

USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: DERECHO A LA VERDAD, IMPEDIMENTO DE LA SUSTRACCIÓN DEL PROCESO Y ASEGURAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN VS. DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA, DERECHO A LA SALUD Y OTROS, A PROPÓSITO DE LA PROPORCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO

Por: Piero Giodano Vilchez Cabeza

I. Introducción

En el presente artículo se describirán las falencias existentes en torno a nuestro país en cuanto al uso y abuso de la prisión preventiva, dado que pese a la existencia de jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, cuyos pronunciamientos podría catalogarlos tal vez como un poco tímidos, referentes a la proporcionalidad de la medida (prisión preventiva), en la praxis este presupuesto no es tomado en cuenta al momento de requerir la imposición de la prisión preventiva, pues es de advertirse que comúnmente solo es mencionado como una mera formalidad dándole la apariencia de una característica de la prisión preventiva, mas no de un presupuesto como tal –esencial para fundarla- de esta.

Es así, que estas deficiencias son pasadas por alto por los jueces de investigación preparatoria, y muchas veces se priva de su libertad al investigado sin evaluar si la medida es proporcional o no; en ese sentido, mencionaré algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de la República del Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para detallar qué es lo que nos trae la jurisprudencia respecto al tema, con la finalidad de evidenciar si ello efectivamente se cumple o no en nuestra realidad peruana.

II. Nociones básicas de la prisión preventiva

Partamos primigeniamente con algunas definiciones de la prisión preventiva, ello con la finalidad de no dar un salto de 180 metros y aterrizar de frente en la proporcionalidad. Dotemos este artículo de un orden, a efectos de hacerlo comprensible.

La prisión preventiva es una institución procesal, de relevancia constitucional que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de

los fines característicos del proceso, que este se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena¹.

Es así, que se tiene, de un lado, que el derecho a la libertad, al igual que todos los derechos no revista carácter absoluto –tiene, como es lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones–, pero es de tener presente que la libertad representa un papel nuclear en el sistema del Estado Constitucional, por lo que su limitación debe decidirse con las garantías constitucionales y legales correspondiente². Ello debido a que, como señala Reyna Alfaro³, la prisión preventiva es, sin duda, una de las más internas intromisiones en las esferas de libertad y personalidad del ciudadano.

Habiendo realizado estas precisiones, habrá que preguntarnos ¿Cuál es la base normativa que dota de legitimidad constitucional a la prisión preventiva en nuestro Nuevo Código Procesal Penal Peruano?

Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos

“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Es a partir de allí que aparecen las ya conocidas características de la prisión preventiva; es decir, la excepcionalidad, legalidad, intervención indiciaria y proporcionalidad. Definamos de manera muy sucinta estas características, para ir saliendo del tema introductorio e ir pasando al tema materia de análisis.

¹ Barona Villar, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 20-21

² Sentencia del Tribunal Constitucional Español 3/1992, de 13 de enero

³ Reyna Alfaro, Luis Miguel: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p.445.

- **Excepcionalidad.-** Como diría el profesor Ascencio Mellado⁴, la prisión preventiva es, siempre, una alternativa excepcional. No puede ser adoptada de forma automática, ni siquiera particularizada si no se demuestra en el caso concreto su absoluta necesidad y la imposibilidad de garantizar el proceso mediante otros mecanismos legalmente previstos y menos gravosos para los derechos del imputado.
- **Legalidad procesal.-** La prisión preventiva solo puede aplicarse con estricto apego al enunciado normativo habilitante, y en caso de estarlo, que cumpla la expresa finalidad que la legitima. La única autoridad que puede dictarla es la jurisdiccional⁵; en ese sentido, la legalidad procesal no solo impone la exclusiva competencia judicial para dictar la prisión preventiva, sino que se desarrolle mediante norma con rango de ley, y su imposición, en el marco de un debido proceso, con todas las garantías.
- **Intervención indiciaria.-** Implica que debido a que la prisión preventiva priva de la libertad al imputado, esta requiere la presencia de sospecha vehementes o fuertes, esto es, graves y fundadas. En tal sentido, no se admiten para fundar una prisión preventiva, las sospechas simples, las sospechas reveladoras o las sospechas suficientes, que son propias para iniciar diligencias preliminares, promover la acción penal o inculpar formalmente a un investigado y acusar y enjuiciar a un imputado.
- **Principio de proporcionalidad.-** La prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, está sujeta, en la relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso⁶; por tanto, este principio mide la calidad o la cantidad de estos dos elementos de relevancia constitucional (es decir, libertad vs eficacia de la persecución procesal).

Habiendo señalado ello, y haciendo hincapié en que sobre excepcionalidad y proporcionalidad vamos a tratar más adelante en el transcurso de este artículo, aterricemos más en el tema y vayamos ahora con los presupuestos de la prisión preventiva.

III. Presupuestos de la prisión preventiva

Los presupuestos de la prisión preventiva es de conocimiento público que se encuentran regulados en el artículo 268° del Código Procesal Penal, me permito citarlo.

Artículo 268.- Presupuestos Materiales

⁴ Ascencio Mellado, José María: *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú – Estudios Fundamentales*, INPECCP – CELANLES, Lima, 2016, pp. 811-813.

⁵ Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 Fundamento 13. Corte Superior de Justicia de Lima.

⁶ Sentencia 20-2002-AI/TC, de 03 de enero de 2003.

“El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

Como bien pueden darse cuenta, el artículo 268° CPP solo reconoce 3 presupuestos de la prisión preventiva, esto es, elementos de convicción graves y fundados, pronóstico de la pena y peligrosismo procesal en sus dos vertientes (peligro de fuga y peligro de su obstaculización); sin embargo no logramos observar absolutamente nada respecto a la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva, para ello, debemos acudir a los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República del Perú.

Es a partir de la famosa Casación N° 626-2013/Moquegua, que la Corte Suprema en el Fundamento 24 de la mencionada casación, introduce 2 presupuestos adicionales a los que estableció el legislador en el artículo 268° del CPP, expresamente dice lo siguiente.

Vigésimo cuarto.-

*“En conclusión, el debate (entiéndase por audiencia de prisión preventiva) se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción, ii) De una pronóstico de pena mayor a cuatro años, iii) De peligro procesal, **iv) La proporcionalidad de la medida**, v) La duración de la medida. **El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad.** Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada uno de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.*

Entonces a partir de esta Casación 626-2013/Moquegua que es doctrina jurisprudencial vinculante, se reconoce expresamente, que los presupuestos de la prisión preventiva ya no serán tan solo 3 como primigeniamente se encontraba plasmado en el artículo 268° CPP, sino 5 presupuestos propiamente dichos, sumándose a los anteriores la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida, señalándose incluso que cada uno de estos debe fundamentarse con exhaustividad, no solo los 3 primeros sino los 5 presupuestos.

Habiendo sentado las bases para poder abordar la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva, vayamos con ello a mayor profundidad.

Es necesario resaltar, que la Corte Suprema en la Casación 626-2013/Moquegua adiciona a la proporcionalidad de la medida como un presupuesto propiamente dicho; sin embargo, en la lectura de esta casación observamos un claro y detallado desarrollo de los demás presupuestos; es decir, de los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena y el peligrosismo procesal, pero respecto a proporcionalidad es notorio que no dice absolutamente nada. En otras palabras, adiciona a la proporcionalidad como un presupuesto esencial para fundarse la prisión preventiva, pero no lo desarrolla pese a haberlo incluido. Lo incluye, pero le resta importancia, omitiendo su fundamentación.

Sin embargo, luego de 6 años a través del Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, la Corte Suprema se vuelve a pronunciar sobre la prisión preventiva, y desarrolla tímidamente la proporcionalidad de la medida, pero no la dota de la importancia debida, incluso en los fundamentos en que hace alusión a este presupuesto, no lo considera como doctrina jurisprudencial vinculante.

A mi juicio, a la proporcionalidad de la medida se le da la apariencia de ser una característica de la prisión preventiva, mas no un presupuesto propiamente dicho de la prisión preventiva, como lo son los graves y fundados elementos de convicción, prognosis de la pena y peligrosísimo procesal; y, esto es algo que en el presente artículo criticaré, pues en el mencionado Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 se realiza un trabajo muy arduo e interesante, e incluso hay algunos aportes bastante útiles, pero las ideas no se aterrizan adecuadamente, dejando incertidumbre respecto a la proporcionalidad de la medida y su desarrollo argumentativo.

Veamos brevemente los aportes del Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 en cuanto a proporcionalidad de la medida, donde resalto nuevamente hay aportes muy interesantes y útiles, pero no se aterriza correctamente, pues en la práctica hay que ser bien minuciosos para extraer los fundamentos y darles un sentido adecuado, sin caer en el desorden.

Décimo quinto.-

Cuarto, principio de proporcionalidad. La prisión preventiva, al privar de la libertad al imputado, está sujeta, en la relación conflictiva entre garantías individuales al ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte –ni mediana, ni débil–. La proporcionalidad deriva de la cláusula del Estado de Derecho, comporta una garantía de seguridad jurídica y se erige en una exigencia de justicia material. Esta se califica por la fungibilidad de la medida, si pueden alcanzarse de otro modo los fines que pretende, así como que se tome en consideración la situación subjetiva del imputado en relación con el hecho presuntamente delictivo para ponderar al sacrificio de la libertad individual que supone la medida.

(...)

Como se advierte de lo expuesto el principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos –o dos elementos de relevancia constitucional– comparativamente entre sí (libertad vs. Eficacia de la persecución procesal, en el caso de la prisión preventiva), de manera que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar; esta no depende de criterios absolutos, sino está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad –desde luego, las que incorpora y reconoce la constitución–.

(...)

El principio de proporcionalidad, enfatiza BARONA VILLAR, debe ser el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de Derecho, por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática de la normativa pertinente –no existen reglas matemáticas a aplicar por el órgano jurisdiccional–, sino que se abre un amplio margen de discrecionalidad (jurídicamente vinculada, diremos nosotros) y arbitrio judiciales a la hora de considerar su aplicación o no. En este orden de ideas, la inclusión de una serie de circunstancias a tomar en consideración por el juez para imponerla pone de manifiesto que solo desde este principio podrán valorarse. El objeto de este principio se circunscribe a la finalidad perseguida por la prisión preventiva y las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El principio de proporcionalidad, en consecuencia, se sitúa entre el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad, independientemente de la pena esperada.

(...)

La proporcionalidad, entonces, está enraizada en las relaciones de poder entre Estado e individuo; es, pues, una exigencia asociada al ejercicio del poder tendente a evitar el exceso en el uso de dicho poder. La proporcionalidad, postula PUJADAS TORTOSA, no es un presupuesto o una simple característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación a posteriori de la medida adoptada, sino es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto. La proporcionalidad ha de guiar la decisión relativa a las concretas medidas de coerción a adoptar; no puede ser un simple mecanismo de evaluación de las mismas.

En realidad, sinceramente considero que son aportes bastante significativos, pero increíblemente estos fundamentos no son catalogados por la Corte Suprema con doctrina jurisprudencial vinculantes, es una omisión que no puede pasar desapercibida.

IV. Uso y abuso de la prisión preventiva, a propósito de la proporcionalidad como presupuesto

En la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva, se aplica el famoso Test de Proporcionalidad propio de la doctrina y posterior jurisprudencia alemana, y que ha sido también recogida por nuestra jurisprudencia; en ese sentido, cuando hablamos de proporcionalidad de la medida se realiza una división de 3 subprincipios: 1) subprincipio de idoneidad, 2) subprincipio de necesidad y 3) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto al principio de idoneidad, es menester precisar que toda medida limitativa de derechos fundamentales debe ser idónea para la consecución de la finalidad perseguida, pues si carece de aptitud para alcanzarla o simplemente no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, ha de reputarse inconstitucional⁷.

En cuanto a este subprincipio de idoneidad, yo soy de la idea que este va a desaparecer o no se va a superar, cuando en el debate de la audiencia de prisión preventiva, el Ministerio Público no haya logrado acreditar la existencia del peligro de sustracción del proceso por parte del investigado; es decir, peligro de fuga, o la existencia del peligro de obstaculización; y, en consecuencia, los peligros han quedado desacreditados por la defensa técnica.

⁷ Nicolás, González-Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

Pues, la idoneidad de la prisión preventiva se superará siempre y cuando se acredite la existencia del fin o los fines perseguidos de la prisión preventiva, esto es, que se haya acreditado que existe un riesgo fundado de que el investigado se vaya a fugar o que se haya acreditado la existencia del peligro de obstaculización; y por tanto, tiene que asegurarse la investigación. En ese sentido, la tesis que yo sostengo, y que tal vez no sea compartida por el lector, es que si el pedido del Fiscal ha perdido su finalidad, ante una eventual inexistencia o ausencia del fin perseguido de la prisión preventiva, jamás debería pasarse al siguiente subprincipio, ya que la prisión preventiva ya no tiene ningún sentido, pues ya no habría absolutamente nada que asegurar y no cumpliría su finalidad primigenia que motivó el pedido de prisión preventiva.

Respecto al principio de necesidad, también denominado “de intervención mínima”, “de alternativa menos gravosa” o “de subsidiariedad”, es un subprincipio que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos⁸.

Con fines netamente académicos, abro la siguiente interrogante ¿Qué es lo que dice la Corte Suprema respecto al subprincipio de necesidad? Me permito citar algunos pronunciamientos.

Casación Nº 631-2015/Arequipa (Fundamento 8)

“Que, como ya se ha sostenido abundantemente, la prisión preventiva es una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma. En consecuencia, la privación de libertad ha de ser la excepción, y, se ha de adoptar cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquella (...)”

Casación Nº 1145-2018/Nacional (Fundamento 3)

“No debe olvidarse que como “objeto” la prisión preventiva debe concebirse tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines y objetivo –se destaca, por tanto, desde la perspectiva de la subsidiariedad que la prisión preventiva debe adoptarse cuando

⁸ *Ibidem*.

resulta imprescindible y cuando no existan alternativas menos radicales para conseguir sus finalidades—

En esa misma línea, también planteo el siguiente cuestionamiento a efectos de dotar de mayor respaldo el mencionado subprincipio ¿Qué es lo que dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al subprincipio de necesidad?

Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile (Fundamento 312)

“Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”.

Caso Arguelles y otros Vs. Argentina (Fundamento 120)

Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: (...) iii) que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido (...)

Caso López Álvarez Vs. Honduras (Fundamento 165)

La “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, que prepondere claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Habiendo citado los pronunciamientos de la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puedo sostener con firmeza y con sustento jurisprudencial que Fiscalía debe realizar siempre en sus requerimientos fiscales de prisión preventiva como también su oralización en audiencia, una ponderación respecto a otras medidas menos gravosas que la prisión preventiva.

Es muy común ver actualmente en los requerimientos de prisión preventiva que la Fiscalía simplemente cumple con la formalidad de poner en su requerimiento la definición de los subprincipios del test de proporcionalidad y señalar que se han cumplido todos, dándole a la proporcionalidad de la medida una apariencia de característica de la prisión preventiva, mas no

de un presupuesto como tal. ¿Y por qué digo esto? Porque cotidianamente vemos requerimientos con ausencia de ponderación con otras medidas menos lesivas que la prisión preventiva, si bien Fiscalía cumple con señalar que no existe una medida menos gravosa que satisfaga la finalidad de la prisión preventiva, no se observa una explicación del por qué otras medidas no satisfecerían dicha finalidad, no lo vemos, entonces allí hay una grave omisión argumentativa, y como defensa técnica (si es que estás de ese lado) hay que advertirlo.

Subprincipio de necesidad	
Prisión preventiva	VS Comparecencia simple Comparecencia con restricciones Impedimento de salida Caución

Y por último, respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos de la prisión preventiva.⁹

En ese sentido, cabe resaltar que al igual que en el anterior subprincipio, el Ministerio Público en sus requerimientos de prisión preventiva comúnmente omite realizar una adecuada ponderación de intereses entre Libertad de locomoción Vs. Eficacia de la persecución procesal, por lo cual, ante ese escenario se estarían relajando garantías y privilegiando eficiencia a toda costa, y como defensa técnica uno definitivamente tiene que advertirlo.

Lo que debe realizar Fiscalía es poner en una balanza el aseguramiento del proceso, la búsqueda de la verdad, el impedimento de fuga, entre otros intereses Vs. la libertad de locomoción, derecho a la salud, derecho a la vida digna, derecho al honor, la reputación y al a buena imagen, entre otros derechos, y argumentar por qué pese a todos esos derechos que juegan a favor del investigado, es que de igual forma debe declararse fundada una prisión

⁹ Ibídem.

preventiva, por qué la eficacia de la persecución procesal vencería a las garantías del investigado.

A manera de ejemplo:

ESTADO PERUANO	VS	IMPUTADO
- ASEGURAMIENTO DEL PROCESO - DERECHO LA VERDAD - IMPEDIMENTO DE FUGA - ENTRE OTROS INTERESES		- LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN - DERECHO A LA SALUD - DERECHO A LA VIDA DIGNA - DERECHO AL HONOR - DERECHO A LA REPUTACIÓN - DERECHO A LA BUENA IMAGEN - ENTRE OTROS DERECHOS

Entonces, ese ejercicio argumentativo debe realizarse, el Ministerio Público no puede estar al margen de “La ley del menor esfuerzo”. Quienes se desempeñan en el ámbito jurídico penal sabemos que es muy cotidiano que este ejercicio tan importante Fiscalía no lo realice, aquí también estaríamos ante una omisión argumentativa, y hay que ser cuidadosos con ello.

Lo más preocupante es que los Jueces de Investigación Preparatoria en su mayoría de veces declaran fundadas las prisiones preventivas sin ni siquiera haberse superado el presupuesto de la proporcionalidad de la medida, generalmente les basta los 3 primeros presupuestos de la prisión preventiva, esto es, elementos de convicción graves y fundados, pronóstico de la pena y peligrosismo procesal. Tampoco se analiza el versus detallado en el cuadro anterior, utilizándose la prisión preventiva con un fin netamente punitivo, y abusándose de este mecanismo a diestra y siniestra sin importarles el hacinamiento carcelario al que esta mala práctica conlleva.

No se está teniendo en cuenta en la actualidad que la prisión preventiva jamás podrá ser la regla general, en tiempos actuales ello se está tornando ilusorio, convirtiéndose la prisión preventiva en regla general y las medidas menos lesivas en excepción, ello no se debe permitir, puesto que la regla general es el sometimiento del imputado al proceso en libertad o con medidas limitativas menos intensas, bajo el respeto de la garantía de presunción de inocencia, en su expresión de

regla de tratamiento procesal del imputado, pues siempre ha de primar la libertad del sujeto durante el proceso¹⁰. He de allí la “excepcionalidad” de la prisión preventiva.

Es entonces que cuando lleguemos al momento en el cual deba sustentarse la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva debemos exigirle al Juez de Garantías que se realice un versus entre derecho a la verdad, impedimento de la sustracción del proceso y aseguramiento de la investigación contra el derecho a la libertad ambulatoria, derecho a la salud, entre otros, a efectos de poder definir si pese a haberse realizado el test de proporcionalidad el investigado debe ser encarcelado provisoriamente con fines de eficiencia de la persecución penal; o si por el contrario, los derechos y garantías del imputado priman por sobre la persecución.

No podemos dejar que un ser humano se vaya preso sin mínimamente haber agotado todas las alternativas posibles para evitar ello, incurriéndose como hasta en tiempos actuales viene realizándose, en un uso y abuso perverso de la prisión preventiva, recordemos nuevamente la excepcionalidad.

V. Conclusiones

Como se ha podido apreciar a través de todo el desarrollo jurisprudencial, no queda ninguna duda que la postura adoptada es uniforme respecto a la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva.

No obstante, la problemática existente en nuestro país, es que si bien existe jurisprudencia referida a la proporcionalidad de la medida, qué duda cabe que su desarrollo es insuficiente y deficiente, y producto de ello es que en la práctica jurídica, el Ministerio Público en sus requerimientos de prisión preventiva omite u olvida realizar una fundamentación exhaustiva del mismo, siendo esta omisión tolerada por los jueces de investigación preparatoria e imponiéndoles a los investigados la medida coercitiva personal de prisión preventiva sin haberse superado este presupuesto.

Por otro lado, es común ver que en los requerimientos de prisión preventiva se les da la apariencia de una característica formal, en vez de ser desarrollado como un presupuesto esencial para fundar la prisión preventiva, siendo que tan solo se cumple con la mera formalidad de hacer mención del cumplimiento de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sin ningún desarrollo argumentativo, bastando decir que se

¹⁰ STC 822-2005-HC/TC, de fecha 05 de agosto de 2005.

han superados los mismos, y dándoles importancia solamente a los 3 primeros presupuestos de la prisión preventiva, esto es, elementos de convicción graves y fundados, pronóstico de la pena y peligrosismo procesal en sus dos vertientes (peligro de fuga y peligro de obstaculización).

En conclusión, el problema que se pretende resolver a partir de este trabajo de investigación, es explicar detalladamente el desarrollo argumentativo que se debe realizar para fundamentar la proporcionalidad de la medida como presupuesto de la prisión preventiva, en aras de superarse y pasar al siguiente presupuesto. Ello con la finalidad de que abogados, fiscales y jueces sepan cuál sería la estructura mínima que debería seguirse durante el debate de este presupuesto tan importante y que en la actualidad pasa desapercibido.