatoria, y esto particularmente ha sucedido en casos de corrupción en los que los plazos están sujetos a variables más extendidas y que pueden ser objeto de renovación por su complejidad. Si bien pueden existir investigados que realmente alteren pruebas, tergiversen declaraciones de testigos de manera mediata o desvíen recursos estatales por la influencia que se maneje en la administración pública, estas presunciones de ilicitud deben ser materia de sospecha vehemente con elementos de convicción debidamente corroborados, y en aquellos en los que no exista este estándar tendrá que optarse por una medida alternativa menos gravosa, la cual debe estar justificada a la luz de los hechos del caso y del derecho (debida motivación de las decisiones fiscales) y, además, ser objeto de control posterior judicial por instancias superiores. En consecuencia, “la efectividad y legitimidad discursiva son relevantes en casos de corrupción, pero esta búsqueda de efectividad a ultranza no puede poner en riesgo la legitimidad del sistema democrático”⁷⁵ con el argumento de ser un caso difícil. “Conseguir pruebas y construir conexiones no es un ejercicio fácil, menos en casos de gran escala o sistemáticos, pero ello no puede llevar a desarrollar discursos o acciones que sean incompatibles con la plena vigencia de los derechos humanos, sobre todo con el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa”.⁷⁶

Conclusiones

1. La regla –derrotero– para la imposición de un mandato de prisión preventiva está compuesta por dos principios específicos, el primero referido a la proporcionalidad de la medida y el segundo a la debida motivación de las decisiones fiscales, esto en el extremo de considerar como base la libertad personal, lo

⁷⁵ Nash y Fuchs, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, op. cit., p. 51.

⁷⁶ *Ibid.*

cual constituye un derecho humano y fundamental que solo puede ser objeto de limitación por una decisión judicial o fiscal que tenga un alto nivel de detalle y de motivación respecto de los cargos que se pretenden imputar al investigado, en mérito de que es necesaria una sospecha grave de la comisión del ilícito. Por tanto, tendrá la calificación de legítima la imposición de una medida de coerción personal como la prisión preventiva cuando cumpla con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado peruano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los criterios vinculantes establecidos por sus respectivos máximos intérpretes.

2. Existirá una imposición constitucional y convencional de un mandato de prisión provisional solo si este parte de un requerimiento fiscal de prisión preventiva con un nivel de argumentación prolijo en cuanto al cumplimiento del principio de imputación necesaria o concreta, y la debida motivación del requerimiento fiscal, derroteros jurídicos que se deben materializar en una labor argumentativa objetiva, fundada en silogismos subsumidos al caso concreto, en estricto cumplimiento del binomio jurídico propuesto en correlación con el estándar probatorio exigido por el TC peruano, la Corte Suprema Peruana y la Corte IDH, a efectos de que se pueda objetivizar la discrecionalidad del juez; esto implica, además, que la presión mediática tiene que ser erradicada para no contaminar el auto que tendrá por objeto limitar la libertad de una persona de manera provisional que, pudiendo ser inocente, tenga como consecuencia la privación de su libertad de manera eventual e injusta.
3. No podrá ordenarse prisión preventiva cuando fuere desproporcionada, en mérito de que el principio de proporcionalidad desempeña en un Estado de derecho una función garantista en virtud de lo establecido por el artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como se evidencia además en el proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal de 1992, el cual estableció que en relación con las medidas limitadoras de derechos regirá el principio de la proporcionalidad.
4. El Estado parte de la CADH no puede justificar la imposición de la prisión preventiva solo porque no tiene suficientes recursos para perseguirla en caso de fuga, o porque no tiene recursos para volver a localizar al investigado. Por tanto,

“... no puede por ningún motivo, hacer recaer en el ciudadano sus carencias, inepititudes o deficiencias, ni nunca puede justificar la prisión de un 40 % de personas que en teoría se deben considerar presuntamente inocentes, solo porque dice carecer de medios suficientes para asegurar que permanecerán en el lugar del juicio y acudirá al proceso”.⁷⁷

5. El sistema jurídico procesal penal peruano no tiene que esperar situaciones como las que se vivieron en Alemania en el año 1925, ya que luego del suicidio del doctor Hoffle –ministro de correos del Reich– en prisión preventiva, recién se incorporó en el derecho procesal penal alemán el principio de

77 Gómez Pérez, “La jurisprudencia interamericana sobre Prisión Preventiva”, *ob. cit.*, p. 205.

proporcionalidad que, si bien no está establecido de manera taxativa en el Código Procesal Penal peruano, sí es exigido por la Corte Suprema a través de su jurisprudencia. Este principio debería ser aplicado de manera indiscriminada y con carácter *sine qua non* en todas las decisiones, sean estas de carácter fiscal o judicial, lo cual denota necesariamente una labor en justicia que tenga por objetivo lograr estados tuitivos reforzados del derecho de libertad personal.

Dedicatoria

Para Andrea y Wilfredo. Gracias por su linda existencia.

Agradecimiento

A Gabriela, por su apoyo incondicional en la elaboración de la presente empresa de investigación.

Bibliografía

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011), en <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/40010>
- Alexy, Robert, “Principios formales. Algunas respuestas a los críticos”, en Jorge Portocarrero (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Asencio Mellado, José María, “La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú”, en Víctor Cubas Villanueva *et al.* (coords.), *El nuevo proceso penal, estudios fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2005.
- Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017.
- Bernal Pulido, Carlos, “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Diego Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 1 (*Estado constitucional*), México D. F., UNAM, 2015.
- Bovino, Alberto, “Contra la inocencia”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 17, 23 (2005), en <https://derechopenalonline.com/contrala-inocencia/>

- Camaño Viera, Diego, "Límites normativos de la duración de la prisión preventiva", en *Revista de Derecho Penal* 16 (2006).
- Castillo Freyre, Mario, *Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte*. Thomson Reuters, 2014, Lima.
- Carbonell, Miguel, *La reforma penal que México necesita*, Monterrey, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas-Renace, Red Nacional de Organizaciones Civiles de Apoyo a los Juicios Orales y Debido Proceso, 2012.
- CEJA, *Estudio de la prisión preventiva con el Código Procesal Penal peruano*, 2010, en <http://es.scribd.com/doc/35288799/Estudio-de-La-Prision-Preventiva-conel-Codigo-Procesal-Penal-peruano>
- CEJA, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2008.
- CEJA, "Un análisis del impacto de la reforma procesal penal en la materia", en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 30 de diciembre del 2013, parágrafo 1.
- Due Process of Law Fundation, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington, D. C., Due Process of Law Fundation, 2013.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, European Commission for Democracy Throguh Law (Venice Commission), International Conference, Constitutional Justice and the Principle of Proportionality, Strasbourg, 2019.
- García Belaúnde, Domingo y Palomino Manchego, José, "El Control de Convencionalidad en el Perú", en *Pensamiento Constitucional* 13 (2013).
- García Ramírez, Sergio, "Sobre el control de convencionalidad", en *Pensamiento Constitucional* 21 (2016), en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/>
- Gómez Pérez, Mara, "La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva", en Sergio García, Olga Islas, Mercedes Peláez Ferruzca (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, UNAM, 2014.
- Granados Peña, Jaime, "El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia", *Revista de Derecho Consti-*

tucional 19 (1996), en <https://www.oas.org/es/cidh/pppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>

Granados Peña, Jaime, “La detención preventiva”, *Revista de Derecho Constitucional* 19 (1996).

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, Ciudad, Ilanud, 2009.

Llobet Rodríguez, Javier, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales, doctrina y jurisprudencia de la CorIDH*, 2 ed., La Paz, Ulpiano Editores, 2020.

Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José de Costa Rica, Mundo Gráfico, 1997.

Morales Saravia, Francisco, *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (t. IV, 3 ed.), Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

Nash Rojas, Claudio y Marie-Christine Fuchs, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, Tirant to blanch y Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2020,

Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis* 11, 1 (2005), en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias en Carcelarias, Palabras de Apertura del Embajador Adam Blackwell, Secretario de Seguridad en nombre del Secretario General de la OEA.

Pedro Sagüés, Néstor, *El control de convencionalidad*, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina?*, t. II, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

Salmón Gárate, Elizabeth, *América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos*, en *Agenda Internacional*, 14 (1999).

- Sánchez Romero, Cecilia, "La prisión preventiva en un estado de derecho", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Ciencias Penales* 9, 14 (1997).
- Schlink, Bernhard, "El principio de proporcionalidad", en Eduardo Montea-
legre, Nathalia Bautista y Luis Felipe Vergara (coords.), *La ponderación en
el Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Tavolari, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago
de Chile, Editorial Jurídica, 2005.
- Vial Álamos, Jorge, "Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso
penal", *Revista Chilena de Derecho* 29, 2 (2002), en [http://moralesybesa.cl/
eng/wp-content/uploads/2016/03/Dialnet-LasMedidasCautelaresPerson-
alesEnElNuevoProcesoPena-26502441.pdf](http://moralesybesa.cl/eng/wp-content/uploads/2016/03/Dialnet-LasMedidasCautelaresPersonalesEnElNuevoProcesoPena-26502441.pdf)
- Villadiego Burbano, Carolina, "Estrategias para racionalizar el uso de la pri-
sión preventiva", en *América Latina: mecanismos para evaluar la necesidad de
la cautela*, Santiago de Chile, 2010.
- Zepeda Lecuona, Guillermo, *Los mitos de la prisión preventiva en México*, Méxi-
co, Open Society Institute, 2004.