

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Gonzalo Del Río Labarthe

Sumario: I. Introducción II. Prisión preventiva y presunción de inocencia III. Prisión preventiva y libertad personal IV. Presupuestos V. Aportaciones del TC 1. *Fumus boni iuris* 2. *Periculum in mora* A. Peligro de fuga B. Peligro de obstaculización V. Motivación

I. INTRODUCCIÓN

Premisa N° 1: Este trabajo no aborda la problemática de la acción constitucional del hábeas corpus, en virtud de la cual el TC asume competencia para resolver si determinada resolución judicial de un proceso penal es compatible con las disposiciones de la Constitución; y en su caso, si existe una violación de un derecho fundamental en su ejecución. Hay muchos trabajos que analizan el hábeas corpus y la cuestión vinculada a la posibilidad de interponer dicha acción contra resoluciones judiciales¹. El propósito de este artículo se circunscribe a estudiar la doctrina sentada por el TC —al resolver dicha acción de garantía— respecto a la importante institución de la prisión preventiva. Así, se espera describir algunas líneas maestras

1 *Vid.* Especialmente: AAVV. 2008.

de la manera como el TC interpreta la prisión preventiva y sus presupuestos, la argumentación desarrollada para determinar su conformidad constitucional. No se analizará el CPC; sino la relación entre Constitución y ciertas normas procesales penales en el marco de la interpretación que el TC hace del instituto de la prisión preventiva.

Premisa N° 2: En este artículo no se analizará minuciosamente las características de la prisión preventiva, al menos no según la metodología clásica². La idea es analizar los aportes del TC que permitan interpretar esta institución procesal, señalando cuándo la doctrina jurisprudencial favorece una correcta interpretación o, en su caso, criticando los casos que, a nuestro juicio, se aparta de una legítima interpretación de la privación cautelar de libertad en un Estado de derecho. La metodología es sencilla, consiste en evaluar algunas características y presupuestos³ de la prisión preventiva a partir de los casos de hábeas corpus resueltos por el TC⁴.

Premisa N° 3: Se utiliza el término prisión preventiva para designar el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Sin embargo, en muchas resoluciones del TC, citadas en este artículo, se emplea la expresión «mandato de detención», de acuerdo con el CPP de 1991, vigente cuando fueron dictadas. Preferimos la expresión prisión preventiva porque es más exacta y permite diferenciar la privación cautelar de libertad (ordenada en una resolución judicial

2 Una revisión de los presupuestos materiales y formales de la prisión preventiva puede verse en: Del Río Labarthe 2008.

3 Concretamente se revisa aquí algunas SSTC que desarrollan la relación entre prisión preventiva y presunción de inocencia (funciones cautelares, tratamiento del imputado durante el proceso penal), prisión preventiva y libertad personal (su carácter instrumental y provisional; el principio de proporcionalidad, la motivación) y el análisis específico de sus presupuestos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El aspecto específico de la duración de la prisión preventiva no se desarrolla aquí en la medida en que la extensión del tema y las múltiples resoluciones del TC que la desarrollan requieren un estudio específico. En el ámbito de los presupuestos formales (procedimiento, impugnación, competencia, etc.), es un tema que también debe ser tratado en un estudio específico y la jurisprudencia del TC es más bien escasa en referencia a estos temas.

4 No se pretende un análisis exhaustivo de todas las resoluciones del TC, en una elección ciertamente arbitraria, se han escogido algunas SSTC que han establecido las líneas maestras del tratamiento de la prisión preventiva: SSTC 0139-2002/HC, de 29 de enero (Caso «Bedoya de Vivanco»); 0791-2002/HC, de 21 de junio (Caso «Riggs Brousseau»); 0808-2002/HC, de 8 de julio (Caso Tello Díaz); 1091-2002/HC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1260 - 2002/HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»); 1565-2002/HC, de 5 de agosto (Caso Chumpitaz González); 0376-2003/HC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»); y, 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso «Rodríguez Huamán»).

a la ocasión de un proceso penal) de la detención (arresto policial o ciudadano), que es una medida definida como precautelar por la doctrina nacional⁵. Además, se trata de la expresión utilizada por el NCPP 2004. La detención propiamente dicha⁶ no es materia de este artículo.

II. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia⁷.

El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana⁸ y II.1 del TP NCPP⁹] es uno de los principales límites de la prisión preventiva. Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada. Es por esta razón que la legitimidad de toda tutela preventiva en el orden penal depende del contenido que se asigne a la presunción de inocencia¹⁰.

5 San Martín Castro 2003, p. 1099.

6 Para efectos de lo aquí se discute, no es relevante si se analiza el CPP 1991 o el NCPP 2004. Ambas normas son perfectamente compatibles en orden a delimitar los presupuestos de la prisión preventiva. Ambas se fundamentan en el *fumus boni iuris* y el peligro de fuga, en ambos Códigos su utilización (aunque no ocurra ello en la práctica) debe ser excepcional y subsidiaria, etc. En todo caso, el NCPP 2004 es más detallado y por eso se usa aquí como referencia, lo que demuestra lo anterior, las resoluciones que se detallan del TC (todas ellas en el ámbito del CPP 1991) son absolutamente aplicables al Nuevo Código. Finalmente, también sucede lo mismo con el límite penológico, las sentencias citadas del TC se ocupan de un límite de 4 años porque todas son anteriores a la modificación (que ubica el límite penológico en un año) de la Ley 28726. Este artículo insiste en dicho límite: primero, porque es el límite que también acoge el NCPP 2004; y además, porque el autor considera que es el límite que debe seguir siendo aplicado por el juzgador mientras se siga utilizando —en algunas ciudades— el CPP 1991, porque más allá de la modificatoria, sigue siendo lo pertinente en aplicación del principio de proporcionalidad.

7 Gimeno Sendra, V. «Prólogo» a la obra de Asencio Mellado, J.M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 21.

8 Art. 2.24.e Constitución.- «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

9 Art. II.1 TP NCPP.- «Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada [...]».

10 Pujadas Tortosa 2008: 45.

En tal virtud, es necesario acudir a la triple acepción de la presunción de inocencia: 1) principio informador de todo el proceso penal de corte liberal, 2) regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso y 3) regla de juicio fáctico de la sentencia con incidencia en el ámbito probatorio¹¹.

El derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse si se le considera como una medida cautelar y no como una pena¹².

De ahí que el factor fundamental para que la prisión preventiva respete el derecho a la presunción de inocencia radica en los fines o funciones que se le atribuyen. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad.

Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza¹³. En un Estado democrático de derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente procesal-cautelar es ilegítima.

Por esta razón, las funciones que pueden atribuirse a la prisión preventiva guardan una estrecha relación con su concepción como una medida instrumental. La prisión preventiva ha sido definida como un instrumento del instrumento¹⁴, porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Si a la prisión preventiva se le atribuyen funciones propias del derecho penal, se afecta el derecho a la presunción de inocencia. Así, se desconoce además su índole instrumental, en tanto pierde toda naturaleza accesoria para transformarse en un fin en sí misma.

Al respecto, el TC peruano ha señalado lo siguiente:

11 Vega Torres, 1993.

12 Rodríguez Ramos 1983: 484.

13 Macía Gómez, R. y Roig Altozano, M. 1996: 76.

14 Calamandrei 2005: 44-45.

[...] En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad [...] [STC 0791-2002 - HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»)].

En esta Sentencia, el TC vincula de manera clara la presunción de inocencia y el carácter instrumental de la prisión preventiva. Es cierto que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho configura un presupuesto adicional de la prisión preventiva; pero si se considera dicho presupuesto en forma aislada, entonces el único criterio en el que se apoya la privación cautelar de libertad es en el de un alto grado de probabilidad¹⁵ de sancionar luego al imputado como autor o partícipe del hecho. Si eso sucede, es decir, si la medida no se aplica con el propósito de neutralizar el peligro procesal, desaparece su función cautelar-instrumental.

Lo que ocurre es que cuando en un ordenamiento como el peruano, que exige la aplicación concurrente de ambos presupuestos, se justifica la medida solo en el *fumus boni iuris*, ello implica una ausencia de motivación respecto al requisito del peligro procesal, indispensable para aplicarla y, en consecuencia, se afecta su correlativo, el principio de proporcionalidad. La prisión preventiva *per se* no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide ya —como veremos más adelante— al analizar su proporcionalidad.

En un sentido similar se expresa la STC 1260 - 2002 - HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»):

[...] A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia [el peligro procesal] es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que [no] tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que

15 San Martín Castro 2003: 1123.

la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionamente, la libertad individual de los recurrentes. [...].

Es cierto que la prisión preventiva deviene en ilegítima cuando no existen motivos racionales que la justifiquen. No obstante, tal razonamiento no debe ser considerado en el ámbito de la compatibilidad de la medida con el derecho a la presunción de inocencia —como hace la sentencia descrita—, sino en el ámbito de la proporcionalidad. Cualquier limitación del derecho a la libertad personal exige que sea proporcional al fin que se pretende y, por tanto, que se sustente en motivos racionales. De hecho, la sanción punitiva —que configura una limitación de derechos fundamentales— también debe ser proporcional al fin que se persigue (vgr. resocialización del individuo), y la violación de dicha garantía tampoco afecta la presunción de inocencia.

Pueden existir medidas cautelares que son legítimas por que sus objetivos son compatibles con la presunción de inocencia, pero que deben ser consideradas ilegítimas por ser desproporcionadas (exceso). Así mismo, medidas que afecten mínimamente la libertad personal, pueden ser ilegítimas por afectar el derecho a la presunción de inocencia (en el ámbito de sus funciones). De esto se desprende que cuando un ordenamiento jurídico dispone la necesidad de que la prisión preventiva solo sea aplicada para evitar el peligro procesal (de fuga y obstaculización), la medida es compatible con la presunción de inocencia. Los errores en su aplicación porque no es necesaria en el caso concreto, porque el juez no motiva los objetivos a cumplir, etc., afectan el principio de proporcionalidad.

Resulta muy ilustrativa la opinión de Llobet Rodríguez acerca de la necesidad de diferenciar el ámbito de influencia de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. En su opinión:

[...] La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación entre prisión preventiva y pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen con una y otra. Por ello, como consecuencia de la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir fines de naturaleza penal (prevención general y especial), sino solamente de carácter procesal (el aseguramiento del proceso y de la prueba) [...]. Ello tiene importancia con respecto a las causales para el dictado de la prisión preventiva, no así en lo relativo a la sospecha de culpabilidad [fumus boni iuris] y al principio de proporcionalidad, como requisitos para el dictado de la prisión preventiva, los que nada tienen que ver con los fines de la prisión preventiva, sino con la determinación de los supuestos en los cuales una prisión preventiva compatible con la presunción de inocencia de

acuerdo con los fines perseguidos por ella, no sería de acuerdo con el principio de proporcionalidad razonable [...]»¹⁶.

III. PRISIÓN PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL

La prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. Las resoluciones que la impongan deben, por tanto, respetar los requisitos esenciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan.

Probablemente, el requisito más desarrollado por el TC ha sido el de proporcionalidad. Este principio exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria en la medida en que solo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso, pero igualmente eficaz; y, finalmente, proporcional en sentido estricto, lo que supone apreciar de manera ponderada, en el caso concreto, la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican¹⁷.

La necesidad de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un instrumento que «convive» con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal¹⁸.

El TC señala respecto a la prisión preventiva como último recurso lo siguiente:

[...] Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria

16 Llobet Rodríguez 1997: 556-557.

17 Borowski 2003: 130-131.

18 Ello en ningún caso supone que cuando un determinado ordenamiento jurídico no regule auténticas alternativas, la prisión preventiva se convierta en la «regla general». Un Estado de Derecho —que es el escenario en el que se manifiesta el principio de proporcionalidad— está obligado a regular un catálogo de medidas cautelares que permita satisfacer la necesidad de proteger el proceso.

firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general [...] [STC 1091-2002-HC de 2 de agosto «Caso Vicente Ignacio Silva Checa»].

En este razonamiento subyace, nuevamente, el mismo error que suscitó la crítica de Llobet Rodríguez, citada anteriormente. Si existe consenso en que la libertad personal puede restringirse con el propósito de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal y que en este caso la medida no afecta la presunción de inocencia, entonces es necesario un segundo nivel de análisis para establecer cuál es la medida necesaria, en el caso concreto, para neutralizar el peligro procesal que se presenta. Aquí opera el principio de proporcionalidad y la necesaria aplicación excepcional y subsidiaria de la privación cautelar de libertad.

La aplicación de una medida cautelar personal afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando persigue fines espurios, ajenos a su carácter procesal, instrumental y cautelar (vgr. alarma social). Sin embargo, puede suceder que la prisión preventiva persiga un fin legítimo (vgr. evitar el peligro de fuga) pero su aplicación sea desproporcionada, porque, por ejemplo, la función que persigue puede lograrse mediante una medida menos grave (vgr. comparecencia restringida). Esto supone a su vez que las medidas distintas a la prisión preventiva también deben perseguir fines compatibles con la presunción de inocencia (evitar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad), pues en un Estado de derecho, a pesar de que nos encontremos frente a medidas menos intensas, no se justifica ninguna restricción de derechos fundamentales de orden penal, sin una sentencia firme previa y debidamente motivada que acredite la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida.

Si se admite que la prisión preventiva solo respeta la presunción de inocencia cuando se utiliza de manera excepcional y subsidiaria, no podríamos sostener lo mismo respecto de las demás medidas cautelares personales que constituyen también una limitación de derechos fundamentales y que sin embargo son prioritarias frente a la prisión preventiva. La presunción de inocencia no es más o menos afectada según la intensidad de la medida que se elija, cuando el ordenamiento jurídico regula distintas medidas cautelares que implican una limitación de la libertad personal, y todas ellas respetan la presunción de inocencia (en razón a los fines que persiguen). En consecuencia, la intensidad de la intervención del derecho

fundamental debe revisarse, en realidad, en el ámbito del principio de proporcionalidad. Será desproporcionada la medida que persiga fines que también pueden ser satisfechos a través de una medida menos intensa pero igualmente eficaz. Así mismo, lo serán aquellas medidas aplicadas sin una motivación suficiente.

La sentencia del TC que probablemente mejor ha desarrollado el criterio de necesidad respecto a la prisión preventiva es la 1091-2002/HC, de 2 de agosto (Caso «Silva Checa»). En ella, se dice:

[...] Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida 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 [prisión preventiva] se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado [...]. La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de prisión preventiva].

En esta sentencia se describe claramente cómo en nuestro ordenamiento el principio de proporcionalidad, en consideración a su necesidad, obliga a que la prisión preventiva sea considerada como una medida excepcional y subsidiaria. Tales presupuestos se coligen con el tratamiento de la prisión preventiva como una limitación de un derecho fundamental, la libertad personal.

Además, en ella se destaca un factor fundamental vinculado a la noción instrumental de la prisión preventiva, la provisionalidad. Esta exige que la privación cautelar de libertad [en tanto accesoria al proceso penal] solo dure lo que dure el proceso principal. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción sino también el mantenimiento de la prisión preventiva está supeditado a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo debe mantenerse la prisión preventiva mientras permanezca inalterada la situación que dio lugar a su adopción. Si los presupuestos varían o si se confirma en un determinado estadio procesal que la información hasta el momento obtenida ha quedado desvirtuada, es obligatorio que se disponga su cese inmediato o, en su caso, que se la sustituya por otra medida cautelar personal menos estricta¹⁹.

19 Gutiérrez de Cabiedes, P. 2004: 83.

De ahí que una lógica consecuencia de la provisionalidad de la prisión preventiva es su variabilidad. El juez no solo debe elegir una medida necesaria o indispensable para neutralizar el peligro procesal, también, debe variar la prisión preventiva por otra menos intensa en el mismo instante procesal en el que se verifique que los presupuestos que justificaron la privación cautelar de libertad han variado o no eran lo que se pensaba. Esto queda claramente establecido en la sentencia citada cuando se menciona 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 [...]».

IV. PRESUPUESTOS

Como ya se adelantó en el análisis de la relación entre prisión preventiva y libertad personal, para que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos, los mismos que han sido desarrollados en la STC 0808-2002/HC, de 8 de julio (Caso «Tello Díaz»), conforme a la cual los requisitos para aplicar la prisión preventiva son: «que exista prueba suficiente [*fumus boni iuris*], peligro procesal [*periculum in mora*] y que la pena probable a imponer sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad [...]».

En realidad se está ante dos presupuestos. Los conceptos de la prueba suficiente y la pena probable configuran uno solo, el *fumus boni iuris*²⁰. Según esto, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria, sino que además debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena superior a cuatro años de privación de libertad. De lo contrario, si uno de estos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa que regule un *fumus boni iuris* menos exigente.

Ahora bien, cuando en la aplicación de la prisión preventiva se verifica la presencia del primer presupuesto (*fumus boni iuris*), este debe estar acompañado de otro que es fundamental, la presencia de un peligro procesal consistente en el

20 La inclusión del límite penológico en el *fumus boni iuris* (art. 268.1.b NCPP) se deriva de su comprensión como manifestación del principio de proporcionalidad y concuerda con el límite previsto para declarar la suspensión condicional de la pena (art. 57 CP peruano): si no existen garantías de que se obtenga una pena *efectiva* superior a los 4 años, la prisión preventiva devendría en desproporcional. Debe diferenciarse este elemento que pertenece al análisis de la apariencia de buen derecho, con el criterio de gravedad de la pena (art. 269.2 NCPP) que puede sustentar (en algunos casos y junto con la presencia de otros criterios) el peligro concreto de fuga del imputado en un proceso penal específico.

riesgo sea de fuga, sea de obstaculización, o por la presencia de ambos. Además, debe constituir un peligro que —según las circunstancias del caso y del imputado— solo puede ser evitado mediante la prisión preventiva (subsidiariedad). Es por esta razón que el análisis de la gravedad de la pena a imponerse cumple dos objetivos. En cuanto al *fumus boni iuris*, es un requisito infranqueable. No existe apariencia de buen derecho si no se verifica una alta probabilidad de sancionar al imputado a una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad. A su vez, la gravedad de la pena a imponerse puede constituir un criterio —que ni es necesario ni puede ser el único— para valorar el peligro procesal, concretamente, el riesgo de fuga. Esto en el entendimiento que una pena mayor involucra una mayor carga psicológica en el imputado que enfrenta un proceso penal, y por tanto, una mayor influencia para evitar su desarrollo y resultado.

V. APORTACIÓN DEL TC

1. Fumus boni iuris

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho indica que para decretar la prisión preventiva debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en una sentencia definitiva. Juicio que debe estar asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos que conducen a una razonada atribución del hecho punible. El Juez debe valorar un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito y esto se acredita cuando se verifica que hay razones que justifican la imposición de la condena y no existen razones que justifiquen una sentencia absolutoria. La probabilidad se diferencia de la posibilidad en que esta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza de que esta solo se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis²¹.

Sin duda, la STC más polémica en el desarrollo del concepto de *fumus boni iuris* ha sido la 0139-2002/HC de 29 de enero, (Caso «Bedoya de Vivanco»), en la que se afirma

[...] En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención [prisión preventiva], deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes

21 Bonet Navarro 1981: 385 y ss.

en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior [...], como el juez admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común. El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. [...]. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo* [...].

Evidentemente, en esta sentencia se confunde la triple acepción del derecho a la presunción de inocencia, y sobre todo, el momento en que cada una de ellas debe ser aplicada. Como se señaló al inicio, la presunción de inocencia debe influir en la sustanciación del proceso penal a través de tres manifestaciones específicas: 1) como principio informador de todo el proceso penal, 2) como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso, y 3) como regla de juicio fáctico de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio.

Pues bien, es evidente que la tercera regla involucra la aplicación del *in dubio pro reo* cuyo hábitat natural no es otro —no puede ser otro— que la sentencia, en la fase final del proceso penal. Se trata de una obligación constitucional impuesta al juez de absolver al imputado cuando en la valoración probatoria no exista certeza; es decir, si culminado el proceso no es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis incriminatoria. La duda favorece al reo por la sencilla razón que una sentencia condenatoria nunca puede construirse sobre la base de un juicio de probabilidad, ni mucho menos, un juicio de posibilidad. Ello es coherente con las distintas fases del proceso y con la naturaleza progresiva de la propia imputación penal.

Si el proceso admite ciertas restricciones como la prisión preventiva y la propia sustanciación del proceso, ello es porque se acepta que la tutela judicial efectiva exige crear un escenario donde se respete al imputado inocente, pero en el que también sea posible realizar las acciones destinadas al esclarecimiento del hecho.

Lo que sucede es que declarar la ilegalidad de la imposición de una prisión preventiva en aplicación del *in dubio pro reo* desnaturaliza la propia esencia de la

medida cautelar, que, como ya se dijo, supone un juicio sobre la probabilidad de sancionar al imputado a una pena superior a 4 años de pena privativa de libertad. En este caso, si fuera aplicable la institución del *in dubio pro reo* a cualquier utilización de la prisión preventiva, esta sería sencillamente impracticable. La prisión preventiva nunca puede justificarse en razones de certeza, por la sencilla razón que la certeza es un estado que solo puede ser alcanzado con la sentencia condenatoria. La STC realiza un razonamiento circular sin sentido, alega la supuesta vulneración del debido proceso (que no explica) y tampoco analiza de modo riguroso la aplicación de la medida en relación con el principio de proporcionalidad.

Ello no quiere decir que no pueda cuestionarse la aplicación de la prisión preventiva en aquellos casos donde el *fumus boni iuris* no adquiera la firmeza necesaria. Por ejemplo, la presencia de una posible causa de justificación debe ser valorada en aras de determinar la presencia del *fumus boni iuris*. Concretamente, debe evaluarse si existe un predominio de las razones que pueden justificar la imposición de la condena sobre las razones divergentes o las justificativas de una sentencia absolutoria. Pero ello jamás implica adquirir certeza, por la sencilla razón que esta solo puede lograrse en la sentencia condenatoria, nunca en la sustanciación del proceso penal. Por lo tanto, jamás en el momento de aplicar una medida cautelar de carácter personal. Se requiere una probabilidad alta de sancionar al individuo a una pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, lo que siempre acarrea un pronóstico.

2. Periculum in mora

La duración, imprescindible en un proceso penal, puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva en el proceso penal realice actuaciones que puedan hacerlo inefectivo y, así mismo, a la sentencia con la que debe terminar²². Para evitar ese riesgo se adoptan las medidas cautelares y, por esta razón, en la configuración del *periculum in mora* se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la prisión preventiva.

Ya se ha analizado cómo estos factores contribuyen a la compatibilidad de la prisión preventiva con el derecho a la presunción de inocencia [en tanto impiden que sea utilizada como castigo] y con el principio de proporcionalidad, en la medida en que constituye una medida con funciones estrictamente cautelares [lo que abona en su carácter instrumental y provisional].

22 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 131.

Sin embargo, ahora buscamos destacar las resoluciones del TC que han contribuido a dotar de contenido a los conceptos de peligro de fuga y peligro de obstaculización.

A. Peligro de fuga

El TC no ha dudado en sostener que el peligro procesal es el elemento más importante para valorar la aplicación de la prisión cautelar de libertad. Así afirma que:

[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. [...] [SSTC N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1565-2002-HC/TC, de 5 de agosto (Caso «Chumpitaz González»); y, 376-2003-HC/TC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»)]²³.

En sentido idéntico se pronuncia la STC 0791-2002/ HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»).

Además añade lo siguiente:

[...] La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado [...].

En otras sentencias también intentan precisar el contenido del concepto de peligro procesal. Así, sostienen:

[...] En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores

23 Si bien los Casos «Chumpitaz González» y «Bozzo Rotondo» evaluaron la aplicación o mantenimiento de la detención domiciliaria, los argumentos expuestos son perfectamente aplicables a la prisión preventiva. El peligro procesal en la detención domiciliaria también se verifica en la presencia del peligro de fuga o peligro de obstaculización. La única diferencia radica en la intensidad de la medida, que supone —en los ordenamientos donde la detención domiciliaria es una auténtica alternativa y no una medida subsidiaria— solo que una es prioritaria frente a la otra para neutralizar el peligro procesal. Pero, se insiste, la función y presupuestos son los mismos, solo existe una diferencia de intensidad.

morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada [...]. [SSTC 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»); 1565-2002-HC/TC, de 5 de agosto (Caso «Chumpitaz González»); y, 376-2003-HC/TC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»)].

En este sentido, el TC desarrolla los elementos que a su juicio deben ser evaluados antes y durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia del peligro procesal. Concretamente, menciona 1) los valores morales del procesado, 2) su ocupación, 3) los bienes que posee, 4) los vínculos familiares, y 5) otros elementos que impidan ocultarse, salir del país o sustraerse de una sentencia prolongada.

Lo primero que debe apuntarse es que el TC no los enuncia en una fórmula taxativa («en forma significativa»), sino que insiste en que, siempre que sean racionales, existe un ámbito de discrecionalidad del juzgador para elegir los elementos que a su juicio confirman la existencia de un peligro de fuga u obstaculización.

En cuanto al primer elemento, los valores morales del procesado, nada dice la sentencia que demuestre que estos pueden afectar el desarrollo del proceso y constituir un criterio con una pesada carga valorativa y, por tanto, de muy difícil comprobación. Es una cuestión tan subjetiva con un componente social marcado y sin una estrecha relación con la presencia del peligro de procesal.

Cualquier persona con valores morales socialmente aceptados puede constituir un serio peligro para el ejercicio de la administración de justicia (¡probablemente porque existe la seria intención de, precisamente, no ver afectada su reputación por la existencia de un proceso o una sentencia condenatoria en su contra!). Nada impide tampoco que una persona, con valores morales que la sociedad juzgue negativamente, no tenga la intención de sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. Es este un criterio que ofrece muy pocas luces en la interpretación del peligro procesal y puede afectar el principio de igualdad al que tienen derecho todos los ciudadanos sometidos al *ius puniendi* del Estado.

La ocupación, los bienes que posee y los vínculos familiares forman parte de una clara definición de los componentes del concepto de arraigo, que es un criterio universalmente reconocido para identificar la existencia o inexistencia de peligro procesal. El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas²⁴. La falta de

24 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 53.

arraigo no comporta en sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (vgr. medios económicos)²⁵.

Son circunstancias que pueden acreditar el establecimiento de una persona en un determinado lugar, como acertadamente señala el TC: 1) La posesión —y con mayor razón la titularidad— de un domicilio conocido o de bienes (principalmente inmuebles) propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia²⁶. 2) El arraigo familiar (vínculos familiares) que no es otra cosa que el lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, no es indispensable que los familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia. 3) El arraigo laboral o profesional (ocupación) supone que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país; o en su caso, también deben evaluarse los casos en los que el imputado necesita permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral²⁷.

Debe apreciarse que todas estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; aunque evidentemente su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Los elementos que permiten aceptar que el imputado trate de ocultarse, abandone el país o se sustraiga a la ejecución de la sentencia condenatoria son la gravedad de la pena a imponerse, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y el comportamiento procesal del imputado²⁸. Sin embargo, el TC no desarrolla estos conceptos que son fundamentales en la valoración del peligro de fuga.

Otra STC importante en la que intenta dar un contenido al concepto de peligro procesal es la STC 0791-2002/HC, de 21 de junio: (Caso «Riggs Brousseau»). En la que se dice:

[...] Es preciso observarse, juntamente con tales factores [que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y que la sanción a

25 Málaga Diéguez *Justicia*, núms. 1 y 2, p. 172

26 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 151.

27 El art. 269.1 NCPP de 2004 establece que: «Para calificar el peligro de arraigo, el juez tendrá en cuenta: 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 el país o permanecer oculto».

28 *Vid.* Art. 269 NCPP 2004.

imponerse sea superior a cuatro años] fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en riesgo el éxito del proceso. Para ello es necesario considerar, juntamente con el peligro procesal, la magnitud de la pena [...], el carácter de los hechos que se le atribuyen y que estén basados en suficientes elementos de prueba, las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial, cuando exista una pluralidad de individuos comprendidos y se observe, de su comportamiento procesal, la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente [...].

Esta STC, en realidad, es bastante confusa. En principio, no diferencia el peligro de fuga del peligro de obstaculización. Además, acude a una serie de conceptos que no aportan mayor valor a la definición del peligro procesal.

En cuanto a la magnitud de la pena, es cierto que se acepta como un criterio que puede incidir en una mayor tentación de fuga en el imputado²⁹, en la medida en que se considera que cuanto más grave sea la pena mayor es la posibilidad de que el imputado pueda eludir la justicia. Más allá de las críticas que este instituto recibe por parte de la doctrina, es de asumir que es un criterio utilizado en la mayoría de ordenamientos. Sin embargo, es cierto también que lo que muchas veces sucede, en realidad, es que el procesado teme apersonarse al juicio por el riesgo que se le aplique la prisión preventiva³⁰.

Lo que no tienen ningún sustento es que el TC afirme que el «carácter de los hechos» es un factor a considerar en la aplicación de la prisión preventiva. Si los hechos son graves, ello acarrea una pena mayor y esta es fundamental en la interpretación del peligro, pero más allá de esto, el carácter de los hechos no descubre nuevos factores, salvo que se vincule dicho «carácter», de nuevo, con la «conducta moral» del procesado que es, como ya se dijo, una definición con un marcado componente subjetivo. Además, atribuir consecuencias jurídicas por el carácter del hecho y no por la posible conducta del imputado durante la sustanciación del proceso, se asemeja mucho a una pena anticipada, en la medida en que los hechos se dan por ciertos y pareciera que se persigue una «sanción provisional» por la gravedad del asunto.

En relación con los suficientes elementos de prueba, existe una clara confusión entre el *fumus boni iuris* (analizado previamente en la sentencia) y el *periculum in mora*. No se discute, como ya se advirtió, que la apariencia de buen derecho es un presupuesto necesario en la aplicación de la prisión preventiva, pero este no debe condicionar la valoración del peligro procesal. Si se introduce este criterio

29 STC español 128/1995, de 26 de julio.

30 Amoretti Pachas 2008: 328.

en la valoración del peligro procesal se corre el riesgo, que el propio TC anuncia en las sentencias citadas anteriormente, de considerar legítima la aplicación de la prisión preventiva solo valorando la suficiencia probatoria y la alta posibilidad de sancionar al imputado a una pena superior a 4 años (lo que a juicio del mismo TC la convierte además, en una «pena anticipada»).

Pero probablemente el elemento más desafortunado en el planteamiento del TC sea la exigencia de valorar las repercusiones sociales del hecho como criterio informador del peligro procesal. La repercusión social del hecho vincula la aplicación de la medida cautelar al propósito de evitar la alarma social³¹. Cuando a través de una medida cautelar se persigue la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, entonces la limitación del derecho fundamental se encuentra dirigida a la consecución de un fin que se integra en el concepto de prevención general y esto convierte a la prisión preventiva en un instrumento absolutamente desproporcionado, en la medida en que resulta dudosa la legitimación constitucional de una función que limita la libertad de un imputado sobre la base de aspectos no relacionados con su conducta.

Además, como ya se afirmó, el fin de prevención general es privativo de la pena y no de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal. Para calmar la alarma social es necesaria una sentencia rápida sobre el fondo, condenando o absolviendo al imputado. Solamente una resolución judicial, dictada luego de la realización de un proceso, puede determinar la culpabilidad y la sanción penal merecida³².

Ni la prisión preventiva, ni ninguna limitación de derechos fundamentales puede utilizarse, en sede cautelar, para cumplir una función de ejemplaridad que es un fin propio y exclusivo de la pena. No puede cumplir con dicho criterio, por la sencilla razón que se impone a una persona de quien no se sabe aún si es culpable o no³³. No existe posibilidad legítima de pena o sanción sin un delito o infracción (*nulla poena sine crimine*), ni tampoco pueden existir estos, sin una resolución condenatoria previa que así lo establezca³⁴.

31 Por alarma social se entiende *la reacción que produce en la sociedad ante el delito*, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos. Ascencio Mellado, J.M., *La prisión...*, cit., p. 37.

32 Moreno Catena (dir.) 2000: 1666.

33 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 116.

34 En el mismo sentido se ha pronunciado el TC español en la STC que plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la anterior redacción de los artículos 503 y 504 de la LECr. Dicha sentencia descarta la alarma social, y por consiguiente, la supuesta «necesidad» de satisfacer las demandas sociales de seguridad, como funciones atribuibles a la prisión preventiva: «[...] La genérica alarma social presuntamente ocasionada por el delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (so pena que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales),

Lo contrario significa ceder a la satisfacción inmediata de un sentimiento social, real o manipulado, que no solo debe rechazarse desde una perspectiva ética, sino que además, presupone la imposición de una medida que en su contenido equivale a una pena, y en la que se encuentra ausente cualquier necesidad estrictamente procesal. Ello implica una pena anticipada que conculca los principios de presunción de inocencia y de punición fundada exclusivamente en una probada culpabilidad³⁵.

Finalmente, la complejidad de la investigación judicial no guarda relación con el peligro de fuga sino con el plazo de duración de la prisión preventiva. Si un proceso complejo tiene, por su propia naturaleza, una mayor duración, entonces resulta coherente que se justifique también una mayor prolongación de la medida cautelar que lo asegura.

Sin embargo, la intención de fuga del imputado o el propósito de obstaculizar la averiguación de la verdad no tiene por qué justificarse en la complejidad del proceso. No existe ninguna razón que indique que un imputado sometido a una investigación compleja tiene más interés en frustrar el desarrollo del proceso o su ejecución que aquel que se encuentre sometido a un proceso simple. Lo único que puede aportar esta circunstancia es la confirmación de que el proceso en trámite exige una práctica importante de diversos medios de prueba y, por tanto, que pueda afectarse un mayor número de ellos en la sustanciación del proceso (peligro de obstaculización). Pero más allá de esta situación, es necesario valorar la conducta del imputado. El peligro procesal debe partir necesariamente de conductas atribuibles a este. Si el peligro procesal no se sustenta en aspectos relacionados con su conducta, la medida cautelar es desproporcionada.

Por esto resulta relevante el comportamiento procesal del imputado en la medida en que es uno de los factores más certeros para determinar que este tiene la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente. Este es el caso de aquellos imputados descubiertos fugando de prisión, que no acuden a las citaciones procesales o realizan actos de destrucción, ocultamiento o falseamiento de pruebas en la propia sustanciación del proceso. Pero hay que repetir que nada indica que la naturaleza del proceso —simple o complejo— pueda influir en la conducta del imputado. Lo que influye son sus antecedentes, características y las propias circunstancias del proceso penal.

presupone un juicio previo de antijuricidad y culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». [STC español 47/2000, de 17 de febrero].

35 Fernández Entralgo 1985.

B. Peligro de obstaculización

Como ha podido advertirse hasta aquí, las sentencias analizadas —aun cuando se sostiene que dichos criterios dotan de contenido al peligro procesal genéricamente entendido— intentan básicamente desarrollar el peligro de fuga, sin brindar muchos datos para valorar el peligro de obstaculización probatoria.

Una sentencia que sí se ocupa de este cometido es la STC 1091-2002/HC, de 12 de agosto (Caso «Silva Checa»). En la que se afirma que

[...] Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva [prisión preventiva] decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, a fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva [prisión preventiva] contra el actor, pues a lo largo del proceso este no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria que atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]. Tal criterio se deriva del hecho que el actor no expresó, pese a tener «conocimiento pleno», que el dinero utilizado para la compra de acciones de Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación de Canal 10 [...]³⁶.

36 El voto singular de la Magistrada Delia Revoredo Marsano (que en este extremo coincide con la mayoría) es si cabe, más «contundente»: «[...] Es decir en vista de la interpretación de la mayoría que lo que se impugna es el «mantenimiento» de la detención [prisión preventiva], habría en esta oportunidad que citar las consideraciones que tuvo el juez del habeas corpus, basadas en hechos posteriores a la detención, que lo llevaron a declarar improcedente la acción [...] a saber: que el imputado conocía que el dinero recibido por el provenía del Tesoro Público, extremo que no había admitido ni confesado; que guardó silencio respecto a sus numerosas visitas al SIN en compañía de Daniel Borobio, y al hecho de que asesoraba al régimen en materia de comunicaciones por una contraprestación de US\$ 8.000 dólares americanos; que tampoco colaboró con la investigación judicial al omitir declarar que recibía entre 20,000 y 25,000 dólares mensuales de Vladimiro Montesinos [...] todo lo cual hizo pensar a la autoridad judicial que existe un propósito de obstaculizar la investigación. En conclusión: [...] en esta caso las autoridades judiciales sí han motivado su convicción de la existencia de peligro procesal. Han explicado por qué piensan que se configura el delito de peculado, y por qué merecería una pena mayor de 4 años. Hay, pues, motivación suficiente y congruente en la autoridad judicial y, en consecuencia, no

El Tribunal considera pertinente el «mantenimiento» de la prisión preventiva porque del caso se advertía que el imputado no colaboró con la investigación judicial. En estricto, califica como supuestos de obstaculización de la actividad probatoria, contrarios al objetivo del proceso penal, el hecho que el imputado no colabore con la administración de justicia, por ejemplo, guarde silencio en relación con información relevante para el proceso y no admita ni confiese aspectos vinculados a la imputación.

Definitivamente, esta resolución viola el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o a declararse culpable (derecho de no auto incriminación) reconocida por el art. 8.2.g) de la CADH, aplicable al ordenamiento jurídico peruano en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993³⁷ y regulados por el propio NCPP (art. IX.2). Porque es evidente que si la declaración falsa o la negativa a declarar no pueden ser utilizadas en contra del imputado en el proceso, ni como fundamento para la persecución de un delito contra la función jurisdiccional³⁸, entonces tampoco puede aplicarse al imputado una medida cautelar personal como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. El ordenamiento jurídico aplicaría así bajo el «reflejo» de una medida estrictamente procesal la consecuencia más grave que prevé el sistema jurídico cuando se descubriere que un imputado no colabora o no dice la verdad, nada menos que la privación del ejercicio de su libertad personal.

Si no existe posibilidad de imponer una pena privativa de libertad a un imputado que no colabora o no declara la verdad en el proceso seguido en su contra, el ordenamiento jurídico no puede justificar la imposición de una privación cautelar de libertad sobre la base de ese criterio. Es decir, si el imputado puede declarar lo que crea conveniente (y ello involucra, no declarar, o mentir si lo considera necesario) cómo puede existir una medida cautelar que procure la prevención de tales eventos. La postura del TC en este caso es, sin duda, el reflejo de un «pensamiento inquisitivo», que no estima al imputado sujeto de

se ha producido la vulneración del derecho constitucional invocado por el recurrente [libertad personal], que haría indebido al proceso [...].»

- 37 Derechos que han sido incluso desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: «Es derecho del procesado mantener silencio sobre los hechos imputados y aun distorsionarlos si conviene a su defensa, quién no está obligado a prestar juramento de decir la verdad, por lo que no puede ser inculcado de delito contra la función jurisdiccional en razón de sus propias declaraciones». Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1996, Exp. 791-96, Lima (Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal, p. 193).
- 38 Acuerdo Plenario N° 2-2005/ CJ-116, de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: «[...] el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio [...].»

derechos sino objeto del proceso y que no considera a la declaración del imputado como un medio de defensa, sino, un medio de investigación donde se persigue la confesión del imputado³⁹.

El TC no puede incluir dentro del concepto de obstaculización la mentira, la contradicción o el silencio del imputado; porque de lo contrario, tal valoración en la aplicación de la prisión preventiva obligaría al imputado a auto incriminarse para evitar la prisión preventiva, lo que constituiría una auténtica sanción que vacía de contenido al derecho a no auto incriminarse y a guardar silencio⁴⁰. Un presupuesto fundamental de la confesión, para que surta efecto en el proceso, es que esta sea libre. Y si el ordenamiento jurídico —o la interpretación que realiza el TC— predica la privación cautelar de libertad de aquellos imputados que «oculten» información relevante o «no declaren la verdad», entonces, se coacciona su voluntad en tanto pueden ser inducidos a autoincriminarse para evitar la prisión preventiva⁴¹.

El TC insiste en esta postura en la STC 0376-2003/HC, de 7 de abril (Caso «Bozzo Rotondo»), al decir

[...] En efecto, en la denuncia fiscal aludida, además de exponerse los motivos que a criterio del Ministerio Público justifican la ampliación de los cargos, se revela que existen profundas incoherencias en las sucesivas declaraciones de la demandante, en torno a las supuestas conversaciones que habría sostenido con Vladimiro Montesinos, mientras ambos se encontraban en Panamá, incoherencias que el juez penal ha tenido a la vista al determinar la subsistencia de la detención domiciliaria. Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad

39 La LECr española en su art. 504.1.3º.b) menciona expresamente que «no procederá acordar la prisión provisional por esta causa, cuando pretenda inferirse dicho peligro [de obstaculización] únicamente del ejercicio del derecho de defensa o la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación».

40 «[...] la necesidad de impedir la alteración de pruebas no debe confundirse con la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión en el secreto de la instrucción. El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino solo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa [...]». (errajoli 2004: 557).

41 Quispe Farfán cuestiona también esta Sentencia, y señala que existe en ella una errada concepción de la declaración del procesado como un deber, y advierte, que no tiene en cuenta que la información que se le exigía al procesado era autoincriminatoria y que al valorar el peligro procesal de esta manera en realidad existe una «sanción por su no declaración». Quispe Farfán 2005: 124.

durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso [...].

En este caso, el TC también evalúa la declaración falsa (en realidad las incoherencias) como un criterio que determina la existencia de un peligro de obstaculización probatoria. Si bien aquí intenta compatibilizar el derecho de no autoincriminación con la postura que defiende —argumentando que dicho derecho autoriza al imputado a «callar», no a mentir—, como ya se advirtió, tal postura no tiene sentido. La no autoincriminación supone la imposibilidad material de «obligar», «presionar» o «influir» de cualquier forma en el imputado para obtener una confesión; y no cabe duda de que la aplicación de una prisión preventiva como consecuencia (sanción) de una declaración falsa es un factor muy potente para condicionar la declaración del imputado. La declaración es un medio de defensa, el imputado no debe ser concebido como objeto del proceso y en este error, sin duda, incurre el TC al exigir una declaración de verdad al imputado para determinar la inexistencia del peligro de obstaculización.

VI. MOTIVACIÓN

La motivación de las resoluciones judiciales tiene un doble fundamento: 1) Permitir el control de la actividad jurisdiccional y 2) Lograr convencer a las partes y a los ciudadanos sobre su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades⁴². En la resolución judicial que adopta la prisión preventiva, la exigencia constitucional de motivación debe ser considerada desde una doble perspectiva: la del derecho a la tutela judicial efectiva y la del respeto al derecho a la libertad personal⁴³.

Por esta razón, todo cuanto se ha dicho hasta aquí sobre que la prisión preventiva, por ejemplo, debe perseguir funciones estrictamente cautelares, sustentarse en presupuestos específicos y legalmente previstos, respetar el principio de proporcionalidad, aplicarse en forma excepcional y subsidiaria, solo puede ser entendido si las resoluciones que la disponen respetan la correcta motivación. Esta no tiene otra exigencia que dar a conocer cuál es el sustento del juez para determinar que en un caso concreto es necesaria la privación cautelar de libertad para un correcto funcionamiento de la administración de justicia. La motivación

42 San Martín Castro 2003: 1156.

43 Sanguiné, O. 2003, p. 550.

se erige en la piedra angular del fundamento procesal de la utilización de la prisión preventiva, porque sin ella es imposible analizar su racionalidad.

Es por esta razón que el TC ha entendido que el auto que dispone o mantiene la prisión preventiva debe contener una motivación reforzada:

[...] Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. [...] ⁴⁴ [STC 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso Rodríguez Huamán)]

Como acertadamente señala el TC, la motivación del auto de prisión preventiva condiciona la validez del principio de proporcionalidad, porque solo puede verificarse su existencia cuando una adecuada motivación de las razones que la justifican confirma la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴⁵. No basta que la prisión preventiva se sustente en una causal legal específica, es necesario evaluar la pertinencia de la causa que la motiva y esa evaluación solo puede realizarse luego de la exteriorización de las razones que la justifican por el sujeto que la lleva a cabo⁴⁶.

Las circunstancias objetivas que en cada caso permitan afirmar el riesgo procesal que genera la necesidad de adoptar la prisión preventiva no deben quedar en la íntima convicción del que la dispone, sino que el juicio lógico de donde se deduce ese peligro debe materializarse en la resolución que la ordena⁴⁷. La prisión preventiva tampoco puede justificarse en decisiones «estereotipadas», ni sustentarse en formulaciones puramente «generales» o «abstractas»⁴⁸. Se deben evitar las motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, incluso la repetición de fórmulas reiterativas de los textos normativos que en ocasiones se reproducen mecánicamente y en términos tan genéricos que se puede adaptar a cualquier situación⁴⁹.

Por ello, insiste la STC 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso «Rodríguez Huamán»):

44 Así también en la STC 0462-2006/HC, de 11 de diciembre (Caso «Vega Huaracaya»).

45 Castillo Córdova 2007: 167.

46 Gutiérrez de Cabiedes 2004: 85.

47 Cesano 2005: 525.

48 Stedh, Caso Letellier, párr. 51 y 52.

49 Andrés Ibáñez 1997: 27.

[...] Dos son, 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 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 [...].

Sin embargo, no basta el simple encaje de los hechos en dichas normas, porque las razones de la decisión pueden seguir ocultas, hay que precisar por qué encajan. Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, una resolución puede estar fundada en derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Viceversa, una resolución puede ser motivada, pero no estar fundada en derecho, que es lo que ocurre cuando un juez justifica su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico. La motivación, entonces, es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución al caso concreto, no basta una mera exposición, debe existir un razonamiento lógico⁵⁰.

50 Sanguiné, O. 2003: 554 -555.