

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIAS**ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA**

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME**SOBRE EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO PERUANO:
EL CASO HUMALA-HEREDIA****ON PROPORTIONALITY ANALYSIS AND THE DUE MOTIVATION
OF PREVENTIVE DETENTION IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM:
AN ANALYSIS OF THE HUMALA-HEREDIA CASE****por Jorge Alexander Portocarrero Quispe**

Investigador García Pelayo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Cómo citar este artículo / Citation:

Portocarrero Quispe, Jorge Alexander (2021):
Sobre el análisis de proporcionalidad y la debida motivación
de la prisión preventiva en el derecho peruano:
el caso Humala-Heredia?, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 22.DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0204>**RESUMEN**

Poco tiempo atrás una serie de decisiones jurídicas emitidas tanto por el Ministerio Público como por el Poder Judicial peruano hicieron uso del análisis de proporcionalidad a efectos de valorar la viabilidad de ordenar prisión preventiva en contra de diversas personalidades de la política peruana investigadas por presuntos delitos de lavado de activos, entre ellas el ex-presidente de la República Ollanta Humala Tasso y su esposa Nadine Heredia Alarcón; quienes habrían presuntamente recibido en el contexto de campañas electorales pagos efectuados por empresas constructoras brasileñas a cambio de futuros favores en el otorgamiento de concesiones de obras públicas. El presente artículo tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva teórico-práctica, la aplicabilidad de análisis de proporcionalidad en la valoración de la constitucionalidad de la prisión preventiva en casos de presunto incumplimiento de las medidas coercitivas personales previstas por la legislación procesal peruana, tomando como ejemplo el caso del expresidente Ollanta Humala Tasso y su esposa Nadine Heredia Alarcón. Para ello se abordará la cuestión de la estructura del análisis de proporcionalidad, su relevancia para el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y finalmente se abordará el caso del ex presidente del Perú Ollanta Humala Tasso y su esposa Nadine Heredia Alarcón a quienes se varió la orden de comparecencia restringida por la de prisión preventiva en base a un análisis de proporcionalidad.

Palabras clave: Proporcionalidad, prisión preventiva, debida motivación, interdicción de la arbitrariedad, derecho a la libertad personal, ponderación de derechos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ABSTRACT

Some time ago, a series of legal decisions issued by both the Public Prosecutor's Office and the Peruvian Judiciary made use of the analysis of proportionality in order to assess the feasibility of ordering preventive detention against various Peruvian political figures under investigation for alleged money laundering offences, among them the former President of the Republic Ollanta Humala Tasso and his wife Nadine Heredia Alarcón; who allegedly received payments from Brazilian construction companies in the context of electoral campaigns in exchange for future favours in the awarding of concessions for public works. The aim of this article aims to analyse, from a theoretical-practical perspective, the applicability of proportionality analysis in the assessment of the constitutionality of preventive detention in cases of alleged non-compliance with personal coercive measures established by Peruvian procedural law. To this end, the question of the structure of the proportionality analysis, its relevance for the fundamental right to due motivation of judicial decisions will be addressed, taking as an example the case of former president Ollanta Humala Tasso and his wife Nadine Heredia Alarcón to whom the order of restricted appearance in court was changed to preventive detention on the basis of a proportionality analysis.

Keywords: Proportionality, preventive detention, due motivation of judicial decisions, interdiction of arbitrariness, personal liberty, balancing of rights

I. INTRODUCCIÓN

En general, la prisión preventiva es una medida de coerción personal que dispone la internación, por un espacio de tiempo determinado en un centro penitenciario, de la persona objeto de una investigación preparatoria. Dicha medida tiene por principal finalidad garantizar la presencia de la persona objeto de investigación durante la sustanciación del proceso, por cuanto la conducta del mismo evidencia objetivamente que intentará obstaculizar la actuación de pruebas o buscará sustraerse a la acción de la justicia (Gimeno, 2010:349). Para que sea posible solicitar o imponer un mandato de prisión preventiva en el derecho peruano, es necesario que se configuren los requisitos establecidos en los artículos 268 a 270 del Código Procesal Penal y a los criterios jurisprudenciales vinculantes desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 626-2013-Moquegua, así como a los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia Tribunal Constitucional peruano sobre la materia.

La exigibilidad del análisis de proporcionalidad a nivel de la prisión preventiva se justifica en el hecho de que con dicha medida se restringe un derecho fundamental, específicamente el derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria. Si bien es cierto, la imposición de la prisión preventiva –en circunstancias previstas por ley y con la debida motivación– no está proscrita por la Constitución peruana, tal limitación sí debe ajustarse a las exigencias del análisis de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, la medida deberá demostrar ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. El análisis de proporcionalidad es una exigencia de constitucionalidad para actos de autoridades públicas o de terceros particulares, que afecten en alguna medida el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o bienes constitucionales; por lo que no es un examen que busque determinar una relación costo-beneficio entre derechos fundamentales y medidas restrictivas. En efecto, la idea de proporcionalidad implica necesariamente una limitación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIAS**ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA**

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

fundamentales; entender al test o análisis de proporcionalidad como un examen costo-beneficio desconoce la existencia de límites constitucionales infranqueables, dado que de ser así el análisis se concentraría únicamente en determinar aquello que sea más eficiente para el proceso penal, pudiendo representar una limitación desproporcionada a derechos fundamentales o incluso desconocer los mismos a fin de maximizar la eficiencia.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PERUANO

1. Definición y estructura del análisis de proporcionalidad

A) Definición del análisis de proporcionalidad

El test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio es una estructura de interpretación cuyo objeto consiste en valorar la racionalidad y la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. En ese sentido, el test o análisis de proporcionalidad es un límite a las limitaciones efectuadas a derechos fundamentales y es el parámetro que permite determinar si una limitación es aceptable desde la constitución, así como descartar restricciones que sean desproporcionadas y/o inconstitucionales por ser inútiles o innecesarios (Barnés, 1998:16).

El test o análisis de proporcionalidad ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano como un principio general del derecho expresamente positivizado, mismo que se deriva del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, siendo su satisfacción pasible de ser exigida en cualquier ámbito del derecho¹.

El test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio, está dirigido a determinar la legitimidad de las afectaciones que se realicen en normas constitucionales con carácter de principio. Dichas normas constitucionales pueden ser de dos tipos: derechos fundamentales (derecho al honor, libertad de religión, libertad de expresión, etc.), y bienes constitucionalmente protegidos (que son las acciones, propiedades o situaciones o posiciones de derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectadas o eliminadas (Alexy, 2007a:264), p.e. seguridad pública, la efectividad del sistema de justicia, la libertad de cátedra, la libertad como instituto, la familia, etc.)². En ese sentido, las restricciones que son objeto del test o análisis de proporcionalidad vienen a ser aquellas que ponen en relación derechos fundamentales frente a otros derechos fundamentales, derechos fundamentales frente a bienes constitucionalmente protegidos y bienes constitucionalmente protegidos frente a otros bienes constitucionalmente protegidos. La posibilidad de valorar la limitación de derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos parte de la premisa consistente en que ni los derechos fundamentales ni los bienes constitucionalmente

1. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento 195.

2. La restricción a que hace referencia el análisis de proporcionalidad (también llamado principio de proporcionalidad) no se limita a la afectación de derechos fundamentales, sino también a la afectación de bienes constitucionales: "Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal". Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fundamento 32. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 11/1981, fundamento 7.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

protegidos son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricción en tanto y en cuanto la misma no sea desproporcionada³.

B) La estructura del análisis de proporcionalidad

El test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio está constituido por tres pasos o sub-análisis⁴: el sub-análisis de adecuación o idoneidad, el sub-análisis de necesidad y el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁵. La satisfacción de los tres sub-análisis es sucesiva y preclusiva, es decir, en caso no superarse el paso o sub-análisis previo, no se puede proceder con el sub-análisis siguiente⁶. Mientras que los sub-análisis de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas (se intenta evitar restricciones en los derechos fundamentales que sean evitables realizando un análisis de los hechos del caso concreto), el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto exige una optimización relativa a las posibilidades jurídicas (se intenta evitar restricciones a derechos fundamentales que sean evitables realizando una evaluación en función a otros derechos fundamentales o bienes constitucionales contrapuestos que potencialmente podrían verse afectados en el caso concreto) (Alexy: 2007a:92 y s).

a) Sub-análisis de idoneidad o adecuación

El primer paso del test o análisis de proporcionalidad viene a ser el sub-análisis de idoneidad o adecuación. Dicho sub-análisis evalúa, por un lado, si el medio restrictivo y el fin perseguido son constitucionalmente legítimos, y, por otro lado, si el medio restrictivo es idóneo o adecuado para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (Bernal, 2014:875). En ese sentido, es un examen que analiza la relación medio-fin (Clérico, 2001:34 y ss).

En caso el medio restrictivo analizado no sea idóneo para alcanzar el fin constitucional propuesto, dicho medio no superará el test o análisis de proporcionalidad y deviene en inconstitucional poniendo fin el análisis de proporcionalidad en este punto (Alexy, 2007a:94; Prieto, 2008:110; Clérico, 2008:129). En caso el medio analizado

3. El Tribunal Constitucional peruano ha indicado si bien es cierto los derechos fundamentales no son absolutos, la restricción de los mismos deberá superar los tres sub-análisis del análisis de proporcionalidad en sentido amplio, así como no deberá afectar su contenido esencial. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0004-2004-AI/TC, fundamento 7.

4. La estructura tripartita del análisis de proporcionalidad fue inicialmente establecida por el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la famosa sentencia de las farmacias (*Apotheken-Urteil*) en forma de un test o análisis de tres niveles. Cfr. BverfGE 7, 377 (399-408).

5. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia, por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0045-2004-AI/TC, fundamentos 38 a 40, Exp N° 0023-2005-PI/TC, fundamento 35 y del Exp. N° 00316-2011-PA/TC, fundamento 19. Especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0014-2014-PI/TC (acumulado), fundamentos 285 a 290, en la cual el Tribunal Constitucional aplica los tres sub-análisis del test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio para valorar la afectación del bien constitucional "autonomía universitaria". Asimismo, la CASACIÓN 626-2013-MOQUEGUA, de la Corte Suprema de Justicia de la República en su considerando vigésimo segundo, afirma que la realización del análisis de proporcionalidad implica motivar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida cautelar de prisión preventiva. Además, en dicha casación se establece como doctrina jurisprudencial vinculante que el requerimiento de prisión preventiva cumpla con demostrar la proporcionalidad de la misma en la audiencia de prisión preventiva.

6. "Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente". Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. 0045-2004-AI/TC, fundamento 41 y del Exp. N° 0035-2010-PI/TC, fundamento 39. Asimismo, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emplea la forma de aplicación sucesiva y preclusiva del análisis de proporcionalidad en sentido amplio en el proceso de acción popular A.P. N° 8653-2015-Lima, fundamento trigésimo octavo.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

es constitucionalmente legítimo e idóneo para alcanzar el fin propuesto, se procede con el siguiente paso que es el sub-análisis de necesidad.

b) Sub-análisis de necesidad

El segundo examen del test o análisis de proporcionalidad consiste en el sub-análisis de necesidad. En dicho sub-análisis se realiza una valoración comparativa entre los medios legítimos igualmente que superen el sub análisis de idoneidad, ello con el fin de encontrar aquel medio que siendo idóneo sea a la vez menos gravoso para el principio afectado (derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido) (Bernal, 2014:934 y s; Díaz, 2011:186 y ss). En ese sentido, es un examen que analiza la relación medio-medio (Clérico, 2001:74 y ss).

El principio de necesidad se constituye de las siguientes etapas argumentativas (Bernal, 2014:935 y ss):

- La búsqueda de medios alternativos igualmente idóneos para lograr el fin (la idoneidad del medio alternativo tiene que ser por lo menos igual al medio objeto de análisis).
- La comparación de entre los medios igualmente idóneos ahora en función a su lesividad respecto al principio afectado.
- El medio necesario será aquel medio idóneo pero que afecte en una menor medida al principio restringido.

Si como resultado del análisis de necesidad se determina la existencia de un medio idóneo para la consecución del fin legítimo, distinto al medio analizado, pero que a la vez sea menos gravoso para el derecho fundamental o bien jurídico constitucional restringido, el medio analizado será considerado como desproporcionado y por ende inconstitucional. Si por el contrario, se determina que el medio objeto de análisis es el único que puede satisfacer de manera más idónea al fin legítimo a la vez que representa la menor afectación posible al derecho fundamental o bien jurídico constitucional restringido, entonces el medio supera el análisis de necesidad, pudiéndose proceder con el siguiente paso que es el análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

c) Sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

El análisis que se realiza a nivel del sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto, también denominado ponderación, ya no gira en torno a consideraciones fácticas relativas a medios y fines, sino que se refiere a la valoración de la relación de tensión existente en el caso concreto entre los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales contrapuestos. Se centra en la valoración de la intensidad de afectación de una de las posiciones a optimizar en relación a la importancia de satisfacción de otra posición a optimizar que se le contrapone en el caso concreto. Esta valoración se realiza en base a la denominada “ley de ponderación”: “*Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro*” (Alexy, 2007a:138)⁷.

7. La ley de ponderación como enunciado interpretativo ha sido empleado por el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia, cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional de los Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 40; Exp. N° 0023-2005-PI/TC, fundamento 75; Exp. N° 0007-2006-PI/TC, fundamento 43; Exp. N° 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; Exp. N° 579-2008-PA/TC, fundamento 30; Exp. N° 0001-2008-PI/TC, fundamento 19 y del Exp. N° 0017-2008-PI/TC, fundamento 36, entre otras. La ley de ponderación fue enunciada por primera vez a nivel doctrinal por el jurista alemán Robert Alexy en el año 1985, a fin de poner en relación las intensidades con que dos principios (derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos) se afectan mutuamente.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

El sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación fundamenta una relación de prioridad o preferencia condicionada entre los derechos o bienes constitucionales contrapuestos, es decir, que en virtud a dicho análisis un derecho fundamental o bien constitucional tendrá prioridad por sobre otro derecho fundamental o bien constitucional en el caso concreto, pudiendo variar dicha relación de prioridad a la luz de las circunstancias de otro caso concreto (Alexy, 2007a:73).

A partir de la ley de ponderación es posible deducir tres etapas argumentativas básicas (Alexy, 2007b:351; Bernal, 2014:963 y ss):

- La determinación del grado de no satisfacción o afectación del derecho fundamental o bien jurídico constitucional afectado.
- La determinación del grado de importancia de la satisfacción del derecho fundamental o bien jurídico constitucional afectante.
- La determinación de si el grado de no satisfacción o afectación del derecho fundamental o bien jurídico constitucional afectado se encuentra justificada por la importancia de satisfacer el derecho fundamental o bien jurídico constitucional afectante.

La condición necesaria para poder desarrollar el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación es la determinación y justificación de los pesos con que los derechos o bienes constitucionales serán puestos en relación de comparación. Dichos pesos son obtenidos mediante una argumentación basada en criterios tales como la probabilidad, rapidez, eficacia, alcance y duración con que se restringen entre sí los derechos fundamentales o bienes constitucionales contrapuestos⁸. El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo los postulados teóricos del jurista alemán Robert Alexy, emplea una escala conformada por tres grados para medir la intensidad de afectación o la importancia de satisfacción de los derechos o bienes constitucionales en liza, pudiendo ser dicha intensidad: *leve*, *media* o *grave* (Alexy, 2007c:535 y ss; *Id.*, 2007b:356 y ss; *Id.*: 2003b:136; *Id.*, 2003a:440)⁹. En ese sentido, la afectación a un derecho fundamental o bien constitucional en un caso concreto podrá ser leve, media o grave, así como la importancia de satisfacción del derecho fundamental o bien constitucional que se le contrapone también podrá ser leve, media o grave. Sin la determinación y justificación de dichos pesos no es posible sostener que se ha realizado un sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Las posibles fórmulas de solución para el análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación serían las siguientes: Si en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto se determina que la intensidad en la afectación de un derecho fundamental o bien constitucional tiene un peso mayor al peso que tiene la importancia de satisfacer el derecho fundamental o bien constitucional que exige tal afectación, entonces la afectación se evidencia como desproporcionada y por ende inconstitucional. Si por el contrario la intensidad en la afectación de un derecho fundamental o bien constitucional tiene un peso menor al peso que tiene la importancia de satisfacer el derecho fundamental o bien constitucional que exige tal afectación, entonces la afectación se evidencia como proporcional y por ende constitucional. En caso de producirse un empate a nivel de la valoración de los pesos que sustentan las intensidades

8. Estos criterios para determinar el peso han sido empleados por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00008-2012-PI/TC, fundamento 47. Cfr. principalmente el desarrollo realizado por Carlos Bernal con relación a cómo determinar la probabilidad, rapidez, eficacia, alcance y duración con que se restringe o es necesario satisfacer un derecho o bien constitucional (Bernal, 2014:981 y ss).

9. Cfr. también la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 35.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIAS**ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA**

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de afectación y de importancia de satisfacción en la ponderación de derechos fundamentales o bienes constitucionales que sustente afectaciones entre intereses de particulares, opera una argumentación cualificada que cae dentro de la discrecionalidad del juez, quien deberá determinar, en función al caso concreto, cuál de los derechos o bienes constitucionales tiene prioridad condicionada en el caso concreto; por otro lado, en caso se trate de un empate entre derechos fundamentales y bienes constitucionales que sustente decisiones legislativas, opera una prioridad *prima facie* en favor de la decisión legislativa (Alexy, 2007a:550; *Id.*, 2016:34 y ss).

2. La aplicabilidad del análisis de proporcionalidad a nivel de la prisión preventiva

Las limitaciones a derechos fundamentales no solamente se producen en virtud a disposiciones legislativas, sino que también pueden producirse en virtud a las actuaciones de cualquier otro órgano del Estado¹⁰, así como por las actuaciones de particulares¹¹. En principio, la limitación de derechos fundamentales no es un hecho proscrito, por el contrario es un presupuesto necesario en la convivencia social y el ejercicio de competencias de los órganos del Estado respecto a los ciudadanos. Afirmar que los derechos fundamentales no son restringibles implicaría que ellos representarían mandatos de deber ser absolutos que estarían por fuera de toda limitación por más necesaria y justificada que esta sea. En ese sentido, la limitación a los ámbitos de protección garantizados por los derechos fundamentales es el punto de partida necesario para abordar la cuestión referida a si es compatible la aplicación del análisis de proporcionalidad en la valoración de la legitimidad constitucional del mandato de prisión preventiva.

Teniendo en cuenta que la prisión preventiva es una restricción al derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria, dispuesto por mandato judicial con el propósito de asegurar los fines del proceso en el cual la persona objeto de la medida se encuentra implicada, así como la eventual ejecución de la pena; surge la cuestión referida a si esta medida no representa acaso una restricción incompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia contenido en el artículo 2 inciso 24 literal e. de la Constitución y en el artículo. II inciso 1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. La compatibilidad del mandato de prisión preventiva con el derecho fundamental de presunción de inocencia, ha sido confirmada por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional peruano en tanto dicha medida sea provisional e instrumental para los fines del proceso, además de estar basada en motivos razonables y proporcionales que la justifiquen¹².

Ciertamente, el hecho de que el mandato de prisión preventiva sea compatible con el derecho a la presunción de inocencia no equivale a que toda restricción al derecho a la libertad personal dictado en virtud a dicha medida de coerción personal sea compatible con la constitución. En efecto, la compatibilidad de toda restricción a derechos fundamentales con la constitución requiere necesariamente de un análisis de la proporcionalidad de dicha restricción, es decir, toda restricción a derechos fundamentales requiere necesariamente superar el test o análisis de proporcionalidad para

10. Este es el denominado efecto de irradiación de los derechos fundamentales horizontal de los derechos fundamentales. Función de los derechos fundamentales desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cfr. el caso Lüth (BVerfGE 7, 198 (207)) y el caso Soraya (BVerfGE 34, 269 (280)).

11. Este es el denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales también desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso Lüth (BVerfGE 7, 198 (206)). Para una exposición detallada del desarrollo doctrinal del llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales. Véase también especialmente: (Borowski, 2020; Mendoza, 2005).

12. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1091-2002-PHC/TC, fundamento 8; Exp. N° 0791-2002-PHC/TC, fundamento 6 y del Exp. N° 1260-2002-PHC/TC, fundamento 4 *in fine*.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ser compatible con la constitución. Ahora bien ¿qué significa superar el test o análisis de proporcionalidad en el contexto de la prisión preventiva? Superar el análisis de proporcionalidad implica superar sus tres sub-análisis, es decir, que la medida tiene que ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. En ese sentido, si una medida restrictiva a un derecho fundamental no superase alguno de los sub-análisis, la medida no superará el test o análisis de proporcionalidad y por ende no será compatible con la constitución.

La aplicabilidad del análisis de proporcionalidad para la valoración de la legitimidad constitucional de una medida de prisión preventiva parte del hecho de que el derecho fundamental a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria no es absoluto y puede ser restringido en virtud a razones justificadas y que sean compatibles con la constitución. Ahora bien, la posibilidad de restringir el derecho fundamental a la libertad personal está sujeta a su vez a una limitación: la superación del test o análisis de proporcionalidad. Dicho test o análisis representa el límite a las limitaciones o prohibición del exceso en la limitación. En ese sentido, si bien es cierto los derechos fundamentales son limitables, dicha limitación debe superar el test o análisis de proporcionalidad. De no ser así, todo tipo de limitación sería aceptable, incluso aquellas que por motivos de eficiencia o necesidad pública negasen totalmente derechos fundamentales; lo cual no es desde ninguna perspectiva compatible con el Estado constitucional de derecho ni con el sistema supranacional de derechos humanos. Por tanto, el desarrollo y motivación de cada uno de los pasos del test o análisis de proporcionalidad es un requisito necesario para garantizar que las limitaciones a derechos fundamentales, y en este caso el derecho a la libertad personal, sea acorde con la constitución y no represente una limitación injustificada a la esfera de libertad de los titulares de dichos derechos. No es posible invocar de manera superficial al análisis de proporcionalidad o desarrollar de manera arbitraria su contenido y con ello afirmar que se ha superado dicho test, sino que es necesario justificar el por qué una limitación a un derecho fundamental es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Por lo que, de no realizarse el análisis de proporcionalidad o efectuarlo de manera deficiente, se incurre en un vicio insalvable a nivel de la motivación de las resoluciones judiciales, así como se afecta de manera extrema al derecho fundamental en cuestión.

Una cuestión de especial importancia, y que ha sido destacada por el Tribunal Constitucional peruano respecto a la constitucionalidad del mandato de prisión preventiva, que se encuentra intrínsecamente relacionado con la aplicación del test o análisis de proporcionalidad para determinar la legitimidad de dicha medida es el criterio de subsidiariedad. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido respecto a la prisión preventiva que *“aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio favor libertatis impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva”*¹³. En ese sentido, en la valoración de la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

necesariamente se deben de tener en cuenta medidas alternativas que sean igualmente eficaces para garantizar los fines del proceso, pero que sean menos gravosas para el derecho fundamental a la libertad personal; por lo que es de especial importancia la motivación del análisis de proporcionalidad a nivel del sub-análisis de necesidad. Si no se ofrecen razones que justifiquen la no existencia de otros medios alternativos igualmente eficaces pero menos gravosos, la medida de prisión preventiva no superaría el análisis de proporcionalidad.

En consecuencia, la aplicación del test o análisis de proporcionalidad a nivel de la valoración de la medida de prisión preventiva no solo es posible, sino que además es un requisito necesario para legitimar la constitucionalidad de la limitación al derecho fundamental a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria, que dicha medida presupone. En ese sentido, no basta que exista plausibilidad en la comisión del delito y que se presuma peligro procesal para justificar una prisión preventiva, sino que además la medida debe de superar el test o análisis de proporcionalidad. Sin proporcionalidad toda limitación a derechos fundamentales es inconstitucional.

3. Medios, fines y bienes constitucionales a tener en cuenta en el contexto de la prisión preventiva en el derecho peruano

El cumplimiento de las exigencias argumentativas del análisis de proporcionalidad al momento de valorar la constitucionalidad de una solicitud o mandato de prisión preventiva implica individualizar los medios y fines legítimos perseguidos con dicha medida, así como los derechos o bienes constitucionales que la misma pone en relación de tensión.

A) Medio

El medio restrictivo a través del cual se afecta o restringe el derecho fundamental a nivel del mandato de prisión preventiva no es otro que el mandato judicial que dispone ingreso del titular del derecho a la libertad ambulatoria en un establecimiento penitenciario durante la sustanciación del proceso penal seguido en su contra, a condición de que exista un peligro concreto de obstaculización de la actividad probatoria o un riesgo de fuga. *“La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro de que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligros de fuga y de obstaculización probatoria”*¹⁴.

B) Finalidad

La finalidad legítima que persigue el medio restrictivo del derecho fundamental a nivel del mandato de prisión preventiva no es otra que la de garantizar la presencia de la persona imputada durante la sustanciación del proceso, debido a que su conducta evidenciaría la intención de obstaculizar la acción de la justicia y/o sustraerse de la misma. *“Asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena]”*¹⁵.

14. Cfr., Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN Nº 626-2013-MOQUEGUA, fundamento décimo segundo.

15. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Resolución Administrativa Nº 325-2011-P-PJ, considerando segundo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

C) Derecho fundamental afectado por el mandato de prisión preventiva

El derecho fundamental afectado por la medida de prisión preventiva es el derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria, mismo que es recogido en los literales a) y b) del artículo 2 inciso 24 de la Constitución¹⁶. A juicio del Tribunal Constitucional, dicho derecho “*garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos*”¹⁷.

D) Bien jurídico constitucional que busca tutelar el mandato de prisión preventiva

El bien jurídico constitucional o interés público constitucionalmente protegido que legitima dictar medidas de coerción personal que restringen el derecho a la libertad personal, viene a ser el interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta del imputado y evitar su impunidad. “*El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público*”¹⁸.

4. Análisis de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la definición planteada por Fernando Sainz Moreno, entiende por decisión arbitraria a aquella decisión “*contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica*” (Sáinz, 1978:63 y ss)¹⁹. Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano establece tres posibles acepciones para el concepto de arbitrario: “*El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica*”²⁰. Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano conecta las ideas de falta de fundamentación jurídica, falta de razonabilidad y de proporcionalidad jurídica con la idea de interdicción de la arbitrariedad en el sentido en que entiende a la arbitrariedad como aquello “*carente de fundamentación objetiva; como*

16. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 01555-2012-PHC/TC, fundamento 4.; Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA, fundamento noveno.

17. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 2; Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA, fundamento décimo.

18. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 11.

19. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12.

20. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12. Asimismo, respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad a nivel de la investigación fiscal cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 06167-2005-HC, fundamento 30.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

*lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo*²¹.

En ese sentido, el cumplimiento de las exigencias del test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra aparejado con el deber de interdicción a la arbitrariedad en el ejercicio del poder público por parte de los órganos jurisdiccionales²², siendo que tal deber implica no solo que los órganos jurisdiccionales deben cumplir con motivar sus resoluciones, sino también que dichos órganos deben respetar sus propias decisiones precedentes (Leguina, 1987:31). Por tanto, el cumplimiento de fundamentar cada uno de los pasos del test o análisis de proporcionalidad en sentido amplio es una exigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad, por lo que aquellas decisiones que no realicen tal fundamentación y/o inobserven decisiones previas adoptadas por el propio órgano en observancia a esta máxima interpretativa, devendrían en arbitrarias.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO PERUANO

1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación

El derecho fundamental a que toda resolución judicial esté sustentado en la ley aplicable y en fundamentos de hecho, derecho reconocido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, implica correlativamente el deber jurídico de los operadores jurídicos de acatar lo prescrito por el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho fundamental. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la motivación de hecho y de derecho en las resoluciones judiciales está conformado por un conjunto de criterios que delimitan el marco lógico dentro del cual se ha de desarrollar la argumentación que sustenta la *ratio* de la decisión, así como la estructura y contenido material de los argumentos empleados en ella.

Los criterios de la debida motivación desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³ y reconocidos como tales por órganos judiciales y administrativos²⁴ exigen un razonamiento expresado con claridad, que no adolezca de contradicciones entre sus argumentos, que sea consistente, que desarrolle de manera suficiente las

21. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12. Así también lo ha entendido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en su CASACIÓN N° 73-2011-PUNO, fundamento vigesimotercero.

22. En este sentido la propia Corte Suprema de Justicia de la República ha dejado sentado que “un acto estatal que restrinja derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación. Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave al derecho a la libertad personal como el internamiento en un establecimiento penitenciario, la exigencia de la motivación de la pena concretamente impuesta [...] debe ser más estricta pues sólo de esa manera es posible evaluar si el juez penal ha obrado teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. Cfr., Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N° 73-2011-PUNO, fundamento vigesimoséptimo.

23. Entre otras, Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 03864-2014-PA/TC, fundamentos 24 y ss; Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, fundamentos 4 y ss; Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7 y del Exp. N° 05601-2006-PA/TC, fundamento 3.

24. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7; Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA, fundamento vigesimotercero; Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Resolución Administrativa N° 360-2014-CE-PJ, considerando tercero; Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria para la Evaluación de la Calidad de las Decisiones N° 120-2014-PCNM, numeral 10 y ss (vigente en la época en que se emitieron las resoluciones objeto de análisis).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

problemáticas jurídicas y fácticas propias del caso concreto, que base sus conclusiones en el análisis de medios objetivos de prueba, y que respete las reglas de la inferencia lógica para estructurar sus conclusiones²⁵. Asimismo, dicho contenido implica evitar desarrollar una motivación que pretenda dar mero cumplimiento formal de las exigencias de motivación general, que sea insuficiente respecto a las circunstancias del caso concreto, que no atienda las pretensiones de las partes en la forma en que han sido planteadas u omite tomarlas en cuenta²⁶.

2. La motivación cualificada en la justificación de la prisión preventiva

Ahora bien, en la medida en que el mandato de prisión preventiva importa una limitación al derecho fundamental a la libertad personal en su aspecto de libertad ambulatoria, la justificación de la pertinencia de dicha medida de coerción personal deberá evidenciar no solamente haber cumplido con los requisitos derivados del artículo 268 del Código Procesal Penal y con haber superado el análisis de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, sino que también el razonamiento en que sustentará el cumplimiento de dichas exigencias, deberá observar los parámetros impuestos por el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación. En ese sentido, la motivación de la pertinencia de dictar un mandato de prisión preventiva es de naturaleza cualificada en tanto afecta el derecho fundamental a la libertad personal. *“Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal”*²⁷. Si bien es cierto el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión en el desarrollo de la misma (criterio cuantitativo), sí exige que el operador jurídico exprese de manera congruente, coherente y clara los argumentos de hecho y de derecho en los cuales se basa su decisión (criterio cualitativo)²⁸.

La motivación del mandato de prisión preventiva es un caso especial de la motivación de las resoluciones judiciales por cuanto implica un grado de análisis de motivación cualificado o especial, ello con el objeto de evitar la arbitrariedad de la argumentación, así como para dar cumplimiento a las exigencias de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad propias de dicha medida²⁹. En ese sentido, *“las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En*

25. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7; Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria para la Evaluación de la Calidad de las Decisiones N° 120-2014-PCNM, numeral 10 y ss. Cfr., también: (Portocarrero, 2015:367 y ss; *Id.*, 2016:50 y ss).

26. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 03864-2014-PA/TC, fundamento 27; Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, fundamento 7; Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7 y del Exp. N° 3943-2006-PA/TC, fundamento 4. Cfr., también: (Portocarrero, 2016:56 y ss).

27. Cfr., las Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 03864-2014-PA/TC, fundamento 27 literal f); Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, fundamento 7, literal f) y del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7, literal f).

28. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 01555-2012-PHC/TC, fundamento 3 y del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

29. Este criterio es de recibo en las resoluciones de los Juzgados Penales al momento de valorar la pertinencia del mandato de prisión preventiva, cfr. por ejemplo la Sentencia recaída en el Exp. 0405-2013-7-2402-JR-PE-03, acápite 5.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIAS**ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA**

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada”³⁰. Así también lo dispone el artículo 253 del Código Procesal Penal cuando prescribe que la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, se impondrá con respecto al análisis de proporcionalidad, y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.

Por tanto, en base a estos argumentos jurisprudenciales, legales y doctrinarios, es válido afirmar que toda resolución que disponga prisión preventiva debe de cumplir estrictamente no solo con los criterios legales que habilitan dictar dicha medida de coerción personal, sino que también con los criterios de la debida motivación. Ello permite evitar no solo decisiones desproporcionadas e irrazonables, sino también el abuso de su aplicación (Carranza, *et alt.*, 1998:45; Miranda, 2017:166)³¹. Asimismo, es válido afirmar que dentro de la motivación cualificada exigida respecto al mandato de prisión preventiva, el análisis de proporcionalidad en sentido amplio juega un papel central en la justificación de la pertinencia de dictar dicha medida de coerción personal.

IV. EL CASO HUMALA-HEREDIA

A fin de ilustrar las implicancias del análisis de proporcionalidad tiene en la valoración de la constitucionalidad de un mandato de prisión preventiva, se recurrirá en esta sección del presente artículo al análisis de la Resolución 9 de fecha de 3 de agosto de 2017 (emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional) que confirmó la Resolución 3 de fecha 13 de julio de 2017 (emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional) que dispuso la variación de comparecencia restringida a la de prisión preventiva por dieciocho meses del ex Presidente del Perú, el señor Ollanta Humala Tasso y de su señora esposa Nadine Heredia Alarcón. Uno de los argumentos empleados por el juez a cargo de resolver el pedido de variación interpuesto por el Ministerio Público fue precisamente el análisis de proporcionalidad. Cabe resaltar que en abril del año 2018 el Tribunal Constitucional peruano, luego de valorar un recurso de habeas corpus interpuesto por los esposos Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, declaró nulas las dos resoluciones mencionadas por carecer de debida motivación y afectar desproporcionadamente su derecho a la libertad personal.³²

1. Mandato de prisión preventiva y la imputación en que se sustenta en las resoluciones objeto de análisis

Mediante Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, el Juez del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Nacional declaró fundado el requerimiento fiscal de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva e impuso mandato de prisión

30. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 19.

31. Cfr., también: Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas, Washington DC. 2012, pp. 14 y ss.

32. Cfr., la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 04780-2017-PHC/TC y Exp. N° 00502-2018-PHC/TC (acumulado), fundamento 128. En el razonamiento del Tribunal Constitucional Peruano se indica expresamente los requisitos de una motivación cualificada y el respeto de los tres sub-análisis del test o análisis de proporcionalidad al valorar la constitucionalidad de la prisión preventiva; cfr., fundamentos 97, 112 y 127 de la misma sentencia acumulada.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

preventiva contra Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón por el plazo de dieciocho meses; ello en el marco de la investigación que se les sigue por el presunto delito de lavado de activos en agravio del Estado Peruano. El juez de instancia, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal, determinó: que existía alta probabilidad de la comisión del delito imputado, que la prognosis de pena correspondiente a la modalidad agravada del delito imputado superaba los 4 años de pena privativa de la libertad, así como existía incremento de riesgo de fuga y obstrucción, conforme a los nuevos elementos de convicción presentados por el representante del Ministerio Público.

La imputación fiscal en que se basó el mandato de prisión preventiva sostiene que los encausados serían miembros fundadores de una organización criminal con estructura de partido político (Partido Nacionalista Peruano), misma que se habría dedicado a captar fondos de procedencia presumiblemente ilícita (aportes del Gobierno Bolivariano de Venezuela, así como de las empresas brasileñas Odebrecht y OAS) con el objeto de financiar las campañas electorales del mencionado partido durante los años 2006 (año en que perdieron las elecciones) y 2011 (año en el que el partido logró acceder a la Presidencia de la República).

A juicio del representante del Ministerio Público, la captación de fondos de procedencia presumiblemente ilícita para financiar la campaña política del Partido Nacionalista Peruano, así como posteriores actos de ocultamiento y gestión realizados por los encausados, constituyen circunstancias fácticas que podrían configurar el delito de lavado de activos. Según el Ministerio Público, la propia estructura y organización del Partido Nacionalista Peruano habría sido idónea para la comisión del delito de lavado de activos, dado que dicho partido posee departamentos de gestión financiera, logística, informática y otros que le permiten tener funcionalidad para cumplir con sus fines; tomando en cuenta además que los integrantes del referido partido tenían asignadas tareas o funciones (roles) –incluso de facto– que respaldarían la tesis de la comisión del delito de lavado de activos en su modalidad agravada.

Mediante Resolución 9 de fecha 3 de agosto de 2017, luego de sistematizar y analizar los agravios planteados por la defensa técnica de ambos encausados en sus recursos impugnatorios, la Segunda Sala de Apelaciones Nacional (*en adelante la Sala revisora*) se pronunció sobre la veracidad o falsedad de los siguientes enunciados de hecho y de derecho: *i) incorrecta interpretación del juez de instancia sobre los nuevos elementos de convicción como presupuesto para la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, ii) La medida impuesta no supera el test [o análisis] de proporcionalidad.* Tal y como se evidenciará en los siguientes acápite, el razonamiento de la Sala revisora establece una conexión necesaria entre los argumentos que sustentarían la pertinencia de dictar mandato de prisión preventiva y los argumentos que sustentan la proporcionalidad de la medida. Es decir, la Sala revisora incorpora al análisis de proporcionalidad consideraciones sobre la pertinencia de la prisión preventiva (*fumus delicti comissi y periculum in mora*) para afirmar que la medida superaría los análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2. Argumentos en que los órganos judiciales sustentan la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva

En la sección 9 de la resolución objeto de análisis (Resolución 9 de fecha 3 de agosto de 2017), la Sala revisora procede a examinar si el juez de instancia ha cumplido con los parámetros del test o análisis de proporcionalidad para imponer la medida de prisión preventiva, tomando para ello en consideración cada uno de los argumentos esgrimidos por las defensas técnicas dirigidos a enervar dicha medida. La Sala revisora expresamente afirma en el considerando 9.1. que el análisis de proporcionalidad

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

se compone por tres sub-análisis: a) idoneidad, b) necesidad, y c) ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. La estructura del test o análisis de proporcionalidad es adoptada por la Sala revisora tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. Nº 579-2008-PA/TC, fundamento 25. La Sala revisora indica además que para aplicar dicho test, se requiere necesariamente que la decisión afecte un derecho fundamental –en el caso de la medida cautelar de prisión preventiva, el derecho [fundamental] viene a ser el ejercicio de la libertad ambulatoria–, afectación que deberá superar los tres sub-análisis mencionados. La Sala revisora finalmente anuncia que realizará un test respecto a la proporcionalidad de aplicar la medida de la prisión preventiva a los encausados Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón.

La Sala revisora, a nivel del sub-análisis de idoneidad o adecuación, se pregunta “*si la imposición de esta medida cautelar de prisión preventiva es pertinente al objetivo de evitar que los investigados puedan fugar u obstaculizar el proceso, y así frustrar el desarrollo de las demás etapas procesales*”. La Sala revisora responde a dicha interrogante de manera afirmativa. La Sala revisora sostiene que la ley procesal prevé una escala para la imposición de medidas coercitivas personales –comparecencia simple, comparecencia con restricciones, detención preliminar– mismas que representan restricciones progresivas a los derechos los sujetos sometidos a ellas. En lo concerniente a la restricción de la libertad locomotora, si bien es cierto debe existir probabilidad en la condena, adicionalmente se debe tener en cuenta que “[L]a prisión preventiva no requiere la seguridad total de la culpabilidad del imputado, sino es suficiente para su dictado un determinado grado de sospecha (suficiente o fundada, según los países), por lo que la afirmación de que la prisión preventiva es una pena basada en la culpabilidad del imputado debe ser rechazada. Además debe decirse que la orden de prisión preventiva tiene solamente un carácter provisional, pero resulta que la presunción de inocencia rige hasta que exista una sentencia condenatoria firme” (Llobet, 2016:125).

En base a este argumento la Sala revisora concluye que existe idoneidad en el requerimiento de prisión preventiva dictado en contra del encausado Ollanta Humala Tasso; recurriendo además a argumentos referidos a la valoración holística sobre el incrementado del peligro procesal de fuga por cuanto el referido encausado pertenecería a una organización criminal internacional.

La Sala revisora, a nivel del sub-análisis de necesidad, parte de la premisa consistente en “*verificar si existen medios alternativos a los elegidos por el legislador para alcanzar el objetivo*”. Aquí la Sala revisora sostiene que tratándose de una medida dentro de un procedimiento penal y estando a la entidad del peligrosismo procesal, no existe en el ordenamiento procesal penal otra medida alternativa a la prisión preventiva que conjure el riesgo procesal de manera satisfactoria. Es decir, la Sala revisora sostiene que la medida de prisión preventiva dictada en contra del encausado Ollanta Humala Tasso supera el análisis de necesidad.

En relación al juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, la Sala revisora, en el apartado 9.2.3, parte de dos consideraciones: i) el “*incremento del peligrosismo procesal, al respecto nos remitimos a la apreciación conjunta de todas las modalidades de peligro cuyo incremento ha producido alta probabilidad de la comisión del delito de lavado de activos agravado que se le imputa [al encausado]*”; ii) la valoración de la afectación a la libertad ambulatoria del proceso en función a la ley de ponderación según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”; siendo que según la Sala revisora en el caso concreto, “*la afectación de la libertad ambulatoria del procesado se encuentra justificada en la convicción de que*

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

las restricciones no serán suficientes para evitar riesgo de elusión y obstaculización, que tiene alta probabilidad de frustrar la culminación del proceso” [sic].

Adicionalmente la Sala revisora sostiene que no es posible imponer medidas alternativas como el registro biométrico semanal o quincenal, regla de conducta de alejarse de testigo, o impedimentos de salida del país, local, regional; dado que dichas medidas son el sustento de una comparecencia restrictiva y guardan correspondencia con la entidad del peligrosismo procesal que se manifestó mientras se mantenía vigente la mediada previamente impuesta al encausado, por lo que, al haberse incrementado el peligro procesal, es razonable tornar más gravosa la medida coercitiva personal, deviniendo la prisión preventiva en proporcional.

En cuanto al análisis de proporcionalidad respecto a la encausada Nadine Heredia Alarcón, la Sala revisora da por superados los juicios de idoneidad o adecuación y de necesidad, respecto de la encausada Nadine Heredia Alarcón, en base a los argumentos sobre proporcionalidad desarrollados respecto al encausado Ollanta Moisés Humala Tasso. En relación al juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, la Sala revisora parte de dos consideraciones: i) sobre la encausada Nadine Heredia Alarcón existen elementos que generan convicción respecto a la alta probabilidad de la comisión del delito de lavado de activos, así como se estima razonable que la encausada eludirá la acción de la justicia, lo cual frustraría el normal desarrollo del proceso; ii) no se considera que el riesgo de fuga pueda evitarse con la imposición de reglas de conducta propias de una comparecencia, y el incremento del peligrosismo hace proporcional la imposición de la prisión preventiva.

V. RECONSTRUCCIÓN DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO HUMALA-HEREDIA

A continuación se procederá a reconstruir el razonamiento de la Sala de apelación en base a los postulados del análisis de proporcionalidad anteriormente expuestos, específicamente la sección 9 de la resolución objeto de análisis.

1. Valoración del análisis de proporcionalidad realizado por la Sala revisora

Conforme a lo entiende el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República y la propia Sala revisora en el apartado 9.1 *in fine* de la resolución objeto de análisis, el test o análisis de proporcionalidad tiene por finalidad valorar si la afectación de un derecho fundamental por parte de la decisión limitadora de derechos es conforme a la Constitución. Dicho test está conformado por tres sub-análisis: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Dichas etapas de razonamiento y análisis son consecutivas y preclusivas³³, lo cual significa que si no se supera una etapa, la medida debe ser declarada ahí como inconstitucional y no se debe proceder con el siguiente nivel de análisis.

33. “Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente”. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. 0045-2004-AI/TC, fundamento 41 y del Exp. N° 0035-2010-PI/TC, fundamento 39. Asimismo, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emplea la forma de aplicación sucesiva y preclusiva del análisis de proporcionalidad en sentido amplio en el proceso de acción popular A.P. N° 8653-2015-Lima, fundamento trigésimo octavo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

A) Medios, fines y bienes constitucionales a ser valorados por el análisis de proporcionalidad

Para poder proceder a realizar el análisis de proporcionalidad es necesario tener en claro cuáles son los elementos a ser considerados y puestos en relación en los sub-análisis que conforman dicho test.

i) *El medio* que restringe el derecho a la libertad personal en su aspecto de libertad ambulatoria encausados, no es otro sino el mandato judicial que dispone su ingreso a un establecimiento penitenciario por 18 meses, en vista a que existiría un peligro concreto de obstaculización de la actividad probatoria mediante compra de testigos y un riesgo de fuga por presuntamente pertenecer a una organización criminal internacional.

ii) *La finalidad legítima* que la imposición de dicha medida persigue no es otra sino la de garantizar la presencia de los encausados durante la sustanciación del proceso, debido a que su conducta evidenciaría la intención de obstaculizar la acción de la justicia mediante la compra de testigos y de sustraerse de la misma empleando los medios que le proporcionaría la organización criminal internacional a la que pertenecería.

iii) *Bienes jurídicos constitucionales contrapuestos*: El primer bien constitucional afectado por la medida de prisión preventiva es el derecho fundamental es el derecho a la libertad personal de los encausados, mismo que es recogido en los literales a) y b) del artículo 2 inciso 24 de la Constitución. El segundo bien constitucional que se contrapone al derecho fundamental a la libertad personal, es el interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta de los encausados y evitar que dicha afectación quede impune.

B) Sub-análisis de idoneidad o adecuación

Por definición doctrinaria y jurisprudencial vinculante, este sub-análisis implica valorar por un lado si el medio restrictivo y el fin perseguido son constitucionalmente legítimos, y por otro si el medio restrictivo es idóneo o adecuado para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. Es en ese sentido realiza un análisis medio-fin. La Sala revisora en el apartado 9.2.1 de la resolución objeto de análisis, sostiene que a nivel de este sub-análisis corresponde preguntarse “*si la imposición de esta medida cautelar de prisión preventiva es pertinente al objetivo de evitar que los investigados puedan fugar u obstaculizar el proceso, y así satisfacer el desarrollo de las demás etapas procesales*”. Hasta este punto, el razonamiento de la Sala revisora es correcto, dado que afirma que debe de analizar si la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva (*la medida*) es pertinente (*idónea o adecuada*) para alcanzar el objetivo (*finalidad legítima*) de evitar que los investigados puedan fugar y obstaculizar el proceso. Ahora bien, la Sala revisora sostiene que la medida es adecuada a la finalidad perseguida. En este extremo el análisis y la conclusión de la sala también son correctos.

C) Sub-análisis de necesidad

Por definición doctrinaria y jurisprudencial vinculante, dicho sub-análisis consiste en realizar una valoración comparativa entre medios legítimos igualmente idóneos para la consecución del fin legítimo, ello para encontrar aquel medio que siendo idóneo sea a la vez menos gravoso para el derecho fundamental afectado. En ese sentido, se debe de buscar medios alternativos a la prisión preventiva dictada contra los encausados, que sean igualmente idóneos para asegurar el fin de evitar que compre testigos o evada

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

la acción de la justicia, pero que al mismo tiempo sean menos gravosos o afecten en una menor medida al derechos fundamental a la libertad personal que le asiste. El principio de necesidad se estructura en función a tres pasos argumentativos:

- La búsqueda de medios alternativos igualmente idóneos para lograr el fin (la idoneidad del medio alternativo tiene que ser por lo menos igual al medio objeto de análisis).
- La comparación de los medios igualmente idóneos, en función a su lesividad respecto al principio afectado.
- El medio necesario será aquel medio idóneo para conseguir el fin legítimo, pero que afecte en una menor medida al derecho fundamental o bien constitucional restringido.

Si, luego de realizar el análisis del principio de necesidad, se lograra justificar que la medida de prisión preventiva impuesta los encausados es la única que puede garantizar de manera más eficiente el fin de evitar el peligro procesal y a la vez es el que en menor medida afecta el derecho fundamental que le asiste, entonces tendría que darse por superada esta etapa del análisis de proporcionalidad y correspondería pasar a la siguiente, si no se corroborase la necesidad de la medida, el análisis de proporcionalidad debe darse por culminado en este punto declarando a la medida desproporcionada y por ende inconstitucional.

La Sala revisora en el apartado 9.2.2 de la resolución objeto de análisis, sostiene que *“corresponde verificar si existen medios alternativo a los elegidos por el legislador para alcanzar el objetivo”*. Hasta este punto del análisis, el razonamiento de la Sala revisora se ajusta a los postulados del sub-análisis de necesidad. Sin embargo, de la revisión del referido apartado se advierte que no se ha realizado el análisis que la propia Sala revisora anuncia va a efectuar. En efecto, la Sala revisora se limita a enunciar que *“al tratarse de una medida dentro del procedimiento penal, estando a la entidad del peligrosismo procesal, no existe otra alternativa en el ordenamiento procesal penal para conjurar el riesgo de manera satisfactoria”*. Con esta sola justificación la Sala revisora da por superado el análisis de necesidad. Al respecto cabe afirmar que en este extremo del razonamiento de la Sala se puede reconocer una patología de la motivación de tipo *“motivación aparente”*. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, la motivación aparente es aquella que *“no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”*³⁴. La Sala revisora anuncia que realizará un análisis de necesidad, e incluso determina en qué consiste el mismo, pero no realiza tal análisis; por el contrario recurre nuevamente al argumento del supuesto peligrosismo procesal en que habrían incurrido los encausados, por lo que no habría otra alternativa en el ordenamiento penal para evitar el peligro procesal de manera satisfactoria. La Sala revisora en ningún extremo enuncia cuáles serían aquellos otros supuestos alternativos existentes en el ordenamiento penal a que hace alusión que correspondía analizar, simplemente se limita a darlos por implícitos o sobreentendidos. Al no mencionarlos, no realiza análisis alguno respecto a si alguna de las posibles medidas alternativas –digamos por ejemplo: el impedimento de salida del país con arresto domiciliario y registro biométrico periódico o cualquier otra medida de coerción personal prevista por ley– podría ser igualmente efectiva para garantizar la presencia de los encausados durante la sustanciación del proceso y ser menos lesivo para su derecho fundamental a la libertad ambulatoria. La Sala

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

revisora no justifica en qué medida y en base a qué razones la prisión preventiva es el único medio necesario para conjurar el peligro procesal. Por tanto, la Sala, en lugar de dar razones que justifiquen el sentido de la decisión adoptada, ha incurrido en una motivación aparente y por ende no solamente se ha afectado el derecho a la libertad personal de los encausados, sino que también su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales reconocido expresamente por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, contrario a lo sostenido por la Sala revisora, la medida de prisión preventiva se evidencia como desproporcionada a nivel del sub-análisis de necesidad, pues sí existirían medios alternativos a dicha medida que también están en condición de conjurar eficazmente el peligro procesal. En efecto, también podría obtenerse el resultado requerido mediante la combinación de medidas restrictivas de la libertad tales como el arresto domiciliario con prohibición de salida del país y registro biométrico periódico. La viabilidad de dichas alternativas no ha sido valorada por la Sala revisora, por lo que ya en este punto del análisis de proporcionalidad la medida de prisión preventiva se evidencia como desproporcional y carente de motivación. Por tanto, al no haberse realizado análisis de medios alternativos, no se ha superado el sub-análisis de necesidad; por lo que la medida, teniendo en cuenta la consecutividad y preclusividad de los sub-análisis del análisis de proporcionalidad en sentido amplio, se corrobora como desproporcionada e inconstitucional. En el caso, no correspondía pasar al análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación pues no se ha superado el sub-análisis de necesidad. Sin embargo, la Sala prosiguió con dicho sub-análisis.

D) Sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

A nivel del sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la valoración ya no debe de tomar en cuenta los medios ni los fines legítimos, sino que debe de centrarse analizar la relación de tensión existente entre el derecho fundamental y el bien jurídico constitucional enfrentados en el caso concreto. En lo concerniente a la prisión preventiva, se analiza si la intensidad con la que el derecho a la libertad personal en su aspecto de libertad ambulatoria está justificada por la importancia de satisfacer el bien constitucional que subyace o justifica dictar la medida de prisión preventiva, es decir, se ponderan bienes constitucionales, mas no medidas o finalidades. La ponderación toma en cuenta el bien constitucional que justifica dictar la medida de prisión preventiva, y no a la medida de prisión preventiva en sí misma.

Por definición doctrinaria y jurisprudencial vinculante, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, consiste en determinar, en el caso concreto, si la intensidad con que se afecta a un derecho o bien constitucional se encuentra justificada por el grado de intensidad con que es necesario satisfacer el derecho o bien constitucional que se le contrapone. La ponderación nunca se realiza en abstracto, siempre en función a las circunstancias del caso concreto. Para realizar la valoración de las intensidades de afectación e importancia de satisfacción, se recurre a la "ley de ponderación": "*Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro*"³⁵. Los pasos argumen-

35. La ley de ponderación como enunciado interpretativo ha sido empleado por el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia, cfr.: las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 40; Exp. N° 0023-2005-PI/TC, fundamento 75; Exp. N° 0007-2006-PI/TC, fundamento 43; Exp. N° 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; Exp. N° 579-2008-PA/TC, fundamento 30; Exp. N° 0001-2008-PI/TC, fundamento 19 y del Exp. N° 0017-2008-PI/TC, fundamento 36, entre otras.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

tativos a seguir en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación son los siguientes³⁶:

- La determinación del grado de afectación o intervención en el principio afectado.
- La determinación del grado de importancia de la satisfacción del principio afectante.
- La determinación del hecho de si el grado de satisfacción del principio afectante justifica la afectación o intervención del principio afectado.

A fin de poder determinar y comparar las intensidades de afectación e importancia de satisfacción es necesario determinar si a dichas intensidades les corresponde un peso leve, medio o grave a la luz de las circunstancias del caso concreto³⁷. Dichos pesos son obtenidos mediante una argumentación basada en criterios tales como la probabilidad, rapidez, eficacia, alcance y duración con que se restringen entre sí los derechos o bienes constitucionales contrapuestos³⁸. En ese sentido, la afectación a un derecho o bien constitucional en un caso concreto podrá ser leve, media o grave, así como la importancia de satisfacción del derecho o bien constitucional que se le contrapone también podrá ser leve, media o grave. Una vez determinados los pesos que corresponden a las intensidades de afectación e importancia de satisfacción, y puestos en relación los bienes constitucionales enfrentados en el caso concreto, se procede a comparar si el peso de la intensidad de la afectación en un bien constitucional está justificado por el peso de la intensidad de la importancia de satisfacción del bien constitucional contrapuesto. Si en el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto, se determina que la intensidad en la afectación de un derecho o bien constitucional tiene un peso mayor al peso que tiene la importancia de satisfacer el derecho o bien constitucional que exige tal afectación, entonces la afectación se evidencia como desproporcionada y por ende inconstitucional. Si por el contrario la intensidad en la afectación de un derecho o bien constitucional tiene un peso menor al peso que tiene la importancia de satisfacer el derecho o bien constitucional que exige tal afectación, entonces la afectación se evidencia como proporcional y por ende constitucional.

En el apartado 9.2.3 de la resolución objeto de análisis, la Sala revisora enuncia que seguirá la pauta interpretativa planteada por el Tribunal Constitucional en el sentido de reconocer que aplicará la ley de ponderación según la cual *“cuanto mayor sea la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*. Inmediatamente la Sala revisora concluye que la afectación del derecho fundamental a la libertad personal en su aspecto de libertad ambulatoria de los encausados, está justificada por cuanto *“se encuentra justificada en la convicción de que estas restricciones no serán suficientes para evitar el riesgo de elusión y obstaculización, que tiene alta probabilidad de frustrar la culminación del proceso”*. Seguidamente en el mismo párrafo del considerando 9.2.3 la Sala revisora añade que no es atendible imponer las medidas alternativas propuestas por la defensa técnica como son *“el registro biométrico semanal o quincenal, regla de conducta de alejarse de testigo, o impedimento de salida del país, local regional”*.

36. Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. 00045-2004-AI/TC, fundamento 40 y del Exp. 00007-2006-AI/TC, fundamento 43.

37. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 35 y del Exp. N° 00007-2006-AI/TC, fundamento 43.

38. Estos criterios para determinar el peso han sido empleados por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00008-2012-PI/TC, fundamento 47. Véase principalmente el desarrollo realizado por Carlos Bernal Pulido con relación a cómo determinar la probabilidad, rapidez, eficacia, alcance y duración con que se restringe o es necesario satisfacer un derecho o bien constitucional (Bernal, 2014:981 y ss).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

La Sala revisora indica en este extremo que “*las dos primeras medidas enunciadas son el sustento de una comparecencia restrictiva, y guardan correspondencia con la entidad de peligrosismo procesal que se manifestó mientras se mantenía vigente la medida inicial*”. A partir de estos argumentos, la Sala revisora concluye que al haberse incrementado el peligrosismo procesal “*es razonable tomar la medida más gravosa la medida coercitiva personal en contra del investigado, deviniendo en proporcional la imposición de la prisión preventiva*”. Con ello la Sala revisora da por superado el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, y considera, por tanto, que la imposición de medida de prisión preventiva al caso concreto de los encausados es proporcional y constitucional.

Ciertamente la Sala revisora enuncia de manera correcta que a nivel del sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto es necesario aplicar la ley de ponderación tal y como lo hace el Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia. Sin embargo, en ningún extremo de la resolución se observa que la Sala revisora haya aplicado dicha ley o que haya determinado los pesos de las intensidades de afectación e importancia de satisfacción de los derechos y bienes constitucionales contrapuestos en el caso concreto. Por el contrario la Sala revisora recurre nuevamente a una motivación aparente para justificar la proporcionalidad de la imposición de la medida de prisión preventiva al caso concreto. En efecto, la Sala revisora no realiza una ponderación entre el derecho fundamental a la libertad ambulatoria con ningún otro bien constitucional que justifique la medida de prisión preventiva impuesta; por el contrario recurre a los mismos argumentos con que justificaba el peligrosismo procesal, indicando que ello justifica la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva. Es decir, no realiza análisis de proporcionalidad alguno a pesar de enunciar que procederá a hacerlo, limitándose a enunciar el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional y el bien jurídico constitucional del derecho fundamental a la libertad ambulatoria del encausado. Este tipo de motivación aparente no solo encaja en el supuesto descrito en el fundamento 7 a) de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC, sino que sobre todo al tipo de motivación que la propia Corte Suprema de Justicia de la República considera como motivación aparente a ser evitada en el fundamento décimo de la CASACIÓN N.° 631-2015-AREQUIPA, donde específicamente en materia de prisión preventiva sostiene que constituye motivación aparente carente de razonabilidad aquellas motivaciones que se limiten a hacer referencia a pautas generales (como en efecto la Sala revisora hace en el presente caso) sin exponer las razones concretas que justifican la imposición y el plazo de la prisión preventiva³⁹.

2. Valoración de la proporcionalidad en el hipotético caso en que se superase el análisis de necesidad: los argumentos de la Sala no superan el análisis de ponderación

Sin perjuicio de haber determinado que la medida de prisión preventiva dictada contra los encausados no supera el sub-análisis de necesidad al haber sido posible dictar una medida igualmente satisfactoria pero menos gravosa, procederemos a abordar el escenario hipotético en el que en efecto, debido a una supuesta imposibilidad de dictar medida alternativa igualmente eficaz pero menos gravosa, la medida de prisión preventiva impuesta por la Sala revisora hubiese superado el sub-análisis de necesidad y

39. “El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que esta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse. No cabe otra opción que casar el auto de vista”. Cfr., Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N.° 631-2015-AREQUIPA, fundamento décimo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

correspondiese, por tanto, desarrollar un sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Para tal fin asumiremos que la medida dictada en contra de los encausados cumple con perseguir un fin constitucionalmente legítimo, es idónea para el asegurar dicho fin y que no existe otra medida igualmente eficaz pero menos restrictiva al derecho fundamental a la libertad personal que asiste a los encausados.

Lo primero que haremos para construir el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación será determinar los derechos fundamentales y bienes constitucionales en juego en el caso concreto.

- El derecho fundamental en juego es el derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados, mismo que es reconocido en los literales a) y b) del artículo 2 inciso 24 de la Constitución. Dicho bien o principio constitucional será representado como P_i .
- El bien constitucional que se contrapone al derecho fundamental a la libertad personal de los encausados, es el interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta de los encausados y evitar que dicha afectación quede impune. Dicho bien o principio constitucional será representado como P_j .

En consecuencia se tiene que para efectos de realizar el análisis de ponderación valen las siguientes correspondencias:

P_i = El derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria del encausado Ollanta Moisés Humala Tasso.

P_j = El interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta del encausado Ollanta Moisés Humala Tasso y evitar que dicha afectación quede impune.

La determinación de las intensidades con las que los bienes constitucionales se afectan mutuamente en un caso concreto se basa en una escala de tres grados de intensidad: grado *leve*, grado *moderado* y grado *grave*. Ello conforme a reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional⁴⁰, así como a la doctrina especializada (Alexy, 2007a:535 y ss; *Id.*, 2007b:356 y ss; *Id.*, 2003a:440; Portocarrero, 2017:210 y ss). Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano⁴¹ así como a la propia resolución objeto de análisis en su aparatado 9.2.3, a efectos de realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario recurrir a la llamada “ley de ponderación” que establece: “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”.

Una vez determinada la estructura argumentativa y los pasos argumentativos que la realización del sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto implica, se procederá a poner en relación los bienes constitucionales en conflicto tomando en cuenta las intensidades de afectación con las que se ven restringidos en el caso concreto de

40. Cfr., la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 35; Exp. N° 00007-2006-AI/TC, fundamento 43; Exp. N° 579-2008-PA/TC, fundamento 31; Exp. N° 0035-2010-PI/TC, fundamento 52.

41. Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0045-2005-PI/TC, fundamento 40; Exp. N° 0023-2005-PI/TC, fundamento 75; Exp. N° 0007-2006-PI/TC, fundamento 43; Exp. N° 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; Exp. N° 579-2008-PA/TC, fundamento 30; Exp. N° 0001-2008-PI/TC, fundamento 19 y del Exp. N° 0017-2008-PI/TC, fundamento 36, entre otras.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

los encausados. Es necesario reiterar que este procedimiento solo sería posible si la medida restrictiva dictada contra los encausados, hubiese superado el análisis de necesidad, supuesto que ha sido descartado líneas arriba.

La ley de ponderación aplicada al caso tendría la siguiente forma: *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación del derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta de los encausados y evitar que dicha afectación quede impune.”*

A continuación corresponde desarrollar las tres etapas argumentativas de la ley de ponderación

- Determinar el grado de afectación o intervención en el *derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados (P₁)*.
- Determinar el grado de importancia de la satisfacción del *interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta de los encausados y evitar que dicha afectación quede impune.(P₂)*.
- Determinar si el grado de afectación al *derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados (P₁)* justifica la importancia de satisfacer el *interés que tiene el Estado en el éxito del proceso penal para proteger los derechos o bienes jurídicos afectados por la conducta de los encausados y evitar que dicha afectación quede impune.(P₂)*.

La imposición de la medida específica de prisión preventiva por 18 meses, en lugar de cualquier otra medida alternativa igualmente eficaz pero menos restrictiva al derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados es una afectación concreta cuya intensidad ha de ser valorada en función a los argumentos empleados por la Sala revisora para justificar la pertinencia de dicha medida de coerción personal. De otro lado, es necesario tener en cuenta que el argumento sobre la presunta pertenencia de los encausados a una organización criminal si bien es cierto es un argumento necesario para justificar la imposición de medidas de coerción personal en general, no es un argumento suficiente para justificar la imposición de una restricción total al derecho a la libertad personal que asiste al encausado.

El bien jurídico constitucional contrapuesto al derecho fundamental afectado con la medida de prisión preventiva es el interés que tiene el Estado en que el proceso penal sea efectivo en garantizar la protección de bienes jurídicos y que los responsables de la afectación de dichos bienes reciban la sanción penal correspondiente. La prisión preventiva es una medida de coerción personal que dispone la internación en un centro penitenciario, por un espacio de tiempo determinado, de la persona objeto de una investigación preparatoria⁴². Dicha medida tiene por principal finalidad garantizar la presencia de la persona objeto de investigación durante la sustanciación del proceso, por cuanto la conducta del mismo evidencia objetivamente que

42. En el derecho procesal alemán, la prisión preventiva o *“Untersuchungsschaft”* es entendida como la situación en que se encuentra un investigado cuando este parece ser altamente responsable del hecho imputado y que además se presenten alguna de las razones jurídicas que justifican la detención (*“wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht”*). Asimismo, se prevé que no es posible dictar mandato de prisión preventiva cuando la misma no sea proporcional a la gravedad de los hechos y a la prognosis de pena o a la medida de seguridad previsible (*“Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht”*), cfr. § 112 enunciado (1) del StPO.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

intentará obstaculizar la actuación de pruebas o buscará sustraerse a la acción de la justicia (Gimeno, 2010:349). El mandato de prisión preventiva responde a la probada existencia de los requisitos establecidos en los artículos 268 a 270 del Código Procesal Penal y a los criterios jurisprudenciales vinculantes desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República en la CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA, así como a los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia Tribunal Constitucional sobre la materia.

La procedencia de la prisión preventiva se encuentra enmarcada por un conjunto de criterios generales y específicos que restringen y orientan su aplicación tales como el principio de legalidad-jurisdiccionalidad⁴³, principio de excepcionalidad o pertinencia⁴⁴, principio de concurrencia⁴⁵, principio de subsidiariedad⁴⁶, análisis de proporcionalidad⁴⁷, y principio de motivación cualificada⁴⁸.

Ahora bien, el artículo 268 del Código Procesal Penal establece las condiciones materiales mínimas en base a las cuales el juez, valorando el requerimiento debidamente motivado planteado por el representante del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva. Tales condiciones materiales mínimas deberán presentarse de manera simultánea o copulativa a partir del análisis de los primeros recaudos, por lo que si alguna de ellas no se presentase, no será posible dictar mandato de prisión preventiva. Dichas condiciones materiales mínimas que justifican la adopción de una prisión preventiva son: la plausibilidad de la comisión del delito (*funmus delicti comissi/fumus boni iuris*) y del peligro procesal (*periculum in mora*). Dichas condiciones materiales, por sí solos, no son suficientes para justificar un mandato de prisión preventiva, en tanto la CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA en su fundamento vigesimocuarto, hace explícita la exigencia constitucional de que el mandato de prisión preventiva, además de basarse en la concurrencia copulativa de estas condiciones materiales, no deberá limitar el derecho a la libertad personal del encausado de manera desproporcionada y que la duración de la medida se corresponda con las necesidades propias de la complejidad de la investigación preparatoria.

En el caso concreto, es interés del Estado que el proceso penal sea efectivo en garantizar la protección de bienes jurídicos y que los responsables de la afectación de dichos bienes reciban la sanción penal correspondiente, por lo que para satisfacer dicho interés es legítimo *prima facie* dictar medidas de prisión preventiva en tanto existirían indicios de responsabilidad penal en las personas objeto de tales medidas. Ahora bien, como se ha expuesto líneas arriba, la imposición de la medida de prisión preventiva debe estar necesariamente sujeta a ciertos principios que justifican su pertinencia. Es decir, no basta afirmar que existe plausibilidad de la comisión del delito y que existiría peligro procesal, sino que además se ha de cumplir con los

43. Cfr. artículo 2 inciso 24, numeral f) de la Constitución Política del Perú. Art VI en concordancia con el artículo 253 inciso 2 del Código Procesal Penal. Cfr., también artículo 7 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

44. Cfr., Corte Suprema de Justicia de la República, CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA, fundamento décimo segundo.

45. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 19; Poder Judicial del Perú, Acuerdo Plenario N° 3-1997 (Sobre las medidas cautelares personales), considerando primero: “[E]l mandato de detención es procedente sólo cuando se presentan en el caso sometido a consideración del Juez Penal los tres requisitos exigidos por el artículo 135° del Código Procesal Penal. La ausencia de uno de ellos impide dictar dicha medida cautelar”.

46. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1091-2002-PHC/TC, fundamento 12.

47. Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1091-2002-PHC/TC, fundamento 6.

48. Cfr., las Sentencias del Tribunal Constitucional del Exp. N° 03864-2014-PA/TC, fundamento 27 literal f); Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, fundamento 7, literal f) y del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7, literal f).

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

principios de legalidad-jurisdiccionalidad, principio de excepcionalidad o pertinencia, principio de concurrencia, principio de subsidiariedad, análisis de proporcionalidad y principio de motivación cualificada.

De la revisión de los argumentos esgrimidos por la fiscalía y la Sala revisora, se advierte que si bien por un lado se ha cumplido con dictar el mandato de prisión preventiva en el marco de un proceso judicial que ha observado normas procesales vigentes (principio de legalidad-jurisdiccionalidad), así como también se ha planteado la medida de manera excepcional y necesaria en vista a la posibilidad de alteración del proceso en que se encontraría el encausado (principio de excepcionalidad o pertinencia), así como se ha afirmado que los elementos materiales legitimadores de la medida concurren en el caso (principio de concurrencia). Sin embargo por otro lado no se observa se haya cumplido con descartar la existencia de otras medidas restrictivas de la libertad personal alternativas a la prisión preventiva que pudiesen garantizar con igual efectividad la presencia del encausado durante el proceso que se le sigue (principio de subsidiariedad), no se ha justificado de manera mínima el análisis de proporcionalidad en tanto no se ha fundamentado suficientemente el sub-análisis de necesidad y el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto – basta observar los escasos argumentos de los apartados 9.2.1, 9.2.2 y 9.2.3 de la resolución objeto de análisis – ni se ha realizado una motivación cualificada respecto a los indicios que harían necesario dictar la medida de prisión preventiva (principio de motivación cualificada).

En efecto, la importancia de satisfacer el interés del Estado en el éxito del proceso penal y la efectiva sanción de responsables de ilícitos penales está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos estipulados taxativamente en la legislación procesal penal, así como en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano y la propia Corte Suprema de la República. En ese sentido, el grado de importancia de satisfacer dicho interés mediante la imposición de un mandato de prisión preventiva decrece en la medida en que no se cumple con fundamentar el cumplimiento de los requisitos mínimos que la legitiman.

En conclusión, no se ha cumplido con evidenciar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos mínimos que legitiman la imposición de una medida de prisión preventiva de hasta 18 meses. Así tampoco se observa razonamiento o justificación alguna en la resolución objeto de análisis que justifique el tiempo de detención de 18 meses, lo cual constituye otro aspecto a tomar en cuenta al momento de valorar el grado de importancia de satisfacción del interés del Estado en éxito del proceso penal seguido en contra del encausado. Por tanto, es posible afirmar que el grado de importancia de satisfacción al interés que tiene el Estado en que el proceso penal sea efectivo en garantizar la protección de bienes jurídicos y que los responsables de la afectación de dichos bienes reciban la sanción penal correspondiente es *leve* o cuando más *moderada*.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos respecto a la valoración de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida de prisión preventiva dictada en contra de los encausados, es posible establecer la siguiente relación de ponderación:

La intensidad de afectación *grave* al derecho fundamental a la libertad personal en su manifestación de libertad ambulatoria no puede ser justificada por el grado de importancia de satisfacción *leve* o cuando más *moderada* del interés del Estado en el éxito del proceso penal seguido en contra de los encausados. En consecuencia, la imposición de la medida de prisión preventiva por 18 meses dictada en contra de los encausados no supera el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto y no es compatible con la constitución.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****VI. CONCLUSIONES**

Es posible aplicar el análisis de proporcionalidad a fin de determinar la constitucionalidad de la restricción al derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria en casos en los cuales se esté valorando la constitucionalidad de la imposición de dicha medida de prisión preventiva. Dicha aplicabilidad se debe a que la prisión preventiva representa una afectación al derecho fundamental a la libertad personal de los sujetos encausados en procesos penales, siendo que dicha restricción no debe de afectar de manera desproporcionada el ámbito de protección de dicho derecho fundamental; en caso dicha afectación no supere el análisis de proporcionalidad en alguno de sus tres sub-análisis, la medida afectaría desproporcionadamente al derecho fundamental y devendría por tanto en inconstitucional.

Específicamente, respecto a la aplicación del análisis de proporcionalidad realizado por la Sala revisora al caso de los esposos Ollanta Humala y Nadine Heredia, se observa que si bien a nivel del sub-análisis de idoneidad se justificó debidamente la aptitud del medio (prisión preventiva) y la finalidad legítima (evitar el peligro procesal que frustre el proceso), se advierte que a nivel del sub-análisis de necesidad la Sala revisora no ha realizado análisis alguno respecto a los medios alternativos que siendo igualmente idóneos para conjurar el peligro procesal sean a la vez menos graves para el derecho a la libertad personal del encausado. En ese extremo se observa una motivación aparente y por tanto una vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales reconocido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú. La medida se evidencia desproporcionada pues sí existen medios alternativos a la prisión preventiva previstos por ley que pueden conjurar eficazmente el peligro procesal como la combinación de medidas restrictivas de la libertad tales como el arresto domiciliario con prohibición de salida del país y registro biométrico de forma periódica. La viabilidad de dichas alternativas no ha sido valorada por la Sala revisora, por lo que la medida a nivel del análisis de necesidad se muestra como desproporcional y carente de motivación. El sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación realizado por la Sala revisora respecto al encausado no se ciñe a los lineamientos metodológicos e interpretativos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República ni a criterios doctrinales.

Al reconstruir el sub-análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación respecto de la restricción al derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria de los encausados, se concluye que la medida de prisión preventiva por 18 meses no supera dicho sub-análisis por cuanto la afectación del derecho a la libertad personal en el caso de los encausados es grave, mientras que la importancia de satisfacer el interés del Estado en que el proceso penal concreto seguido contra los co-encausados es leve o cuando menos moderado en vista a los argumentos insuficientes a que se ha recurrido para justificar la imposición de la medida de prisión preventiva por 18 meses.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto que no se ha justificado debidamente la restricción del ámbito de protección del derecho a la libertad personal en su dimensión de libertad ambulatoria, así como debido a las patentes insuficiencias a nivel de la motivación y el razonamiento lógico que la resolución evidencia; se concluye que la referida medida de coerción personal dictada en contra de los encausados no se encuentra justificada y restringe de manera desproporcionada el derecho fundamental a la libertad personal de los encausados.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****BIBLIOGRAFÍA**

- ALEXY, Robert (2003a): “On Balancing and Subsumption A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16, pp. 433-449.
- ALEXY, Robert (2003b): “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris* 16, pp. 131-140.
- ALEXY, Robert (2007a): *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2007b): “La fórmula del peso”, en: *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 349-374.
- ALEXY, Robert (2007c): “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 511-562.
- ALEXY, Robert, (2016): *Principios formales. Algunas respuestas a los críticos*, en: Jorge A. Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pp. 23-57.
- BARNÉS, Javier (1998): “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en: *Cuadernos de Derecho Público* 5, pp. 15-49.
- BERNAL, Carlos, (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4ta. ed., (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BOROWSKI, Martin (2020): “La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”, en: *Revista Derecho de Estado* 45, pp. 3-27.
- CARRANZA, Elías; *et alt.* (1998): *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, (San José, Ilanud).
- CLÉRICO, Laura (2001): *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, (Baden-Baden, Nomos).
- CLÉRICO, Laura (2008): “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en: Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), pp. 125-173.
- DÍAZ, Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI, pp. 167-206.
- GIMENO, Vicente (2010): *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., (Madrid, Colex).
- LEGUINA, Jesús (1987): “Principios generales del Derecho y Constitución”, en: *Revista de Administración Pública* 114, pp. 7-37.
- LLOBET Javier (2016): *Prisión Preventiva – Límites constitucionales*, (Lima, Grijley).
- MENDOZA, Mijaíl (2005): “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en: *Pensamiento Constitucional* 11, pp. 219-271.
- MIRANDA, Manuel (2017): “Usos y abusos de la prisión preventiva”, en: *Actualidad Penal* 36, pp. 165-193.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

- PORTOCARRERO, Jorge A. (2015): “La evaluación de la calidad de decisiones por parte del Consejo Nacional de la Magistratura”, en: Consejo Nacional de la Magistratura: Balance y desafíos a 20 años de funcionamiento, (Lima, Publicación del CNM en cooperación con el Banco Mundial), pp. 370-388.
- PORTOCARRERO, Jorge A. (2016): “Evaluación de la calidad en las decisiones”, Manual Auto-instructivo – Programa de Ratificación de Magistrados, (Lima, Academia de la Magistratura).
- PORTOCARRERO, Jorge A. (2017): “Ponderacion - Balancing”, en: Eunomía 12, pp. 210-223.
- PRIETO, Luis (2008): “El juicio de ponderación constitucional”, en: Miguel Carbonell (ed.), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,), pp. 85-123.
- SÁINZ, Fernando, (1978): “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en: Revista Española de Derecho Administrativo 8, pp. 63-94.

Fuente jurisprudencial

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 010-2002-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0791-2002-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 1091-2002-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 1260-2002-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0004-2004-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0045-2004-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0090-2004-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0023-2005-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 06167-2005-HC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0007-2006-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0012-2006-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 3943-2006-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del, Exp. N° 05601-2006-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0033-2007-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0001-2008-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0017-2008-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 579-2008-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0896-2009-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0035-2010-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 00316-2011-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 00008-2012-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 01555-2012-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 0014-2014-PI/TC (acumulado).
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 03864-2014-PA/TC.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2021****ACTIVIDADES PREVISTAS
ENERO A JUNIO DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 04780-2017-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Exp. N° 00502-2018-PHC/TC (acumulado).
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 73-2011-Puno.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 626-2013-Moquegua.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 631-2015-Arequipa.
- Corte Suprema de Justicia de la República, A.P. N° 8653-2015-Lima.
- Poder Judicial del Perú, Acuerdo Plenario N° 3-1997 (Sobre las medidas cautelares personales).
- Corte Superior de Justicia de Ucayali, Sentencia Exp. 0405-2013-7-2402-JR-PE-03.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 11/1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfGE 7, 198.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfGE 7, 377.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfGE 34, 269.

Fuente legal

- Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Resolución Administrativa N° 360-2014-CE-PJ.
- Consejo Nacional de la Magistratura, Resolución N° 120-2014-PCNM (precedente administrativo de observancia obligatoria sobre calidad de decisiones vigente en la época en que se emitieron las resoluciones objeto de análisis).
- Código Procesal Penal Alemán, (StPO).
- Código Procesal Penal Peruano D. L. 957.
- Constitución Política del Perú.

Fuente de derecho internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas, Washington DC. 2012. ■