

Lumen

Ene-Jun.2019.Vol 15 N°1

Doi:10.33539/lumen.2019.n15.1751

***ACERCA DE LA PROPORCIONALIDAD
EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS
DE PRISIÓN PREVENTIVA***

***ABOUT PROPORTIONALITY
IN THE APPLICATION OF PREVENTIVE
PRISON MEASURES***

JOSÉ JULIO GOICOHEA ELÍAS

LUMEN

ACERCA DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PRISIÓN PREVENTIVA

ABOUT PROPORTIONALITY IN THE APPLICATION OF PREVENTIVE PRISON MEASURES

José Julio Goicochea Elías

RESUMEN

Resulta obligatorio que los Fiscales justifiquen porqué piden las penas. Sería ideal que efectúen un desarrollo de argumentación similar al instrumento que aplican, indicando las razones que hacen permisivo su pedido. Nada los exonera de prescindir de un esfuerzo de justificación cuando pretendan privar de su libertad a un ser humano. Una política iushumanista espera que las puertas de la justicia siempre estén abiertas para que otra forma de intervención estatal produzca el mismo efecto con un menor costo social. Como decía el Maestro Piero Calamandrei el Juez antes que aplicar Derecho, primero debe aplicar Justicia.

PALABRAS CLAVE:

Proporcionalidad, Razonabilidad, Libertad.

ABSTRACT

It is mandatory that the Prosecutors justify because they ask for penalties. It would be ideal for them to carry out a development of argumentation similar to the instrument they apply, indicating the reasons that make their request permissive. Nothing exempts them from dispensing with an effort of justification when they intend to deprive a human being of their freedom. A lushumanist policy hopes that the doors of justice are always open so that form of state intervention produces the same effect with a lower social cost. As Master Piero Calamandrei said the Judge before applying Law, must first apply justice.

KEY WORDS:

Proportionality, Reasonableness, Freedom.

INTRODUCCIÓN.-

Los medios de comunicación masiva nos han venido mostrando de manera reiterada por estos días los actos de corrupción cometidos por Funcionarios Públicos, los mismos que han motivado denuncias ante las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, las mismas que vienen conociendo de los delitos cometidos por aquellos en el ejercicio de sus funciones. Ello, sin perjuicio del resto de procesos penales en los que se vienen revisando otro universo de causas judiciales que engloban a ciudadanos de a pie. Sin embargo, en la práctica se aprecia un abuso en el empleo por los representantes de la legalidad y los operadores judiciales de la facultad sancionadora del Estado. La misma, no debe ser en modo alguno entendida como una espada de Damocles que pende sobre la cabeza de los ciudadanos, sino que debe ser ejercida con arreglo a dos principios elementales del Derecho Procesal: la razonabilidad¹ y la proporcionalidad. Lo que, sin embargo, no acontece en los Juzgados y Tribunales en los que se hace tabla rasa del principio de ultima ratio, de manera abusiva, por decir lo menos, por parte de aquellos que vienen ejerciendo la función fiscal y judicial.

¹La razonabilidad es la cualidad de un acto o decisión que se ajusta a lo esperable o aceptable en relación a su motivación y a los antecedentes conocidos, y que ha sido adoptado, por tanto, razonadamente y en atención a criterios razonables. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/razonabilidad>

CONTENIDO DEL ARTÍCULO

Actualmente, venimos siendo testigos a través de los medios de comunicación masiva de un elevado caso de procesos judiciales en materia penal, en los que los Fiscales solicitan y los Jueces conceden a diestra y siniestra medidas de Prisión Preventiva, disponiendo el internamiento del procesado en un centro penitenciario con todo lo que ello conlleva. Cabe preguntarnos entonces si entendida la privación de la libertad de una persona como la última ratio del Derecho Penal, si no existen otras medidas que puedan cumplir el mismo fin.

En ese orden de ideas, debe quedar establecido que los requisitos ineludibles para que el Juez apruebe la solicitud por la cual el Ministerio Público solicita la detención preventiva son tres: i) **fundados y graves elementos de convicción**, ii) **prognosis de la pena** y iii) **peligro procesal**. Resumiéndolos de manera por demás breve podemos aportar señalando que los **fundados y graves elementos de convicción** se refieren a la información recogida por el Ministerio Público, la que debe constar en su requerimiento describiendo la vinculación del imputado con un delito descrito en sus características subjetivas y objetivas; la existencia del delito debe ir aparejada de suficientes elementos de convicción, mientras que la vinculación del imputado debe estar concatenada al hecho que exista un alto grado de posibilidad que el mismo sea responsable de los hechos que se le atribuyen. O sea, el Fiscal después de haber contrastado las pruebas debe estar casi convencido que la persona investigada es responsable de los hechos que se le atribuyen. En lo que corresponde a la **prognosis de la pena**, es el Juez quien evaluando la suficiencia probatoria debe intuir que, en una proyección a futuro, la pena a imponerse va a ser superior a los cuatro años de prisión efectiva. Por último cabe agregar que el **peligro procesal** presenta dos variables: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización a la actividad probatoria. **El artículo 269 del Nuevo Código Procesal Penal**² señala que para calificar el peligro de fuga el Juez deberá tener en consideración: el arraigo en el país del imputado, la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo, así como también el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior y la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma. A renglón seguido, el **artículo 270**³ del precitado cuerpo de leyes al describir el peligro de obstaculización, explica que el Juez tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado destruya, modifique, oculte, suprima o falsifique elementos de prueba, que influya para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o que induzca a otros a realizar tales comportamientos.

En ese orden de ideas, es menester tratar de definir qué es lo que comprende el principio de última ratio. Binder (2014) afirma que el **principio de mínima intervención**⁴ o última ratio, en sentido amplio, es una regla de eficacia y como tal constituye un límite interno a la política criminal. Según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y abuso de poder en la resolución de los

² Artículo 269°.- Peligro de fuga. Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas

³ Artículo 270°.- Peligro de obstaculización Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos

⁴ Criterio conforme al cual la intervención del derecho penal, como última ratio debe reducirse al mínimo indispensable para el control social, castigando solo las infracciones más graves y con respecto a los bienes jurídicos más importantes, siendo a estos efectos el último recurso que debe utilizarse por el Estado. Por eso se habla del carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. <https://dej.rae.es/lema/principio-de-intervencio%C3%B3n-m%C3%ADnima>

conflictos (y esa es la finalidad última de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad), es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio de poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado a formas brutalmente abusivas, hasta el presente.

No debemos perder de vista que mientras mayor sea el grado de racionalidad que ostente el Derecho Penal, mayores serán las posibilidades de superación que tenga el mismo. La pregunta es: ¿cuánto hemos avanzado en ese camino? Si los Fiscales y Jueces desarrollan la tesis que todos los delincuentes son enfermos y que por esa condición deber ser tratados con una pena, estarán demostrando una soberbia absoluta, como si solamente ellos fueran los seres mortales que no requieren de la misma. Otto (2017) indica que el Derecho Penal, como último y más grave medio de la sociedad para proteger su existencia y a sus miembros, se torna innecesario en la medida en que la pena se reemplaza por otros medios iguales o más efectivos, pero sin el carácter de mal o de mal menor. Como precisa Massini Correas (2011) a toda norma jurídica se le debe atribuir un significado conforme a la finalidad (o el bien) que persigue la institución a la que pertenece la norma.

Estando al principio de mínima intervención del Derecho Penal, es que el legislador ha diseñado alternativas a la prisión preventiva que cumplen los objetivos que aquella persigue, sin alcanzar daños irreparables a la persona sobre la cual se pretende aplicar la misma. Así tenemos por ejemplo, el arresto domiciliario que es también entendido en la jerga procesal como un trueque de casa por cárcel. Para explicarlo más claramente, viene a ser privar fuera de un establecimiento penitenciario al acusado o sentenciado de su libertad de movimientos. Es a todas luces, una alternativa a la prisión preventiva que asegura correctamente aplicada, que se salvaguarden las necesidades del proceso penal. No se debe perder de vista que será responsabilidad de los efectivos policiales asignados, la vigilancia y control permanente del cumplimiento de la decisión judicial. En ese mismo razonamiento, tenemos que el Decreto Supremo 006-18-JUS que aprueba el calendario oficial para la implementación progresiva de la Vigilancia Electrónica Personal donde se anota que desde el año 2018 la misma se aplicará en los distritos judiciales de Lima Sur, Lima Norte, Lima Este, Callao y Ventanilla. El seguimiento y monitoreo de la misma corre por cuenta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través del Instituto Nacional Penitenciario, con el apoyo de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. No queda claro aún, cuál ha sido la intención del legislador al permitir el uso de grilletes electrónicos únicamente para personas que purguen condenas por delitos menores, que estén sancionados con penas de prisión que oscilen entre uno a ocho años. Como podrán darse cuenta, estas medidas alternativas bien implementadas pueden perfectamente sustituir en un gran número de casos a la prisión preventiva. Internar a una persona en un centro penitenciario es una acción excepcional, que solamente puede aplicarse, cuando no existe ningún otro medio que pueda cumplir tal fin. La prisión es la excepción, en modo alguno puede ser considerada como una regla. Los hombres y mujeres de Derecho, sabemos, que cuando hemos agotado todas las vías y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, nos encontramos ante una acción calificada como residual, por tener que recurrir a ella, en busca de una finalidad, cuando se nos han cerrado todos los caminos. Beccaria (citado por Bustos Ramírez, 2005) señala que el legislador, aparece como un poder, como un ejecutor de la voluntad colectiva y ésta sólo como un límite a su legitimidad. Por virtud de ello el legislador es el único que puede dictar penas, con lo que establece el principio de la legalidad de las penas, ya que solo él tiene justamente el poder para hacerlo. Termina señalando que ese poder está limitado por su fuente de legitimación que es el contrato social en un doble sentido. Por una parte, no puede ir más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, pues de otro modo, la pena será injusta por naturaleza. En consecuencia, surge como principio adscrito al de legalidad, el de la necesidad de las penas.

Partamos de un hecho concreto: el Derecho es la más relativa de todas las ciencias sociales. En Derecho nada es absoluto. García Amado (2017) anota que habrá que ver si en el caso

concreto parece suficientemente justificada la imposición de una pena privativa de libertad que limita el derecho de ese sujeto a la libertad, o si, vistas las circunstancias del caso y aun en lo que a la norma penal nada le importa, no tendrá más bien que ser derrotada dicha norma penal por la que recoge el derecho fundamental a la libertad.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que la libertad del ser humano es un derecho humano fundamental inherente a su condición de tal. No está de más citar a Atienza Rodríguez (2013) quien considera que debemos asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada) otorgando cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del legalismo y que el ideal regulativo del jurista es el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

Lamentablemente, hoy tanto los fiscales como los operadores judiciales se encuentran sometidos a una fuerte presión mediática ejercida por el periodismo (muchas veces representado por comunicadores sociales que ejercen tal función) a la que sucumben, o en otros casos buscan y consiguen un rol protagónico convirtiéndose en las figuras centrales del proceso, rol que en modo alguno les pertenece. Son los mismos medios de comunicación los que más allá de un debido proceso judicial le adjudican antes del mismo, responsabilidad a los procesados o investigados, desvirtuando de la manera más vil el principio constitucional de presunción de inocencia. Lo hacen sin medir las consecuencias, por el simple afán de aumentar sus índices de rating o número de ventas. Lariguet, Guillermo y Samamé Luciana (2017) aconsejan que el Derecho debe depositar la aplicación de la justicia en hombres excelentes. No sólo excelentes para aplicar de manera sabia el Derecho, sino también para que la gente pueda tener una expectativa racional de confianza en la justicia y el Derecho. Sin esta confianza, el sistema estaría en un punto muerto. Un magistrado virtuoso convoca confianza.

En ese mismo razonamiento lógico, podemos agregar situaciones en que, por la presión descrita en el párrafo precedente, hemos sido testigos de casos inusuales, como en el que para un ex Presidente Constitucional de **81 años** de edad la Fiscalía solicita primero la medida de prisión preventiva, retractándose posteriormente de su inusual pedido. Es menester precisar que dichas situaciones ya han sido previstas en el **artículo 290 del Nuevo Código Procesal Penal** donde se indica que se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado es mayor **de 65 años** de edad. Guastini (2014) precisa al respecto que se entiende generalmente por “interpretación declarativa” aquella interpretación que atribuye a un texto normativo su significado (se supone) “intrínseco” sin alterarlo en modo alguno. Entonces, si ya existe la norma porque los jueces no la aplican. Más aún, si el artículo no admite otra interpretación más allá de la literal. **Cuando los jueces o fiscales inaplican el derecho cometen delito.** Están prevaricando. Donna (2011) citando jurisprudencia española (STS 14-3-96) señala que será prevaricadora aquella sentencia o resolución que infringe el Derecho y que de una manera manifiesta, evidente e incuestionable está en contradicción con el ordenamiento jurídico. Todos los Jueces y Fiscales como integrantes de un Poder del Estado deben obediencia a la ley, sin importar sus posiciones personales. No está demás citar a don Ricardo Palma quien alguna vez señaló que hacía falta promulgar una ley que ordene que se cumplan todas las leyes. Sabía de qué hablaba el maestro.

Que quede claro que el mismo criterio debe ser aplicable en todos los casos similares sin admitir excepción de ninguna clase tal como lo marca la Carta Fundamental del Estado. Por definición la ley no admite diferencia entre iguales. Entre tanto legado cultural que nos legaron, los atenienses desarrollaron el principio de isonomía o de igualdad. Ello representa que en una situación de sincronía no debe haber diferencia entre pares. Al respecto, González-Cuellar Serrano (citado por

Bernal Pulido, 2014) ha sostenido que “el principio de proporcionalidad⁵ es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”.

Siguiendo este razonamiento lógico, cabe recordar que la motivación de las resoluciones es una manifestación del Estado de Derecho, la misma que configura la manifestación de un ejercicio democrático y razonable del poder. Es en ese sentido que podemos señalar que una correcta motivación evita la generación de la arbitrariedad. Entonces, queda claro que es fundamental que para que exista una buena motivación los Magistrados deben tener un conocimiento preciso de las normas y principios, así como también de las reglas de interpretación, los precedentes judiciales y la doctrina. Si no cuentan con ello, las resoluciones que expidan no estarán explícitamente argumentadas.

Ahora bien, sería bueno que los Fiscales y Jueces más allá de su denostado criterio, tuvieran en cuenta la triste (por decir lo menos) situación que padece la infraestructura carcelaria en nuestro país. Las cárceles se han convertido en escuelas de la delincuencia, en las que se deposita como bestias de carga a las personas en espacios reducidos y sin un control sobre la distribución de los internos en las celdas. La readaptación social del interno debe ir de la mano de una adecuada política criminal del Estado. En nuestro país es utópico por decir lo menos pensar así. Mi experiencia profesional me ha permitido ser testigo directo de ello. Sería bueno que los magistrados se animen a pasar internados un día en un centro penitenciario, de repente ello haga que varíen su criterio. Fácil es tomar decisiones sin conocimiento de causa.

CONCLUSIONES

Se deben establecer límites a la aplicación de la prisión preventiva. No debemos perder de vista que el principio de necesidad de la pena representa que no es válido aplicar penas innecesarias. Ya en 1789 el artículo 8 de la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**⁶ anotaba que la ley no debe establecer otras penas que las estrictamente y evidentemente necesarias.

Los jueces deben aplicar el Derecho teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, sobreviviendo a cualquier tipo de presión externa que pretenda influir sobre ellos.

En todos los casos, se debe aplicar un mismo rasero para medir a todos los justiciables, lo que se desprende del hecho real y concreto que la ley no admite diferencias entre personas.

De ser el caso que, revisadas todas las otras alternativas, el Juez considera pertinente la aplicación de la prisión preventiva, su resolución deberá estar lo suficientemente motivada en Derecho, explicándole al justiciable el porqué de su decisión.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2013) Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta.
- Bernal P. Carlos (2014) El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁵ Principio jurídico en virtud del cual las penas han de ser necesarias y proporcionadas a la gravedad del delito cometido. “Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora, en un sentido estricto, proporcionada”. (STC 136/1999, 20-VII-1999). <https://dej.rae.es/lema/principio-de-proporcionalidad>

⁶ La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

- Binder, A. (2014) Derecho Procesal Penal: Dimensiones político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva. Tomo II. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bustos, J. (2005). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.
- Donna, E. (2011). Delitos contra la Administración Pública. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- García, J. (2017) Decidir y argumentar sobre derechos. Colección Jueces y Argumentación Jurídica. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Guastini, R. (2014) Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Lariguet, G. y Samamé, L. (2017). El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial. Emociones y Virtudes en la Argumentación Jurídica. Colección Jueces y Argumentación Jurídica. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Massini, C. (2011). Iusnaturalismo e Interpretación Jurídica. Interpretación y Argumentación Jurídica. Problemas y Perspectivas Actuales. Colección Filosofía y Derecho. Marcial Pons, Barcelona.
- Otto, H. (2017) Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal. Barcelona: Atelier.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2019