

ANEXO DE LECTURAS

CURSO "MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL"

UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

1) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luis Castillo Cordova.
2) Contra la Inocencia. Alberto Bovino.
3) La libertad personal en el sistema interamericano. Alberto Bovino
4) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014

UNIDAD I: PRUEBA PERICIAL VS. PRUEBA CIENTIFICA

1) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luis Castillo Cordova.

UNIVERSIDAD DE PIURA
REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Luis Castillo-Córdova

Perú, julio–diciembre de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Público, 6 (11)*, 127-151

I. INTRODUCCIÓN. II.JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. *EN ALEMANIA*. 2. *EN ESPAÑA*. 3. *EN PERÚ*. III. LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC. IV. UNIDAD ESENCIAL ENTRE LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD. V. DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. *TRIPLE JUICIO*. 2. *JUICIO DE IDONEIDAD*. 3. *JUICIO DE NECESIDAD*. 4. *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO*. A) RELACIÓN RAZONABLE. B) JUICIO COMPLEMENTARIO: EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VI. DOS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC. 1. *EL DEBIDO PROCESO MATERIAL*. 2. *LA RAZONABILIDAD DE LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA*. VII. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Para definir la constitucionalidad tanto de la no intervención como de la intervención que el poder público pueda realizar sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental, existe una herramienta hermenéutica de primer orden: el principio de proporcionalidad. Se trata de definir en cada caso concreto y con base al mencionado principio, si la intervención o la inacción del poder político se desarrollan según los cauces constitucionales o no.

No ha sido ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (TC) el empleo de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Como se tendrá oportunidad de hacer notar, el TC ha invocado y aplicado este principio en varias situaciones en las que se encontraba en juego algún derecho fundamental. La finalidad de este trabajo es precisamente mostrar y valorar la aplicación de este principio en la jurisprudencia del TC.

Para ello se ha creído conveniente, en primer lugar, empezar con la justificación constitucional del principio, advirtiendo cual ha sido no sólo en el peruano, sino también en otros como el alemán o el español de influencia en la jurisprudencia del TC. Vista la justificación, se hará una breve referencia a las confusiones y oscuridades que pueden encontrarse en la jurisprudencia del TC, para inmediatamente, con base también en pronunciamientos del TC, formular el entendimiento y la operatividad lógica de este principio. Una vez definido que es posible un entendimiento constitucionalmente correcto del principio, se muestran dos casos en los que el TC ha aplicado el principio de proporcionalidad: para la determinación de la dimensión material del debido proceso, y para la determinación de la razonabilidad en la duración de la detención preventiva. Finalmente, se hará una breve y general valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

II. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *En Alemania*

Para entender mejor el principio de proporcionalidad conviene empezar su estudio adentrándonos –aunque brevemente– en las razones que, con base en la norma constitucional, se han presentado en el ordenamiento constitucional alemán y español para fundamentar la vigencia y plena efectividad del principio.

En lo que respecta al primero de ellos, el alemán, su estudio se justifica porque fue en ese sistema donde tuvo su origen la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad en el derecho continental europeo a cuya tradición pertenece el derecho peruano[1]. Concretamente tiene su origen en las sentencias de finales del siglo XIX del Tribunal Supremo Administrativo en el área del Derecho de policía.

Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha hecho radicar el fundamento del principio en la cláusula del Estado de derecho que viene recogido en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en el que se dispone que "[e]l orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (…)".

En este sentido el mencionado Tribunal Constitucional alemán tiene expresado que "[e]n la República federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio de Estado de Derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder político más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos"[2].

2. *En España*

Es del mismo modo relevante saber cual ha sido la fundamentación que se le ha dado a este principio en el ordenamiento constitucional español debido a que el TC peruano dirige regularmente su interés a la jurisprudencia de su homólogo español para afirmar o adoptar criterios jurisprudenciales. Un primer fundamento de este principio en el ordenamiento jurídico español lo constituye la interdicción de la arbitrariedad garantizada por la Constitución española en el artículo 9.3 CE[3]. Esta interdicción de la arbitrariedad ha sido

[1] En la tradición jurídica anglosajona, la exigencia de razonabilidad hunde sus raíces en el *due process of law* (debido proceso legal), cuyos antecedentes remotos se encuentran en la Carta Magna impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan sin Tierra.

[2] BVerfGE 19, 342 y 348.

[3] El mencionado dispositivo constitucional establece que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

entendida no sólo como prohibición de exceso en la actuación del poder, sino también como el mandato de actuar razonable o proporcionadamente cuando se trata de afectar derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional español, por su parte y en esta misma línea, ha manifestado que el principio de proporcionalidad "exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución"[4].

Un segundo fundamento, y de la misma manera a lo que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán, el principio de proporcionalidad ha sido hecho radicar en la cláusula de Estado de derecho que, en el ordenamiento constitucional español se encuentra recogida en el artículo 1.1 CE, en el que se dispone que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Así, el Tribunal Constitucional español tiene manifestado que "al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho"[5].

Como tercer fundamento, y con base en la proclamación de la justicia como valor superior en la comunidad política española (artículo 1.1 CE), se ha afirmado que el principio de proporcionalidad viene justificado por las exigencias de justicia material. Así por ejemplo, tiene declarado el Tribunal Constitucional español en referencia al principio de proporcionalidad predicado de la labor del legislador penal, que la norma desproporcionada "socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"[6].

3. *En Perú*

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones alemana y española, se ha previsto en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Precisamente se trata del último párrafo del artículo 200 CP, en el que se dispone que "[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantía] en relación con derechos restringidos o suspendidos

[4] STC 50/1995, de 23 de febrero, f. j. 7.
[5] STC 85/1992, de 08 de junio, f. j. 4.
[6] STC 55/1996, de 28 de marzo, f. j. 8.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

[en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo".

Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Ha establecido el mencionado TC que "[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no"[7].

El TC, como se puede concluir de su declaración trascrita, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el TC, sino que éste –al igual que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán y español– también hace fundar aquel principio en la cláusula del Estado de derecho y, complementariamente, en el valor justicia. Así, tiene manifestado el TC que "[e]n la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material"[8].

En la medida que el Estado de derecho se define a partir del sometimiento del poder político a las normas del ordenamiento jurídico estatal y, especialmente, a la primera de esas normas que es la Constitución, se puede considerar que la cláusula del Estado de derecho viene recogida en el artículo 45 CP, al disponer que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

No hay duda que el Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos, sujeción que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.

[7] EXP. N.º 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138.
[8] Idem, f. j. 140.

Repositorio Institucional PIRHUA

Pero esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son sus derechos fundamentales, se realice de modo *digno*, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado.

Muy de la mano de la concepción de la persona humana como fin del Estado y el consecuente respeto irrestricto de su dignidad, se encuentra las exigencias de justicia material. Sólo son tratos *dignos* con la naturaleza humana los tratos justos; los tratos injustos atentan contra la propia dignidad del hombre. Precisamente el principio de proporcionalidad –como se verá más adelante– sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia. Y es que el mencionado principio encarna una idea elemental de justicia material al proscribir toda injerencia inútil, innecesaria o desproporcionada en un derecho constitucional. Por lo demás, resulta inconcebible pensar en un verdadero Estado de derecho desvinculado del valor justicia.

III. LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Una de las primeras conclusiones que se obtiene de la lectura de la jurisprudencia del TC sobre el principio de proporcionalidad o razonabilidad es la falta de unidad en su línea jurisprudencial, cuando no de claridad. Variadas –y no siempre uniformes– declaraciones sobre lo que es este principio y sobre su lógica operativa pueden detectarse en la jurisprudencia del TC.

Un primer grupo de ellas definen la razonabilidad como algo distinto a la proporcionalidad, según exista un criterio objetivo en la relación entre el acto, la finalidad y el medio. Así, para el TC, "la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico–axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado"[9]. Complementariamente tiene manifestado el TC que "[p]or virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonablidad cada vez que esta persiga garantizar un

[9] EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, de 05 de julio de 2004, f. j. 35.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

fin legítimo y, además, de rango constitucional"[10]. Este principio de razonabilidad vendría a significar algo distinto que el principio de proporcionalidad. Este principio se definiría como aquel en cuya virtud se "exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto"[11].

Pero el TC no sólo ha hablado de *razonabilidad*, *principio de razonabilidad*, sino que también ha hecho mención del *test de razonabilidad*. Ha dicho el TC que "[m]ediante este test se controla, en primer lugar, si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación; en segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación y, finalmente, se determina si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad"[12].

Este test de razonabilidad, tal y como el TC lo ha definido vendría a equivaler al test de proporcionalidad, que a su vez es algo distinto a la razonabilidad. En efecto, tiene dicho el TC en referencia a la intervención del Estado en la economía que "además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental pueda por sí sola legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, ellas eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En otros términos, *se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad* en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas"[13].

Como se puede apreciar, para el TC no es suficiente la legitimidad de un fin para justificar una medida de intervención, es decir, no es suficiente la razonabilidad de la medida. Sino que además es necesario se apruebe el test de proporcionalidad, que tal y como lo definió antes el TC, vendría a ser lo mismo que el test de razonabilidad. Para mayor confusión y perplejidad, hay declaraciones del TC en las que uno y otro test no son equivalentes. Así, tiene dicho que "los actos realizados por la emplazada, y las disposiciones sobre las cuales ha sustentado su negativa de proporcionar los documentos (...), habrán de evaluarse con el test de razonabilidad y, en su caso, el de proporcionalidad"[14].

Complementariamente, no es extraño encontrar en la jurisprudencia del TC oscuridades como el intento de diferenciar entre razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Tiene

[10] EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005, f. j. 6.
[11] Ibidem.
[12] EXP. N.º 1277–2003–HC/TC, de 17 de junio de 2003, f. j. 6. Igual justificación se encuentra en el EXP. N.º 0649–2002–AA/TC, de 20 de agosto de 2002, f. j. 3; y en EXP. N.º 2090–2003–HC/TC, de 16 de septiembre de 2003, f. j. 5.
[13] EXP. N.º 0708–2005–PA/TC, de 20 de abril de 2005, f. j. 9. La cursiva de la letra es añadida. Este criterio jurisprudencial se repite en la sentencia al EXP. N.º 0017–2004–AI/TC, de 06 de junio de 2005, f. j. 6.
[14] EXP. N.º 2579–2003–HD/TC, de 06 de abril de 2004, f. j. 7.

dicho el TC que una medida para que se ajuste al principio de igualdad debe acreditar, entre otras cosas, "c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad, y e) La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue"[15]. Como se puede comprobar, llama racionalidad a lo que antes llamó test de propocionalidad, test de razonabilidad y proporcionalidad.

Incluso, el intento de diferenciar al interior de la razonabilidad misma una supuesta significación cualitativa de otra cuantitativa puede dejar absorto incluso al lector más avezado. Dijo el TC que la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La primera "pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc"[16]. Mientras que la segunda, "pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias"[17].

En ninguno de estos intentos de diferenciación teórica, el TC obtuvo algún beneficio que le ayudase a resolver el caso que tenía entre manos. Pero no sólo fue un intento inútil, sino que generaba oscuridades. Sin embargo, de esta doctrina jurisprudencial del TC que es más bien dispersa, es posible realizar una conformación del verdadero significado y de la lógica operativa de este principio, como se pasa a estudiar.

IV. UNIDAD ESENCIAL ENTRE LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD

Se empezará a entender mejor la figura que ahora se estudia, así como su aplicación en la medida que el punto de partida de la argumentación sea la esencial identidad entre el principio o test de razonabilidad y el principio o test de proporcionalidad. No lo tiene complicado el TC si se le recuerda que tiene declaraciones en las que propone un mismo entendimiento y significación. Ha manifestado el TC que "[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador

[15] EXP. N.º 1875–2004–AA/TC, de 05 de octubre de 2004, f. j. 5.
[16] EXP. N.º 0013–2003–CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.
[17] Ibidem.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable"[18]. Y es que "más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad"[19].

Se consolida este entendimiento unitario si se concibe que la proporcionalidad o razonabilidad significan exactamente lo contrario a arbitrariedad. Es decir, lo razonable y proporcionado supone el rechazo de todo acto o norma arbitraria, arbitrariedad entendida como "el reverso de la justicia y el derecho"[20], y como "lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo"[21]. La unidad del principio de razonabilidad y de proporcionalidad le viene por oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad tan consolidado en la jurisprudencia del TC[22]. Por lo que a partir de ahora, como se hará en este trabajo, convendrá referirse indistintamente a la proporcionalidad o razonabilidad cuando se quiera rechazar la actuación (normativa o no) arbitraria del poder, e incluso de los particulares respecto –especialmente– de los derechos constitucionales.

V. DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *Triple juicio*

Afirmado esto, debe decirse que cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad se habla fundamentalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere de su actuación respecto de los derechos constitucionales o fundamentales. En palabras del TC, "[e]l principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos"[23].

Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un

[18] EXP. N.º 2192–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15.
[19] EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, de 05 de julio de 2004, f. j. 35. Igual declaración se encuentra en la sentencia al EXP. N.º 0013–2003–CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.
[20] EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, citado, f. j. 12.
[21] Ibidem.
[22] Sólo por citar recientes sentencias, se tiene la del EXP. N.º 1803–2004–AA/TC, de 25 de agosto de 2004; EXP. N.º 1529–2004–AA/TC, de 16 de noviembre de 2004; EXP. N.º 3637–2004–AA7TC, de 17 de diciembre de 2004; EXP. N.º 4241–2004–AA/TC, de 10 de marzo de 2005.
[23] EXP. N.º 0006–2003–AI/TC, de 01 de diciembre de 2003, f. j. 9.

bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación. Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu estricto*. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Estos tres juicios no han sido ajenos, al menos no en su enunciación, a la jurisprudencia del TC.

2. *Juicio de idoneidad*

El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.

El TC peruano en más de una oportunidad ha aplicado el juicio de idoneidad para determinar la proporcionalidad de una medida. Así, por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad que presentó el colegio de Notarios de Junín contra el artículo 7 de la ley 27755, disposición legal por la que se permitía que aquellos inmuebles que tuviesen un valor no mayor de 20 UIT puedan ser inscritas sin escritura pública, sino simplemente mediante un formulario registral legalizado por notario[24].

El TC sometió a un *test* de proporcionalidad la medida legislativa impugnada, y como primer paso se formuló el juicio de idoneidad antes expuesto. Siguiendo el *iter* propio del juicio de idoneidad, el mencionado TC se preguntó en primer lugar por el fin de la medida: "es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no

[24] El mencionado dispositivo legal establecía que "[v]encido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2º de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)".

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo"[25].

En segundo lugar se preguntó por la legitimidad del fin encontrado: "es reconocible la intención del legislador, quien, a través de la utilización del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro del mismo"[26].

Como último paso del juicio de idoneidad, el TC se preguntó si la medida era en sí misma capaz de alcanzar la finalidad que perseguía: "se puede concluir razonablemente que la reducción de los costos de transacción en la búsqueda de inscribir el derecho de propiedad, generará que un mayor número de personas puedan acceder a dicha inscripción, razón por la cual se entiende que la medida adoptada es idónea para alcanzar el objetivo que se busca"[27].

Más recientemente este juicio fue empleado igualmente por el TC en la sentencia al Exp. 2235–2004–AA/TC, en el que se reitera el criterio adoptado en la del Exp. 0050–2004–AI/TC. A la primera dimensión del juicio de idoneidad hizo mención el TC cuando manifestó que se "exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales"[28]. A la segunda dimensión de este primer juicio refirió el TC cuando declaró que "[e]l principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo"[29].

3. *Juicio de necesidad*

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el

[25] EXP. N.º 0016–2002–AI/TC, de 30 de abril de 2003, f. j. 6.
[26] Idem, f. j. 7.
[27] Idem, f. j. 8.
[28] EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, f. j. 6. Esta sentencia aparece con fecha 18 de febrero de 2005, que fue la fecha de vista de la causa. Pero esta no puede haber sido la fecha de expedición de la sentencia porque reitera conceptos que sobre el principio de proporcionalidad vertió en la sentencia al EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, de 03 de junio de 2005.
[29] Ibidem.

juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue.

El TC también ha acudido al juicio de necesidad como elemento del principio de proporcionalidad. Así, lo ha empleado como elemento del *test* de proporcionalidad que aplicó al ya citado artículo 7 de la Ley 27755 en su afán de determinar si se trataba o no de una norma constitucional. Dijo el TC que "para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda sacrificar en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso, la seguridad jurídica. A efectos de determinarse la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cuál es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de la seguridad jurídica, cuando se propone como alternativa la utilización del formulario registral legalizado por Notario Público, en lugar de la escritura pública"[30]. En este último caso puede concluirse que el TC considera superado el juicio de necesidad al afirmar que "si bien la alternativa de uso de formularios reduce los alcances de la protección que dispensa la seguridad jurídica, ésta no se ve desvirtuada desde que se exige que el formulario registral sea 'legalizado por Notario Público' "[31].

Igualmente, en el Exp. 2235–2004–AA/TC, también citado, mencionó el TC que "el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental"[32].

De modo que "[c]omo quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfacerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado"[33].

En otra oportunidad, y por citar un ejemplo más acerca del reconocimiento del juicio de necesidad, el TC peruano estableció que "la existencia e idoneidad de otras medidas

[30] EXP. N.º 0016–2002–AI/TC, citado, f. j. 9.
[31] Ibidem.
[32] EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, citado, f. j. 6.
[33] Ibidem.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva"[34].

4. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto*

a) Relación razonable

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una *relación razonable* con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una *relación razonable* cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada.

Para continuar con el caso referido al artículo 7 de la Ley 27755, y sobre el cual ya se estudiaron los juicios de idoneidad y necesidad que hace el TC, se debe decir que este también ha formulado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así se puede concluir de haber afirmado que "si bien el formulario registral legalizado por Notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por desvirtuar la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo que se pretende alcanzar"[35].

Igualmente dijo el TC, invocando lo declarado en la sentencia al Exp. 0050–2004–AI/TC, que según "el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental"[36].

b) Juicio complementario: el contenido constitucional de los derechos fundamentales

Definida como se ha hecho la *relación razonable* debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad. Pero la aplicación estricta de esta concepción costo–beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando derechos fundamentales. En efecto, si a mayor importancia o trascendencia del fin se ha de permitir una mayor restricción del derecho

[34] EXP. N.º 1091–2002–HC/TC, de 12 de agosto de 2002, f. j. 12.
[35] EXP. N.º 0016–2002–AI/TC, citado, f. j. 9.
[36] EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, citado, f. j. 6.

fundamental, entonces, no habría problema para admitir que una finalidad especialmente relevante podría terminar por aniquilar un derecho fundamental en un caso concreto. Es decir, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puede terminar desnaturalizando el contenido constitucional de un derecho fundamental, y con ello, legitimando una medida inconstitucional. Por este camino y en buena cuenta, los derechos fundamentales no actuarían como verdaderos y eficaces límites a la actuación del poder político, pues a éste nunca le faltarán buenas razones ("razones de Estado") para decretar verdaderas desnaturalizaciones y violaciones de los derechos fundamentales.

Este riesgo, sin embargo, puede ser controlado si al principio de razonabilidad o proporcionalidad se le añade un último juicio: el del contenido esencial de los derechos fundamentales. Este juicio afirma que todo derecho fundamental cuenta con un contenido constitucional, el cual es único, limitado, ilimitable y delimitable. En ningún caso, por tanto, podrá justificarse un beneficio que afecte al derecho constitucional en su contenido esencial, entendió como un único contenido que todo él brota de la esencia del derecho. Esta lógica del juicio del contenido constitucional del derecho fundamental, tampoco ha sido extraña al TC, quien tiene mencionado que "si bien las restricciones a derechos son admitidas *prima facie,* el principio de proporcionalidad – también conocido como prohibición del exceso–, impide la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro limite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho"[37].

VI. DOS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

1. *El Debido proceso material*

Es criterio jurisprudencial consolidado que cuando se habla de la defensa del derecho constitucional, se habla tanto de su dimensión formal como de su dimensión material. Bien ha hecho el TC al establecer que son ambas dimensiones las que entran en juego cuando se trata del proceso debido. Ha mencionado el TC que "[l]a noción de proceso regular está doctrinal y jurisprudencialmente vinculada al debido proceso, tanto en su vertiente adjetiva como en sus connotaciones materiales"[38], y es que la garantía del debido proceso "no sólo tiene una faceta o dimensión formal, sino también una faceta o dimensión sustantiva"[39]. Pues bien, el TC ha acudido al principio de razonabilidad para dar contenido a la dimensión material o sustantiva del debido proceso. Dijo el TC que la violación del debido proceso "no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también *cuando no se observa un mínimo criterio de justicia*, es decir, un criterio

[37] EXP. N.º 0731–2004–HC/TC, de16 de abril de 2004, f. j. 11.
[38] EXP. N.º 0808–2003–HC/TC, de 24 de abril de 2003, f. j. 1.
[39] EXP. N.º 0439–1999–AA/TC, de 13 de abril de 2000, f. j. 3.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad"[40]. Se parte, entonces, del entendido que la razonabilidad, "en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia"[41]

Y la negación de arbitrariedad como manifestación del debido proceso material la ha predicado igualmente de los procesos judiciales, administrativos y privados. Para el TC, con razón, "así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, dicho atributo es igualmente distorsionado, en términos materiales o sustantivos, cuando, (...) no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada"[42].

Si bien se ha predicado de los tres tipos de procesos, ha sido respecto del derecho sancionador administrativo en el que más se ha invocado y aplicado este principio. El TC ha acudido al principio de proporcionalidad para rechazar una sanción administrativa precisamente por irrazonable. De manera general tiene declarado el TC que "en el ejercicio de la potestad sancionadora, los órganos de la administración pública están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Constitución. Esta constricción se impone por las exigencias que se derivan del derecho al debido proceso sustantivo, entre otras que el resultado de una sanción en el plano administrativo no sólo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad"[43].

Así el caso en el que el demandante, servidor municipal, abandonó el recinto edil sin autorización pero sí con *visación* de una autoridad competente. En este caso la sanción impuesta fue suspensión por 30 días sin goce de haberes en su centro de trabajo, la misma que fue encontrada desproporcionada por el TC: "[a]unque las disposiciones administrativas de la demandada no establecen equivalencia entre 'autorización' y 'visación', en su condición de trámites previos para ausentarse de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, la exigencia de contar con una 'autorización' (y no sólo con la 'visación') no es motivo suficiente para justificar una sanción tan drástica como la impuesta, pues si bien se produjo una irregularidad administrativa, a la luz de los hechos descritos la decisión administrativa deviene en desproporcionada, mensurando la falta cometida y el contexto en que ésta se produce"[44].

Otro fue el caso en el que el demandante en amparo –un agente policial– fue sancionado con el pase de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria y, posteriormente a la situación de retiro. Ello obedeció a supuestas faltas contra la moral debido a que el demandante había convivido con una mujer que había sido condenada a pena privativa de libertad en un proceso penal, pena que había cumplido ya. Para el TC,

[40] EXP. N.º 2502–2004–AA/TC, de 08 de noviembre de 2004, f. j. 4.
[41] EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 17.
[42] EXP. N.º 0061–2002–AA/TC, de 21 de octubre de 2002, f. j. 4.
[43] EXP. N.º 0882–2002–AA/TC, de 05 de diciembre de 2002, f. j. 5.a.
[44] Idem, f. j. 5.c.

esta sanción "no contiene ningún sustento de razonabilidad o sentido común, en tanto que no puede considerarse una falta o infracción una conducta propia del comportamiento humano, tan elemental como las relaciones afectivas y las consecuencias derivadas de ellas. Sostener que se desprestigia a la institución por el hecho de que un efectivo policial convive con una persona que en algún momento de su vida pudo tener problemas legales, supone no sólo negar la capacidad de autodeterminación personal de cada individuo, con la consiguiente negación de su dignidad humana, sino también la transgresión del derecho de toda persona, en algún momento condenada, a reeducarse, rehabilitarse y reincorporarse al seno de la sociedad, como se propugna desde la propia Constitución"[45].

También fue el caso en el que un magistrado del Poder judicial, fue sancionado con destitución por el Consejo Nacional de la Magistratura, acusado de que había emitido una resolución judicial para favorecer a un procesado penalmente. Sobre esta sanción dijo el TC que "no se aprecia esa razonabilidad y proporcionalidad en la sanción impugnada considerando que los motivos que dieron lugar ella no tienen un correlato con las acciones realizadas por el demandante, en la medida en que, tal como se ha expresado, de las dos opciones que la ley franqueaba se optó por aquella menos favorable al imputado, por lo que el argumento en que se funda la imputación no resulta contundente"[46].

En estos casos el TC no examina la constitucionalidad de la medida sancionadora a través de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Pero sin duda, aunque no los manifieste expresamente, subyacen en su análisis. Y es que una medida inidónea o innecesaria o desproporcionada en sentido estricto, es una medida injusta e inconstitucional. De esta manera, una sanción podrá cuestionarse por desproporcionada al no ser una medida idónea para alcanzar la finalidad que se persigue con su establecimiento; o siendo idónea se conseguía esa misma finalidad a través de otra medida menos restrictiva del derecho fundamental; o, en fin, por significar una afectación desequilibrada en relación al fin perseguido.

Eso sí, ha dejado igualmente establecido el TC que él conocerá de cuestionamientos de resoluciones, no porque se haya convertido en una "suprainstancia de revisión de resoluciones"[47], sino sólo en cumplimiento de su función de defensa de los derechos constitucionales, en este caso, del debido proceso material. Y es que, nos recuerda el TC que es "el supremo órgano de control de la constitucionalidad, capaz de asegurar, en las decisiones del Poder Judicial, la vigencia efectiva de los derechos ciudadanos garantizados por la Constitución y la ley"[48]. Esta afirmación que la formula expresamente de las resoluciones judiciales, puede igualmente hacerse extensiva a las resoluciones administrativas, arbitrales, militares y privadas.

[45] EXP. N.º 1184–2001–AA/TC, de 03 de junio de 2003, f. j. 4.
[46] EXP. N.º 1411–2004–AA7TC, de 30 de junio de 2004, f. j. 7.d.
[47] EXP. N.º 2381–2004–HC/TC, de 12 de agosto de 2004, f. j. 5.
[48] EXP. N.º 3380–2004–HC/TC, de 28 de diciembre de 2004, f. j. 9.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

En todo caso, y en referencia a las resoluciones judiciales, recuerda igualmente el TC que esta labor de revisar la actuación del juzgador por posible agresión de derechos constitucionales, la realizará tomando en consideración que el juez no está vinculado con una única solución, sino que tiene un marco de actuación dentro del cual sus respuestas pueden ser igualmente razonables. Dijo el TC que "la función del juzgador supone un ejercicio de apreciación que se manifiesta en que, en la interpretación y aplicación de las leyes, dispondrá de varias opciones en las cuales, mientras no se transgredan los márgenes inalienables de racionalidad o razonabilidad, no cabe, a través de la acción de hábeas corpus, inmiscuirse en ellas"[49].

2. *La razonabilidad de la duración de la detención preventiva*

El principio de proporcionalidad o razonabilidad ha servido igualmente para definir si la afectación del derecho a la libertad se convertía en arbitraria por la duración del mandato de detención judicial. Se trata de partir del hecho que en el caso concreto la medida de detención judicial preventiva se ha ajustado a los requerimientos del principio de proporcionalidad o razonabilidad. Ha sido idónea en tanto tiene un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante (el debido procesamiento de un supuesto delincuente, de modo que sea posible el cumplimiento de una eventual condena). Ha sido igualmente una medida necesaria según el concreto peligro procesal que se quiso combatir; y ha sido proporcionada en estricto sensu porque existe una relación de equilibrio entre la afectación de la libertad y el fin pretendido. Pues bien, de lo que se trata es de determinar si una medida que es proporcionada y razonable en su origen, no puede devenir en desproporcionada e irrazonable por el transcurso del tiempo. Es decir, si la duración de la medida no termina por violar el contenido constitucional del derecho a la libertad.

Como se sabe, la razonabilidad del plazo no viene definida por el plazo máximo legal. Una duración es razonable cuando está debida y plenamente justificada en una serie de circunstancias que singularizan el caso concreto. La definición legal de un plazo máximo lo único que determina es que la detención preventiva que vaya más allá de ese plazo debe entenderse necesariamente como irrazonable.

Una detención preventiva puede convertirse en irrazonable antes del vencimiento del plazo legal máximo porque se configura en función de las circunstancias concretas de cada caso, y porque la única virtualidad que a estos efectos se ha de reconocer a la previsión legislativa de un plazo máximo es que más allá de ese plazo la detención es irrazonable. En este sentido se ha movido el parecer del TC, quien ha sido claro al establecer que "[a]unque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que,

[49] EXP. N.º 3184–2003–HC/TC, de 11 de mayo de 2004, f. j. 1.

atendiendo a las circunstancias del caso, excede de lo razonable"[50]. Para determinar lo razonable hay que acudir a las circunstancias que definen el caso concreto. En términos del TC, "para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto"[51].

¿Por qué hay que acudir a estos elementos fácticos? Porque, como bien ha dicho el TC, "no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito"[52].

Esto significa que debe hacerse referencia a una serie de criterios y pautas que ayudarán a establecer en cada caso concreto la duración razonable de una concreta detención preventiva[53]. Se trata, en palabras del TC, de criterios o pautas que, "aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario"[54].

La primera pauta debe ser la consideración de la finalidad de la medida de detención preventiva. No debe olvidarse la naturaleza cautelar que tiene esta medida y, por tanto, la exigencia de que sólo debe durar en tanto se verifique el cumplimiento de los requisitos que dieron origen a la medida (con un máximo igual al plazo legal), es decir, mientras sea necesaria para alcanzar la finalidad como medida cautelar. En otras palabras, mientras subsista el peligro procesal que se quiso neutralizar. Ha dicho el TC que la duración de la prisión preventiva, "debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato"[55].

La segunda pauta que debe tomarse en consideraración es la naturaleza y complejidad del asunto que se procesa y del proceso en sí mismo. A decir del TC, "[e]s menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de

[50] EXP. N.º 3771–2004–HC/TC, citado, f. j. 18.
[51] EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, f. j. 16.
[52] EXP. N.º 2798–2004–HC/TC, de 09 de diciembre de 2004, f. j. 28.
[53] Estas pautas deben servir igualmente para determinar la razonabilidad –y por tanto, la justificación– de la resolución en la que se dispone la prórroga del plazo máximo en la detención preventiva judicial.
[54] EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, f. j. 17.
[55] EXP. N.º 3771–2004–HC/TC, citado, f. j. 18.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil"[56].

La tercera pauta que debe tenerse en cuenta al momento de determinar la razonabilidad de la duración de la detención preventiva, es la actitud y comportamiento llevado a cabo por las partes del proceso. Esto supone necesariamente mirar tanto hacia el juez penal como hacia el procesado.

En lo que respecta al órgano judicial, se debe examinar si su actuación ha sido dirigida por la diligencia debida. Se debe examinar, entonces, "la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpado se encuentre en condición de detenido"[57]. Y es que, "[e]s deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido"[58]. Si el órgano judicial que ha decido llevar el proceso con la prisión del procesado, no ajusta su comportamiento a un deber de diligencia, entonces, "una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad"[59].

En lo que respecta al procesado se debe examinar si su actuación ha sido manifiestamente obstruccionista al normal desenvolvimiento del proceso penal. Como ha dicho el TC, se debe examinar "la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)"[60]. Una conducta que normalmente es empleada por el procesado con la intención de dilatar el proceso es "la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones"[61].

---

[56] Idem, f. j. 19.
[57] Ibidem.
[58] EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, f. j. 18.
[59] Idem, f. j. 19.
[60] EXP. N.º 3771–2004–HC/TC, citado, f. j. 19.
[61] EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, f. j. 28. En todo caso, debe insistirse en que el recurso debe ser manifiestamente improcedente, es decir, sin ninguna probabilidad de ser

Estas pautas son las que ayudarán a definir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la duración de la detención preventiva a fin de determinar si se trata de una duración proporcionada o razonable. Así, la primera de las mencionadas pautas define el juicio de idoneidad en el caso concreto. Igualmente, las otras dos mencionadas pautas, ayudan a definir la necesidad y la *relación razonable* que debe subyacer en la duración concreta de una prisión judicial preventiva. De modo que, por ejemplo, una determinada duración de esta medida puede ser irrazonable por no ser apta para lograr el fin perseguido; o siendo apta, hay medidas igualmente eficaces y menos restrictivas del derecho; o, en fin, puede ser una duración que siendo idónea y necesaria, ha generado un manifiesto desequilibrio entre la afectación del derecho y la finalidad que se intenta conseguir.

VII. VALORACIÓN GENERAL

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si una actuación estatal e incluso privada, debe tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Se trata de determinar si una medida referida a un derecho fundamental se ajusta a las exigencias de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y de respeto al contenido constitucional del derecho fundamental.

La jurisprudencia del TC sobre este principio no es del todo clara y precisa. Se trata de una doctrina jurisprudencial que no escapa a formulaciones teóricas vanas que en el peor de los casos no sólo no ayuda a resolver las cuestiones litigiosas que se plantean, sino que genera oscuridades y confusiones. Habrá que resaltar, sin embargo, que en la misma jurisprudencia del TC pueden encontrarse pronunciamientos en la línea de la significación y lógica operativa del principio de proporcionalidad. Estos pronunciamientos abren un camino que ayuda a vislumbrar la aplicación correcta del principio y, por tanto, la solución constitucional de las controversias. Ese camino empieza afirmando la esencial identidad y unidad entre la razonabilidad y la proporcionalidad, al punto que se hace jurídicamente su distinción. Y continua este camino, como se ha tenido oportunidad de mostrar, a través de

amparado por el juez. Si se trata de reiteración de recursos cuya manifiesta improcedencia no es clara, su interposición no debe ser considerada como conducta obstruccionista. Y esto es especialmente importante resaltar porque, entre otras cosas, la subsistencia de la detención preventiva viene subordinada a la subsistencia de sus presupuestos, de modo que es deber del juez evaluar con cierta constancia la continuación o desaparición de los referidos presupuestos. Bien dice el TC cuando afirma que "en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de la motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada". Idem, f. j. 30.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú
No olvide citar esta obra.

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

la distinción y formulación correctas de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Debe darse cuenta el TC que ese es el camino que debe seguir andando y que le obliga a deshacerse de pronunciamientos que puedan dificultar su tránsito, cuando no hacerlo cambiar de dirección.

Buena muestra de ello se aprecia en la aplicación del principio de proporcionalidad para definir el contenido constitucional de la dimensión material del derecho al debido proceso, así como el contenido constitucional del derecho a la duración de un plazo razonable en la prisión preventiva. Esto último pone de relieve una situación que por falta de espacio, aquí sólo se dejará mencionada: el principio de proporcionalidad no pretende ser una herramienta para determinar la razonabilidad del sacrificio o restricción de un derecho. El principio de proporcionalidad es empleado para delimitar, en el caso concreto, si una concreta pretensión –por ejemplo, la imposición de una sanción–, cae dentro o fuera del contenido constitucional de un derecho fundamental; es decir, ayuda a la determinación o delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental en un caso concreto.

UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

2) Contra la Inocencia. Alberto Bovino.

CONTRA LA INOCENCIA

Por Alberto BOVINO*

> "Let the jury consider their verdict" the King said...
> "No, no!" said the Queen. "Sentence first-verdict afterwards"**.
>
> Lewis CARROLL, *Alice's Adventures in Wonderland*.

> Our fundamental principles of justice declare that the defendant is as innocent on the day before trial as he is on the morning after his acquittal.
>
> Justice Thurgood MARSHALL.

> No otra cosa sugieren pares conceptuales opuestos contradictorios, como, por ejemplo, aquel que declama la inocencia de las personas hasta que no sean declaradas culpables de un hecho punible por sentencia firme (*principio de inocencia*) y la necesidad de encarcelar a esa persona durante el procedimiento que debe desembocar en una sentencia.
>
> Julio B. J. MAIER, *Blumbergstrafrecht*.

I. INTRODUCCCIÓN

Cuando recién había terminado mis estudios universitarios, presenté una ponencia en un Congreso estudiantil que generó, en ese momento, un encendido debate. La ponencia se llamaba "Contra la legalidad", y luego fue publicada en "NO HAY DERECHO"[1]. La idea central de ese trabajo consistía en indagar acerca de ciertos efectos "colaterales" nocivos que traen aparejados ciertos principios de garantía, en el caso, uno de los principios más caros a los penalistas: el principio de legalidad sustantivo.

* Abogado (UBA). Master en derecho (Columbia University School of Law, New York). Visiting Scholar (American University, Washington, DC). Doctorando (UBA). Profesor de derecho penal y derecho procesal penal (UBA). Abogado del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS).

** El término "*sentence*" no equivale a la palabra castellana "sentencia", sino al pronunciamiento judicial que impone una pena. En el sistema estadounidense, la pena es impuesta por un juez profesional en una audiencia separada y posterior (*sentencing hearing*) a la del juicio común en el que interviene el jurado (*trial*). El jurado, con su veredicto (*verdict*), sólo se pronuncia sobre los hechos, lo que en el juicio penal equivale al juicio sobre la culpabilidad. En conclusión, el párrafo de Lewis CARROLL citado significa que se debe imponer la pena *antes* de que exista pronunciamiento sobre la culpabilidad.

[1] BOVINO, *Contra la legalidad*.

La tesis central del ensayo consistía en afirmar que había sido responsabilidad de los ilustrados formular una promesa de aplicación racional e igualitaria del castigo a través de principios de garantía como el de legalidad sustantivo, sin advertir que dicho límite, aparentemente promisorio, jamás logró un grado de aplicación efectivo mínimamente aceptable y, al mismo tiempo, generó la ilusión de que el derecho penal en manos del Estado podía ser sometido a un control que redujera la arbitrariedad a niveles tolerables.

En ese momento, atribuimos la responsabilidad principal de las consecuencias negativas y de los efectos sedantes de las promesas implícitas formuladas con el principio de legalidad, casi exclusivamente, a BECCARIA y al resto de los ilustrados. Es por ello que hoy deseamos discutir provocativamente ciertas ideas de quienes nos precedieron a todos: los iluministas y sus opiniones en relación con el principio de inocencia.

Para ello, comenzaremos por pasar sintética revista de la opinión encendida sobre el principio de inocencia en la doctrina ilustrada. Luego veremos cómo el nivel discursivo se torna menos crítico al hablar de la prisión provisional. A continuación, analizaremos cuál es el sentido del principio de inocencia en la actualidad y veremos cómo, a pesar de las declamaciones que realizamos los juristas, el principio es una promesa incumplida. Por último, indagaremos acerca de la responsabilidad de los iluministas en el fracaso práctico en la aplicación efectiva de la garantía, para arribar, finalmente, a algunas conclusiones provisorias respecto del tema. A diferencia de aquella oportunidad, nuestro análisis rescatará la definición del principio de inocencia elaborada por la Ilustración, y analizará la responsabilidad en el fracaso del respeto efectivo del principio de inocencia de los sucesores del Iluminismo.

II. UNA VISIÓN POSIBLE SOBRE LA ILUSTRACIÓN

II. 1. La reacción ilustrada ante la Inquisición

La noche recorrió Europa a fines de la Edad Media. La santidad de la Iglesia Católica instaló el terror en los corazones de los fieles, los infieles y los escépticos. Si había que lograr un control social omnipresente, nada mejor que el “ojo de Dios”, siempre

apoyado por el buen Inquisidor, para materializar el castigo contra la más mínima desviación a los dogmas absolutos, irracionales y oscurantistas de la Iglesia Católica romana. El poder terrenal, siempre dispuesto a consolidarse, siguió rápidamente el camino abierto por el poder religioso[2].

Se generalizó un procedimiento secreto, descontrolado e inhumano, basado en el encarcelamiento indefinido sin causa y en la refinada práctica de la tortura. El imputado carecía de derechos, [su cuerpo] sólo era objeto de la investigación. Entre los derechos que no se reconocían se encontraba, predeciblemente, el principio de inocencia. Aunque la garantía ya había sido reconocida en el derecho romano, el procedimiento inquisitivo la desconoció, pues toda su estructura estaba informada por el principio contrario: la presunción de culpabilidad[3].

Luego de varios siglos de vigencia, la "fiesta punitiva" —como la denominó FOUCAULT[4]—, tuvo que sufrir la crítica de los ilustrados, conmocionados por el uso de la tortura. Como señala LLOBET RODRÍGUEZ, al incluirse la presunción de inocencia en la DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO de 1789[5], "no se hizo sino prever un principio ampliamente desarrollado por la doctrina de la Ilustración. Es en ésta y no en el Derecho anglosajón, en donde debe encontrarse el origen de la concepción moderna de la presunción de inocencia, prevista en la citada declaración. Debe tenerse en cuenta al respecto el diferente desarrollo que se dio del Derecho continental europeo y del Derecho anglosajón, de modo que es totalmente lógico que el principio… fuese asumido por la Asamblea francesa… tomando en cuenta… las críticas que la doctrina de la Ilustración desarrolló en contra del proceso inquisitivo vigente dentro del sistema continental europeo"[6].

Al sentar las bases del nuevo Estado, el programa político-criminal de la Ilustración determinó el futuro del encarcelamiento preventivo a partir de la particular opinión

---

[2] Sobre el advenimiento de las formas inquisitivas en los ámbitos religioso y político de la Europa continental, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 288 y siguientes.
[3] Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 550.
[4] FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 16.
[5] El art. 9 de la *Declaración* disponía: "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley" (traducción de PACHECO, citada por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 43 y s.).
[6] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 47.

que manifestaban para defender la vigencia del principio de inocencia. Ésta y otras circunstancias hicieron que el vigor inicial del Iluminismo comenzara a perder su capacidad para enfrentarse a la más poderosa de las fuerzas estatales: el derecho penal. Los más radicales reformadores, hoy considerados "padres" del derecho penal moderno, terminaron por postrarse ante la fuerza represiva del Estado, y perdieron la mejor oportunidad histórica para sentar las bases de un derecho penal realmente moderno, humanista y democrático.

La crítica iluminista no se ocupó de los principios *materiales* del sistema inquisitivo. Las características más salientes de este modelo eran la posibilidad de iniciar la *persecución penal pública* de oficio y la *averiguación de la verdad* como objeto del proceso. Con posterioridad a la Revolución, en un breve período de tiempo, Francia tuvo tres procedimientos penales diferentes: la Ley de enjuiciamiento de 1791, el *Code des délits et des peines* de 1795 y el *Code d'instruction criminelle* de 1808. Lo cierto es que todos estos ordenamientos conservaban los principios materiales del procedimiento inquisitivo: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como meta del proceso. Aun el más acusatorio procedimiento de la ley revolucionaria de 1791 mantuvo la persecución penal pública, que tanto MONTESQUIEU como BECCARIA aceptaron y defendieron. Este último escribió "es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes"[7].

Los grandes sufrimientos causados durante siglos por la forma inquisitiva fueron posibles por la persecución pública del delito y, también, por el uso ordinario del encierro preventivo, como medio para aplicar el tormento, instrumento necesario en la tarea de averiguación de la verdad a cargo del Inquisidor. Fue la necesidad de averiguar la verdad por parte del acusador —el Inquisidor—, definida como meta absoluta del procedimiento, la que transformó el proceso en una investigación, pues el acusador, al ser público, era ajeno al conflicto planteado por el caso penal. Al no cuestionar ninguna de estas dos circunstancias, la crítica ilustrada colaboró, quizá

[7] MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 338. MAIER destaca que MONTESQUIEU se pronunció expresamente por la persecución penal pública (p. 337). Sobre el desarrollo del procedimiento penal francés posterior a la Revolución cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 340 y ss. Sobre la

sin intención de hacerlo, a definir el restringido alcance que, a partir de ese momento y hasta la actualidad, se reconocería al principio de inocencia.

La doctrina de la Ilustración, señala LLOBET RODRÍGUEZ correctamente, aludía a la presunción de inocencia como *prohibición de las penas anticipadas*, especialmente como argumento para que se derogara la tortura. Esta cuestión se vinculaba con la prisión preventiva sólo porque el sometimiento del imputado al tormento requería su detención. El autor realiza otra advertencia que explica acabadamente el futuro que habría de corrresponderle al encarcelamiento preventivo:

> "Por otro lado, en lo relativo al carácter *secundario* que ocupó la prisión preventiva dentro de las críticas al proceso inquisitivo desde el punto de vista de la presunción de inocencia, debe recordarse que la pena privativa de libertad revestía un carácter totalmente excepcional, de modo que la mayoría de los que se encontraban en prisión, lo estaban mientras se resolvía el proceso o mientras se esperaba la ejecución de la pena, por lo que *no tenía mucha importancia* tratar de *diferenciar la prisión preventiva de la pena* privativa de libertad"[8].

La vertiginosa transformación del derecho procesal penal francés, que culminó, luego de muchos avatares, con el Código de 1808 (*Code d'instruction criminelle*) es la mejor muestra de la resignada limitación de los reformistas. El hijo bastardo de la Revolución, el procedimiento inquisitivo reformado, sirvió de modelo universal en el marco de la tradición jurídica continental europea. El más grande fracaso de los transformadores consistió en el hecho de que, mientras proclamaban las garantías centrales del derecho penal moderno, aceptaron un sistema de enjuiciamiento intrínsecamente incapaz de respetar tales garantías. Casi dos siglos más tarde de la aparición del *Code d'instruction criminelle* es fácil advertir que el programa iluminista aún no ha logrado ser llevado a la práctica.

El régimen procesal adoptado por el movimiento reformista, por arrastrar varios elementos propios del sistema inquisitivo, provocó, *ab initio*, la imposibilidad de desarrollar un programa político-criminal respetuoso de los derechos de las personas. El modelo francés no resultó suficiente para garantizar los principios políticos que el movimiento reformista declamara como más importantes. En los dos últimos siglos, especialmente en los países de América Latina, las principales

---

incapacidad del Iluminismo para cuestionar el principio más fuerte del procedimiento inquisitivo —la persecución pública—, cf. BOVINO, *Contra la legalidad*, ps. 19 y siguientes.

[8] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 47 y s. (destacado agregado).

garantías fundamentales del proceso penal fueron avasalladas sistemáticamente. Si tuviéramos que elegir dos garantías que jamás tuvieron realización práctica, podríamos mencionar el principio de inocencia y la garantía de imparcialidad del juzgador[9]. Aquí nos ocuparemos, exclusivamente, del principio de inocencia.

II. 2. La defensa del principio de inocencia

No puede negarse que al comienzo de la Edad Moderna tuvo lugar una encendida defensa del principio de inocencia, considerado por LUCCHINI como la "primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano" y como "corolario lógico del fin racional asignado al proceso". MONTESQUIEU afirmó que "cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad", y que "dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas"[10]. La Escuela Clásica, que "previó el proceso penal como un medio de garantizar los derechos del imputado, defendió con fortaleza la existencia de una presunción de inocencia"[11].

BECCARIA calificó de *tiránica* la práctica de condenar al imputado sin haber cumplido con la carga de demostrar con certeza su culpabilidad: "Y, sin embargo, los... delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten las presunciones tiránicas, las *cuasi-pruebas*, las *semi-pruebas* (como si un hombre pudiera ser *semi-inocente* o *semi-reo*, es decir, *semi-punible*, o *semi-absolvible*)"[12]. En consecuencia, destacó que:

> "A un hombre no se le puede llamar *reo* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es reo o es inocente?... [Si el delito] es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados"[13].

---

[9] Un desarrollo de las razones por las cuales el modelo inquisitivo reformado, aún vigente en muchos países —v. gr., CPP Nación (Argentina)— porta una incapacidad intrínseca para respetar esa garantía en BOVINO, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*, ps. 13 y siguientes.

[10] Ambos autores citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 549.

[11] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 74 y siguiente.

[12] BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 130 (destacado en el original).

[13] BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 119 (destacado en el original).

"No entiendo", escribió HOBBES, "cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa". Calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano y sostuvo que: "Todo castigo de súbditos inocentes, ya se trate de un castigo grande o pequeño, va contra la ley de la naturaleza porque el castigo es sólo debiido a una transgresión de la ley, y, por tanto, no puede castigarse al inocente". VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Otros reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la "injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva[14]. MARAT escribió que mientras el acusado no haya sido declarado culpable en los ojos del juez, nadie tenía derecho a tratarlo como culpable[15].

CARRARA, por su parte, definió el principio de inocencia como postulado fundamental del proceso penal, presupuesto de las demás garantías, y criticó duramente la prisión preventiva[16]. Advirtió que "no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el *calabozo*, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado". En su defensa del principio, señaló que la ciencia, "con frente levantada afirma: 'protejo este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos'"[17].

PAGANO postulaba "Que nadie sea castigado sin proceso", y CARMIGNANI calificaba al encarcelamiento preventivo como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura". GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"[18].

Las críticas a las torturas del procedimiento inquisitivo provocaron la unánime afirmación del principio de inocencia. En este contexto, resultaba razonable

[14] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 552, 625 y 552.
[15] Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 48.
[16] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 75.
[17] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 557 y 626 (destacado en el original).

esperarse un fuerte ataque al encarcelamiento preventivo. Sin embargo, los ilustrados, según se afirma, no fueron consecuentes con el principio que postularon y, paradójicamente, prepararon el terreno para su futura vulneración.

II. 3. La aceptación de la "prisión provisional"

A pesar de la ardiente defensa que los ilustrados realizaron del principio de inocencia, terminaron —según se afirma—, todos ellos, por justificar el uso del encarcelamiento cautelar como medida de aseguramiento de los fines del proceso o, lisa y llanamente, como pena anticipada.

Como indica LLOBET RODRÍGUEZ, la doctrina iluminista no consideró la prisión preventiva como una negación del principio de inocencia. Señala, por ejemplo, que BECCARIA "destacó la problemática entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, no renunciando ni a una ni a la otra, pero admitiendo que la prisión preventiva encuentra límites fijados por la presunción de inocencia"[19].

En realidad, BECCARIA fue mucho más allá, pues afirmó que la pena anticipada *vulneraba el principio de inocencia* y, al mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada:

> "La prisión es una *pena* que *necesariamente* debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que sólo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena. La ley, pues, determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero del delito, las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano"[20].

BECCARIA, además, aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro". También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple

---

[18] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 626 y 630.
[19] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 171.
[20] BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105 (destacado agregado).

custodia" de un ciudadano sólo podía ser "necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"[21].

FILANGIERI admitía el "paso violento de la captura" para asegurar la comparecencia del imputado al proceso. CONSTANT y BENTHAM también la consideraban aceptable. PAGANO se ocupó de advertir "cuánto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena" y de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino"[22].

CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no sólo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"[23].

En realidad, también se afirma que la cuestión que el Iluminismo encontraba problemática no era la prisión preventiva en sí misma, a la cual justificaron por diversos motivos, sino, exclusivamente, la dureza o el rigor en su ejecución. Es por ello que HOBBES justificó el encarcelamiento anticipado en los siguientes términos: "Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia del acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera *no es pena*, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, *cualquier daño* que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación *más allá de lo que resulta necesario* para asegurar su custodia, *va contra la ley* de la naturaleza"[24].

En síntesis, se acusa a los ilustrados de haberse ocupado especialmente de erosionar el contenido sustancial del principio que tanto defendieron, al reconocer la dudosa legitimidad del encarcelamiento de inocentes con fines tanto procesales como sustantivos. Tal como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades'

[21] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.
[22] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.
[23] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.
[24] Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 48 (destacado agregado).

diversas… la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"[25].

II. 4. Las consecuencias

La actitud ingenua de los iluministas frente a la prisión cautelar, y la posterior embestida en contra del principio de inocencia llevada a cabo por el positivismo criminológico contribuyeron a socavar su importancia y su significado. Tanto GARÓFALO como FERRI criticaron la fórmula de la presunción de inocencia de la escuela clásica. También resultó decisiva la autoridad de MANZINI, quien estigmatizó la presunción de inocencia, entre diversos argumentos, por considerar que la experiencia enseña que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables[26].

La justificación aparentemente inconsistente de los iluministas y el posterior giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal del siglo XIX profundizaron la consolidación del instituto del encarcelamiento anticipado de inocentes. Su amplia aplicación lo tornó un instrumento de prevención y defensa social que, bajo el eufemismo de su carácter "procesal", constituyó una verdadera pena sin juicio[27]. La ilegítima práctica de la justicia europea arribó a los países de América Latina, por imposición del colonizador español. A pesar de los procesos de independencia, la profunda influencia de la cultura inquisitiva española ha persistido hasta nuestros días, y ha sido la causa principal de las altísimas tasas de presos sin condena del sub-continente.

Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como *regla*, al encarcelamiento pretendidamente cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada. Los estudios señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso del encarcelamiento preventivo, y exponen las desmedidas tasas de presos sin condena.

Hasta hace algunos años, en los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 60 % de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a detención preventiva. Es decir que, de cada cien

[25] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.
[26] Sobre las críticas de GARÓFALO, FERRI y MANZINI cf. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 78 y ss., 84 y ss., y 88 y ss., respectivamente.

individuos en prisión, más de 60 eran procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Nueve años después de la investigación que arrojara estas cifras, el porcentaje subió a un 65 %[28]. Una investigación más reciente aún (1993-1995) demuestra que este porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años. CARRANZA, el autor de este estudio, advierte, además, que las cifras pueden ser aun mayores, pues ellas sólo incluyen a aquellos presos que han ingresado formalmente al sistema penitenciario mientras que, en los hechos, el número total de personas sometidas a otras formas de detención es muchísimo más elevado[29]. Por lo demás, se ha señalado lo paradójico de la situación del siguiente modo:

> "Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para los presos con condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción —en la que debe prevalecer el principio de inocencia— son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve"[30].

El problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar o procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. El profundo deterioro de nuestros sistemas penitenciarios es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarles un mínimo de atención.

---

[27] Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

[28] Cf. CARRANZA, MORA MORA, HOUED y ZAFFARONI, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, ps. 643 y siguientes.

[29] Al respecto, se pone de manifiesto que: "Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad —a veces por períodos de tiempo larguísimos, de años— alojados en dependencias policiales" (cf. CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, p. 69). El estudio citado señala como ejemplo las cifras de la provincia de Buenos Aires (Argentina), con 9.427 presos en el sistema penitenciario formal y 7.000 presos en dependencias policiales al 31/12/93, y las cifras de Nicaragua, con 3.470 presos declarados en el sistema penitenciario y 2.500 presos en dependencias policiales al 30/6/95 (p. 69).

[30] CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, ps. 65 y siguiente.

Frente a esta realidad, cabe interrogarse si no deberíamos aceptar el desafío de MANZINI:

> "Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no... [es abolida] la prisión provisional?"[31].

III. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN LA ACTUALIDAD

III. 1. Significado del principio

El "principio de principios" en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. La doctrina suele discutir si en realidad se trata de una presunción. Sin embargo, MAGALHAES nos advierte que lo más importante de la presunción de inocencia es, en realidad, su *valor ideológico* como *presunción política* tendiente a garantizar la posición de libertad del imputado frente al interés estatal en la represión penal. El autor señala que no sólo es incorrecto referirse al principio como "presunción", sino que, además, el tratamiento de presunción podría encubrir *el valor político del principio*. Lo importante es reconocer que la denominada presunción de inocencia constituye un principio informador de todo el procedimiento penal que, "como tal, debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal... [y de] modelo de tratamiento del sospechoso, inculpado o acusado, que *antes de la condena no puede sufrir ninguna equiparación con el culpable*"[32].

Según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos. Ello significa que el imputado en un caso penal, a pesar de ser sometido a persecución, *merece un tratamiento distinto* al de las personas efectivamente condenadas.

---

[31] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555.

[32] MAGALHAES GOMES FILHO, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, ps. 42 y s., desatacado agragado.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado, de hecho, en la comisión de una conducta punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un *estado jurídico* que exige que sea considerada inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, en realidad, culpable o inocente respecto del hecho que se le atribuye[33]. Como sintetizara magistralmente a quien homenajeamos:

> "Para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador"[34].

III. 2. La crítica

El principio de inocencia exige que la pena sólo sea impuesta luego de una sentencia firme dictada en un juicio en el que se obtiene la certeza de la responsabilidad del imputado y en el que deben respetarse diversas garantías. El principio de legalidad exige que la pena se imponga sólo cuando el imputado cometió un acto previamente definido en la ley como hecho punible. En consecuencia, sólo se puede castigar a quien ya ha cometido un acto cuya realización se ha logrado demostrar en un juicio con las debidas formalidades.

Cuando se impone la privación de libertad preventiva, en cambio, se ordena la misma medida que se aplica a los condenados *sin certeza alguna*. En efecto, cuando se detiene al imputado aún no se ha demostrado que él es responsable por un hecho ya acontecido, y tampoco se puede demostrar que realizará determinado comportamiento en el futuro —eventual fuga o entorpecimiento de la investigación—.

Si, en el mejor de los casos, se impone la privación de libertad con fundamento en sus fines procesales —peligro de fuga o de entorpecimiento—, se aplica una "pena" a quien aún no ha sido declarado culpable por un presunto acto previo, y para evitar que lleve a cabo determinado comportamiento en el futuro. Si tenemos en

---

[33] La doctrina mayoritaria en América Latina se pronuncia en contra de que la presunción de inocencia sea una presunción en sentido técnico. Se sostiene, en cambio, como lo hacen, entre otros, VÉLEZ MARICONDE y MAIER, que se trata de un estado jurídico del imputado —en realidad, de toda persona no condenada por sentencia firme—. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 151 y siguiente.

[34] D'ÁLBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, p. 25.

cuenta, además, que el principio de inocencia no está condicionado en los textos normativos que lo establecen —v. gr., Constitución Nacional—, no se comprende por qué razón se tolera que se adelante la pena a algunos inocentes, sin importar el motivo que provoca la detención.

¿Qué sentido tiene el principio de inocencia si el Estado puede, como regla, sancionar a quien no ha sido juzgado? Como señala FERRAJOLI, debe aceptarse "que no sólo el abuso, sino ya antes *el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo* y además idóneo para provocar... el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales"[35].

La importancia de los valores en juego ha sido destacada por PASTOR: "En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho"[36]. Este autor señala que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del Estado

III. 3. Principio de inocencia y principio de legalidad sustantivo

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional define en la misma frase y con el mismo alcance dos garantías fundamentales del Estado de derecho, el principio sustantivo de legalidad y el principio procesal de inocencia:

> "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

FERRAJOLI ha destacado la estrecha interrelación entre garantías penales y procesales:

> "Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito —lesión, acción y culpabilidad— serán efectivas en la medida en que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también '*instrumentales*' frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como '*sustanciales*'.
>
> La correlación funcional es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativas que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las

[35] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555 (destacado agregado).
[36] PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, p. 286.

procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de efectividad"[37].

La correlación funcional entre ambas garantías se refleja de manera expresa en el texto constitucional de nuestro país, pues en la misma frase se condensan el principio de legalidad sustantivo y el principio de inocencia. Ello significa, por un lado, que no se puede imponer una pena fundada en una ley anterior al hecho sin realizar el juicio previo y, por el otro, que tampoco se puede aplicar una pena aun después de realizado el juicio si tal sanción no se halla fundada en una ley anterior que la conmine para el hecho concreto verificado en el proceso.

El texto constitucional no admite ninguna excepción al principio de legalidad sustantivo. Tampoco admite ninguna excepción al principio de inocencia que autorice a imponer una medida de la gravedad del encarcelamiento preventivo[38]. En consecuencia, nuestro derecho constitucional establece el principio de inocencia de manera absoluta, aplicable a todos los casos penales, y no contiene mención alguna a la posibilidad de admitir una medida como el encarcelamiento preventivo.

III. 4. Falacias que "justifican" las vulneraciones al principio

III. 4. A. El carácter "relativo" del principio

Uno de los argumentos para justificar esta medida, consiste en afirmar que los derechos constitucionales no son absolutos, y que pueden ser restringidos en ciertas circunstancias. Sin embargo, esta idea, en sí misma, es falsa. En este sentido, y respecto de la posibilidad de encarcelar a una persona por un período de tiempo indefinido, se afirma, de buena fe, que: "Uno de los principios generales de toda sociedad es que sus integrantes pueden sufrir injerencias en sus derechos fundamentales"[39].

En primer lugar, se puede demostrar fácilmente que esto no es así en todos los casos. Jamás se ha sostenido, por ejemplo, que se pueda aplicar una pena *sin una ley previa* que definiera la conducta delictiva y la sanción aplicable. Por otro lado,

[37] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 537 (destacado en el original).
[38] La referencia al hecho de que nadie "puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente" no tiene relación alguna con la detención preventiva, pues se trata de medidas que, además de cumplir finalidades distintas, difieren sustancialmente en su gravedad.
[39] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 169.

diversas cláusulas de la Constitución Nacional no reconocen la posibilidad de sufrir ningún tipo de restricción. El artículo 15 de la CN afirma: “En la Nación Argentina no hay esclavos...”. El artículo 16, por su parte, dispone: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza...”. Según la posición que criticamos estas garantías podrían admitir excepciones.

Sin embargo, jamás se ha defendido la opinión de que, bajo ciertas circunstancias, se pueda imponer una pena por un hecho no delictivo, o se pueda someter a alguien a esclavitud, o se puedan reconocer títulos de nobleza. Ello significa que no es posible afirmar que todos los derechos fundamentales puedan ser restringidos o limitados. Así, independientemente de la eventual “necesidad” de regresar a la esclavitud o a los títulos de nobleza, es un hecho cierto que jamás se ha admitido que tal posibilidad resulte permitida por el texto constitucional.

En lo que sí tiene razón LLOBET RODRÍGUEZ es que es posible que los individuos sufran injerencias en ciertos derechos fundamentales. Para ello, la CN autoriza expresamente esas injerencias, como sucede, por ejemplo, con la protección del domicilio. Por este motivo, el mismo artículo 18 de a CN afirma: “El domicilio es inviolable... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. Pero la presunción de inocencia y el principio de legalidad no están regulados de este modo en nuestra Constitución.

Si admitiéramos el razonamiento que permite injerencias de cualquier magnitud en todos los derechos fundamentales, no sólo deberíamos tolerar la prisión preventiva sino, también, que luego de un juicio se imponga una pena por un hecho no previsto en la ley penal, si existieran razones suficientes para fundar la necesidad de que tal hecho fuera castigado.

III. 4. B. La compensación como legitimación

Tanto NINO como LLOBET RODRÍGUEZ sugieren que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debe ser “compensado” o “indemnizado”. En este sentido, afirma NINO:

> “La tercera situación en la que se justifica el ejercicio de la coacción estatal se da cuando esa coacción es necesaria para impedir que se reduzca la autonomía de

> algunos individuos que no han consentido esa reducción y se compensa adecuadamente a quienes sufren la coacción aplicada. El principio de *compensación* es el que debería regir en el caso de medidas de seguridad no consentidas por individuos que las padecen, como... la prisión preventiva de individuos que son luego absueltos"[40].

Sin embargo, en el ámbito nacional, la ley 24.390, que regula los límites temporales del encarcelamiento preventivo, paradójicamente, "compensa" a quien resulta culpable y no toma medida alguna respecto de quien resulta inocente.

El principio de inocencia claramente establece que el valor de mayor jerarquía es la libertad[41]. La prision preventiva no es una injerencia sino, lisa y llanamente, la *negación* del principio. La injerencia, por lo general, es equivalente a la pena. En este punto, es fundamental recordar que, además de que nuestro texto constitucional no admite excepción alguna al principio de inocencia, el artículo 28 dispone: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Y no se puede dejar de tener en cuenta que el daño causado por la prisión preventiva es irrecuperable. En el supuesto de las medidas cautelares del proceso civil, los intereses meramente patrimoniales se protegen en mayor medida, a través de la contracautela. Tales medidas cautelares, además, no producen un daño irreparable.

III. 4. C. Los fines procesales del encarcelamiento anticipado

Según la doctrina más garantista, "la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución sólo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión es prohibida como pena anticipada y que *debe diferenciarse* entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad..."[42].

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, "que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad no se pueden diferenciar *sustancialmente* en la intensidad de la

---

[40] NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 456.
[41] Ver, también, la minuciosa regulación del derecho a la libertad contenida en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[42] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 171 (destacado agregado).

restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción que parta de los fines de la privación de libertad en cada una de ellas"[43].

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin cautelar. Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista *del individuo cuya libertad protege*. Desde este enfoque, se impone al inocente la misma medida que al condenado. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado, se le atribuya a la detención. El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para *prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva*, independientemente de los fines atribuidos a tal medida[44].

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten *menor jerarquía* que la libertad ambulatoria del inocente, sólo pueden permitir, en todo caso, restricciones mínimas a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe.

El principio de proporcionalidad, en este contexto, no puede autorizar una medida cautelar sustancialmente idéntica a la pena. La medida de la restricción cautelar, para ser proporcional, debe resultar *sustancialmente inferior* a la de la restricción

---

[43] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 175 (destacado agregado).

[44] Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada. Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permita equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho. Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido mucho mayor valor a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

sustantiva, pues las diferentes jerarquías axiológicas de los intereses en conflicto exigen una diferencia significativa entre ambas[45].

III. 5. Requisitos materiales del encarcelamiento anticipado

Tanto en la doctrina más moderna, como en la jurisprudencia nacional e internacional, se termina por aceptar que, en el contexto de los sistemas de justicia penal de la región, se disponga la privación de libertad de personas jurídicamente inocentes si se respetan los siguientes requisitos y principios materiales[46]:

- Principio de excepcionalidad: obliga a regular legalmente y a aplicar judicialmente medidas menos lesivas al encarcelamiento como regla.

- Verificación del mérito sustantivo: presupuesto del avance de la persecución, que requiere cierto avance en el procedimiento que permita establecer la probabilidad de que el imputado puede ser responsable por la comisión de un hecho punible.

- Fin procesal: el único fundamento de la prisión cautelar es neutralizar dos tipos de peligros procesales: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de averiguación de la verdad.

- Principio de proporcionalidad: exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado "prohibición de exceso"[47]. Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene: "la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser *mayor* que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión"[48].

---

[45] Ver, en este sentido, el magnífico trabajo de Natalia SERGI, *Límites temporales a la prisión preventiva*, especialmente el punto III. 2, *Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva", ps. 136 y siguientes.

[46] Un desarrollo acabado y una defensa contraria a la opinión que aquí sostenemos de estos requisitos en BOVINO, *El fallo "Suárez Rosero"*.

[47] Cf. SÁNCHEZ ROMERO, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, p. 67.

[48] BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 200.

• Principio de provisionalidad: requiere la susbsistencia de todos los requisitos anteriores para que se autorice a continuar con la imposición de la medida de coerción cautelar.

III. 6. Las aporías del significado del principio

En verdad, teniendo en cuenta las consecuencias que deberían derivar del principio de inocencia, esto es, la imposibilidad absoluta de ser tratado como culpable hasta que se destruya tal estado jurídico, resultan de imposible alcance. Ello pues los desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales mayoritariamente vigentes parten de presupuestos incorrectos o inválidos.

Por un lado, los requisitos materiales mencionados padecen de dos problemas: a) son teóricamente erróneos o inválidos; o b) no son tenidos en cuenta en las prácticas reales de aplicación del encarcelamiento preventivo.

En el punto siguiente trataremos de explicar las razones de esta última afirmación y, de manera embrionaria, formular una propuesta sobre los nuevos enfoques que deben ser adoptados para que el procedimiento penal resulte capaz de respetar el principio de inocencia.

IV. LOS ENGAÑOS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

IV. 1. Principio de excepcionalidad y mérito sustantivo

En honor a la brevedad, no impugnaremos aquí las diversas aporías propias de todos y cada uno de los requisitos materiales enunciados en el punto III. 5. Basta señalar, respecto del principio de excepcionalidad, dos circunstancias diferentes:

a) en primer término, el principio no se respeta pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, aunque tales medidas hayan sido legisladas, los operadores judiciales aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcalamiento preventivo como regla;

b) en segundo lugar, aun si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de

no aplicar el encarcelamiento de ningún modo no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada en aquellos casos en los cuales "excepcionalmente" se aplicara. Ello pues el principio de inocencia no establece que sólo a la mayoría de los imputados se debe respetarles el principio de inocencia, sino a *todos ellos*.

En cuanto al mérito sustantivo, la larga experiencia de nuestra región demuestra que, en la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo.

Ello pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial —v. gr., Guatemala—, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales. Piénsese, en este último sentido, que en el CPP Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico que el del auto de elevación a juicio.

El largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener.

IV. 2. La verificación del peligro procesal

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"[49].

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular sólo puede corresponder a un órgano judicial[50]. El juicio de peligrosidad

[49] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Nº 12/96*, p. 48 (destacado agregado).

[50] Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

procesal sólo puede estar a cargo del tribunal, pues éste exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que podrían suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar ese pronóstico.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huída futura del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia —v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero—, no parece posible deducir de otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, “probar” la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro[51]. Esta cuestión, en sí misma, plantea un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia sólo autoriza a imponer una pena cuando se ha demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva

[51] Piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido —el hecho punible objeto del proceso—, cuánto más improbable es que “pruebe” —en verdad, se trata de una tarea imposible— que es muy probable que algo suceda en el futuro.

realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado. Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena sólo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

IV. 3. El margen de error

Si tuviéramos que comparar la racionalidad de la detención procesal con la detención represiva en el marco de las teorías de los fines de la pena, podríamos afirmar que el encierro procesal tiene una finalidad preventivo-especial negativa dirigida a impedir el entorpecimiento de la investigación o la fuga. La necesidad preventiva, como hemos visto, depende del pronóstico de la predicción del comportamiento futuro del imputado. En este marco, la analogía con la teoría de la pena puede arrojar algunas conclusiones interesantes. Para ello recurriremos a la particular visión que los estadounidenses tienen sobre la finalidad preventivo-especial negativa de la pena, concepto al que denominan "*incapacitation*".

La incapacitación es la idea de la simple limitación o restricción: tornar a la persona condenada incapaz, durante un período de tiempo, de cometer un nuevo delito. Este fin de la sanción penal ha sido perseguido, usualmente, a través de predicciones sobre la probabilidad del condenado de reincidir. Aquellos a quienes se considera más probable que reincidan tienen que ser neutralizados, por ejemplo, mediante una pena de prisión, o por una pena de prisión más larga de la que de todos modos recibirían[52]. La racionalidad se asemeja bastante a la del encarcelamiento preventivo. Se trata de encerrar a alguien, o de alargar su plazo de detención, con el objeto de prevenir que esa persona pueda cometer, hipotéticamente, actos futuros.

En este sentido, MORRIS, luego de destacar la importancia de la definición de la pena merecida según el grado de culpabilidad por el hecho, señala que hay quienes establecen una relación necesaria entre la pena merecida en estos términos y la

pena impuesta. A continuación, el autor marca su diferencia, pues en su opinión el concepto retributivo de pena merecida es un principio limitador que cumple la finalidad de establecer los límites máximos y mínimos de la pena que puede ser impuesta, pero que no nos da mayor precisión acerca de la pena apropiada[53]. MORRIS agrega que cuando decimos que una pena es merecida, en realidad, no estamos afirmando que se trata del castigo adecuado, sino, en todo caso, que lo que pretendemos expresar que no es una sanción inmerecida o desproporcionada en relación a la gravedad del hecho. No es parte de un cálculo utilitario. El concepto de pena merecida define una relación entre delitos y penas en un continuo entre lo indebidamente clemente y lo excesivamente punitivo, dentro del cual puede ser determinada la pena justa sobre la base de otros criterios[54].

Sin embargo, MORRIS no termina de ser consecuente con su propuesta. Si la culpabilidad es un *límite*, ello significa que no es un permiso para agotarla completamente cuando no hay necesidad o razón preventiva legítima que justifique esa decisión. El propio MORRIS afirma que su propuesta representa una decisión justa en términos individuales, y una mayor protección a la comunidad. Ninguna de sus afirmaciones es cierta. Si dos personas cometen el mismo hecho, y sólo una de ellas obtiene un pronóstico de peligrosidad, recibirán un tratamiento diferente, a pesar de compartir el mismo grado de responsabilidad. Ello significa que la imposición de la pena depende, exclusivamente, del juicio de peligrosidad. Si se trata de un error sobre el comportamiento futuro, esto es, de un "falso positivo"[55], entonces, está siendo castigado por circunstancias pasadas o presentes *distintas* al delito que cometiera, con criterios propios de un derecho penal de autor[56]. La decisión, en términos individuales, no tiene nada de justa. Además, la condena

---

[52] Cf. VON HIRSCH, *Incapacitation*, p. 101.
[53] Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 201.
[54] Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 206.
[55] En el contexto estadounidense, se hace mención al concepto de "falso positivo" para referirse a aquellas personas que han recibido un diagnóstico de personas "peligrosas" que resulta falso, pues de ser dejadas en libertad no reincidirían.
[56] MORRIS pone un ejemplo que pone en evidencia esta afirmación. Justifica, aun si las posibilidades de reincidencia fueran de veinte en una, el encierro de un adolescente negro de dieciseis años que no estudia ni trabaja, hijo de madre soltera que vive en un barrio urbano deteriorado (*Incapacitation within Limits*, p. 142).

tampoco significa nada respecto de la protección de la comunidad, en la medida en que se trate de un "falso positivo".

Ahora bien, para que se pudiera aceptar la propuesta de MORRIS, se debería exigir que el pronóstico de peligrosidad tenga un alto grado de certeza acerca de la posibilidad efectiva de que el condenado reincidirá —o que el imputado se fugará—, y que dicho pronóstico se funde en elementos objetivos referidos personalmente al condenado. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. Por un lado, el pronóstico se realiza por métodos estadísticos, lo que significa que la persona es penada porque comparte ciertos atributos con otras personas que, estadísticamente, es más probable que cometan delitos[57]. El problema se agrava por el alto porcentaje de error que arroja el método estadístico que se utiliza, especialmente cuando se trata de delitos graves. En efecto, cuanto más grave es el delito, mayor es la tasa de "falsos positivos" que serán considerados peligrosos y que, si fueran liberados, no reincidirían. Algunos de sus críticos afirman que el porcentaje de falsos positivos es, al menos, del 50 %[58].

El punto de vista de MORRIS, como veremos, plantea serios problemas. Entre ellos se menciona la cuestión de los "falsos positivos". El propio MORRIS reconoce que aun con su método predictivo, que considera más confiable que el método simplemente estadístico, puede prevenir uno de cada tres delitos violentos dentro de un grupo de alto riesgo[59].

Ello significa que predice dos "falsos positivos" por cada "verdadero positivo", sin aclarar cuántos "falsos positivos" deben cumplir una pena sin justificación alguna. MORRIS trata de evitar esta cuestión señalando que el pronóstico de peligrosidad es la afirmación de una condición presente en la persona condenada, no la predicción de un resultado determinado. Sin embargo, su justificación no resulta convincente, pues se supone que la finalidad de la pena es evitar la comisión de delitos. En este

---

[57] En realidad, MORRIS propone tener en cuenta tres criterios: a) una predicción "anamnéstica" (*anamnestic*) que considera la manera en que se comportó en el pasado bajo circunstancias similares; b) una predicción estadística que considera cómo se comportó en el pasado una persona como el condenado en una situación similar; y c) una predicción clínica, basada en la experiencia profesional de quien hace el pronóstico desde un enfoque psiquiátrico respecto de su eventual comportamiento futuro (*Incapacitation within Limits*, p. 140).

[58] Cf. VON HIRSCH, *Incapacitation*, p. 101.

[59] Cf. MORRIS, *Incapacitation within Limits*, p. 140.

contexto, ella se justifica si produce efectos preventivos. La comprobación de las circunstancias que fundan el juicio de peligrosidad no alcanza para justificar la imposición de una pena privativa de libertad por un largo período de tiempo. Su verificación sólo tiene sentido si resulta confiable para formular un juicio que permita tomar una decisión que realmente produzca efectos preventivos. Si se verifica una condena anterior, por ejemplo, esa circunstancia, en sí misma, no puede fundar la imposición de una nueva pena, a menos que ella y otras circunstancias permitan, de manera confiable, predecir que el condenado cometerá un delito violento.

IV. 5. La discusión en el derecho inglés

En la discusión acerca del tratamiento de aquellas personas condenadas que son definidas como "peligrosas", según se indica, se plantean, en el ámbito inglés, algunos interrogantes. Entre ellos, se discute la legitimidad de imponer largas condenas privativas de libertad para la protección del público, si existen métodos confiables para fundar tales decisiones, a qué clase de delitos debe aplicarse esta solución y, finalmente, qué garantías deben ser observadas en el proceso de toma de decisiones referido a esta cuestión[60].

Investigaciones recopiladas por órganos estatales han revelado que ningún método de predicción ha logrado un resultado mejor al de predecir un falso positivo por cada verdadero positivo, esto es, un 50 % de acierto en la tasa de "peligrosidad". Pero esto es lo que sucede en el mejor de los casos posibles, pues, en realidad, la mayoría de los métodos utilizados sólo tienen una tasa de aciertos del 33 %. Los delitos graves son comportamientos no usuales y, por ello, particularmente difíciles de predecir con exactitud. El estudio mencionado también reveló que los métodos estadísticos de predicción, basados en variables objetivas determinadas resultaban, en general, más confiables que las predicciones clínicas, fundadas en el juicio personalizado de profesionales experimentados[61].

Los resultados mencionados, sin embargo, nada dicen respecto de su confiabilidad. La supuesta confiabilidad del método estadístico, en primer lugar, merece serios

[60] Cf. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 159.
[61] Cf. ASWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 160.

cuestionamientos. Tomar la decisión de prolongar la detención de una persona por el hecho de que ella comparte ciertas características con un grupo determinado resulta, en sí misma, una decisión ilegítima. Nada más similar al derecho penal de autor, pues la decisión sobre la pena no se fundará en el hecho concreto que ha cometido sino, en todo caso, en circunstancias tales como “hogar desintegrado”, “educación incompleta”, “padres alcóholicos”, desarrollo de su adolescencia en “barrios marginales”, pertenencia a minorías colocadas en situación de “desventaja social”, etc. Ello significa que el plazo de detención dependerá, exclusivamente, del hecho de que la persona criminalizada comparta determinadas variables con otras personas consideradas “peligrosas”.

El éxito del pronóstico analizado, por otra parte, nada tiene de “objetivo”, como se pretende afirmar. Si como lo ha demostrado acabadamente la criminología de la reacción social, las variables relevantes no constituyen un índice que explica las causas del comportamiento antisocial sino, en todo caso, las causas de que ciertas personas sean efectivamente criminalizadas, a pesar de que ellas sólo representen un pequeño grupo de toda la población que incurre en determinado tipo de comportamientos, entonces, el supuesto “éxito” del pronóstico no es tal. Si sabemos que del total de personas que cometen agresiones sexuales, sólo son criminalizadas aquellas personas que pertenecen a minorías y que, además, cometen violaciones de mujeres desconocidas recurriendo a la violencia, aun cuando el pronóstico se confirme, tal pronóstico no puede ser considerado acertado, pues no explica la causa del comportamiento anterior a la sentencia sino, solamente, la causa de la criminalización posterior. De este modo, el pronóstico estadístico agrava aún más el proceso discriminatorio a través del cual se criminalizan los comportamientos desviados de ciertas personas.

Ello significa que, en las escasas ocasiones en las cuales una persona que no cumple con el estereotipo del violador sea efectivamente criminalizada, por el método estadístico ella será dejada rápidamente en libertad, sin importar, en realidad, el efectivo peligro para el público que su comportamiento futuro puede representar.

Se debe tomar en cuenta, además, la cuestionable confianza que merecen las evaluaciones referidas a los porcentajes de fiabilidad proporcionados por los propios órganos encargados de formular los pronósticos. Ello pues este tipo de estudios, una vez que producen la calificación de "peligrosidad" sobre un individuo, provocan la prolongación de su encarcelamiento, razón por la cual no resulta posible determinar si una futura reincidencia es producto de un pronóstico acertado o de las consecuencias derivadas de la prolongación del encierro carcelario.

En este sentido, una experiencia concreta ha permitido verificar empíricamente la proporción real de fracasos de tales pronósticos. En un estudio en el cual se realizó un estudio clínico de 800 prisioneros, se seleccionó a 77 de ellos según criterios predeterminados de peligrosidad. De esos 77, 48 de ellos fueron puestos en libertad y vigilados por un período de cinco años. En ese período temporal, sólo 9 de ellos cometieron delitos "peligrosos". Ello significa que, si los 48 individuos considerados "peligrosos" hubieran sido detenidos por un plazo adicional de cinco años sobre la base del pronóstico de peligrosidad, sólo habría habido una "tasa de aciertos" de 9 verdaderos positivos —alrededor del 20 %—[62].

IV. 6. Breves conclusiones sobre los pronósticos

Como hemos visto, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuánta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aún ni siquiera se ha comprobado si han cometido un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como "peligro procesal".

Pensemos, por lo demás, en algunos casos posibles. Supongamos que fuera posible probar el peligro de entorpecimiento. Pensemos que se trata de un iimputado que, aun encarcelado, por pertenecer a un grupo delictivo, pudiera continuar entorpeciendo la investigación desde la prisión. En ese caso, no habría justificación

[62] Cf. ASWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 160.

para encarcelarlo, pero, ¿podría ser invocado este argumento para solicitar su libertad?

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

V. REGRESANDO AL SIGLO XVIII

V. 1. La cárcel como lugar de custodia

Para comprender la actitud de los ilustrados, entonces, resulta necesario atender al origen de la institución carcelaria como instrumento de ejecución de las sanciones punitivas. Durante la caída del régimen feudal se recurrió a una "*política criminal de tipo sanguinario*... [fundada en] la horca, la marca a fuego y el exterminio"[63]. La "brutal legislación penal de los siglos XVI y XVII" es reemplazada por otras medidas, "a través de una variada organización de la *beneficencia pública* por un lado y a través del *internamiento institucional* por otro"[64].

El nuevo sistema recurre a "la internación coactiva en el vasto archipiélago institucional que surgirá un poco por todas partes en la Europa protestante y también en la católica de los siglos XVII y XVIII"[65]. Se trataba de la "casa de corrección manufacturera" o "casa de trabajo", inicialmente patrimonio de los países protestantes que luego se generalizó rápidamente también en los países católicos[66]. "Con el tiempo... esta originaria institución sufrirá un proceso de especialización, y de esta forma de internación surgirá, a finales del siglo XVIII, también la *penitenciaría* para los transgresores de la ley penal"[67].

A pesar de que la prisión surge como lugar de ejecución de la pena a finales del siglo XVIII, la pena carcelaria no adquiere relevancia sino hasta el siglo siguiente.

---

[63] PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32 (destacado en el original).
[64] PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32 (destacado en el original).
[65] PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32.
[66] Cf. MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, p. 53.
[67] PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 33 (destacado en el original).

La pena privativa de la libertad recién logra "su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado [siglo XIX]"[68]. Hasta ese momento, los ordenamientos penales recurrían principalmente a penas pecuniarias, penas corporales, pena de muerte y penas infamantes, pues "no consideraban la pérdida de la libertad por un período determinado de tiempo un castigo apropiado para el criminal. Y esto, simplemente, porque la libertad no era considerada un valor cuya privación pudiese considerarse como un sufrimiento, como un mal. Ciertamente existía ya la cárcel, pero como simple lugar de custodia donde el imputado esperaba el proceso; antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propiamente dicha que consistía, como se ha señalado, en algo distinto a la pérdida de libertad"[69].

El ataque frontal contra el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo que dio fundamento político al nuevo derecho penal fue llevado a cabo por los iluministas del siglo XVIII. Ya en el siglo XVII se habían alzado las primeras opiniones críticas contra el modelo de persecución penal, expresando especial indignación ante la tortura. Entre estas opiniones, es destacable la del magistrado Agustín NICOLÁS, quien en 1682 escribió: "Quienquiera que reflexione sobre la fuente y sobre los autores de la tortura, no podrá más que estar de acuerdo en que se trata de una invención del Diablo, sugerida a los paganos y a los tiranos para oprimir a una infinidad de gentes de bien"[70].

Sin embargo, tales voces fueron aisladas, y no fue sino hasta el siglo XVIII cuando se emprendió "decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal"[71]. Entre algunos de los más conspicuos representantes del pensamiento ilustrado que se ocuparon de la justicia penal puede citarse a MONTESQUIEU, con obras publicadas en 1721 (*Cartas Persas*) y en 1748 (*Del espíritu de las leyes*); BECCARIA, cuya obra fue publicada anónimamente en 1764 (*De los delitos y de las*

---

[68] PAVARINI, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*, p. 25.
[69] PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 36.
[70] Párrafo reproducido por ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 352, citado por MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 335. MAIER también señala las opiniones críticas del jesuita alemán Friedrich VON SPEE, vertidas en una obra publicada en 1631, y del abate FLEURY, quien a finales del siglo XVII señaló la necesidad de abandonar el sistema inquisitivo (*Derecho procesal penal*, t. I, p. 335).
[71] MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 335.

penas); y VOLTAIRE, con numerosas obras, algunas de ellas aparecidas en 1763 y 1766[72].

Así, la crítica ilustrada surgió en un contexto histórico *anterior* a la transformación de la cárcel en la institución central de ejecución del castigo represivo:

> "Hasta finales del siglo XVIII la privación de libertad es una de las varias clases de pena que el Estado impone a los individuos condenados. Coexiste en España con la pena de galeras y la pena de muerte, que son las más aplicadas, las mutilaciones y las penas infamantes; en Europa coexiste con la mutilación, los azotes, la deportación y la pena de muerte, como penas principalmente aplicadas. La ejecución pública con fines de ejemplaridad es extensamente aplicada en toda Europa... la cárcel tiene asimismo el carácter de una medida procesal; contiene a los que han de ser enviados a galeras, deportados a colonias o ejecutados públicamente..."[73].

En efecto, la prisión como lugar central del castigo no sólo surgió luego de que apareciera la crítica iluminista, sino que, además, fue producto necesario de ésta. En este sentido, se afirma: "Los siglos XVII y XVIII fueron creando poco a poco la institución que primero *el Iluminismo* y después los reformadores del siglo XIX transformaron en la forma actual de la cárcel"[74]. La consolidación de la prisión como institución penal, entonces, acompaña a la consolidación del Estado liberal, como expresión de la racionalización del castigo propia del sistema penal postrevolucionario, en contraposición a la falta de garantías jurídicas, a la arbitrariedad y a la práctica de la tortura del Antiguo Régimen[75]. En el nuevo Estado, la cárcel se consolida como sistema punitivo que prevalece sobre las penas físicas tan extendidas en el Antiguo Régimen. La prisión se constituye en un baluarte de defensa social durante el predominio del Estado liberal[76].

---

[72] Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 336 y ss. Un amplio desarrollo de la influencia del pensamiento iluminista sobre el modelo de procedimiento penal en FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cap. 9, ps. 537 y siguientes.

[73] MIRALLES, *El control formal: la cárcel*, p. 96.

[74] MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, p. 53 (destacado agregado).

[75] Cf. ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*, ps. 86 y s. Sin embargo, el autor impugna esta versión de la creación democrática de la prisión: "Se podría objetar que sin embargo el espacio cerrado de las cárceles presenta demasiadas similitudes con las viejas bastillas destruidas en nombre de la libertad" (p. 87). También señala: "La sociología crítica de las instituciones penitenciarias se ha enfrentado con mayor o menor radicalidad a esta pretendida legitimidad democrática que justifica la existencia de las cárceles... En este sentido la prisión lejos de asegurar la igualdad entre todos los hombres ante la ley contribuye a la división de la sociedad y favorece la ficción de que las leyes coinciden con la justicia" (ps. 87 y s.).

[76] Cf. ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*, ps. 93 y siguiente.

En conclusión, si bien es cierto que la impugnación de la detención provisional formulada por los iluministas no alcanzó la magnitud de la crítica dirigida a la práctica de la tortura, diversas circunstancias históricas explican esta particular actitud y, además y especialmente, permiten diferenciar el alcance atribuido en ese particular momento histórico al principio de inocencia, en relación del derecho a la libertad durante el proceso, del que se le reconoce actualmente.

V. 2. La "justificación" iluminista

Como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades' diversas... la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"[77]. Sin embargo, luego de analizar el contexto histórico en el que se desarrolló la discusión iluminista, no puede dejar de reconocerse que la particular "justificación" que brindaron no tiene semejanza alguna con la dimensión que la justificación del encarcelamiento preventivo ha alcanzado en la actualidad, según la doctrina procesal más garantista e, incluso, según la jurisprudencia de los órganos del sistema de protección internacional de derechos humanos.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los ilustrados, en principio, impugnaron la legitimidad de la detención provisional por su oposición al principio de inocencia. Como ya señaláramos, HOBBES, calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano". VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la "injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva[78]. CARRARA criticó duramente la prisión preventiva[79], a la que CARMIGNANI calificó como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura", mientras que GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"[80].

Al mismo tiempo, se justificó, bajo ciertas condiciones, la prisión provisional. BECCARIA afirmó que la pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al

[77] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.
[78] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 552, 625 y 552.
[79] LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 75.
[80] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 626 y 630.

mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada: "La prisión es una *pena* que *necesariamente* debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito..."[81]. También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple custodia" de un ciudadano sólo podía ser "necesaria para o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"[82]. CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no sólo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"[83].

Pero lo más importante, quizá, sean las opiniones de BECCARIA y PAGANO. El primero aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él *la pena de destierro*"[84]. PAGANO, por su parte, se ocupó de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones *podría ser desterrado* para siempre del reino"[85]. Ambas afirmaciones ponen de manifiesto que la prisión provisional ni siquiera se percibía como una pena, y su rechazo y admisión parcial se vincularon más, en ese particular momento histórico, a su similaridad con los tormentos que a su posible parecido con una pena determinada como hoy es la pena privativa de libertad.

Las diferencias entre estas justificaciones y la justificación actual son varias. En primer lugar, parece claro que se reconocía carácter estrictamente excepcional a la detención provisional. Sólo esa conclusión es posible si tenemos en cuenta la crítica que antecede a la aceptación del encierro anticipado. Por otro lado, el reconocimiento de BECCARIA del *carácter penal* de la medida cautelar representa, al

[81] BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105 (destacado agregado).
[82] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.
[83] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.
[84] Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.
[85] Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.

menos, un acto de honestidad, que evita recurrir al eufemismo de distinguir nominalmente aquello que para el imputado significa una medida punitiva. Tal reconocimiento, por paradójico que parezca, sólo puede producir el efecto de reconocer el carácter necesariamente excepcional de la detención cautelar.

Finalmente, y lo que resulta más relevante, la justificación de los ilustrados, por el contexto histórico en la que surgió, está condicionada por un concepto de *proporcionalidad* de mucho mayor poder limitador que el utilizado en la actualidad. Es esta profunda diferencia, como veremos, la que hoy exige una reformulación del principio de inocencia, lo que, a su vez, torna absolutamente ilegítimo el instituto del encarcelamiento preventivo tal como lo conocemos en el derecho procesal penal vigente.

V. 3. El anacronismo y los ilustrados

Para analizar el problema objeto de estas reflexiones, no podemos dejar de lado la interesante observación de BIANCHI en relación al análisis histórico de las instituciones jurídicas: el "anacronismo" (*anachronism*). Este autor define el anacronismo como la tendencia a realizar reconstrucciones erróneas de la historia, atribuyendo nuestros propios esquemas actuales de pensamiento, prácticas y estructuras sociales a períodos históricos a los cuales no pueden haber pertenecido[86].

A nuestro juicio, el debate de autores tales como FERRAJOLI, por ejemplo, incurre en este vicio de anacronismo, pues se analiza la discusión de los iluministas como si ésta fuera aplicable a la administración de justicia penal y a las prácticas que se consolidaron en el siglo XIX, esto es, un siglo más tarde desde que el debate de los ilustrados tuvo lugar.

En el particular contexto histórico en el que se desarrolló el debate iluminista, queda claro que la actitud severamente crítica respecto de la tortura, que coexistió con una impugnación de menor intensidad de la prisión provisional, se vincula con el *principio de proporcionalidad* —consecuencia necesaria del principio de

[86] Cf. BIANCHI, *Justice as Sanctuary*, p. 9.

inocencia—. El hecho puntual de que las críticas más duras a la detención cautelar se hayan concentrado en la dureza en su ejecución resulta buena prueba de ello.

La opinión de los iluministas sobre la prisión preventiva surgió en un contexto en el cual las penas más comunes eran sustancialmente más graves que la prisión, y ésta no era considerada una pena sino excepcionalmente. La privación de libertad no se afirmó como pena dominante sino hasta la primera mitad del siglo XIX. Por este motivo, los pensadores de la Ilustración concentraron especialmente su atención en la práctica de la tortura, pues ésta sí resultaba materialmente similar, por su naturaleza y gravedad, a las penas del Antiguo Régimen.

Al vincular la crítica dirigida a la tortura con el principio de inocencia, por otra parte, establecieron un presupuesto que, aunque no fuera mencionado, se hallaba en la base de su argumentación: ninguna medida cautelar puede revestir una gravedad o intensidad semejante a la de una medida punitiva. Este presupuesto, de modo necesario, sólo puede derivar del principio de proporcionalidad, como corolario del principio de inocencia.

Sólo así resulta comprensible la aparente contradicción entre la oposición absoluta a la tortura y la tolerancia a la detención provisional. La semejanza material entre la tortura y la pena, inexistente en el caso de la prisión cautelar, explica, entonces, el diferente tratamiento dado a esta última.

El sentido atribuido por los pensadores del siglo XVIII al criterio de proporcionalidad entre coerción procesal y coerción sustantiva, en consecuencia, es *esencialmente distinto* al que se atribuye al principio en la actualidad. El pensamiento clásico consideró que el principio de inocencia impedía, de manera absoluta, que aun con fines procesales, se pudiera imponer al inocente una medida de coerción cautelar materialmente equivalente a la sanción sustantiva. El sentido atribuido al principio de proporcionalidad, por ende, exigía que toda medida cautelar, además de ser aplicada excepcionalmente, resultara sustancialmente mucho menos lesiva que la sanción penal eventualmente aplicable.

V. 4. Inocencia y proporcionalidad

En uno de los pocos trabajos que en nuestro medio han innovado en relación al tema de la vinculación entre principio de inocencia y limitación temporal del encarcelamiento preventivo, Natalia SERGI, ha destacado la centralidad del principio de proporcionalidad para dar un adecuado tratamiento al principio de inocencia[87]. La autora citada ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que derivan de la interpretación del principio de proporcionalidad como sinónimo de equivalencia entre medidas de coerción procesal y coerción sustantiva.

Esta interpretación —en términos de equivalencia— del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la *poena extraordinaria*. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la "*poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad"[88]. Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta de certeza, al menos, reducía la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción en todos los casos.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal "soluciona" su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena*

---

[87] Cf. SERGI, *Límites temporales a la prisión preventiva*, especialmente el punto III. 2, *Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva, ps. 136 y siguientes.

[88] MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 880.

extraordinaria. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aún más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* sólo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al "plazo razonable" de los tratados de derechos humanos —Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3—. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado sólo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la *poena extraordinaria*. Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad considerado en términos de equivalencia —v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable—, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena extraordinaria*, pues aquél, en realidad —a pesar de la falta de pruebas—, se equipara a la eventual condena.

En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, sólo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquél estará en peor situación, pues agotará en prisión completamente la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

¿Cuál es la racionalidad de esta práctica? No parece posible asignarle racionalidad alguna. La redefinición del principio de proporcionalidad sólo ha justificado lo que el principio de inocencia prohíbe, esto es, tratar a los inocentes del mismo modo que a los culpables. Por lo demás, la aplicación del principio autoriza a que los imputados por delitos menos graves agoten íntegramente el cumplimiento de la pena antes de

ser declarados culpables, colocándolos en peor situación que aquellos que son acusados por delitos muchos más graves. En este contexto, el principio de proporcionalidad carece de todo poder limitador. En consecuencia, resulta necesario atribuirle un nuevo contenido, para que pueda operar como una exigencia adecuada al servicio de la protección de los derechos de las personas inocentes. En esta tarea, puede resultar útil recuperar algunas de las ideas desarrolladas por el pensamiento clásico.

V. 5. El principio de inocencia como proporcionalidad

I. Para realizar una reconstrucción consistente del pensamiento ilustrado, siguiendo a SERGI[89], debemos tener en cuenta que el principal contenido de limitación que conlleva el principio de inocencia es el principio de porporcionalidad en *términos de inequivalencia*.

La única posibilidad de redefinir el principio de inocencia en la actualidad, para que pueda operar realmente como límite a la coerción estatal, consiste, a nuestro juicio, en dejar radicalmente de lado los desarrollos teóricos tradicionales y, además de seguir la propuesta de SERGI —absolutamente correcta— admitir, al mismo tiempo, que los demás "requisitos materiales o sustantivos" no resultan adecuados para tornar efectivas las limitaciones necesarias que derivan del principio de inocencia.

Nos referimos que debemos partir del hecho de que exigencias tales como: a) fin procesal; y b) principio de excepcionalidad, a pesar de ser las que representan la mejor música para nuestro oídos, no sirven en lo más mínimo para llevar a la práctica los límites indiscutibles del principio de inocencia.

La única manera de redefinir el concepto de inocencia requiere que distingamos el papel que juegan tales principios en la aplicación del principio de proporcionalidad, como *principios instrumentales*, y en la aceptación de que el principio de inocencia tal como ha sido desarrollado por la doctrina ilustrada, se reduce, esencialmente, al *principio de proporcionalidad* en el sentido de inequivalencia recuperado por SERGI

[89] Un desarrollo mucho más acabado de las consecuencias prácticas de redefinir el papel que juega el principio de proporcionalidad como límite, en un trabajo más reciente de SERGI, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*.

dos siglos más tarde, esto es, que el principio de inocencia es, esencialmente, proporcionalidad, y nada más que eso.

II. Sin embargo, se nos pretende hacer creer que los desarrollos posteriores al positivismo, del siglo pasado —siglo XX—, resultan principio capaces de ser plasmados en ordenamientos procesales e instrumentos internacionales de manera tal de poner coto al encarcelamiento arbitrario de personas inocentes[90]. La experiencia empírica indica lo contrario.

Es por ello que consideramos que el contenido central y con reales posibilidades limitadoras derivado del principio de inocencia es el principio de proporcionalidad. Es este principio el que impide que a una persona inocente se le impongan restriccciones a sus derechos cualitativa o cuantitativamente similares a las que se pueden imponer a una persona declarada culpable luego de un procedimiento regular ante los tribunales penales competentes, independientes e imparciales.

Poco importa cuál es la finalidad —procesal o no— del Estado al imponer la medida si no se respeta la proporcionalidad; poco importa si se respeta la exigencia de excepcionalidad para quienes resulten efectivamente detenidos, si ello permite que se apliquen medidas materialmente idénticas a las sanciones represivas sustantivas.

Los demás requsiitos sólo operan como mecanismos instrumentales para que el Estado no puede exceder su única facultad legitima: imponer medidas de coerción procesal materialmente distintas y sustancialmente menos restrictivas de derechos que las medidas tradicionales de carácter cautelar del procedimiento penal. En este contexto, sólo la proporcionalidad —en realidad, la falta de ella—, será la única exigencia derivada del principio de inocencia capaz de producir efectos prácticos en el mundo real para eliminar los abusos cotidianos de la justicia penal.

Pero para ello, es hora de destruir el significado atribuido al principio de inocencia atribuido por los desarrollos teóricos y normativos del siglo XX, y, simultáneamente, recuperar la severa impugnación política de la Ilustración en cuanto a la exigencia de [falta de] proporcionalidad entre pena sustantiva y pena procesal en el siglo

XVIII. Hay que recuperar el estilo de impugnación política de los ilustrados, para dejar de sostener que, a diferencia de la pena, el encarcelamiento preventivo es "sólo" una medida cautelar. A ningún iluminista se le hubiera ocurrido recurrir al eufemismo —común entre nuestra doctrina procesal más garantista— de afirmar que la tortura era "sólo" una medida de prueba[91].

[90] Una descripción complaciente con tales posturas en BOVINO, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*.

[91] No puede dejarse de lado que la Inquisición histórica habría pasado a la historia del horror humano aun si no hubiera aplicado una sola medida formalmente punitiva.

Bibliografía

- ÁLVAREZ URÍA, Fernando, *Sociologías de la cárcel*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991.

- ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1992.

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1974.

- BIANCHI, Herman, *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Ed. Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 1994.

- BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- BOVINO, Alberto, *El fallo "Suárez Rosero"*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B.

- BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, nº 8; y en en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- BOVINO, Alberto, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998. También publicado en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997.

- CARRANZA, Elías, MORA MORA, Luis P., HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio R., *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

- CARRANZA, Elías, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, en "Revista de la Asociación de Ciencias Penales", San José, 1999, Nº 16.

- D'ÁLBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 5ª ed., 2002.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, México, 1976.

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *La prisión preventiva*, Ed. UCI, San José, 1997.

- MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Ed. Conosur, Santiago, 1995.

- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición.

- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Ed. Siglo XXI, México, 1980.

- MIRALLES, Teresa, *El control formal: la cárcel*, en AA.VV., *El pensamiento criminológico II*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

- MORRIS, Norval, *Desert as a Limiting Principle*, en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (comps.), *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.

- MORRIS, Norval, *Incapacitation within Limits*, en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (comps.), *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.

- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

- PASTOR, Daniel R., *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

- PAVARINI, Massimo, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991.

- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. Siglo XXI, México, 1988.

- ROXIN, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, nº 14.

- SERGI, Natalia, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *Libro Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, en prensa.

- SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A.

- VON HIRSCH, Andrew, *Incapacitation*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992.

UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

3) La libertad personal en el sistema interamericano. Alberto Bovino

LA LIBERTAD PERSONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Alberto BOVINO*

> "Si no dispone de cárcel propia, lo hará encerrar en el palacio episcopal o en la prisión civil si lo juzga oportuno. Pero siempre conviene más utilizar las cárceles de la curia eclesiástica, pues es el obispo el juez ordinario sin el cual el inquisidor no puede condenar definitivamente por herejía, ni recurrir a la cuestión, es decir, a la tortura.
>
> Una vez encarcelado el acusado, el inquisidor le interrogará y le examinará con gran frecuencia sobre lo que niega y que o está probado o es muy probable. El inquisidor insistirá de ese modo hasta que el acusado llegue a confesar alguna otra cosa...".
>
> Nicolau EIMERIC, *El manual de los inquisidores*.
>
> "Frente a sistemas sociales sin garantías jurídicas, frente a órdenes políticos tiránicos regidos por la arbitrariedad y la práctica de las torturas, el sistema penal democrático supuso un cambio cualitativo puesto que adecua racionalmente el castigo a la gravedad de los delitos y mide esos en relación a unas leyes emanadas de la voluntad general. Se podría objetar que sin embargo el espacio cerrado de las cárceles presenta demasiadas similitudes con las viejas bastillas destruidas en nombre de la libertad..."
>
> Fernando ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*.

I. Introducción

A. Objetivo del Trabajo

Si bien la protección de la libertad personal excede ampliamente el ámbito del derecho penal, en este trabajo analizaremos las reglas previstas en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la "Convención Americana", la "Convención", o la "CADH") con especial atención a las que se vinculan con la administración de justicia penal.

La Convención tiene diversas normas vinculadas al derecho penal en sentido amplio. Así, por ejemplo, las limitaciones a la pena de muerte previstas en su artículo 4,[1] las

---

* Trabajo publicado en la obra colectiva AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, México, 2004, compilada por Claudia MARTÍN, Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN y José A. GUEVARA B. Agradezco especialmente la colaboración prestada por mi asistente Christian RUBILAR en la redacción de este trabajo.

1 Sobre este tema, véase, Antonio Maldonado Paredes, "La pena de muerte y las obligaciones del Estado de Guatemala bajo el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en AA.VV., *Pena de muerte*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1998.

diferentes restricciones respecto de condenados y procesados previstas en los artículos 5 y 6, etcétera.

Sin embargo, resulta indiscutible que, debido al peligro que la persecución penal representa respecto a la libertad personal, son las reglas del artículo 7 las que abarcan un conjunto amplio de garantías y mecanismos de protección para toda persona que por cualquier motivo sufra una restricción o limitación de su libertad ambulatoria.

A pesar de ello, los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos —y los peticionarios— no han aprovechado todas las posibilidades del texto convencional. Varias razones podrían explicar de manera plausible la persistencia de prácticas muy poco orientadas a la protección generalizada de la libertad personal por parte de los órganos del sistema regional.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que durante los primeros años de trabajo de los órganos del Sistema, la atención de los diversos operadores jurídicos se concentraba en contextos de groseras violaciones sistemáticas a los derechos humanos.[2] A ello debemos agregar la escasa visibilidad social de la población carcelaria, y la absoluta despreocupación de la clase política por solucionar cualquier tipo de problemas que afecten a las personas privadas de su libertad. En el ámbito de los operadores jurídicos dedicados a la protección de los derechos humanos, tampoco se ha prestado demasiada atención a la grave crisis que caracteriza desde su nacimiento histórico a la institución carcelaria.[3]

En segundo lugar, la hiperespecialización de algunos abogados internacionalistas opera, en la práctica, como una *barrera* que dificulta significativamente el diálogo entre quienes intervienen regularmente como peticionarios en casos individuales —especializados en una o más ramas del derecho nacional— y quienes trabajan al interior del Sistema. En cuanto a los peticionarios, también es cierto que en ocasiones carecen de conocimientos sobre las reglas, prácticas y precedentes del sistema regional. Por lo demás, el desconocimiento de algunos internacionalistas de ciertos asuntos de derecho interno introduce, en ciertas ocasiones, algunos errores conceptuales sobre temas razonablemente sencillos.[4]

Finalmente, como veremos al analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia (en adelante, la “Corte Interamericana”, la “Corte”, o la “Corte IDH”), este órgano se ha “especializado” en detenciones manifiestamente ilegales

---

[2] Los primeros casos que fueron objeto de la competencia de la Corte Interamericana fueron casos de desapariciones forzadas en contextos de violaciones masivas de derechos humanos. El artículo 7 era invocado, en esos primeros casos, para supuestos de desapariciones antes que para las detenciones ilegítimas que se supone regula.

[3] Véase, sobre el limitado alcance que los órganos del sistema interamericano le han reconocido a los derechos de las personas encarceladas por estar sometidas a proceso o condenadas por la comisión de hechos delictivos, el esclarecedor trabajo de Andrea Pochak, “El alcance que el sistema interamericano le reconoce a los derechos de los presos”, en AA.VV., *Justicia y derechos humanos*, Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1998.

[4] En este sentido, véase el agudo análisis crítico de Daniel Pastor a la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Comisión Interamericana”, la “Comisión”, o la “CIDH”) sobre límites temporales de la detención cautelar, Daniel Pastor, “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva Doctrina Penal*, t. 1996/A, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 291 y ss.

—que muchas veces califica de "arbitrarias"— vinculadas a secuestros, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Por este motivo, la Comisión Interamericana —como en tantas otras cuestiones— ha tratado los diversos problemas que plantea el artículo 7 de la Convención en muchas más ocasiones que la Corte.

B. La libertad personal en la Convención Americana

El derecho a la libertad personal se halla garantizado en el artículo 7 de la Convención Americana.[5] La norma citada contiene siete incisos. El primero de ellos se diferencia claramente de los demás pues regula el derecho a la libertad —y a la seguridad— personal de manera positiva. De este modo, al aplicar a estas reglas que reconocen derechos en sentido positivo los criterios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos, se establece claramente una protección *amplia e incondicionada* del derecho a la libertad personal, que sólo puede ser limitada en la medida en que se respeten los criterios previstos en los artículos 29 y 30 de la Convención.[6]

Esta primera cláusula, además de definir el amplio alcance de la protección a la libertad personal garantizado en la Convención, impone a los Estados Parte, conforme al artículo 1.1, el deber de "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[7]

---

[5] El artículo 7 de la Convención Americana dispone:
"Artículo 7. *Derecho a la Libertad Personal*
1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

[6] Véase, en este sentido, Martín Abregu, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en AA.VV*., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 18 y ss.; Mónica Pinto, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 163 y ss.

[7] Corte I.D.H., *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, Nº 11, párr. 23.

Los incisos 7.2 y 7.3 prohiben, respectivamente, las detenciones *ilegales* y las detenciones *arbitrarias*. En este aspecto, es importante señalar que el artículo 7.2 incorpora al texto de la Convención las normas constitucionales y legales de los Estados Parte.[8] Ello pues, según el texto del inciso 7.2, toda detención que vulnere los requisitos formales y materiales del *derecho interno* se considera una detención contraria a las exigencias de la Convención Americana. A nuestro juicio, estas dos cláusulas del artículo 7 son las que presentan mayores problemas interpretativos en la jurisprudencia del sistema interamericano, y a este tema es al que le dedicaremos central atención en este trabajo.

Los incisos 7.4, 7.5 y 7.6 regulan diferentes mecanismos tendientes a posibilitar el ejercicio efectivo del derecho de defensa de toda persona detenida y, también, a garantizar el control judicial de la legalidad de toda privación de libertad. Además, el inciso 7.5 dispone un plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo, al que define como "plazo razonable".

Finalmente, el inciso 7.7 prohibe la prisión por deudas, dejando fuera de esta prohibición absoluta los supuestos de incumplimiento de obligaciones alimentarias. Sin embargo, el texto de esta disposición, por su sentido natural, no permite afirmar, sin más, que esos supuestos admiten ser sancionados con penas privativas de libertad.

No abordaremos el último inciso del artículo 7 (7.7). Por otro lado, sólo nos limitaremos a sintetizar los estándares más importantes elaborados en relación a los incisos 7.4, 7.5, y 7. 6. En cuanto al plazo razonable (artículo 7.5, CADH) del encarcelamiento preventivo, creemos que el tema requeriría un trabajo independiente, dados los múltiples problemas y complejidades que presenta.[9]

C. Relevancia del tema

El problema de la libertad personal es fundamental en la gran mayoría de los Estados Parte de la Convención, debido a las altísimas tasas de presos sin condena de los países de nuestra región, y a prácticas generalizadas de detenciones ilegítimas, aun en contextos políticos democráticos.

En cuanto a la situación en México, en el *Informe Anual* de la Comisión Interamericana de 1999 se señaló:

---

[8] Ello implica que en *todos los casos* en los cuales se denuncie una detención ilegal, los órganos del sistema interamericano tienen el deber jurídico de confrontar la manera en que se llevó a cabo la detención, para determinar si dicha manera se adecua a las exigencias del derecho interno del Estado denunciado.

[9] Sobre este tema, véase el excelente trabajo de Natalia Sergi, "Límites temporales a la prisión preventiva", en *Nueva Doctrina Penal*, t. 2001/A, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001. Véase, también, José I. Cafferata Nores, "Limitación temporal a la prisión preventiva", en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores Del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires, 1998. El mismo autor, en otra obra, señala que "[...] la situación del imputado, no sólo exige que su caso se atienda con prioridad [cita omitida], sino que no podrá exceder un término razonable para llegar a pronunciar una sentencia[...] para así evitar que por su excesiva duración [la prisión preventiva] se convierta en una pena anticipada[...]", citando CIDH, Argentina, Caso 11.245, Informe Nº 12/96, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc 7 rev. (1996). José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 190.

III. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

18. La Comisión se refirió en su Informe sobre México a las denuncias sobre detenciones arbitrarias y sobre las malas condiciones de los establecimientos carcelarios en dicho país. Expresó la CIDH que 'en muchos casos, las detenciones ilegales marcan el inicio de una cadena de violaciones a otros derechos, que generalmente incluye los derechos a la integridad personal y a las garantías judiciales' (CIDH, Seguimiento de las recomendaciones del "Informe sobre la situación de los derechos humanos en México", Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 (2000), párr. 219). Con base en dicha situación, la Comisión formuló al Estado mexicano recomendaciones tales como la adopción de medidas de profesionalización del combate a la delincuencia; aplicación de penas alternativas a la de prisión; mejoras en los establecimientos carcelarios; revisión de las medidas disciplinarias; eliminación de los llamados 'estudios de personalidad'; e investigación de las denuncias sobre corrupción en las penitenciarías (*Ibidem*, párrs. 708 a 715).

19. La CIDH recibió información acerca de avances en cuanto a la aplicación de penas alternativas a la de prisión en las recientes modificaciones al Código Penal para el Distrito Federal y la Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal (Las ONGs mexicanas aplauden estas iniciativas, pero expresan preocupación porque aún no se han implementado los mecanismos para la aplicación de tales penas, por lo que presumen que los juzgados simplemente seguirán imponiendo penas carcelarias como regla. Véase Red Nacional, informe citado, pág. 24). En la práctica, aún no ha sido suficiente para aliviar el hacinamiento en los centros de reclusión, como surge de la grave situación sufrida en la Penitenciaría de Tabasco que fue afectada por grandes inundaciones a fines de 1999 (Véase Comisión Mexicana de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, solicitud de medidas cautelares). La mencionada Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal, según información suministrada a la CIDH, constituye 'el primer ordenamiento que establece un procedimiento para la aplicación de sanciones, donde se incorpora un derecho a la defensa y forma de impugnación' (Red Nacional, informe citado, pág. 25). No obstante, también se ha señalado que estos mecanismos cumplen con su cometido en la medida en que se impongan instancias de supervisión; por ello, la Comisión considera muy importante que los centros penitenciarios permitan el acceso más amplio posible a los parientes de los reclusos, a sus abogados, y a las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos.

20. Es preocupante la información que ha recibido la CIDH según la cual las personas detenidas en instituciones de salud mental no tienen acceso a la revisión judicial o independiente de sus casos, por lo cual muchos de ellos permanecerían arbitraria o innecesariamente privados de su libertad durante años (La organización no gubernamental *Mental Disability Rights International* (MDRI) ha efectuado un estudio acerca de la situación de las instituciones de salud mental en México, y ha dado a conocer el informe respectivo en febrero de 2000. Las investigaciones de MDRI y otros especialistas mexicanos han sido reflejadas recientemente en la prensa. Véase, por ejemplo, "The Global Willowbrook", en *The New York Times Magazine,* edición electrónica del 20 de enero de 2000 (http://www.nytimes.com); y "Miseria, abandono y derechos humanos conculcados en los hospitales psiquiátricos", en *Revista Proceso,* edición electrónica No. 1213 del 30 de enero de 2000. (http://www.proceso.com.mx). La Comisión tiene conocimiento de la atención prestada recientemente por altas autoridades gubernamentales a dicha situación (El Secretario de Salud de México y el Gobernador del Estado de Hidalgo realizaron poco después de las publicaciones antes mencionadas una visita al Hospital Psiquiátrico "Doctor Fernando Ocaranza"; ambos funcionarios se comprometieron a atender los problemas observados. La visita fue registrada en el artículo, "La accidentada visita de González Fernández al psiquiátrico Ocaranza", en *Revista Proceso*, edición electrónica Nº 1214 del 6 de febrero de 2000), que debe ser resuelta con la prioridad que merece, ya que afecta no sólo el derecho protegido en el artículo 7 de la Convención Americana, sino también los derechos a la integridad personal (artículo 5) y a la justicia (artículos 8 y 25)". [10]

[10] CIDH, Seguimiento de las recomendaciones del "Informe sobre la situación de los derechos humanos en México", Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 (2000).

II. Detenciones ilegales y arbitrarias

A. Confusión entre ilegalidad y arbitrariedad de la detención

Uno de los problemas más complejos que surge del análisis de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano consiste en establecer el concepto y alcance de detención *ilegal*, previsto en el artículo 7.2, y el de detención *arbitraria*, previsto en el artículo 7.3. Además, también resulta complicado determinar la diferencia entre ambos conceptos, que muchas veces son utilizados como si fueran sinónimos.

Las dos reglas citadas del artículo 7 de la Convención establecen: "2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

Ambos conceptos deben ser interpretados separadamente, pues de otro modo la regla del artículo 7.3 sería superflua. En la jurisprudencia más antigua de la Corte Interamericana se utilizó el concepto de "detención arbitraria" en los siguientes términos: "La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal y que en lo pertinente dispone[...]".[11]

En este sentido, se equivoca la Corte, o utiliza el término "arbitraria" en sentido coloquial. El secuestro de una persona por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado es el paradigma de detención ilegal previsto en el artículo 7.2. No sólo es una detención ilegal sino, además, la ilegalidad que la caracteriza la transforma en un hecho delictivo.[12]

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Comisión Interamericana, remitiendo a decisiones de la Corte: "248. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la

---

[11] Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4, párr. 155 [destacado agregado].

[12] En el caso de la Corte I.D.H., *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros),* Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, Nº 37, la Corte volvió a definir como "arbitrarias" detenciones abiertamente ilegales: "82. Del análisis de las declaraciones testimoniales ante esta Corte o ante la Policía de Guatemala, se desprende que quienes intervenían en las detenciones arbitrarias no siempre se presentaban con uniforme que los identificara como agentes del Estado. En relación con las víctimas que fueron muertas, sus captores vestían de '*particular*' e incluso con ropa deportiva, como en el caso de la señora Paniagua Morales. Respecto de quienes fueron conducidos a las instalaciones de la Guardia de Hacienda había entre los captores algunos uniformados y otros que vestían de civil, como lo atestiguan las declaraciones de los señores Vásquez, Montenegro y Montes Letona, entre otros. Pero siempre estuvieron armados".

legalidad de su arresto[...]" [con cita de sentencia de fondo de "Velázquez Rodríguez", párr. 155] (destacado agregado).[13]

En su jurisprudencia posterior, la Corte recurre tanto al concepto de ilegalidad como al de arbitrariedad para calificar detenciones realizadas en condiciones similares a la de sus precedentes más antiguos. Así, por ejemplo:

> 53. Como se dijo anteriormente, la Corte estima probados varios hechos que se refieren a la detención arbitraria del señor Ernesto Rafael Castillo Páez (supra, párr. 43). Al respecto, son apreciadas en lo esencial, las declaraciones rendidas por los testigos presenciales en la audiencia pública de 6 y 7 de febrero de 1997, quienes coinciden en que dos policías de uniforme verde y boina roja, que viajaban en un vehículo patrullero de color blanco, detuvieron en forma violenta a Ernesto Rafael Castillo Páez, identificado por su apariencia y la ropa que vestía, que lo introdujeron en la maletera del mismo y lo llevaron con rumbo desconocido (supra, párr. 30.b, c y d).
>
> [...]
>
> 56. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que el Perú infringió, en perjuicio del señor Castillo Páez, varios incisos del artículo 7 de la Convención, que regula de manera genérica la libertad personal. En primer término, está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la Policía Nacional del Perú sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que sólo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido in fraganti en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial. Lo anterior tiene fundamento en los artículos 7, incisos 2 y 3, de la Convención Americana y 20, inciso 20, letra g), de la Carta Política.[14]

De la lectura de la argumentación de la Corte se puede observar que ésta califica a la detención como *arbitraria e ilegal*. Sin embargo, no explica por qué razones considera arbitraria la detención. Las únicas circunstancias mencionadas luego de afirmar la arbitrariedad, se refieren al hecho de que detuvieron a Castillo Páez de forma violenta, lo introdujeron en la maletera del vehículo y abandonaron el lugar con rumbo desconocido.

Nuevamente, una detención de esas características es claramente ilegal, antes que arbitraria. Sin embargo, la Corte no analiza dichas circunstancias para realizar el análisis de legalidad. Pero esto tampoco es claro, pues más adelante la Corte, en el párrafo 56, sí hace mención expresa a los requisitos de legalidad de la detención contenidos en el artículo 7.2 —"[...] las causas y condiciones[...]"—. Finalmente, la Corte concluye que, por las circunstancias en que ocurrió la detención, ésta fue ilegal y arbitraria, y violatoria del "artículo 7, incisos 2 y 3, de la Convención".

Posteriormente, en el caso *Suárez Rosero*, la Corte vuelve a realizar un análisis confuso del tema. En efecto, la Corte sostuvo, en la sentencia sobre el fondo:

> 44. En el presente caso no fue demostrado que el señor Suárez Rosero haya sido aprehendido en delito flagrante. En consecuencia, su detención debió haberse producido en virtud de una orden

---

[13] CIDH, *Joaquín Ortega y otros c. Guatemala*, Caso 10.586, Informe Nº 39/00, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, (2000), párr. 248.

[14] Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, Nº 34, párrs. 53 y 56 (destacado agregado).

> emitida por una autoridad judicial competente. Sin embargo, la primera actuación judicial respecto de la privación de libertad del señor Suárez Rosero fue de fecha 12 de agosto de 1992 (supra párr. 34, aparte i), es decir, más de un mes después de su detención, en contravención de los procedimientos establecidos de antemano por la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal del Ecuador.
>
> [...]
>
> 46. En cuanto al lugar en el cual se produjo la incomunicación del señor Suárez Rosero, la Corte considera probado que del 23 de junio al 23 de julio de 1992 éste permaneció en una dependencia policial no adecuada para alojar a un detenido, según la Comisión y el perito (supra párr. 34, aparte d). Este hecho se suma al conjunto de violaciones del derecho a la libertad en perjuicio del señor Suárez Rosero.
>
> 47. Por las razones antes señaladas, la Corte declara que la aprehensión y posterior detención del señor Rafael Iván Suárez Rosero, a partir del 23 de junio de 1992, fueron efectuadas en contravención de las disposiciones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[15]

En este caso no se comprende si la detención fue considerada ilegal y, además, arbitraria, debido a las condiciones de detención mencionadas en el párrafos 46, o sólo por no haber cumplido con los procedimientos vigentes. En principio, la primera de las opciones parece ser la correcta, pues en el párrafo 91 de la misma decisión dichas condiciones son tomadas en cuenta para afirmar que Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, en violación al artículo 5.2 de la Convención Americana. Por lo tanto, el incumplimiento de los requisitos formales para llevar a cabo la detención, según esta decisión de la Corte Interamericana, vulnera simultáneamente los artículos 7.2 y 7.3 de la Convención, calificando a la detención como ilegal y arbitraria.

Por otra parte, aquí la Corte incurrió en un gravísimo error. Para realizar el análisis de *legalidad* de la detención según las reglas del derecho interno ecuatoriano, tomó en cuenta las reglas constitucionales que autorizan un *arresto* y las contrastó con las reglas del Código Procesal Penal que establecen los requisitos para dictar el *encarcelamiento preventivo*: “43. La Corte ha dicho que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”.[16]

Respecto de los requisitos formales, la Corte advierte que la Constitución Política del Ecuador dispone en su artículo 22.19, inciso h que:

> [n]adie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenérsele sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos, no podrá ser incomunicado por más de veinticuatro horas

y que, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador

> [el] juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:

---

[15] Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, Nº 35, párrs. 38-47.

[16] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday,* Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, Nº 16, párr. 47.

> 1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y,
>
> 2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.
>
> En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.
>
> 44. En el presente caso no fue demostrado que el señor Suárez Rosero haya sido aprehendido en delito flagrante. En consecuencia, su detención debió haberse producido en virtud de una orden emitida por una autoridad judicial competente. Sin embargo, la primera actuación judicial respecto de la privación de libertad del señor Suárez Rosero fue de fecha 12 de agosto de 1992 (supra párr. 34, aparte i), es decir, más de un mes después de su detención, en contravención de los procedimientos establecidos de antemano por la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal del Ecuador.
>
> 45. La Corte considera innecesario pronunciarse sobre los indicios o sospechas que pudieron haber fundamentado un auto de detención. El hecho relevante es que dicho auto se produjo en este caso mucho tiempo después de la detención de la víctima. Eso lo reconoció expresamente el Estado en el curso de la audiencia pública al manifestar que "el señor Suárez permaneció arbitrariamente detenido".[17]

De manera evidente, las reglas del encarcelamiento preventivo invocadas por la Corte *carecen de vinculación con los hechos del caso*. En efecto, Suárez Rosero fue detenido por agentes policiales *antes de que se iniciara formalmente el proceso penal en su contra*, esto es, antes de que el juez competente le reciba su declaración y resuelva su situación procesal. Sólo en ese momento resultan aplicables las reglas del Código referidas al encarcelamiento preventivo.[18] Los agentes policiales no "encarcelaron preventivamente" a Suárez Rosero, sino que lo arrestaron.[19]

Las reglas legales que la Corte debería haber tenido en cuenta son aquellas que regulan la detención o aprehensión inicial de una persona sospechada de haber cometido un delito. Normalmente, la legislación procesal regula este supuesto determinando bajo qué condiciones un tribunal competente puede dictar la orden de captura de una persona —al solo efecto de hacerla comparecer a proceso—, o qué circunstancias excepcionales permiten la aprehensión sin orden judicial del sospechoso por parte de las fuerzas de seguridad o, incluso, de particulares.[20]

---

[17] *Ibíd*, párrs. 43-45.

[18] Así, por ejemplo, el artículo 239 del CPP de Costa Rica: "Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva.
El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad".

[19] Este problema fue tratado correctamente por la Comisión en el CIDH, *Dayra María Lecoyer Jiménez c. Ecuador*, Caso 11.992, Informe Nº 66/01, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., (2001), especialmente párrs. 31 y 32.

[20] Así, por ejemplo, el artículo 235 del CPP de Costa Rica: "Artículo 235.- Aprehensión de las personas.
Las autoridades de policía podrán aprehender a toda persona, aun sin orden judicial, cuando: a) Haya sido sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente

B. Algunas precisiones sobre la detención ilegal

A pesar de las opiniones citadas, se debe reconocer que tanto la Corte como la Comisión han establecido ciertos criterios que distinguen los supuestos de detenciones ilegales y arbitrarias. En este sentido se pronunció la Corte Interamericana en el caso *Gangaram Panday*, luego de declarar *ilegal* la detención del peticionario. En efecto, en esa sentencia el tribunal afirmó: "51. Por lo antes dicho, la Corte infiere de la actitud del Gobierno que el señor Asok Gangaram Panday fue detenido ilegalmente por miembros de la Policía Militar de Suriname cuando llegó procedente de Holanda al Aeropuerto de Zanderij, no siéndole necesario, por ende, pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida y de su no traslado sin demora ante la autoridad judicial competente. Y así lo declara".[21]

Queda claro, en la opinión citada, que la *ilegalidad* y la *arbitrariedad* de las detenciones son cuestiones diferentes.[22] En el mismo caso, la Corte distinguió ambos supuestos afirmando:

> 47. Esta disposición [el artículo 7, CADH] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.[23]

---

después de intentarlo o cometerlo. b) Se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. c) Existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que procede la prisión preventiva.
Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana.
La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona deberá ponerla, con prontitud, a la orden del Ministerio Público, para que este, si lo estima necesario, solicite al juez la prisión preventiva. La solicitud deberá formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la captura.
Si se trata de un delito que requiera la instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar y, si este no presenta la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad".

[21] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de enero 1994, Serie C, Nº 16 (destacado agregado), párr. 51.

[22] Es por este motivo que la Corte Interamericana, luego de declarar ilegal (en violación al artículos 7.2, CADH) la detención del peticionario, afirmó que tal decisión tornaba abstracto el pronunciamiento referido al carácter "arbitrario" de la privación de libertad.

[23] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, *Op. Cit.,* párr. 47. En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha señalado reiteradamente que la expresión "legal" y "de acuerdo al procedimiento prescrito por la ley en el artículo 5.1 del Convenio Europeo, establece no sólo la plena adecuación con la norma sustantiva y formal del derecho interno del Estado sino también que toda restricción de la libertad sea consistente con el propósito del Artículo 5 y en consecuencia no sea arbitraria". Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Benham v. United Kingdom*, App. 19380/92, Eur. Ct. H.R., Merits (1996) párr. 40 (www.echr.coe.int). Sin embargo, se debe tener en cuenta que el artículo 5 del Convenio Europeo

En el caso, la Corte distinguió de manera expresa los supuestos de detenciones ilegales del artículo 7.2, de los supuestos de detenciones arbitrarias del artículo 7.3 del texto convencional.[24]

De la redacción del artículo 7.2, la Corte Interamericana ha derivado dos tipos de exigencias que toda detención debe cumplir. Así, se estableció, en primer término "[...] nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material)[...]".[25]

Ello implica que el artículo 7.2, en su aspecto material, obliga al Estado a cumplir con los supuestos tipificados objetiva y previamente en su Constitución Política y en las leyes —en sentido formal— dictadas conformes a ella. Dejando de lado el supuesto de que no exista en el ordenamiento jurídico interno regla alguna que establezca previamente las exigencias materiales de toda detención —bastante improbable, por cierto—, el único contenido posible del artículo 7.2 debe ser la adecuación de las autoridades al ordenamiento jurídico interno —en verdad, a la Constitución y a las leyes en sentido formal— al efectuar una detención.

En segundo término, la Corte Interamericana ha establecido: "pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".[26]

Esta segunda exigencia requiere el cumplimiento de los aspectos formales establecidos en el derecho interno. Así, por ejemplo, orden escrita y fundada de autoridad judicial competente, supuesto contemplado como regla en la mayoría de las Constituciones Políticas.

En este sentido, es importante lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero*. En ese caso, analizando los aspectos formales de la detención, la Corte señaló que según la Constitución ecuatoriana las personas sólo pueden ser detenidas "en virtud de orden escrita de autoridad competente[...] salvo delito flagrante". Al no haberse demostrado la existencia de flagrancia —agregó la Corte—, la detención debió haber derivado "de una orden emitida por una autoridad judicial competente".[27] Es importantísimo destacar que, a pesar de que la Constitución ecuatoriana sólo hace referencia a "orden escrita de autoridad competente", la Corte interpretó que esa "autoridad competente" sólo podía ser una "autoridad judicial".

Es indispensable señalar que la Corte Interamericana, tanto en *Gangaram Panday* como en *Suárez Rosero*, no estableció distinción alguna entre los diferentes "procedimientos" a los que debe observarse "estricta sujeción". Por el contrario, requiere "estricta sujeción a los procedimientos[...]" establecidos en las normas internas, esto es, *a todos ellos*. Por lo tanto, los aspectos formales no se verían cumplidos si, por ejemplo, la detención, aun con orden judicial, fuera llevada a cabo como consecuencia de la obtención de pruebas ilícitas.

---

no contiene una cláusula que haga referencia a las detenciones arbitrarias, razón por la cual algunos de sus precedentes no resultan aplicables al contexto interamericano.

[24] Sin embargo, como veremos, tanto la Corte como también la Comisión se han apartado, en alguna medida, de la distinción definida en el párrafo citado del caso "Gangaram Panday".

[25] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, *Op. Cit.*, párr. 47 (destacado agregado).

[26] *Ídem*.

[27] Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, *Op. Cit.*, párr. 44 (destacado agregado).

Un buen ejemplo de la amplitud de la protección de los resguardos formales es el del caso *Suárez Rose*ro. En ese caso concreto, la Constitución ecuatoriana establece un plazo máximo para la incomunicación de toda persona detenida de 24 horas, que no fue respetado. Por ese motivo, la Corte concluyó: "52. La Corte, teniendo presente el límite máximo establecido en la Constitución ecuatoriana, declara que la incomunicación a que fue sometido el señor Rafael Iván Suárez Rosero, que se prolongó del 23 de junio de 1992 al 28 de julio del mismo año, violó el artículo 7.2 de la Convención Americana".[28]

El estándar de ilegalidad fue aplicado correctamente en el caso *Villagrán Morales* por la Corte Interamericana:

> 132. Es evidente que, en contravención con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Convención, los cuatro jóvenes fueron detenidos sin que se hubieran configurado las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de Guatemala, en vigor desde el 14 de enero de 1986[...]
>
> 133. Tampoco fueron "puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exced[iera] de seis horas", como lo ordena el mencionado artículo 6 de la Constitución Política de Guatemala[...]
>
> 134. En consecuencia, puede concluirse que en la detención de los cuatro jóvenes no fue observado ni el aspecto material ni el aspecto formal de los presupuestos legales de la detención.[29]

Se debe resaltar que en este caso el incumplimiento señalado en el párrafo 133 —no haber puesto a los detenidos a disposición del tribunal competente—, no fue definido como una violación al artículo 7.5 de la Convención, sino como una violación al artículo 7.2, pues es ésta la norma que remite al texto constitucional del Estado Parte.

Así, la detención sólo puede ser *legal* si respeta las reglas jurídicas sustantivas y formales del *ordenamiento jurídico interno* (artículo 7.2, CADH). Además, el artículo 7.2 impone exigencias positivas adicionales al Estado Parte: la obligación de fijar "de antemano", en su derecho constitucional y en sus normas legales —en sentido formal—, "las causas y las condiciones" que habilitan a las autoridades públicas —y, excepcionalmente, a los particulares— a privar de la libertad física a una persona sometida a la jurisdicción del Estado.

En este sentido, la Comisión Interamericana, "[...] entiende [con razón] que el requisito de tipicidad contenido en la obligación de 'fijar de antemano' las condiciones de detención, requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa".[30] Esta exigencia, entonces, define la primera forma de violar el artículo 7.2 de la Convención: el incumplimiento de la obligación de regular de manera anticipada y por vía legislativa las "causas" y las "condiciones" que autorizan a privar de la libertad física a una persona sometida a la jurisdicción del Estado Parte.

Si el Estado cumple con esa exigencia, la violación al artículo 7.2 se producirá sólo cuando las autoridades del Estado Parte violen las reglas *del derecho interno* —materiales o formales— referidas a las causas y las condiciones que autorizan a privar de la libertad de las personas en los casos concretos.

---

[28] Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, *Op. Cit.*, párr. 52.
[29] Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros),* Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párrs. 132- 134.
[30] CIDH, *Dayra María Levoyer Jiménez c. Ecuador*, *Op. Cit.*, párr. 37.

En estos supuestos, por lo demás, no interesa si las reglas fijadas de antemano en el derecho interno vulneran alguna exigencia adicional contenida en la Convención Americana, independientemente de las establecidas en el artículo 7.2 —por ejemplo, no prevén la obligación de informar al detenido de las razones de su detención, artículo 7.4—. En este supuesto, si la autoridad pública, al privar de la libertad física a una persona, cumple con las causas y condiciones fijadas de antemano en la Constitución y en las leyes del Estado Parte, no vulnera el artículo 7.2. Sin embargo, si el derecho interno no regula la obligación de cumplir con la exigencia contenida en el artículo 7.4, ésta será la exigencia violada, pero no el artículo 7.2.

Ésta fue, claramente, la opinión de la Corte Interamericana en un caso peruano:

> 110. La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que "[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]".
>
> 111. En el caso concreto, al aplicar la legislación vigente, el Estado mantuvo detenidos a los señores Mellado Saavedra, Pincheira Sáez y Astorga Valdez sin control judicial desde el 14 de octubre de 1993 hasta el 20 de noviembre siguiente, fecha en que los puso a disposición de un juez del Fuero Privativo Militar. El señor Castillo Petruzzi, por su parte, fue detenido el 15 de octubre de 1993 y puesto a disposición del juez citado el 20 de noviembre del mismo año. Esta Corte considera que el período de aproximadamente 36 días transcurrido desde la detención y hasta la fecha en que fueron puestos a disposición judicial es excesivo y contradice lo dispuesto en la Convención.
>
> 112. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 7.5 de la Convención.[31]

En este caso concreto, la Corte reconoció que la detención fue legal —conforme a las reglas del derecho interno peruano—, pues admitió, precisamente, que la contradicción de los hechos objetos del caso con el artículo 7.5 de la Convención derivó, precisamente, de la decisión del Estado denunciado de "aplicar la legislación vigente" (párr. 111).

C. La arbitrariedad de la detención

Toda privación de la libertad física de una persona, para resultar legítima, debe ser una detención *"legal"*, en el sentido del artículo 7.2 de la Convención Americana. Además de legal, la detención no debe ser arbitraria. En el caso *Gangaram Panday*, la Corte Interamericana estableció que el concepto de arbitrariedad contenido en el artículo 7.3 prohibe detenciones "por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad".[32]

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante "Comité" o "Comité de Derechos Humanos"), por otra parte, entre esas "otras cosas" ha considerado arbitrarias

---

[31] Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párrs. 110-112 (destacado agregado).
[32] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, *Op. Cit.*, párr. 47.

las detenciones injustas, inadecuadas o realizadas violando el debido proceso[33].

Así, es evidente que el concepto de "detención arbitraria" no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima —por ejemplo, persecución del adversario político—.[34]

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que la necesidad ineludible de ordenar el encarcelamiento de una persona inocente constituye un presupuesto cuya ausencia determina la *arbitrariedad* de la detención (artículo 7.3, CADH).[35] De todas maneras, se podría arribar a la misma conclusión, respecto a la ilegitimidad de la detención, a partir del principio de inocencia (artículo 8.2, CADH), sin necesidad de invocar la prohibición de detener arbitrariamente.

La Corte Interamericana también ha considerado arbitrarias aquellas restricciones a la libertad personal en las cuales los detenidos se vieron impedidos de recurrir a una autoridad judicial:

> *135. La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea") ha remarcado que el énfasis en la prontitud del control judicial de las detenciones asume particular importancia para la prevención de detenciones arbitrarias. La pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos, que violan garantías fundamentales también contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convención Europea") [nota omitida] y en la Convención Americana. Están en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. En este sentido, la Corte Europea destacó especialmente que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de esas garantías y una más grave violación del artículo en cuestión.*[36]

---

[33] Véase Douglas Cassel, "El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva", en *Revista IIDH Nº 2*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, pág. 42.

[34] Algunos motivos de arbitrariedad, en este aspecto, podrían ser asimilados a los conceptos de persecución selectiva (*selective prosecution*) y de persecución vindicativa (*vindictive prosecution*) del derecho procesal penal estadounidense. La posibilidad de controlar una persecución selectiva se funda en la cláusula constitucional de igualdad ante la ley (*equal protection of the laws clause*). La Corte Suprema federal, en el caso *Wayte v. United States*, 448 US 598 (1985), estableció que la persecución es selectiva si se demuestra, en primer lugar, que el imputado ha sido tratado de manera diferente a otras personas en similares circunstancias, y en segundo término, que la decisión concreta acerca de su persecución se fundó en circunstancias ilegítimas, tales como la raza, la religión o las creencias políticas. La posibilidad de controlar judicialmente una persecución vindicativa se funda en la cláusula constitucional del debido proceso (*due process clause*). La persecución es vindicativa si el fiscal utiliza la decisión de iniciar la persecución para castigar a quien ha ejercido sus legítimos derechos constitucionales o legales. Véase los casos Blackledge v. Perry, 417 US 21 (1974); Bordenkircher v. Hayes, 434 US 357 (1978); United States v. Goodwin, 102 S. Ct. 2485 (1982).

[35] Así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos, que afirmó que, en todos los casos, la detención debe ser *necesaria*, Caso "Mukong", párr. 9.8, citado por Douglas Cassel, "El derecho internacional...", *Op. Cit.,* pág. 42.

[36] Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *Op. Cit.,* párr. 135 (destacado agregado).

En otras oportunidades, ha adoptado criterios más confusos, tales como el siguiente: "186. Por obra de la desaparición, Manfredo Velásquez fue víctima de una detención *arbitraria*, que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención. Todo ello infringe directamente el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención (*supra* 155) y constituye una violación, imputable a Honduras, de los deberes de respetarlo y garantizarlo, consagrados en el artículo 1.1 de la misma Convención".[37]

Como se lee, la Corte Interamericana calificó a la detención como arbitraria porque: a) carecía de sustento legal, esto es, era ilegal —violación del artículo 7.2, CADH—; y b) no se puso el detenido a disposición de un juez competente —violación del artículo 7.5, CADH—.

En conclusión, la Corte afirmó que la detención de Manfredo Velázquez violó el artículo 7.3, exclusivamente, por haber resuelto *antes* que la detención no había cumplido con las exigencias de las reglas previstas en el artículo 7.2 y en el artículo 7.5 de la Convención. Además de resultar contradictorio con otras decisiones, el principio sentado por la Corte en este caso resulta —además de incomprensible— innecesario. ¿Cuál es el sentido de prever en una regla autónoma la prohibición de realizar detenciones arbitrarias si la arbitrariedad derivaría de violaciones a otras exigencias también contenidas en otras cláusulas del mismo artículo del texto convencional? En el mismo sentido se pronunció el tribunal en otros casos:

> 142. En casos de desaparición forzada de personas, la Corte ha sostenido que ésta representa un fenómeno de 'privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, todo lo cual infringe el artículo 7 de la Convención'.[38]
>
> [...] Efectivamente, en el marco de los hechos a que se refiere el presente caso, la autoridad judicial encargada de resolver sobre el hábeas corpus, debía apreciar los datos conducentes a definir si la detención que se pretendía realizar tenía el carácter de arbitraria. Entre esos datos figuraba necesariamente la competencia de la autoridad emisora de la orden de detención, considerando los hechos imputados y las circunstancias de la persona a la que éstos se atribuían y, en consecuencia, la regularidad del proceso en el que dicho mandamiento sería dictado.[39]

La Comisión Interamericana también ha dado contenido al concepto de arbitrariedad:

> 217. Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y *cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención*, es decir, *cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley*. La Comisión ha señalado también que la detención para *fines impropios* es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo.[40]

En primer lugar, no se comprende por qué la Comisión explica el concepto de detención

---

[37] Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *Op. Cit.*, párr. 186 (destacado agregado).
[38] Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, con cita del caso Godínez Cruz (párrs. 163 y 196), entre otros, párr. 142.
[39] Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, No. 56, párr. 130.
[40] CIDH, Ejecuciones Extrajudiciales y Desapariciones Forzadas de personas, Perú, Caso 10.247, Informe Nº 101/01, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., (2001), párr. 217, (destacado agregado).

"arbitraria e ilegal", como si fueran una sola y misma cosa. Para explicar cuándo una detención vulnera los artículos 7.2 y 7.3, por otra parte, no es necesario agrupar las circunstancias que representan violaciones a cada uno de ellos. Tampoco se comprende la referencia al juicio previo —al referirse a "pena sin proceso o pena extralegal"—, mucho menos con la mezquina jurisprudencia que la Comisión ha desarrollado en materia de plazo razonable del encarcelamiento preventivo.[41]

D. Nuevas aproximaciones

La única conclusión indiscutible en relación a los precedentes del Sistema Interamericano sobre los artículos 7.2 y 7.3 es que los criterios que en ellos se establecen se caracterizan por ser confusos e inconsistentes. Por este motivo, tales criterios requieren de un desarrollo más racional para permitir la definición de estándares predecibles.

Dado que el Sistema Interamericano se caracteriza por un apego estricto a sus propios precedentes, no se comprende por qué las resoluciones sobre estos conceptos son tan imprecisas.

En primer lugar, no entendemos por qué razón tanto la Corte como la Comisión, al resolver casos que comprenden posibles detenciones ilegales y arbitrarias, analizan las circunstancias del caso en relación a las cláusulas de los artículos 7.2 y 7.3 de manera conjunta, como si hubiera alguna conexión normativa entre ambas disposiciones.

En las decisiones más recientes de la Comisión, se nota un esfuerzo por racionalizar los criterios de determinación de la ilegalidad y de la arbitrariedad de una detención. Sin embargo, estos esfuerzos presentan dos problemas: a) continúan con este enfoque conjunto de los artículos 7.2 y 7.3; y b) en dos resoluciones que analizaremos a continuación, veremos cómo el análisis es distinto en dos casos resueltos por la Comisión en el mismo año.

1. El caso ecuatoriano

Así, en el caso *Levoyer Jiménez* contra Ecuador, la Comisión afirmó:

> 29. La Convención Americana establece en su artículo 7(2) y (3):
>
> [...]
>
> 30. Es procedente, en consecuencia, establecer en primer término cuáles son las "condiciones fijadas de antemano por la ley", si esas condiciones fijadas por la ley están de acuerdo a las normas de la Convención y finalmente si fueron respetadas en el caso de especie".[42]

De modo claro, el análisis propuesto en el párrafo 30 consta de tres pasos: a) determinar

---

[41] Véase, por ejemplo, el injustificable contenido del Informe CIDH, *Mario Eduardo Firmenich c. Argentina*, Caso 10.037, Informe Nº 17/89, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1988-89, OEA/Ser.L/V/II.76 Doc.10, (1989); y CIDH, *Jorge Luis Bronstein y otros c. Argentina*, Casos 11.205 y otros, Informe Nº 2/97, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6 (1998). Sobre este último caso, véase Castex, Francisco, y Fernández Blanco, Carolina, "Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, No. 7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

[42] CIDH, *Dayra María Levoyer Jiménez c. Ecuador*, *Op. Cit.*

las condiciones legales del derecho interno; b) verificar la adecuación de esas condiciones del derecho interno con la Convención; y c) determinar si tales exigencias fueron cumplidas en el caso concreto.

Siguiendo estos criterios, la Comisión comenzó a analizar las exigencias previstas para detener a una persona, en particular, los requisitos de la Constitución Política (párrafo 31), y los requisitos establecidos en el ordenamiento procesal (párrafos 32 y 33). La Constitución ecuatoriana sólo autoriza a detener con orden judicial, con excepción del supuesto de flagrancia. El ordenamiento legal agrega a la causal prevista en la Constitución el supuesto de "grave presunción de responsabilidad".

La Comisión, asumiendo que la víctima fue detenida por el supuesto legal citado, manifestó:

> 35. Corresponde por tanto analizar el estándar de 'grave presunción de responsabilidad' y su adecuación con la ley fundamental ecuatoriana. Si bien es competencia de los tribunales locales establecer la constitucionalidad de las normas que componen su derecho interno, la Comisión se encuentra facultada para analizar estas normas si su formulación o aplicación puede ser contraria a las normas de la Convención.[43]

Hasta aquí, la Comisión parece ceñirse estrictamente al análisis de legalidad, pues hace referencia a "su adecuación con la ley fundamental ecuatoriana". En el párrafo 38, la Comisión afirma: "[...] la Comisión considera que la detención de la señora Levoyer Jiménez el 21 de junio de 1992 fue realizada sin orden judicial, en circunstancias que no habilitan una excepción a la necesidad de una orden judicial ordenada por la Constitución". De modo claro, el supuesto legal de "presunción de culpabilidad" fue contrastado con la Constitución ecuatoriana para determinar que no satisfacía la exigencia del texto fundamental y, por ende, resultaba contraria al derecho interno y vulneraba el artículo 7.2 de la Convención Americana.

A continuación, la CIDH agregó:

> 37. Por otro lado, la Comisión entiende que esta norma está también en contradicción con la Convención, ya que permite que una detención dependa de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta. La Comisión entiende que el requisito de tipicidad contenido en la obligación de 'fijar de antemano' las condiciones de detención, requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa. Ello no se satisface con una prescripción genérica e indefinida como 'graves presunciones de responsabilidad'.[44]

El análisis se complica, pues a continuación la Comisión parece tachar de arbitraria la detención por haber sido justificada en una norma legal "contraria a la Convención". Finalmente, "resume" su análisis del siguiente modo:

> 38. En consecuencia, la Comisión considera que la detención de la señora Levoyer Jiménez el 21 de junio de 1992 fue realizada sin orden judicial, en circunstancias que no habilitan una excepción a la necesidad de una orden judicial ordenada por la Constitución. Según la información aportada en el presente caso, la primera orden de detención fue emitida el 30 de julio de 1992, es decir, 39 días después de la detención, por el Intendente de Policía. Por su parte la primera orden de detención emitida por un Juez lo fue el 11 de agosto de 1992, es decir 51 días después del arresto. El Estado no ha presentado ningún documento que contradiga estas afirmaciones. Por lo tanto cabe concluir que su detención no se produjo por las causas y bajo las condiciones establecidas en la legislación

[43] *Ídem*.
[44] *Ídem.*

> doméstica, y que la señora Levoyer Jiménez fue arbitrariamente detenida en violación a los artículos 7(2) y 7(3) de la Convención Americana.[45]

2. El caso mexicano

En el caso *González Pérez* contra México, la Comisión definió la manera de realizar el análisis del siguiente modo:

> 23. El análisis de la compatibilidad de una privación de libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana debe efectuarse siguiendo tres pasos. El primero de ellos consiste en la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquéllas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria.[46]

Así, los tres pasos para establecer la ilegalidad/arbitrariedad de la detención son: a) determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal según las reglas del derecho interno; b) contrastar las reglas del derecho interno con la Convención, a fin de determinar si éstas son arbitrarias; y c) determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria.

No queda del todo claro que el análisis propuesto en los dos casos sea idéntico. Más allá de ello, tampoco se comprende por qué debe realizarse de ese modo, esto es, el encadenamiento de la ilegalidad y de la arbitrariedad de la detención.

3. Algunas conclusiones

A nuestro juicio, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han desarrollado un cúmulo de precedentes que tratan confusamente los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad de la detención. Las diferencias en la aplicación de ambos conceptos se reiteran hasta las últimas decisiones de ambos órganos, y presentan graves problemas para comprender el contenido y alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención.

El artículo 7 parece claro al organizar un sistema que dispone lo siguiente:

- Si la detención de una persona no cumple los requisitos constitucionales y legales del derecho interno del Estado Parte, se trata de una detención ilegal que vulnera el artículo 7.2.

- El artículo 7.2 puede ser vulnerado de dos maneras. O bien porque el Estado Parte no cumple con su obligación de "fijar de antemano" las "causas" materiales y las "condiciones" formales que autorizan a privar de la libertad física a las personas bajo su jurisdicción,[47] o bien porque, cumplida esa obligación, la detención no se realiza

---

[45] *Ídem*.

[46] CIDH, *Ana Beatriz y Celia González Pérez c. México*, Caso 11.565, Informe Nº 53/01, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev. (2001).

[47] Esta afirmación es independiente respecto de si dicho incumplimiento viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. Más allá de que la unánime jurisprudencia que vincula la violación de cualquier derecho garantizado en la Convención con la violación simultánea del artículo 1.1 —a

ajustándose a los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico interno.

• Si la detención de una persona respeta los requisitos ya citados del ámbito interno y, a pesar de ello, se torna ilegítima por representar un abuso de poder o una medida irrazonable, se trata de una detención arbitraria que vulnera el artículo 7.3 de la Convención.

• Si la detención *no es ilegal ni arbitraria* —esto es, no resulta contraria a las exigencias del 7.2 ni del 7.3—, pero incumple con alguna de las exigencias adicionales previstas en los artículos 7.4, 7.5 y 7.6, entonces es contraria a la Convención y, más precisamente, a alguna de estas tres últimas reglas.

Se trata, claramente, de dos cuestiones absolutamente independientes. Existe el derecho a no ser detenido arbitraria (7.3) ni ilegalmente (7.2). La revisión judicial, por su parte, es el mecanismo de control que colabora a hacer efectivo tales derechos. Pero, como regla, la detención será arbitraria o ilegal *antes* de que la persona detenida se presente ante el juez. En consecuencia, no puede ser el incumplimiento de la exigencia de conducir a la persona detenida ante un tribunal lo que torne arbitraria o ilegal[48] la detención —a menos que la arbitrariedad o ilegalidad surja de la decisión del propio tribunal—. Por estas razones, no se comprende por qué se realiza un análisis automático de ambas cláusulas de manera conjunta.

III. Las Garantías Procesales de la Convención

A. El derecho a ser informado (artículo 7.4)

Como hemos anticipado, el artículo 7.1 garantiza el derecho a la libertad personal de manera incondicionada. Las dos reglas siguientes, en cambio, establecen límites al poder público que prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las detenciones arbitrarias (artículos 7.2 y 7.3, CADH).

Por su parte, las tres reglas siguientes establecen obligaciones de carácter positivo, que imponen exigencias específicas a los agentes estatales responsables de toda detención.

Así, el artículo 7.4 de la Convención dispone: "*Toda persona detenida* o retenida *debe ser informada* de las razones de su detención y *notificada*, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella" (destacado agregado).

Esta disposición, como veremos, no sólo constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de la libertad. Además y especialmente, esta regla tiene como finalidad central posibilitar el ejercicio efectivo del *derecho de defensa* de la persona detenida.

La regla que ahora comentamos tiene, al menos, *tres* particularidades. En primer lugar,

---

nuestro juicio, incomprensible—, resulta claro que el artículo 7.2 trata al derecho constitucional y legal de los Estados parte de un modo distinto, pues exige, exclusivamente, que toda privación de libertad se adecue a las reglas constitucionales y legales del derecho interno, y no a exigencias autónomas contempladas en la Convención.

[48] Sí sería ilegal en el sentido del artículo 7.2 si el derecho interno estableciera la obligación de poner al detenido a disposición del tribunal competente, y quien realiza la detención no cumple con dicho requisito del derecho nacional.

queda claro que el Estado debe cumplir con sus dos deberes, el de informar y, también, el de notificar al imputado en dos supuestos: a) cuando el imputado se encuentra detenido; y b) cuando el imputado es simplemente "retenido", aun si tal restricción es breve.

Esto es especialmente importante porque, en realidad, el artículo 7 sólo puede ser respetado si se aplica en el ámbito interno para toda restricción que reduzca sustancialmente la libertad personal garantizada en la Convención, a pesar del nombre técnico o vulgar que pueda ser usado para determinar restricciones a la libertad personal. Así, por ejemplo, si una persona es "arrestada" en un Estado Parte, éste no puede invocar el hecho de que la denominación local de la restricción a la libertad personal —el "arresto"— no coincide con las reglas de la Convención.[49]

En este sentido, los principios 1 y 4 del "Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión"[50] establecen, respectivamente:

> "Toda persona sometida *a cualquier forma de detención o prisión* será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (Principio 1, destacado agregado).
>
> "*Toda forma de detención o prisión y todas las medidas* que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad" (Principio 2, destacado agregado).

En segundo término, también es claro que el artículo 7.4 impone dos exigencias *diferentes* y *autónomas* en cuanto al deber de informar a la persona que resulta retenida, arrestada o detenida: a) el deber de informar en el acto de restricción de la libertad de las razones de la limitación de su libertad personal; y b) el deber de notificar inmediatamente de la imputación que existe en su contra.

El sentido natural del texto de la regla prevista en el artículo 7.4 distingue ambas exigencias en cuanto a su contenido, formalidades, y oportunidad en que deben ser cumplidas.

La primera exigencia constituye un deber jurídico para el agente estatal que *personalmente* ejecuta la medida que restringe la libertad ambulatoria de alguna persona. El contenido de la obligación de informar consiste en explicar al sujeto de la medida las razones —de hecho y de derecho— que justifican la restricción de su libertad personal.

Así, por ejemplo, el agente policial que arresta a una persona deberá explicarle que ha sido arrestada en virtud de haber sido sorprendida en un supuesto de delito flagrante; o porque un tribunal competente ha librado orden de captura en su contra; o porque ha sido citado al proceso por autoridad competente con autorización, en caso de incomparecencia, de ser conducido por la fuerza pública.

---

[49] Es por esta razón que en el "Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión" se establece: "Para los fines del Conjunto de Principios: a) Por «arresto» se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad[...]", adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, véase http://www.acnur.org/secciones/.

[50] "Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas . . ." *Op. Cit*.

Con esta información, la persona detenida estará en condiciones de dar explicaciones o acreditar circunstancias que le permitan no ser detenido, en el caso, por ejemplo, de que se trate de un error, tal como la existencia de una orden judicial de captura librada contra un homónimo. A diferencia de lo que sucede con la segunda exigencia prevista en el artículo 7.4, este deber de informar no necesita el cumplimiento de requisitos formales.

Sin embargo, la Corte no ha realizado esta distinción, pues en casos tales como *Cantoral Benavides*, señaló que se había violado el deber de informar al peticionario las "razones de su detención", y la "imputación en su contra" debido a que éste pudo acceder a esa información varios días después de haber sido detenido.[51] Este retraso que la Corte consideró ilegítimo significó la violación del artículo 7.4 de la CADH.

Por otro lado, la Corte ha considerado que este deber del Estado de informar incluye a los familiares del detenido. En este sentido, ha resuelto:

> 44. Observa la Corte, de manera preliminar, que no existen en autos evidencias suficientes que permitan dar por ciertas determinadas afirmaciones contenidas en la memoria de la Comisión y al tenor de las cuales, a la víctima y a la familia de la víctima se los mantuvo ignorantes de las razones de la detención, en abierta violación a la previsión del artículo 7.4 de la Convención. Antes bien, consta en los autos que la propia víctima, una vez detenida en el aeropuerto, dijo a sus familiares: 'tengo problemas'; que su hermano Leo Gangaram Panday, en las primeras horas del día siguiente a la detención de referencia, fue informado por la Policía Militar de que la causa de la misma era la expulsión de Holanda de Asok Gangaram Panday y además, que éste le había comunicado al guarda del albergue 'que había sido expulsado de Holanda, aunque él se había reportado con la Policía de Extranjería por su propia voluntad'.[52]

Finalmente, la regla analizada impone el deber de notificar "sin demora, del cargo o cargos formulados" contra la persona detenida o arrestada. Ello significa dos cosas. Por un lado, se trata de un acto *formal* mediante el cual el tribunal competente que está a cargo del caso comunica a la persona detenida, a través de una "notificación", "del cargo o cargos formulados" en su contra.

Este acto reviste mayores formalidades pues la correcta notificación de la imputación es una cuestión especialmente determinante del ejercicio efectivo del *derecho de defensa*, ya que establece el objeto del procedimiento. En este supuesto, se impone el deber de notificar "sin demora" pues, con seguridad, no habrá de ser el juez quien lleve a cabo la detención.

Por último, debemos señalar que la expresión "sin demora" reconoce que la notificación no debe realizarse en el mismo momento de la detención o arresto, esto es, que el juez cuenta con cierto margen temporal para cumplir con la notificación. Al mismo tiempo, la misma expresión distingue este supuesto del anterior, en el cual, precisamente, se impone el deber de informar *en el acto mismo* del arresto, o detención, los motivos que dan sustento a la restricción de la libertad.

B. El derecho a ser llevado ante un tribunal (artículo 7.5)

El artículo 7.5 de la Convención Americana dispone: "Toda persona detenida o retenida

---

[51] Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr. 74.
[52] Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, *Op. Cit*.

debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

La Corte Interamericana analizó, en el caso peruano *Castillo Petruzzi*, la compatibilidad de la legislación peruana de emergencia que autoriza a mantener al detenido sin ponerlo a disposición de un tribunal por un plazo de quince días, prorrogables por otros quince días. Al analizar dichas reglas del derecho interno peruano, la Corte, en ese caso, se limitó a resolver si había habido violación del artículo 7.5 de la Convención:

> 108. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos señala que la disposición del artículo 5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante 'Convención Europea' o 'Convención de Roma') que establece que 'la persona detenida debe ser puesta inmediatamente ante el juez', supone que un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial de este artículo es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte mencionada ha sostenido que si bien el vocablo 'inmediatamente' debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea (Eur. Court H. R., case of Brogan and Others, decision of 23 March 1988, Series A no. 145-B, párrs. 58-59, 61-62).
>
> 109. En este caso, la detención ocurrió en el contexto de una gran alteración de la paz pública, intensificada en los años 1992-1993, debida a actos de terrorismo que arrojaron numerosas víctimas. Ante estos acontecimientos, el Estado adoptó medidas de emergencia, entre las que figuró la posibilidad de detener sin orden judicial previa a presuntos responsables de traición a la patria. Ahora bien, en cuanto a la alegación del Perú en el sentido de que el estado de emergencia decretado implicó la suspensión del artículo 7 de la Convención, la Corte ha señalado reiteradamente que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta 'ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción' (Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8., párr. 38 y Corte I.D.H, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9, párr. 36). Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a 'la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella' (Corte I.D.H, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 86, párr. 21.)
>
> 110. La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que '[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]'.
>
> 111. En el caso concreto, al aplicar la legislación vigente[...] El señor Castillo Petruzzi, por su parte, fue detenido el 15 de octubre de 1993 y puesto a disposición del juez citado el 20 de noviembre del mismo año. Esta Corte considera que *el período de aproximadamente 36 días transcurrido desde la detención y hasta la fecha en que fueron puestos a disposición judicial es excesivo y contradice lo dispuesto en la Convención*.

> 112. Por todo lo expuesto, la Corte declara que *el Estado violó el artículo 7.5* de la Convención".[53]

A pesar de que la ley peruana permitía un plazo de quince días antes de presentar al detenido ante una autoridad judicial, la Corte consideró que esas disposiciones legales violaban el artículo 7.5 de la Convención, que requiere la inmediata presentación del detenido ante un tribunal. Lo mismo sostuvo la Corte en el caso *Cantoral Benavides*:

> 73. En el marco de la lucha contra el terrorismo, el Estado expidió los Decretos Leyes No. 25.475, de 5 de mayo de 1992, referente al delito de terrorismo, y No. 25.744 de 27 de septiembre de 1992, relativo al delito de traición a la patria. El primero de ellos dispuso, en su artículo 12.c), que una persona presuntamente implicada en el delito de terrorismo podía ser mantenida en detención preventiva por un plazo no mayor de 15 días naturales, con cargo de dar cuenta dentro de 24 horas al Ministerio Público y al juez penal. De acuerdo con el artículo 2.a) del Decreto Ley No. 25.744, el mencionado término de 15 días podía ser prorrogado por un período igual sin que la persona fuera puesta a disposición de autoridad judicial. En todo caso esta Corte ha señalado que este tipo de disposiciones contradicen lo dispuesto por la Convención en el sentido de que '[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales'.[54]

La Corte también sostuvo que el hecho de que Cantoral Benavides fue puesto a disposición de la justicia militar no satisfizo las exigencias del artículo 7.5, agregando que tal exigencia sólo fue cumplida cuando el peticionario fue puesto a disposición de la justicia ordinaria en octubre de 1993, y había sido detenido el 6 de febrero del mismo año.[55]

En este sentido, la Corte relaciona estrechamente el derecho a ser conducido inmediatamente ante la autoridad judicial con las demás garantías judiciales. Es por ello que en el caso *Suárez Rosero* manifestó, en relación al 7.5:

> 50. La Corte observa que, conforme al artículo 22.19.h de la Constitución Política del Ecuador, la incomunicación de una persona durante la detención no puede exceder de 24 horas (*supra* párr. 43). Sin embargo, el señor Suárez Rosero fue incomunicado desde el 23 de junio hasta el 28 de julio de 1992 (*supra* párr. 34, aparte d), es decir, un total de 35 días más del límite máximo fijado constitucionalmente.
>
> 51. La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención, y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.[56]

C. El control judicial de la detención

El artículo 7.6 de la Convención Americana establece: "6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza,

---

[53] Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi*, *Op. Cit*., párrs. 108-112 (destacado agregado).
[54] Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*, *Op. Cit.*, párr. 73.
[55] *Ibíd,* párr. 63, a.
[56] Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, *Op. Cit.*, párrs. 50 y 51.

dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

El contenido del artículo 7.6 se comprende si tenemos en cuenta las dos disposiciones anteriores. En efecto, el artículo 7.4 obliga al Estado a informar de las causas de la detención y de los cargos contra la persona detenida. El artículo 7.5, en su primera parte, dispone que toda persona detenida debe ser conducida sin demora ante un funcionario estatal autorizado legalmente para ejercer funciones judiciales.

Nada de esto tendría sentido si no se hubiera regulado el control judicial de la legalidad de la detención. En este punto, resulta llamativo el altísimo nivel de consistencia de los desarrollos jurisprudenciales del sistema interamericano. Tales desarrollos han sido generados tanto en casos contenciosos ante la Corte, en sus opiniones consultivas, como en los informes de la Comisión.

En su *Informe Anual* de 2001, la Comisión resolvió una petición individual contra el Estado de Ecuador que resume de manera sistematizada las principales exigencias que derivan del artículo 7.6. En el caso *Levoyer Jiménez*, la Comisión sostuvo:

> 73. La garantía de acceso a un recurso sencillo y eficaz consagrada en las disposiciones convencionales no se ve satisfecha con la mera existencia formal de los recursos idóneos para obtener una orden de libertad. Según ha señalado la Corte, dichos recursos deben ser eficaces dado su propósito de obtener una pronta decisión sobre la cuestión de la legalidad del arresto o la detención [nota omitida].
>
> 74. Estos derechos constituyen uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática [nota omitida].
>
> 75. Según surge de la prueba documental aportada al expediente, el peticionario acudió en representación de la señora Levoyer Jiménez ante los jueces competentes en reiteradas ocasiones con la solicitud de que se levantara la medida cautelar o se terminara con su detención ilegal. En todos los casos —con excepción de la decisión del 22 de junio de 1998 que ordenó su libertad-- las solicitudes de *habeas corpus* fueron ignoradas o rechazadas tardíamente.
>
> 76. Respecto de la previsión del artículo 25 de la Convención Americana, la Corte se ha pronunciado en el caso *Suárez Rosero*, en los términos que siguen:
>
> > El artículo 25 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. La Corte ha declarado que esta disposición constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.
> >
> > El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. El *habeas corpus* tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida (Caso *Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83) [nota omitida].
>
> 77. Por lo tanto la Comisión, con base a la valoración de las pruebas analizadas que fueran aportadas al expediente por las partes, concluye que se violó el derecho de Dayra María Levoyer Jiménez a acceder a un recurso sencillo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales en los términos de los artículos 7(6) y 25 de la Convención Americana.
>
> 78. Adicionalmente, la Comisión considera necesario realizar un análisis sobre la norma contenida en el artículo 28 de la Constitución ecuatoriana, antes transcrita, que prevé el derecho de *habeas*

> *corpus*, respecto de su adecuación a las previsiones de la Convención Americana. El artículo 7(8) de la Convención, establece claramente que "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención" (énfasis agregado). Sin embargo la norma constitucional ecuatoriana establece que es el Alcalde, cabeza del Ejecutivo Municipal [nota omitida], el que resolverá sobre la legalidad o ilegalidad del arresto.
>
> 79. La revisión de la legalidad de una detención implica la constatación no solamente formal, sino sustancial, de que esa detención es adecuada al sistema jurídico y que no se encuentra en violación a ningún derecho del detenido. Que esa constatación se lleve a cabo por un Juez, rodea el procedimiento de determinadas garantías, que no se ven debidamente protegidas si la resolución está en manos de una autoridad administrativa, que no necesariamente tiene la formación jurídica adecuada, pero que en ningún caso puede tener la facultad de ejercer la función jurisdiccional.
>
> 80. El peligro de que este tipo de resoluciones esté en manos de una autoridad municipal ha sido remarcado por el mismo Tribunal Constitucional de Ecuador, al sostener que:
>
> La legalidad de la detención es lo sustancial en el recurso de *habeas corpus*, y eso es lo que debe analizarse; no la legalidad aparente, sino la legalidad real, en el fondo o en la forma [con énfasis en el original]. En la mayoría de los casos los Alcaldes, seguramente por desconocimiento de las normas constitucionales se limitan a constatar si el detenido está a órdenes de un Juez y si éste ha dictado, aunque sea ilegal y extemporáneamente, orden de detención preventiva, y en base únicamente de ello, después de la audiencia, niegan el recurso de *habeas corpus*, lo que en el fondo implica desconocimiento de lo que representa el derecho a la libertad personal, como importante garantía constitucional [énfasis agregado] [nota omitida].
>
> 81. Esta norma constitucional viola el artículo 7(6) de la Convención Americana. La Comisión considera que es imprescindible que el Estado ecuatoriano tome las medidas necesarias para reformar la legislación en el sentido que se ha analizado, así como también tomar medidas inmediatas necesarias para su puesta en práctica.[57]

Es posible sostener que en este caso la Comisión Interamericana aplicó las exigencias más importantes del artículo 7.6. También es posible sostener que tales exigencias, de carácter procesal, son el presupuesto del respeto efectivo de los demás derechos protegidos por el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. Algunas consideraciones finales

Del breve análisis realizado de algunas de las decisiones más relevantes emanadas de los órganos de control del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, resulta posible extraer algunas conclusiones, si bien provisorias:

- El texto del artículo 7 de la Convención Americana permite una amplia protección del derecho a la libertad personal;

- El artículo 7 de la Convención contiene diversas exigencias sustanciales y formales para proteger la libertad personal;

- En cuanto al contenido sustancial de los conceptos de detención "ilegal" y de detención "arbitraria", algunos de los precedentes más citados son confusos e, incluso, contradictorios. Al menos, no permiten definir con un grado razonable de certeza los límites entre "ilegalidad" y "arbitrariedad";

- En cuanto al tratamiento de las exigencias formales establecidas en los artículos 7.4, 7.5 y 7.6, es posible afirmar que los precedentes no sólo son mucho más consistentes,

[57] CIDH, *Dayra María Levoyer Jiménez c. Ecuador*, *Op. Cit.*, párrs. 73-81.

sino que además, han desarrollado exigencias estrictas capaces de operar como efectivos mecanismos de protección de la libertad personal; y

• La afirmación anterior excluye el tratamiento del plazo razonable del encarcelamiento preventivo, cuestión que, a nuestro juicio, ha sido mal abordada tanto por la Corte como por la Comisión.

Más allá de las críticas, hay que destacar que lo más positivo de la jurisprudencia de los órganos del sistema referida a la protección de la libertad personal reconoce —a diferencia de lo que sucede entre los juristas del ámbito interno— la capital importancia de los mecanismos procesales efectivos de protección de los derechos sustantivos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Martín, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- CAFFERATA NORES, José I., *Limitación temporal a la prisión preventiva*, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, 2ª edición.

- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

- CASSEL, Douglas, *El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva*, en "Revista IIDH", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, nº 21.

- CASTEX, Francisco y FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, *Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, nº 7.

- MALDONADO PAREDES, Antonio, *La pena de muerte y las obligaciones del Estado de Guatemala bajo el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en AA.VV., *Pena de muerte*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1998.

- PASTOR, Daniel R., *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

- PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- POCHAK, Andrea, *El alcance que el sistema interamericano le reconoce a los derechos de los presos*, en AA.VV., *Justicia y derechos humanos*, Ed. Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1998.

- SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A.

UNIDAD I: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

4) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014

Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120–2014–PCNM

PRECEDENTE: EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE DECISIONES

Lima, 28 de mayo de 2014.

VISTO:

El expediente de evaluación integral y ratificación de don Hugo Raúl Villasis Rojas, Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur; interviniendo como ponente, el señor Consejero Pablo Talavera Elguera; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Que, por Resolución N° 850-2005-CNM del 6 de abril de 2005, don Hugo Raúl Villasis Rojas fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Mixto de Campo Verde, Distrito Judicial de Ucayali; habiendo juramentado en el cargo el 19 de abril de 2005; debiendo precisar que, dado que su renuncia fue aceptada el 25 de octubre de 2010 por la Junta de Fiscales Supremos, el título antes indicado fue cancelado a través de la Resolución N° 395-2010-CNM del 12 de noviembre de 2010. Posteriormente, por Resolución N° 428-2011-CNM del 21 de noviembre de 2011, fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur, procediéndose con el acto de proclamación y entrega de título el 11 de enero de 2012. En tal sentido, a la fecha ha transcurrido el período de siete años a que se refiere el artículo 154° inciso 2 de la Constitución Política del Estado para los fines del proceso de evaluación y ratificación correspondiente.

2. Que, por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura se aprobó la Convocatoria N° 001–2014–CNM de los procesos individuales de evaluación integral y ratificación, comprendiendo entre otros a don Hugo Raúl Villasis Rojas en su calidad de Fiscal Adjunto Provincial Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur, siendo el período de evaluación del magistrado desde el 20 de abril de 2005 hasta el 25 de octubre de 2010 y, desde el 12 de enero de 2012 a la fecha de conclusión del presente proceso, cuyas etapas han culminado con la entrevista personal al evaluado llevada a cabo en sesión pública del 26 de marzo de 2014, habiéndose garantizado el acceso previo al expediente e informe individual para su lectura respectiva, respetando en todo momento las garantías del derecho al debido proceso, por lo que corresponde adoptar la decisión.

II. EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA

3. Que, con relación al rubro conducta;

a) El magistrado evaluado no registra medidas disciplinarias en su contra. Asimismo no se han presentado cuestionamientos a su conducta por el mecanismo de participación ciudadana. Por consiguiente, los elementos que corresponden a este parámetro constituyen una evaluación favorable a su conducta.
b) No registra tardanzas o ausencias injustificadas.
c) La información de los referéndums llevados a cabo el año 2013 por el Colegio de Abogados de Lima Sur, y de los años 2006, 2007 y 2008 por el Colegio de Abogados de Ucayali proyectan un resultado satisfactorio respecto a su desempeño como magistrado; de igual forma, no se advierte que haya sido sujeto de sanción, queja o proceso disciplinario alguno por el gremio profesional de abogados que menoscaben la valoración de su conducta.
d) No registra antecedentes negativos de índole policial, judicial, ni penal; asimismo, no se advierten anotaciones sobre sentencias en su contra derivadas de procesos judiciales con declaración de responsabilidad.
e) Con relación a su información patrimonial, de acuerdo con el estudio de sus declaraciones juradas anuales y de la revisión realizada en el acto de su entrevista personal, no se aprecia variación injustificada, habiendo explicado adecuadamente los aspectos relacionados con este parámetro de evaluación y aclarado las dudas surgidas durante el acto de entrevista.

Teniendo en cuenta los parámetros previamente anotados, la evaluación del rubro conducta permite concluir que en líneas generales don Hugo Raúl Villasis Rojas ha observado una conducta adecuada al cargo que desempeña, no existiendo elementos objetivos que lo desmerezcan en este rubro.

III. EVALUACIÓN DE LA IDONEIDAD

4. Que, en lo referente al rubro idoneidad:

a) En el aspecto de calidad de decisiones ha obtenido una calificación promedio de 1.38 sobre un máximo de 2.0, la misma que constituye un indicador aceptable; sin embargo, dado que ciertas disposiciones y otros documentos presentados por el doctor Villasis Rojas han merecido algunas observaciones y/o comentarios por parte del especialista calificador, **el Pleno de este Consejo ha estimado necesario establecer las reglas generales en virtud de las cuales se evaluarán a futuro todas las resoluciones, dictámenes, disposiciones, actas y otros documentos producidos por los magistrados de nuestro país.** Dichos criterios serán desarrollados a partir del fundamento quinto de la presente resolución.
b) En cuanto a la calidad en la gestión de procesos y organización del trabajo, aspectos que se evalúan en forma correlacionada, se advierte una aceptable actuación en la gestión y organización, lo que conjuntamente con el ítem anterior constituye una evaluación favorable.
c) Respecto al ítem celeridad y rendimiento, de la revisión y estudio de la información remitida a este Consejo por el Ministerio Público, se advierte que el magistrado se encuentra desarrollando su función fiscal en forma eficiente.

d) Asimismo, acerca del rubro publicaciones cabe resaltar que el magistrado en mención ha publicado cuatro artículos durante el periodo sujeto a evaluación, lo cual pone de relieve su interés académico.
e) De otro lado, sobre su desarrollo profesional, se aprecia que el evaluado denota un gran interés por mantenerse actualizado, habiendo desarrollado en forma continua cursos de especialización/diplomados en los que ha obtenido notas aprobatorias, destacando los realizados en la Academia de la Magistratura, asimismo, según lo informado por el evaluado en su formato de datos y en su entrevista personal, durante el periodo sujeto a evaluación ha obtenido el título de Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villareal con la tesis titulada *"La imparcialidad de los Jueces Penales y la labor de control del Tribunal Constitucional"*, así como también ha concluido sus estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, incidiendo todo ello directamente en el mejoramiento de su ejercicio fiscal.

En líneas generales, la información e indicadores analizados, así como las respuestas brindadas por el magistrado evaluado sobre este rubro, permiten concluir que cuenta con un nivel de idoneidad aceptable para el desempeño de la función fiscal.

IV. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

IV. 1. Problemática de la calidad de las decisiones

5. El Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura ha podido advertir durante los tres últimos años en que se han desarrollado más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales, que dichos magistrados presentan resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos para la evaluación de la calidad de decisiones en los que frecuentemente incurren en serias deficiencias en su elaboración, caracterizándose, en muchos casos, por la falta de orden, la ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia, incongruencia, insuficiencia argumentativa y por estar plagadas de citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes para la solución del caso concreto.

6. Estas deficiencias tienen como consecuencia directa la disminución de la claridad de la decisión y muchas veces acarrea una baja calificación al ser evaluados por los especialistas. Por otro lado, en lo concerniente al aspecto material, esto es, la fundamentación de la decisión y los recursos argumentativos, se ha observado que los magistrados, en la mayoría de casos, limitan su razonamiento a transcribir el contenido de las normas aplicables al caso, sin efectuar procedimiento interpretativo alguno, sea de subsunción o ponderación de derechos fundamentales. Antes bien, los magistrados suelen reemplazar su razonamiento a través de la transcripción de extractos de la actuación probatoria - testimoniales, pericias, inspecciones, etc.- sin valorar el aporte objetivo de los mismos a su decisión.

IV. 2. Objetivos del precedente administrativo

7. El Consejo Nacional de la Magistratura ha considerado necesario emitir un precedente administrativo a fin de establecer las reglas generales conforme a las cuales se evaluarán tanto las resoluciones judiciales, dictámenes, disposiciones fiscales, así como las actas y otros documentos producidos por los magistrados en el ejercicio de sus funciones, las mismas que se guiarán por los criterios de orden, claridad, coherencia, congruencia y adecuada fundamentación jurídica, contenidos en la Ley de la Carrera Judicial.

8. El Pleno de este Consejo tiene la firme convicción que con la emisión de este precedente administrativo se alcanzarán los siguientes objetivos: ***i)*** limitar el empleo innecesario de elementos argumentativos, los mismos que antes de buscar una optimización de la función jurisdiccional y la correcta administración de justicia, buscan justificar la actuación del magistrado en determinadas resoluciones, con miras a obtener una mayor calificación al momento de ser evaluados por este Consejo; ***ii)*** incentivar el uso del lenguaje claro -sintáctica y ortográficamente correcto -, y coherente con las necesidades argumentativas propias del caso concreto; ***iii)*** promover la capacidad de síntesis de los magistrados al momento de exponer su comprensión del caso concreto; ***iv)*** estimular la capacidad de análisis lógico al momento de fundamentar las decisiones; y, ***v)*** asegurar el cumplimiento de las exigencias y requerimientos formales que la ley establece para la validez de las resoluciones judiciales y fiscales.

   En las próximas líneas desarrollaremos cada uno de los criterios que, a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución, serán tenidos en cuenta al momento de evaluar la calidad de decisiones de todos los jueces y fiscales del país.

IV.3. Criterios generales

9. El Consejo Nacional de la Magistratura considera que las resoluciones judiciales, dictámenes y disposiciones fiscales, así como las actas deben ser elaboradas y por lo tanto evaluadas conforme a los criterios generales establecidos en el artículo 70° de la Ley de la Carrera Judicial, en concordancia o complementados por los requisitos y formalidades exigidas por el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal, el Código Procesal Civil, el Código Procesal Constitucional, la Ley Procesal de Trabajo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público, y demás Códigos y leyes especiales, conforme a las especialidades u órdenes jurisdiccionales o fiscales, así como los diversos niveles de la magistratura.

10. Una resolución o dictamen es de buena calidad y por ende refleja un buen desempeño en la magistratura, si cumple con las exigencias o requisitos que la ley establece para su validez; de modo tal que, no basta que haya un orden o claridad en la misma, se requiere que se encuentre motivada según los parámetros que las leyes estipulan. Así, por ejemplo, una sentencia condenatoria no será de calidad, si se ha omitido una motivación acerca de la subsunción jurídica o calificación penal o sobre la determinación judicial de la pena, siendo que este último aspecto es relevante por la consecuencia jurídica sobre el derecho fundamental a la libertad y otro.

IV.4. Evaluación de la comprensión jurídica del problema

11. Las resoluciones y dictámenes fiscales deben ser ordenados, claros, llanos y caracterizados por la brevedad en su exposición y argumentación. No se trata de que una resolución conste de muchas páginas para cumplir con la exigencia constitucional de una debida motivación. Se trata mas bien de que sea suficiente, es decir, que se analicen y discutan todas las pretensiones, hechos controvertidos o las alegaciones jurídicas de las partes con el carácter de relevantes. Se deben evitar párrafos y argumentos redundantes, fórmulas de estilo o frases genéricas sin mayor relevancia en la solución del problema planteado; así como, la mera glosa o resumen de todas las pruebas practicadas en las fases del proceso, sin efectuar el razonamiento probatorio correspondiente.

12. Con relación a su aspecto formal, una resolución, dictamen o disposición es de calidad cuando evidencia cuidado en la redacción del documento, es decir, que reduce en la mayor medida posible los errores provenientes del mal uso del lenguaje escrito tales como: el mal uso de las reglas de ortografía y de puntuación. Sin embargo, esto no basta para denotar calidad en la redacción del documento, para ello el magistrado también deberá tener cuidado en la construcción de oraciones y concatenación de argumentos. Se ha observado que los magistrados redactan párrafos interminables que contienen argumentos distintos, y hasta contrapuestos, pero que solo se encuentran divididos por una coma. Ello hace difícil determinar cuál es la conexión de los argumentos y su relevancia para la toma de la decisión. Por tanto, una resolución de calidad, deberá ser correcta en lo referente al manejo del lenguaje escrito, así como en la coherencia de los enunciados que la conforman.

13. La comprensión jurídica del problema y la calidad de la exposición o argumentación, además de sujetarse a los criterios de orden, claridad, así como del correcto uso del lenguaje coloquial y jurídico, debe contener la identificación y descripción del tipo de problema a resolver, es decir, si se trata de un problema sobre fijación de los hechos materia de discusión, de prueba, de interpretación o de calificación jurídica. Asimismo, se tiene que determinar si el caso que se pretende resolver es un caso fácil, un caso difícil o un caso trágico, ya que según la magnitud del problema o de los puntos en discusión se tendrá que desarrollar una mayor o menor argumentación jurídica.

14. Por otro lado, debe tomarse en cuenta si se trata de una decisión de primer grado o de resolver un medio de impugnación (v. gr. recurso de apelación, nulidad, queja o casación). Cuando se trata de decisiones judiciales o fiscales que resuelven impugnaciones debe respetarse la fijación de los agravios y fundamentos planteados por el recurrente y lo que se sostuvo en la decisión recurrida, a fin de que se dé cabal respuesta a cada uno de ellos, evitando en todo momento las incongruencias omisivas de carácter recursivo (véase Exp. Nº 04295-2007-PHC/TC caso: Luis Eladio Casas Santillán).

IV.5. Evaluación de la coherencia lógica y solidez de la argumentación

15. Toda resolución, dictamen, disposición y acta debe ser coherente desde una perspectiva lógica, esencialmente con ausencia de contradicciones, así como respetar los principios lógicos (v.gr. identidad, tercio excluido y razón suficiente). Es de advertir que la coherencia lógica de una resolución se refiere a la corrección del procedimiento deductivo (justificación

interna), ya sea de las premisas fácticas o normativas, por lo que a un determinado caso se le pretende aplicar una o varias disposiciones jurídicas a fin de establecer una determinada consecuencia.

16. Una resolución que cumpla con el estándar de motivación suficiente debe contener una síntesis de la problemática del caso; cómo es que el magistrado llegó a identificar la norma aplicable, el procedimiento integrador (v.gr. analogía en los casos que la ley faculta) o el desarrollo continuador del derecho; por qué es que considera que el supuesto de hecho descrito en la disposición normativa se dio en el caso concreto –fundamentación del marco fáctico-; y por último, la derivación lógica de la consecuencia jurídica a partir de las premisas precedentes. La estructura lógica de la argumentación debe respetar los criterios de razonamiento deductivos, inductivos o de abducción, sea que se empleen en el análisis de las premisas normativas, fácticas o probatorias.

17. La solidez de la argumentación se predica no solo de las premisas normativas (interpretación o calificación jurídica) sino también respecto al juicio fáctico. Lo importante aquí es resolver el problema planteado y que requiere una respuesta adecuada, ceñida al ordenamiento jurídico como un elemento consustancial al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Como se ha dicho anteriormente, dependerá del problema jurídico a tratar. Así por ejemplo, en el caso de una sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas, la argumentación estará referida al problema probatorio, por la ausencia de medios de prueba o por la falta de credibilidad o fiabilidad de los medios de prueba actuados o porque los mismos carecen de legitimidad. Lo mismo ocurre cuando se acude a determinado estándar probatorio, sea el de probabilidad prevaleciente o de duda razonable, según se trate del campo del derecho.

18. Sobre la solidez de la argumentación en relación al razonamiento probatorio, es lugar común, que las decisiones judiciales y fiscales contengan un déficit argumentativo ya que no se consignan las apreciaciones razonadas de cada uno de los medios de prueba ni las inferencias empleadas para arribar a las conclusiones, antes bien, la práctica es consignar de manera resumida cada uno de los medios de prueba practicados, sin que siquiera se señalen cuáles son los hechos que se declaran probados. Dicho de otro modo, resumir o sintetizar los medios de prueba no es motivar acerca de la valoración de la prueba. Al respecto se debe tener en cuenta, en el caso de las resoluciones judiciales, los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, asunto Giulliana Llamoja Hilares, y en el caso de las disposiciones fiscales la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso J contra Perú de 27 de noviembre de 2013 (F.J. 293).

19. No será sólida aquella argumentación (judicial o fiscal) que no se pronuncie sobre las alegaciones o tesis que refuten la que es acogida en la resolución judicial, dictamen o disposición fiscal. Es lugar común en la justificación de las decisiones judiciales y fiscales que no se motive sobre las hipótesis alternativas o las alegaciones orientadas a la desacreditación de las pruebas o de los órganos de prueba. Toda motivación de la decisión debe cumplir con el principio de completitud, sin que por ello la argumentación deba ser sobreabundante, farragosa o redundante, antes bien, se puede cumplir con dicho principio motivando con claridad y brevedad.

IV.6. Evaluación de la congruencia procesal

20. La congruencia procesal es evaluada a partir de una comparación con la parte decisoria, esto es, que la resolución o dictamen se pronuncien respecto de todas las partes y por todas las pretensiones (o imputaciones), según la especialidad. Se exige también que la resolución o dictamen argumente y se pronuncie sobre cada una de las exigencias, requisitos o presupuestos exigidos por la ley; así por ejemplo, será incongruente una resolución que suspende la ejecución de la pena, sin motivar sobre la naturaleza de los hechos y/o los antecedentes del acusado y sus posibilidades de cumplir con el régimen de prueba, o la resolución judicial que no se pronuncia sobre el comiso definitivo de los bienes incautados con carácter coercitivo. No se trata aquí de exigirle al magistrado la observancia de cuestiones abstractas, modélicas o dogmáticas, sino el cumplimiento estricto de la ley.

IV.7. Evaluación de la fundamentación jurídica y manejo de la jurisprudencia

21. Sobre el manejo de la jurisprudencia y doctrina, se deberá de evitar consignar citas innecesarias o carentes de relevancia –en la solución del problema- a efectos de la toma de decisión. En el conocimiento de alrededor de más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, hemos advertido que el recurso a la doctrina y a la jurisprudencia es visto muchas veces como una oportunidad no solo de reemplazar los argumentos del magistrado por los de algún autor reconocido o por el pronunciamiento de algún órgano superior, sino que además, es aprovechado como una oportunidad para demostrar el grado de información que aparentemente maneja el magistrado y así pretender una mayor calificación al momento de ser evaluada su decisión, descuidando, no en pocos casos, la corrección de su decisión.

22. En algunos casos hemos detectado que la jurisprudencia citada en las resoluciones judiciales o dictámenes fiscales es insustancial o irrelevante al caso o problema a elucidar, limitándose a emplear la jurisprudencia únicamente como adorno, gorro introductorio o para destacar aspectos tangenciales al caso. Similar deficiencia argumentativa se advierte en el uso de la doctrina o dogmática. La misma no es empleada para respaldar alguna discusión o debate sobre algún supuesto de hecho de un texto legal o la aplicación de una institución dogmática a un caso concreto no regulado expresamente; antes bien, se emplea como adorno o mera cita introductoria que no incide en la argumentación que fundamenta el fallo o decisión. Evidentemente, el uso impertinente e innecesario de determinada jurisprudencia o doctrina incidirá negativamente en el puntaje a obtener por cada decisión presentada por el magistrado evaluado.

23. Estimamos que lo sustancial es evaluar la fundamentación jurídica de cada resolución judicial, dictamen o disposición fiscal, la plausibilidad de la disposición legal seleccionada, su interpretación y aplicación – subsunción –; y, en materia penal, además, el caso de los concursos, sea el aparente de leyes o el del concurso real o ideal de delitos. No es propósito del Consejo Nacional de la Magistratura ni debe serlo para los magistrados, que sus resoluciones o dictámenes estén plagados de citas doctrinarias o jurisprudenciales, lo que en buena cuenta demandaría de los mismos mayor tiempo en la redacción de las resoluciones y dictámenes. Lo que se predica de las resoluciones y dictámenes es su

claridad, brevedad y suficiencia, tanto más si ahora se vienen afirmando los modelos procesales orales, por consiguiente, todos debemos contribuir a la resolución de los casos con celeridad y el manejo de una adecuada comunicación de las decisiones.

24. Es de advertir que lo antes dicho no enerva que los órganos judiciales de última instancia desarrollen doctrina jurisprudencial con un adecuado nivel de argumentación, pero en modo alguno sus decisiones deben convertirse en artículos o monografías de corte académico, en donde en lugar de expresar interpretaciones y valoraciones propias, los magistrados recurren a citas de autores y jurisprudencia, incluso de sistemas jurídicos ajenos a nuestra realidad normativa.

V. FACULTAD NORMATIVA PARA ESTABLECER EL PRECEDENTE

25. Que, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prevé la institución de los precedentes administrativos, definiéndolos como los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, los que serán de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. En tal sentido, por la trascendencia de los criterios establecidos desde el fundamento quinto al vigésimo cuarto de la presente resolución, resulta indispensable fijar los mismos como precedente administrativo que se tendrá en cuenta en los procesos individuales de evaluación integral y ratificación a partir del día siguiente de su publicación.

VI. CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE EVALUACIÓN Y RATIFICACIÓN

26. Que, de lo actuado en el proceso de evaluación integral y ratificación ha quedado establecido que don Hugo Raúl Villasis Rojas es un magistrado que evidencia buena conducta y dedicación a su trabajo, lo que se verificó tanto en la documentación obrante en autos como en el acto de entrevista personal; asimismo, denota contar con las competencias suficientes y necesarias para el desempeño de la función fiscal por lo que se puede concluir que durante el periodo sujeto a evaluación ha satisfecho en forma global las exigencias de conducta e idoneidad. De otro lado, este Consejo también tiene presente el examen psicométrico (psiquiátrico y psicológico) practicado al evaluado.

27. Que, por lo expuesto, tomando en cuenta los elementos previamente glosados, se determina la convicción unánime del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en el sentido de renovar la confianza al magistrado evaluado.

En consecuencia, el Consejo Nacional de la Magistratura en cumplimiento de sus funciones constitucionales, de conformidad con el inciso 2 del artículo 154° de la Constitución Política del Perú, artículo 21° inciso b) y artículo 37° inciso b) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, y artículo 36° del Reglamento del Proceso de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado por Resolución N° 635-2009-CNM, y al acuerdo por unanimidad adoptado por el Pleno en sesión del 26 de marzo de 2014, cuyos términos fueran ampliados mediante acuerdo del 28 de mayo de 2014.

N° 120–2014–PCNM

RESUELVE:

Artículo primero.- Renovar la confianza a don Hugo Raúl Villasis Rojas y, en consecuencia, ratificarlo en el cargo de Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur.

Artículo segundo.- Establecer como precedente administrativo los fundamentos 5 al 24 de la presente resolución, que es de obligatorio cumplimiento para la evaluación integral y ratificación de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en las convocatorias que se realicen a partir de la fecha.

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.

PABLO TALAVERA ELGUERA

LUIS MAEZONO YAMASHITA

GASTON SOTO VALLENAS

VLADIMIR PAZ DE LA BARRA

LUZ MARINA GUZMAN DIAZ

GONZALO GARCIA NUÑEZ

MAXIMO HERRERA BONILLA

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

1) “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay. San Martín Castro, César.
2) La verificación coercitiva. La confirmación, demostración y convicción respecto de la peligrosidad procesal del imputado. Diego Dei Vecchi.
3) Límites normativos a la prisión preventiva. Diego Camaño Viera.
4) La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gonzalo Del Río Labarthe
5) Casación 626-2013-Moquegua.
6) Circular sobre prisión preventiva N° 325-2011.

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

1) **“La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay. San Martín Castro, César.**

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

César San Martín Castro (Perú) *

La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos

I. Introducción

1. Alcance de la Libertad personal y delimitación de sus restricciones

1. Apunta Gimeno Sendra que, de los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado, y que ésta es la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación.[1] En esta perspectiva, la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que, como resalta Andrés Ibáñez, "incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica".[2] El origen de este derecho fundamental, ha sostenido el Tribunal Constitucional del Perú,[3] está en la dignidad humana, de modo que como seguridad a su reconocimiento tiene una naturaleza expansiva. Por ello es que, tanto las constituciones nacionales cuanto los tratados sobre derechos humanos, siguiendo a Gimeno Sendra, configuran de tal manera el derecho a la libertad personal, que la actividad de los tribunales no permanece en un mero nivel de control *a posteriori* de los actos del Poder Ejecutivo —en concreto, de la policía y extensivamente de otro órgano que carece de potestad jurisdiccional—, al punto que el denominado principio de "autotutela administrativa" no puede alcanzar la privación de la libertad personal, pues a la administración le

---

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] *El proceso de hábeas corpus*, 1996, p. 15.

[2] *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, 1996, p. 19.

[3] Asunto *Pérez Tapia*, STC, 17.6.1998.

está vedado dictar acto alguno que pudiera limitar su libre ejercicio; los tribunales, en suma, ostentan no sólo la última, sino también la primera palabra.

2. Cuando los tratados sobre derechos humanos y las constituciones nacionales hacen referencia a la "libertad personal" y a la "seguridad personal", ello significa —al decir de Faúndez Ledesma—, respecto a la primera noción, la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda noción, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar la arbitrariedad en su interpretación.[4] En esta misma línea, Newman y Vasak indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certidumbre de que ese estado continuará disfrutándose, aunque aclaran que el Estado debe tener la capacidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, recurriendo a privarlos de su libertad.[5]

3. En tanto se entiende, como es obvio, que la privación de libertad es una limitación de un derecho fundamental, la doctrina jurisprudencial del TEDH, por ejemplo, ha venido sosteniendo reiteradamente que, si bien la libertad personal es limitable,[6] tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin.[7] La CIDH, por su parte, tiene dicho que el Estado está obligado a no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal tiene un carácter *cautelar*.[8] De modo más general, la CIDH ha fijado las siguientes condiciones para una correcta restricción de los derechos humanos:[9] 1) que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que éstos permitan; 2) que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y 3) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que ésta obedezca a razones de interés general y no se aparte del propósito para el cual ha sido establecida. La CIDH, en un asunto contencioso,[10] precisó que las restricciones, aun cuando se amparen en una ley, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. Como dice la Comisión Andina de Juristas, las restricciones requieren de leyes que en última instancia no contradigan el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.[11] La

---

[4] *Derecho a la libertad y seguridad personal*, 1991, pp. 144-151.

[5] *Ensayos sobre derechos humanos*, 1990, p. 237.

[6] Caso *Buckley*, sentencia del TEDH, 25.9.1969.

[7] Caso *Handyside*, sentencia del TEDH, 7.12.1976.

[8] Caso *Suárez Rosero*, sentencia de la CIDH, 12.11.1997, párrafo 77.

[9] Asunto *Expresión* leyes *en el artículo 30° de la Convención*, opinión consultiva OC-6/86, 9.5.1986.

[10] Asunto *Gangaram Panday*, sentencia de la CIDH, 21.1.1994.

[11] Comisión Andina de Juristas, *Protección de los derechos humanos*, 1997, pp. 40-41.

proporcionalidad es un canon necesario cuando se limitan derechos y requiere que una actuación pública coercitiva deba ser conducente, necesaria y adecuada al fin propuesto.

4. Este cuidado que debe adoptarse cuando se trata de la libertad personal obliga a estimar, como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú,[12] una interpretación de las normas concernidas de manera teleológica, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual, proscribiendo que por vía judicial se incorporen supuestos de detención no contemplados en la ley.

5. Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad a una persona parten, como es lógico, de una directiva fundamental: ésta no habrá de ser la regla en un proceso penal[13] —esto es, del principio de excepcionalidad—. Si bien dicha norma no ha sido incorporada a la CADH, la CoIDH la ha reconocido, insistiendo en que la libertad del procesado debe ser la regla y subrayando que la naturaleza excepcional se sustenta en tres razones: el derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa.[14] A partir de allí, igualmente, se considera —especialmente la CoIDH— que la detención imputativa o prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías jurídicas, en tanto se aísla al imputado y se lo separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral, se le entorpece el ejercicio de su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contraargumentos, así como de estructurar y preparar su defensa, al punto que si la privación de libertad dura mucho el tribunal tiende a concebir que está frente a culpables.[15]

2. Jerarquía del DIDH y, en concreto, de la CADH

1. La necesidad de compatibilizar las legislaciones internas y las prácticas de los órganos de control penal con el DIDH no constituye un ejercicio teórico o académico. Como sabemos, el derecho internacional ya no sólo tiene la clásica función de regular las relaciones entre Estados, sino que, como acota Pastor Ridruejo,[16] tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. Y, como existe una dicotomía, dos ordenamientos jurídicos —internacional e interno—, es necesario saber, como dice Diez de Velasco, si entre uno y otro existen o no relaciones, y si se da o no una subordinación entre los dos grupos de ordenamiento;[17] y, asimismo, en

[12] Asunto *Sihuay Morales*, STC, 11.4.2001, FJ 2.
[13] Cf. artículo 9°.3 del PIDCP.
[14] Informe de la CoIDH 12/96, párrafo 84.
[15] Informes de la CoIDH 2/97, párrafos 7, 48 y 49, y 12/96, párrafos 78, 81 y 83.
[16] *Curso de derecho internacional público*, 1986, p. 160.
[17] *Instituciones de derecho internacional público*, 1996, p. 211.

palabras de Jiménez de Aréchaga, si la norma internacional se incorpora o no automáticamente al derecho interno de los Estados.[18]

2. La respuesta en materia de DIDH, en el ámbito de la CADH, como luego se demostrará es, en el primer punto, la subordinación del derecho interno al derecho internacional y, en el segundo punto, la tendencia en las constituciones latinoamericanas a la incorporación automática del derecho internacional al derecho interno. Una premisa importante para destacar este hecho viene dada, de un lado, por el hecho de que los tratados de derechos humanos establecen derechos para los individuos e imponen obligaciones a los Estados partes: los Estados, como dice la CADH, se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[19] De otro lado, dicen Novack y Salmón[20] que tales tratados tienen una vocación progresiva o de desarrollo, esto es, que los derechos reconocidos constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado, el cual puede ampliarlos dada su vocación expansiva. A ello se agrega, desde la interpretación, una nota especial: las normas internacionales sobre derechos humanos tienen la vocación de aplicarse básicamente dentro del propio Estado a través de los entes que tengan, de acuerdo con la normativa interna, competencia para ello; el juez nacional, expone Medina,[21] al interpretar una norma de derechos humanos en la materia, debe tener en cuenta tanto las normas como la jurisprudencia internacional que la ha desarrollado.

3. Más allá del debate doctrinario al respecto, consideramos, siguiendo a Novak Talavera, que la teoría del *monismo moderado* ha venido prevaleciendo en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: 1) que el derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado, según el derecho consuetudinario internacional, ni sobre sus obligaciones, según el derecho internacional convencional, y 2) que un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para el cumplimiento de estas obligaciones. De igual manera, la Corte Internacional de Justicia ha establecido la plena aplicación del principio fundamental de derecho internacional de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.[22] De otro lado, sobre esas mismas premisas, la CPJI decidió que una sentencia interna no puede invalidar, directa ni indirectamente, una sentencia dictada por una instancia internacional.[23] Es más, según la sentencia de

---

[18] *Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, 1962, p. 111.

[19] Opinión consultiva OC-2/82, de 24.9.1982.

[20] *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, 2000, p. 62.

[21] *El derecho internacional de los derechos humanos*, 1996, p. 79.

[22] Asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje relativo a la sede de la ONU*, SCIJ, 26.4.1988.

[23] *Derecho internacional público*, 2000, pp. 547-548.

la CPJI de 25.5.1926, desde el derecho internacional las leyes internas y las decisiones de sus órganos internos son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado.[24]

4 La citada doctrina del *monismo relativo* postula que las normas internas y decisiones judiciales o administrativas contrarias al derecho internacional no engendran nulidad automática de éstas: no puede obligarse a su anulación o derogación; en el plano nacional son válidas, pues, como dice Dupuy, esta doctrina asume una lógica derivada del reconocimiento de la soberanía de todo Estado, aunque es claro asimismo que engendran la responsabilidad internacional del Estado.[25]

5. Sin embargo, la CIDH, cuando se trata de normas que afectan los derechos humanos, opta por un *monismo radical*, doctrina que defiende la nulidad de las normas internas opuestas al derecho internacional (amén de que sus sentencias no son sólo declarativas sino sentencias declarativas de condena). Así lo estableció en el asunto *Barrios Altos*, al declarar que dos leyes de amnistía dictadas por el Gobierno peruano —en rigor, de autoamnistías por "liberar" a violadores de derechos humanos— son incompatibles con la CADH y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.[26] Con mayor precisión en la sentencia del mismo caso sobre interpretación de la sentencia de fondo, la Corte anotó no sólo que su decisión tiene efectos similares en los casos de aplicación de esa legislación que atenta contra la Convención; agregó:

> En cuanto al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este tribunal ha señalado en su jurisprudencia que […] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación de las garantías previstas en la Convención.[27]

6. García Belaunde, comentando estos fallos relacionados con el asunto *Barrios Altos*, considera que la CIDH lo que hizo fue inaplicar las dos leyes cuestionadas, que es una técnica similar al *judicial review* estadounidense, que consiste en dejar la ley intacta pero declarar que no es aplicable.[28] Empero, estimo que al extender sus efectos a casos similares donde se aplicaron dichas leyes y señalar expresamente que el Estado tiene el deber de suprimirlas de su ordenamiento jurídico, hizo algo más que limitarse a inaplicarlas: las consideró nulas de pleno derecho y, con ello, declaró no sólo la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que ordenó la expulsión de estas leyes del ordenamiento jurídico peruano.

---

[24] Novak Talavera, *Introducción al derecho internacional público*, 2000, pp. 550.

[25] *Derecho internacional público*, 1998, pp. 371.

[26] Sentencia de la CIDH, 14.3.2001, párrafo 51.4.

[27] Sentencia de la CIDH, 3.9.2001, párrafo 17, con referencias a tres fallos —5.2.2001 (párrafos 85-87), 16.8.2000 (párrafo 137) y 30.5.1999 (párrafo 207)— recaídos en los asuntos *La última tentación de Cristo*, *Durand y Ugarte* y *Castillo Petruzzi.*

[28] *Amnistía y derechos humanos*, 2002, p. 125.

7. Por consiguiente, esta doctrina *monista radical* de la CIDH obliga a conocer los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH, dado que la Convención, y la jurisprudencia que de ella dimana, se superponen al derecho interno. En consecuencia, no acepta que un Estado a través de leyes, sentencias o actos administrativos vulnere el orden internacional de los derechos humanos, estimando que tales leyes, sentencias o actos administrativos son nulos o carecen de efectos jurídicos. Ello es tan así que, como advierte Quiroga León:

> Un Estado que pretenda ir a contramano con el desarrollo y protección de los derechos humanos será un Estado que va a hipotecar su desarrollo y viabilidad en la realidad mundial actual y deberá asumir no sólo las sanciones jurídicas, morales e imposiciones de los diversos órganos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos fundamentales, sino también consecuencias de orden económico y político: sin respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos ningún Estado podrá obtener ayuda económica ni legitimidad política, interna y externa.[29]

II. DIDH y detención imputativa

1. Condición general de la privación de la libertad personal

1. El artículo 7° de la CADH, norma matriz de la protección de la libertad personal, luego de reconocer taxativamente ese derecho en el inciso 1°, en tanto exigencia fundamental tutelada —en palabras de Pedraz Penalva—, establece, en primer lugar (inciso 2°) que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y, en segundo lugar (inciso 3°), que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

2. La CADH, a diferencia del CEDH, no delimita las hipótesis que autorizan la privación de la libertad. Es obvio que una —solo una— causa legítima, de las muchas existentes, es la "detención por razones de punibilidad", la cual está vinculada, de un lado, a la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la comisión de un delito y, de otro lado, a la necesidad de poner una persona a disposición judicial bajo cargos de comisión de un delito y de mantenerla en esa condición durante la pendencia de la causa, *que es el punto clave de nuestra disertación*. De inicio es de precisar que, cuando se invoca esta modalidad de detención, como decidió el TEDH, 1) no sólo se requiere acudir a una interpretación estricta, sino que 2) únicamente es aceptable en el marco de un proceso penal, y 3) no está permitido hacer uso de medidas de prevención aun con objetivos tan trascendentales como la lucha contra la delincuencia organizada.[30]

---

[29] *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, 2003, p. 64.

[30] Sentencias del TEDH asuntos *Ciulla*, 22.2.1989, párrafos 38 y 41; *De Jong, Baljet y Van DenBrink*, párrafo 44; *Boumar*, 29.2.1988, párrafo 43; y, *Guzzardi*, 6.11.1980, párrafo 102.

3. Existen, reitero, otros ámbitos legítimos de privación de libertad, que según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas están vinculados, por ejemplo, al control de la inmigración, a motivos de salubridad pública, a catástrofes o a la protección del orden público.[31] En estos casos, siguiendo a Herrero Tejedor, se está frente a las denominadas *detenciones funcional-operativa*, *funcional-preventiva y procedimental-administrativa para fines extradicionales*, de las que no nos vamos a ocupar aquí.[32]

Desde una perspectiva general, es de tener presente, en primer lugar, el requisito de constitucionalidad y de legalidad tanto para establecer quién puede privar de la libertad a una persona, como para determinar los motivos —razones— y procedimientos legitimantes; y, en segundo lugar, la exigencia de evitar detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

4. La ley es la que debe fijar los motivos y el procedimiento que han de utilizarse para restringir la libertad personal. El término *ley* ha sido definido por la CIDH[33] como una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la conformación de leyes. Aun cuando el término asume una concepción formal de ley, posteriormente es matizado:

> Este planteamiento no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones se encuentren autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la CADH.[34]

La ley, en todo caso, debe tener un contenido material de modo que satisfaga un principio elemental de toda medida coercitiva: la *primacía de la ley y del derecho*, en cuya virtud la ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención.[35]

5. La autoridad competente para ordenar una privación de libertad no está fijada en la CADH; son las constituciones o las leyes las que lo hacen. Pero, en todo caso, el sujeto activo de la medida debe ser una autoridad pública habilitada por la ley para hacerlo (por lo general, los jueces, y los fiscales o los policías, estos últimos en condiciones muy limitadas o por razones de urgencia, que es lo que constituye una *reserva legal de competencia coercitiva*). Es de entender, como apunta Schlüchter, que las limitaciones por razones de persecución penal constituyen actos de autoridad

---

[31] Observación general n° 8, NN UU: HRI/GEN/1, 4.9.1992.

[32] *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, 1994, pp. 18-23.

[33] Véase OC 6/86, párrafo 24.

[34] Ibídem, párrafo 36.

[35] Schlüchter, *Derecho procesal penal*, 1999, pp. 65.

que interfieren o intervienen derechos fundamentales de una persona contra la voluntad del afectado,[36] por lo que el sujeto que las imponga debe estar expresamente habilitado por la ley para hacerlo y formar parte de un cuerpo funcionarial concreto.

6. Asimismo, una privación de libertad es admisible en tanto se ajusta al ordenamiento jurídico interno, al procedimiento establecido por la ley. Aclara en este punto Pedraz Penalva que la "regularidad" de la privación de libertad exige no sólo que sea conforme a la norma procesal sino también a la material. La CIDH[37] insiste en este punto, al decir:

> […] nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley [aspecto material], pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma [aspecto formal].

Ello importa que los órganos supranacionales[38] ponderarán la legalidad de las medidas normativas adoptadas, la justificación del Estado al decretarlas, como también la necesidad específica en su concreta aplicación aun por órganos jurisdiccionales. No sólo se trata de que la ley determine con claridad los supuestos que habiliten una privación de libertad, sino que, como aclaró el TEDH,[39] es menester justificar su estricta conformidad al objetivo concreto perseguido mediante esa restricción; análisis general que no sólo es requerible en el momento inicial de la adopción de la medida sino que ha de subsistir durante todo el tiempo de su permanencia.[40]

7. La privación de libertad no ha de ser *arbitraria*, concepto que es más amplio que *detención ilegal*, pues comprende supuestos de detención amparados en una ley, pero que se contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. De conformidad, parcialmente, con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos,[41] una detención será arbitraria cuando se dicte "conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad". No consideramos que sea arbitraria una detención dictada por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, pues en ese caso —según la propia dicción de la frase— se tratará de una detención ilegal.

Cabe destacar, conjuntamente con O'Donnell,[42] quien se apoya en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que las limitaciones a la libertad personal sólo son aquellas que prevé la ley, la misma que se dictará con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de

---

[36] Ibídem, p. 64.
[37] Sentencia de la CIDH, asunto *Gangaram Panday*, 21.1.1994, párrafo 47.
[38] Como se anotó en la sentencia del TEDH, asunto *Müller*, 24.5.1988, párrafo 32.
[39] Asunto *Weeks*, 2.3.87, párrafo 42.
[40] *El derecho a la libertad y seguridad —artículo 5° del CEDH—*, 1996, pp. 98-101.
[41] Informe n° 44/79, párrafo 17.
[42] *Protección internacional de los derechos humanos*, 1988, p. 125.

los demás y de satisfacer las justas exigencias del orden público y el bienestar general de una sociedad democrática, por lo que cualquier ley sobre detención o prisión que sea contraria a ese fin debe considerarse objetable desde el punto de vista de los artículos 9° y 29°, párrafo 2, de la Declaración Universal.

8. Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, Roxín[43] apunta lo siguiente: 1) que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual*, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) que la privación de libertad, entre la que destaca la prisión preventiva, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual —insiste— deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y 3) que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano.

2. Ordenamiento de la detención imputativa

1. Un primer supuesto de privación de libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, es la denominada por Moreno Catena *detención imputativa*. Se trata de toda privación de libertad deambulatoria de duración muy breve dispuesta por la autoridad judicial (jueces y fiscales) o la policía en funciones de policía judicial, en los casos previstos legalmente y cuya única finalidad es asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada. Sus notas características son las siguientes: a) tiene un carácter preventivo —en función del plazo y de su objeto—; b) constituye una situación de efectiva privación de libertad deambulatoria; y c) es una verdadera medida cautelar —o, mejor dicho, provisional penal—, al basarse en la imputación de un delito, al imponerse únicamente al sujeto reputado responsable y al estar preordenada en función de la incoación de un proceso penal para garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*.[44]

2. Cabe aclarar, desde el derecho procesal penal, que hoy en día se entiende, a los efectos de la protección de los derechos humanos, de la garantía de los estándares mínimos previstos en los artículos 14° del PIDCP y 8° de la CADH —expresión que importa la existencia de mínimos que obligatoriamente deben regir en cualquier modelo de proceso penal—, que éstos rigen, como puntualiza Tiedemann,[45] desde el inicio del proceso, con lo que se evitan fraudes de ley y abusos; y que el "*inicio del*

---

[43] *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 249, 257-258.

[44] *El proceso penal*, 2000, p. 1559.

[45] *Trece tesis para un derecho procesal moderno orientado en los derechos humanos*, 2003, pp. 207.

proceso" no depende de una resolución formal del juez o de la fiscalía, sino de la efectiva admisión de una investigación —incluyendo la propiamente policial— dirigida contra el sospechoso de haber cometido un delito. Por ello es que el fenómeno de la privación de libertad con fines de punibilidad necesariamente comprende un análisis tanto de la *detención imputativa* cuanto de la *prisión preventiva*.

3. La detención imputativa debe estar prevista taxativamente en la ley —adoptarse en los casos previstos en la ley— y, como regla, se permite que pueda dictarla la policía, en funciones de policía judicial, por cuanto en tal función actúa como órgano auxiliar de la justicia penal y, por qué no, también la fiscalía. Como enseña Aragoneses Martínez,[46] la detención imputativa puede dictarse hasta en tres momentos:

a. Con carácter previo a la incoación del proceso penal, en cuyo caso será preprocesal y, como dice Gimeno Sendra,[47] provisionalísima —es la más transitoria de las medidas cautelares personales— y precautelar (expresión utilizada por Foschini y De Luca), dado que será o no confirmada por la autoridad judicial al momento de decidir la incoación formal de la instrucción o, según los modelos, la prisión preventiva; en este caso, la autoridad que detuvo —policía o fiscalía— practicará las diligencias más urgentes, propias del brevísimo plazo permitido, a fin de que en su día el juez decida la libertad o la prisión preventiva.
b. Durante la tramitación del proceso, que debe dictarla un juez, igualmente para decidir —luego de un plazo limitado en el que se llevarán a cabo actos de investigación urgentes— si excarcela o dicta prisión preventiva.
c. Concluido el proceso —como serían los casos de condenado que fuga de un establecimiento penal o del rebelde condenado a pena privativa de libertad efectiva.

4. Esta medida, dictada por razones de urgencia y vista su naturaleza provisional, requiere de dos presupuestos puntuales: la imputación o *fumus delicti y el periculum libertatis*. La primera se traduce —como recuerda Pedraz Penalva, siguiendo la jurisprudencia del TEDH[48]— en la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito sancionable con pena privativa de libertad; que la plausibilidad de las sospechas, en tanto elemento esencial, connote la de hechos o informaciones suficientes (propias) para persuadir a un observador objetivo de que ese individuo concreto puede haber cometido una infracción, lo que dependerá del conjunto de circunstancias en cada caso.[49]

---

[46] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 392.

[47] *El proceso de hábeas corpus*, 1996, p. 28.

[48] Sentencia del TEDH, asunto *Fox, Campbell y Hartley*, 30.8.1990, párrafos 31 y 32; asunto *Brogan y otros*, 29.11.1998, párrafo 59.

[49] *El derecho…*, 1996, pp. 111-112.

5. El peligro de fuga o *periculum libertatis* es el riesgo fundado de que el detenido no comparecerá ante el órgano jurisdiccional, para lo cual se ha de presumir que el implicado se sustraerá a la actividad de la justicia. Se trata de un baremo, cumplido el primer presupuesto, que otorga un margen de apreciación para acordar la detención, para lo cual —precisa Gimeno— es de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado y, de otro lado, de no tratarse de un delito grave, las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, tales como sus antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etcétera.[50]

Desde el punto de vista de la función que cumple, Ortells Ramos dice que, si toma en consideración el plazo fijado —muy breve— y el tiempo necesario para realizar las averiguaciones sustanciales tendentes al esclarecimiento de los hechos, no se justifica que dicha medida sea un medio para posibilitar o facilitar esas averiguaciones, porque esa finalidad no se recoge en los presupuestos de la detención.[51]

III. La prisión preventiva

1. Concepto y sujetos habilitados

1. Una vez acordada la detención imputativa en sede judicial, luego de un brevísimo plazo, corresponde al juez —una autoridad habilitada para hacerlo— decidir si ordena la prisión preventiva del imputado o, en su defecto, si dispone su excarcelación o lo somete a alguna medida sustitutiva. La prisión preventiva, siguiendo parcialmente a Gimeno Sendra, puede definirse como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad del imputado por un delito de especial gravedad.[52]

2. Un primer punto problemático planteado por la CADH consiste en que el artículo 7°.5, al determinar que la detención importa la puesta del detenido a disposición judicial —lo que presupone la existencia de un proceso penal, entendido en sentido amplio—, estatuye que quien decida la puesta en libertad o, como es obvio, la prisión preventiva, debe ser "un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". Ello podría significar —en principio y en una perspectiva estrictamente gramatical, visto inclusive que el inciso 6 de la CADH utiliza esta vez la fórmula "Juez o Tribunal competente"— que quien decida acerca de la detención no necesariamente debe ser un juez, titular de la potestad jurisdiccional.

Cabe acotar al respecto que el TEDH, en el asunto *Schiesser*,[53] decidió por mayoría que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al

[50] *Los procesos penales*, 2000, pp. 77-78.
[51] *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 445.
[52] *Los procesos penales*, 2000, pp. 126.
[53] Sentencia del TEDH, 4.12.79, párrafos 29 y ss.

acto de juzgar y que muy bien pueden llevarla a cabo los fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de "carácter judicial". Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el arrestado, siendo la primera la independencia respecto del Ejecutivo y las partes: en este caso el fiscal del cantón suizo era electo popularmente —es de resaltar, empero, que en otros fallos el TEDH consideró que las Fiscalías de Bélgica y de Italia no tienen las calidades de "independencia e imparcialidad" necesarias para desempeñar esa función[54]—, y 2) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva y, desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que actúan en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados Ryssdal y Evrigenis precisaron que, amén de la independencia de la administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el fiscal asume una función diferente e incompatible con la del juez, como es la acusación. Dice el último:

> La incompatibilidad del Fiscal es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de independencia, objetividad e imparcialidad del órgano considerado, cualidades éstas que tiene que poseer aquél a quien […] [la Convención] confía la suerte de una persona privada de su libertad.

3. Por otro lado, analizando la medida en sí misma desde la perspectiva del DIDH, siempre es de tener en consideración, en tanto la prisión preventiva es la limitación más gravosa, según explica Barona Vilar, una necesaria ponderación de los intereses en juego, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y a su presunción de inocencia y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica; ponderación que requiere que toda privación de libertad debe: 1) estar predeterminada por ley; 2) encontrarse justificado en la ley el fin de la privación; y, 3) tener predeterminados legalmente los presupuestos, condiciones y elementos necesarios que deben concurrir para que pueda producirse la citada privación.[55]

4. Por ello, un problema clave, en tanto la CADH no fija los motivos o presupuestos que tornan legítima una prisión preventiva, estriba en desentrañar aquellas circunstancias razonables en función del hecho delictivo y de su presunto autor que autorizan la privación de libertad del imputado con anterioridad a una sentencia condenatoria, valoradas siempre respecto a un fin que la ley estima digno de protección. Esto último trae a colación una decisión trascendente en orden a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esto es, a las funciones que cumple en un proceso penal.

---

[54] Asuntos *Borgers v. Bélgica*, sentencia del TEDH, 30.10.1991, y *Brincat v. Italia*, sentencia del TEDH, 26.11.1992.

[55] *Prisión provisional: "sólo" una medida cautelar*, 2000, pp. 894-895.

2. Naturaleza y funciones de la prisión preventiva

1. Una breve mirada al DIDH permite establecer lo siguiente:

a. Que el artículo 9°.3 del PIDCP, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado a su aseguramiento procesal, a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado "peligro de fuga".

b. Que el artículo 5°.3.*c* de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción o cuando la medida se estime necesaria para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos[56] estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias.[57]

c. Que el artículo 58°.1.*b* del Estatuto de Roma de la CPI incorpora igualmente esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva.

d. En igual sentido se pronuncian los principios aprobados por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2.*b* lo siguiente:

> Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad.

2. Estos datos son significativos a fin de desentrañar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. La jurisprudencia de la CIDH expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Expresa al respecto:

> De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar*, no punitiva.[58]

Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la tutela cautelar, que, según define Ortells Ramos,[59] está destinada a contrarrestar

---

[56] Caso *T. vs. España*, resolución 28.6.94.

[57] Véanse los asuntos *Matznetter*, sentencia del TEDH 10.11.69; *Stogmuller*, sentencia del TEDH 10.11.69; *Clooth*, sentencia del TEDH 12.12.91; y *Wemhoff*, sentencia del TEDH 27.6.68.

[58] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 77.

[59] *Derecho procesal civil*, 2002, pp. 974-975.

el riesgo de inefectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto; la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Algo pacífica es la discusión respecto a los presupuestos materiales de la prisión preventiva referidos a los peligros de fuga y de entorpecimiento, asegurándose que —por lo menos con mayor intensidad el peligro de fuga y algo más polémico el peligro de entorpecimiento— expresan la naturaleza cautelar de la institución, aunque ello sólo podría pasar en la medida en que se entienda en sentido amplio lo cautelar como aseguramiento de los fines del proceso. Hassemer delimita exclusivamente los fines de la prisión preventiva a aquellos de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de aquélla se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento.[60]

4. El presupuesto de impedimento de fuga, dice Asencio Mellado, se concreta en dos datos básicos que son el aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer;[61] mientras que el presupuesto de perturbación probatoria se concreta en el aseguramiento de la actividad probatoria referida a las fuentes de prueba en la instrucción y en la adecuada realización de la actuación de la prueba en el juicio oral.

A la primera Grevi la denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; a la segunda la denomina "cautela final", que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena.[62]

5. La *cautela instrumental*, es claro, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, "por lo que, al ser una finalidad de menor entidad, debe hacerse uso de ella de manera excepcional".[63] Desde esta perspectiva, algunos juristas consideran que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar sino *provisional penal* —del cual el primero es sólo una de sus expresiones institucionales—, aunque resaltan su plena legitimidad,[64] en tanto que, a igual que el peligro de fuga, busca impedir que el imputado realice determinadas conductas dañosas o perjudiciales para los fines estimados legítimos del proceso penal. Sin embargo, otros, como Chiavario, llegan a decir que el aseguramiento de

[60] *Crítica al derecho penal de hoy*, 1998, p. 119.
[61] *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 104.
[62] *Libertad personal del imputado y Constitución*, 1976, pp. 44, 51 y 59.
[63] Llobet Rodríguez, *Proceso penal comentado*, 1998, p. 541.
[64] Málaga Diéguez, *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, 2000, p. 124.

pruebas es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla.[65] En contra se pronuncia Gimeno, pues apunta:

> […] por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno 'no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio', prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado.[66]

El riesgo de este "peligro" —sin perjuicio de que sólo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional— estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados.

6. En cambio, en el derecho procesal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del *peligro de reiteración delictiva*: se busca impedir que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento. Sabemos que en el derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada, no sólo en la CEDH sino también en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa y en la jurisprudencia española.[67] Es más, la CoIDH ha justificado la prisión preventiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos", aunque recomienda para dictarla por ese motivo que se centre en la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real y que se tengan en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado.[68]

Ahora bien, en tanto se califique de *cautelar* a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el asunto *Suárez Rosero*, esa función es inaceptable. En efecto, no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria ni cumple una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es *tuitiva*, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual —resalta Barona Vilar[69]— se erige en un instrumento de verificación de la política criminal del Estado, convirtiéndose, pues, en medio de obtener una determinada prevención especial. Entre otros muchos,

---

[65] *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, 1990, pp. 44-51.

[66] *Los procesos penales*, 2000, p. 142.

[67] Conforme a la sentencia del TCE, asunto *Sotos*, 26.7.1995.

[68] Informe 12/97, 11.3.1997, párrafo 32.

[69] *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 26.

Barreiro sostiene que tal finalidad está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que la prisión preventiva se encamina hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad.[70] Asencio agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquiendo,[71] y Duce y Riego reiteran que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no es éste un objetivo del proceso, y la califican en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales.[72] Málaga Diéguez, por el contrario, acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado, y acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumple un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección sería justificable.[73]

7. Sobre esta polémica entiendo que, más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación con él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura —que la hace inaceptable— se da con el principio de proporcionalidad —que, al igual que el otro principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho—. Si bien no puede tener naturaleza cautelar, dado que su función no es la de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, sino que más bien cumple un función preventiva de ulteriores delitos que la califica muy bien de *medida provisional* (que en su configuración está integrada por decisiones intermedias que cumplen funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas), la incoherencia se manifiesta específicamente desde la *estricta proporcionalidad*, en cuanto la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico —que descansa sobre bases poco firmes, acota Llobet[74]— sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

---

[70] *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1997, p. 4.
[71] *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 112.
[72] *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, 2002, p. 259.
[73] *El fundamento…*, 2002, p. 137.
[74] *Proceso penal comentado*, 1998, p. 530.

8. La CoIDH en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: preservación del orden público. Señala:

> […] en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

Esta argumentación, que sigue sin duda determinados fallos del TEDH,[75] no es convincente en tanto —siguiendo a Asencio—, por una parte, no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella, y, por otra, se identifica con las penas privativas de libertad en su función de prevención general.[76] A diferencia del riesgo de reiteración delictiva, esa función no atiende a una conducta del imputado dañosa al proceso, sino que asume circunstancias por completo ajenas a su control.

3. Principios y motivos de la prisión preventiva

1. La prisión preventiva, en cuanto medida coercitiva que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse concurrentemente en dos grandes principios: *intervención indiciaria* y *proporcionalidad*. El primero —definido por Martín Morales— dice de las exigencias fácticas necesarias que permitan entender que existe mérito para limitar el derecho fundamental.[77] Ello da lugar, al *primer presupuesto material de la medida*, el *fumus delicti comissi*. Según Ortells, consta de dos reglas: la *primera*, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la *segunda*, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud —o alto grado de probabilidad— acerca de su intervención en el delito.[78] No basta, pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que —siguiendo a Choclán Montalvo— es necesaria una sospecha muy fundada, lo que supone —en la línea propugnada por Calamandrei— un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal.[79]

---

[75] Asuntos *Tomasi*, 27.8.1992, y *Letellier*, 26.6.1991.
[76] *Los presupuestos…*, 1988, p. 117.
[77] *El principio constitucional de intervención indiciaria*, 2000, pp. 10-23.
[78] *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 455-456.
[79] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 266.

Ahora bien, la *intervención indiciaria*, traducida para la prisión preventiva en el *fumus delicti comissi*, no equivale a una declaración de culpabilidad; es claro que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones ni graduaciones: se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya proferido sentencia firme condenatoria contra el acusado. Dice Rodríguez Fernández que la razonada atribución del hecho punible al imputado o los *motivos bastantes* para creer responsable criminalmente del delito a una persona:

> […] no son suficientes para desvirtuar o limitar este principio, sino una exigencia para que la medida de prisión provisional tenga una sólida base. Por muy evidentes y suficientes que sean estos motivos, en ningún caso pueden sustituir, ni adelantar los resultados que, tras el juicio oral, se constaten en la sentencia condenatoria firme.[80]

En esta misma línea Llobet Rodríguez enfatiza que esta exigencia:

> […] no es una consecuencia de la presunción de inocencia. Sólo se podría sostener eso desde una concepción psicológica de la presunción de inocencia, que relativizara ésta de acuerdo al grado de sospecha, posición que […] debe ser rechazada. En realidad, la exigencia de la sospecha suficiente de culpabilidad no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad [nosotros diríamos del *principio de intervención indiciaria*], el que no admitiría que una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva debiera ser soportada por aquél contra el cual no existen suficientes elementos de convicción como para estimar como probable que es responsable penalmente.[81]

2. El *principio de proporcionalidad* —sostiene Pedraz— no sólo exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que ésta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo.[82] Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la CoIDH ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia.[83]

3. Cabe aclarar que desde este principio se articulan dos motivos, concurrentes, para la legitimidad de la privación de libertad: a) *delito grave* y b) *peligrosismo procesal*, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, algunos de los cuales son muy polémicos, como se tuvo oportunidad de advertir. El primer motivo —en palabras de Choclán— se explica en razón de que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio

---

[80] *El procesamiento*, 1999, p. 61.
[81] *Proceso penal comentado*, 1998, p. 527.
[82] *Derecho procesal*, 2000, p. 154.
[83] Informe 2/97, párrafos 51-52.

exige que el delito en cuestión lleve aparejada pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con pena grave, sin que pueda acordarse la medida en los llamados "delitos bagatela".[84] Desde esta consideración, unida a la segunda que luego se precisará, se entenderá que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

4. El segundo motivo de prisión preventiva, enraizado en la proporcionalidad —que como sabemos es un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental— está vinculado a los peligros que se pretende conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso. Los peligros son:

a. *Peligro de fuga*. Se reconducen a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste, circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado —referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes— y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales[85] e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero, como dice el TEDH,[86] no basta ese solo dato, pues ha de complementarse con algunos de los elementos ya indicados.
b. *Peligro de entorpecimiento*. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto;[87] el riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba[88] (si se trata de pruebas materiales él ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados, y en el caso de pruebas personales debe existir una determinada capacidad de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados).[89] A ello debe destacarse, como menciona Asencio, la naturaleza del delito y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria.[90]

---

[84] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 266.

[85] Sentencias del TEDH, asuntos *B.*, 28.3.1990, párrafo 44; *Letellier*, 27.11.1991, párrafo 43; *Stögmuller*, 10.11.1969, párrafo 15; *W.*, 26.1.1993, párrafo 32.

[86] Sentencia del TEDH, asunto *Neumeister*, 27.6.1968, párrafo 39.

[87] Informe de la CoIDH, 2/97, párrafo 33.

[88] Sentencia del TEDH, asunto *Wemhoff*, 27.6.1968, párrafo 14.

[89] Cf. sentencias del TEDH, asuntos *Tomasi*, 27.8.1992, párrafos 92-95; *Kemmache*, 12.12.1991, párrafos 46-47; *Letellier*, 27.11.1991, párrafos 37-38.

[90] *Los presupuestos…*, 1998, p. 137.

c. *Peligro de reiteración delictiva*. Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva en esta causal, destinada a evitar una infracción concreta y determinada:[91] criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión, y criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En el primer motivo se ha atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo y a su personalidad.[92] En el segundo, han de tenerse presentes dos condiciones básicas: la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.[93]

5. El principio de proporcionalidad, al decir de Gonzáles Cuellar Serrano, incorpora como *requisitos generales* que la orden judicial debe: 1) ser motivada, en el sentido de suficiente y razonable, sin errores patentes ni generación de indefensión, y 2) sustentarse en una norma que incorpore fines constitucionalmente legítimos y congruentes entre sí.[94] Sobre lo último ya se ha hecho mención a las exigencias que debe cumplir una ley para disponer la privación de libertad por razones de punibilidad, así como que la orden de privación de libertad debe ser absolutamente congruente con los presupuestos y procedimientos que fija la ley, pues de lo contrario se incurre en ilegalidad manifiesta o en desviación de poder.

6. En cuanto a la motivación se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden estén puestas de manifiesto claramente.[95] La orden debe ser escrita —característica imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, acota Roxín, para evitar órdenes injustificadas o precipitadas[96]— y requiere, como ha determinado el TEDH, que se indiquen las circunstancias en las que se basa,[97] así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas o que se remitan a decisiones anteriores.[98]

4. Plazo de la prisión preventiva

1. Finalmente, en cuanto a la duración de la prisión preventiva, hay que señalar, en primer lugar, que, como toda medida provisional, está sujeta al principio *rebus sic*

---

[91] Sentencia del TEDH, asunto *Guzzardi*, 6.11.1980, párrafo 102.

[92] Sentencias del TEDH, asuntos *Clooth*, 12.11.1991, párrafo 40; *Matznetter*, 4.4.1967, párrafos 9 y 11; *Toth*, 12.12.1991, párrafo 70; *Herczegfalvy*, párrafo 60.

[93] Cf. Grevi, *Perfil del nuevo Código de Procedimiento Penal*, 1992, pp. 221-222; Kleinknecht-Meyer, *Ordenanza Procesal Penal Alemana*, 1987, pp. 403 y ss.

[94] *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p. 69.

[95] Informe 2/97, párrafo 19.

[96] *Derecho procesal penal*, 2000, p. 263.

[97] Sentencia del TEDH, asunto W, 26.1.1993, párrafo 12.

[98] Sentencias del TEDH, asuntos *Letellier*, 27.11.1991, párrafo 51-52; *Kenmache*, 12.12.1991, párrafo 52; *Clooth*, 12.11.1991, párrafo 43.

stantibus, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de Gómez Orbaneja: "no son definitivas y pueden ser alteradas por el resultado del proceso".[99] Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el artículo 7°.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable; de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH, es "proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado",[100] el cual se da en interés del acusado y no de la justicia.[101] El TEDH sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable;[102] por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables; y, según estableció la CIDH, "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente".[103]

2. La CADH, dice Gialdino, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, y este último es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio,[104] aunque sus parámetros para evaluarlos guardan entre sí una marcada analogía, pero no confusión.[105] Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad, regla que obedece a razones de justicia y actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendido al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero está referido al cómputo de los períodos de privación de libertad. El segundo se circunscribe al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación o un mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos es obvio que el análisis o control debe realizarse *in concreto*.[106]

---

[99] *Derecho procesal penal*, 1987, p. 206.
[100] Informe 12/96, párrafo 76.
[101] Informe 35/96, párrafo 70.
[102] Sentencia del TEDH, asunto *Neumeister*, 27.6.1968, párrafo 4.
[103] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 70.
[104] CoIDH, Informe 12/96, párrafo 110.
[105] *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, 1999, pp. 45.
[106] Véase CoEDH, asunto *Vallon*, 8.5.1984, párrafo 51.

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser entendido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción.[107] Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite, que siempre habrá de ser entendido como máximo y por ende no impide que en un caso concreto ese período sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción,[108] hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva,[109] cuyo término es la excarcelación efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión irrazonable, sin que sea necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición *sine qua non* de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota Pedraz con cita de la jurisprudencia del TEDH,[110] es, por una parte, la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede, y, por otra, dada la insuficiencia del *fumus delicti comissi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia.[111]

6. La segunda condición está en la ponderación concreta acudiendo a tres circunstancias: complejidad e implicaciones del caso, actividad de los órganos judiciales, y conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad.[112] Habrán de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial).[113] Por último, también es de controlar la conducta procesal del imputado, en tanto la demora efectiva del procedimiento puede ser imputable al abuso del reo del derecho a utilizar los resortes proce-

---

[107] Véase sentencia del TEDH, asunto *W.*, 26.1.1993, párrafo 30.

[108] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafos 34 y 70.

[109] CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

[110] Sentencia del TEDH, asunto *Stogmuller*, 9.2.1967, párrafo 4.

[111] Sentencias del TEDH, asuntos *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 122; y *Ringeisen*, 27.11.1991, párrafo 104.

[112] Sentencia de la CIDH, asuntos *Genie Lacayo*, 29.1.1997, párrafo 77, y *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 72.

[113] Sentencia del TEDH, asunto *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 16; CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

sales disponibles con la intención de atrasar el procedimiento.[114] En este supuesto lo que se censura es la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado,[115] siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa.[116]

[114] CoIDH, Informe 64/99, párrafo 60.
[115] CoIDH, Informe 12/96, párrafos 103 y 105.
[116] CoIDH, Informe 43/96, párrafo 106.

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

2) La verification coercitiva. La confirmación, demostración y convicción respecto de la peligrosidad procesal del imputado. Diego Dei Vecchi.

La Verificación Coercitiva

La Confirmación, Demostración y Convicción respecto de la Peligrosidad Procesal del Imputado

La Verificación Coercitiva

La Confirmación, Demostración y Convicción respecto de la Peligrosidad Procesal del Imputado

Por Diego Dei Vecchi

Índice:

1. INTRODUCCIÓN 3

2. LA VERIFICACIÓN COERCITIVA 6

2.1. La Confirmación 6
2.1.1. Aproximación 6
2.1.2. La pretendida confirmación presuncional 10
2.1.3. Prueba, Acreditación, Mostración y Convicción de Peligrosidad Procesal 24
2.1.4. La confirmación del indicio generado por el pronóstico punitivo hipotético 29
2.2. La demostración 31
2.3. El Grado Convictivo 34

3. CONCLUSIÓN 36

4. BIBLIOGRAFÍA 40

1. INTRODUCCIÓN

Abordamos en este trabajo una de las innumerables cuestiones conflictivas que genera un instituto tan *trascendente y contradictorio* como lo es la prisión preventiva.

Trascendente en tanto estamos frente a una medida cautelar y por ello procesal, ontológicamente idéntica a la más gravosa pena[1] prevista en todo el ordenamiento jurídico: la privación de la libertad[2]; la cual depende para ser impuesta *como pena,* de la indefectible verificación previa de una serie de antecedentes exigidos por un catálogo de *principios constitucionales*[3]*;* que actúan como *"principios limitativos"*[4] o *"mandamientos procesales"*[5] ineludibles, muchos de los cuales vienen a ser garantizados, supuestamente, mediante el *debido proceso* que el ordenamiento procesal regula.

Contradictorio, justamente por su carácter de imposición "pre debido proceso", lo cual implica que su procedencia prescinde de la efectiva comprobación de todos, o cuanto menos de muchos, de aquellos antecedentes a verificar antes de una condena, los que resultan llamativamente sorteados sobre la base de un fundamento teleológico cual es el de asegurar "el descubrimiento de la verdad y la ejecución de la

---

[1] Por su parte la pena es *"una consecuencia jurídico-penal del delito, la más importante junto a la medida de seguridad"* (NOYA NOVAIS, 2003:23)
[2] Al caso no haremos diferencias con la reclusión, las cuales ya prácticamente no existen.
[3] En adelante referiremos a principios constitucionales incluyendo en la categoría a todos aquellos que hayan ingresado al marco constitucional nacional con los Tratados Internacionales elevados a esa jerarquía.
[4] ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2002:110
[5] COUTURE, 1993:182.

eventual pena"[6], lo que funciona como pretexto pretendidamente válido para que el lógico y *debido* recorrido de *"afirmar, confirmar y concluir"* (BRISEÑO SIERRA, 1995:1236) sea eludido a través de una serie de atajos tomados bajo el aval de aquella teleología.

Esto implica que la misma pena cuya imposición viene condicionada por la previa realización de un *debido proceso*, al que tiene como presupuesto ineludible, es ejecutada cautelarmente antes y durante su desarrollo; situación a la que le resulta perfectamente aplicable la afirmación de ALBERTO BINDER al momento de referir al sistema inquisitivo en su momento de plenitud: *"También aquí* –dice-*, el poder estaba en el trámite y en las formas y no en las decisiones de fondo, como todavía ocurre ¡después de quinientos años!"* (BINDER, 2000:46).

Si bien en principio, y limitándonos a la exégesis legal, creemos que la privación de la libertad cautelar está constitucionalmente autorizada[7], de ningún modo podemos aceptar que esa autorización conduzca, como acontece en la triste realidad, a aplicar la consecuencia jurídica más gravosa y lesiva para la persona humana a un imputado (presunto inocente) con menos restricciones que las impuestas y exigidas para aplicar esa misma medida a un condenado.

---

[6] Según las diversas redacciones legales, ver Arts. 280 CPPN; 265 CPPRN; 144 CPPBA; 253 CPPTF; 253 CPPLP; 280 CPPER; 269 CPPCBA; etc.

[7] Dejamos a salvo las importantes opiniones abolicionistas y reduccionistas cuyos argumentos, si bien no pueden dejar de tenerse en cuenta, no son tratados en este trabajo dado que excede nuestros propósitos y se extralimitan respecto de la mentada exégesis legal a que nos ceñimos.

Y entre aquellas restricciones están las que refieren a la confirmación de la conducta que se le imputa al acusado, la demostración de la verdad[8] de ella y la certeza respecto a esa verdad, expresada en todos los casos en una resolución judicial revisable.

Llevados estos extremos insoslayables al juzgamiento relativo a la peligrosidad procesal (lo que hemos dado en llamar VERIFICACIÓN COERCITIVA), único parámetro válido para ordenar una prisión preventiva, queda delimitado el tema del que nos ocuparemos en adelante: *la confirmación y demostración de la existencia, con grado de certeza, de la peligrosidad procesal del imputado para el dictado de la prisión preventiva*, lo que es un *prius* lógico para la motivación de la resolución que impone la cautelar.

Ahora bien, la particularidad del objeto a verificar conlleva una serie de dificultades que infectan al procedimiento confirmatorio mismo y, especialmente, singularizan la relación del juez con la *prueba*[9], dotando asimismo a la construcción indiciaria de una especial significación respecto del *factum* a demostrar.

---

[8] *"Cuando se afirma la «verdad» de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de conocimientos confirmados que poseemos."* (FERRAJOLI, 2005:50)

[9] Utilizamos aquí el término *prueba* como sinónimo de todo medio confirmatorio sin desconocer que la construcción terminológica de HUMBERTO BRISEÑO SIERRA que tomamos como base reduce notablemente aquél concepto (Ver BRISEÑO SIERRA, 1995 capítulo VI). A lo largo de este trabajo el término aparecerá utilizado en varias ocasiones con aquella amplitud dado que es el uso que le da la mayor parte de la doctrina nacional. Cuando lo reduzcamos a su significado propio limitado a las periciales así lo haremos notar.

Es por esto que estructuramos el presente artículo tratando, en primer término, la confirmación coercitiva (tradicionalmente *"régimen probatorio"*[10]), como primer paso verificativo donde se explicitan las singularidades que posee la (pretendida) confirmación de peligrosidad procesal.

A continuación se trabaja sobre la construcción indiciaria, excluida del campo confirmatorio y trasladada ahora al campo demostrativo, segundo escalón verificativo, para finalmente analizar cómo deben actuar en el ánimo del juzgador tanto confirmación cuanto demostración, tercer y último escalón de la verificación coercitiva. Ello se plasmará más tarde en la fundamentación de la resolución relativa a la imposición o no de la medida que nos ocupa.

2. LA VERIFICACIÓN COERCITIVA

2.1. LA CONFIRMACIÓN

2.1.1. Aproximación

Dentro de la dialéctica procesal, la tesis coercitiva ha de ser sostenida por el interesado en la hipótesis condenatoria por cuanto, teniendo en cuenta los fines de las medidas de coerción, ellas van directamente unidas a la tutela de la confirmación y ejecución eventual de aquella hipótesis; no apareciendo como legítimo, por más peligrosidad procesal que exista, que un tercero carente de interés condenatorio aparezca como un puro custodio procesal a requerir un encierro cautelar.

---

[10] *"…el conjunto de reglas procesales que regulan la forma como se recolecta la información dentro del proceso"* (BINDER, 2000:76)

En tal sentido, serán el fiscal y el (eventual) querellante particular[11] quienes sostendrán lo que hemos denominado tesis coercitiva y quienes deberán pugnar por confirmar y demostrar su existencia.

En el otro extremo discursivo se sitúa el pretenso peligroso quien, a más de ser presumido inocente del delito que se le imputa, debe ser presumido inocuo[12] para el proceso en el que ese delito intenta juzgarse.

Así las cosas, confirmación y posterior demostración coercitivas son las actividades procesales que debieran[13] llevar a cabo los sostenedores de la pretensión cautelar y mediante las cuales se debe procurar convencer al juzgador respecto de la existencia de un peligro que exige encerrar al encartado (la peligrosidad procesal)[14], venciendo de esa manera la presunción de inocuidad que debe gobernar el juzgamiento sobre la peligrosidad.

Podemos ya adelantar que la actividad confirmatoria se da dentro de un marco idéntico al del régimen que preside el ingreso de información relativa al hecho imputado como delito, pero con una antelación cronológica[15] y un objeto diverso. Allí se intenta confirmar la existencia del hecho y la

---

[11] No podemos dedicarle al tema de las facultades del querellante en lo relativo a la coerción del imputado un espacio específico en este trabajo por motivos de extensión, sin embargo, queremos dejar en claro que, aunque la tendencia predominante las niega, creemos que la pretensión coercitiva debiera poder ser válidamente sostenida por esta figura procesal juntamente con el fiscal e incluso en modo autónomo.

[12] Por las mismas razones que las expresadas precedentemente, si bien la aplicación de la presunción de inocencia al juzgamiento sobre la existencia de peligrosidad procesal justifica un tratamiento particular, nos vemos obligados a diferirlo para otras oportunidades.

[13] Decimos “debieran” porque en la actualidad la privación cautelar de la libertad prescinde de ellas, sea por utilización de los criterios presuncionales legales que obvian tales actividades, sea por el autoritarismo aceptado con que la medida se aplica.

[14] Como veremos más adelante, a este juicio sobre la existencia de peligro procesal le sigue el relativo a la absoluta necesidad de la medida. No trataremos aquí la verificación de ella y solo nos dedicamos a lo primero.

[15] Si así no fuere, la prisión preventiva no resultaría necesaria al ya conocerse la existencia o no del hecho.

participación punible del acusado; aquí, en cambio, de lo que se trata es de confirmar su potencialidad dañosa para el proceso o sus fines.

Como en todo régimen confirmatorio, las reglas de confirmación también actúan aquí como *"límites a la búsqueda de la verdad* –en nuestro caso sobre la peligrosidad procesal- *y como tal cumplen exclusivamente una función de garantía, es decir, protegen al ciudadano del eventual abuso de poder en la recolección de información"*[16] (BINDER, 2000:77).

Así las cosas, siendo el primer e indispensable objeto de verificación estrictamente coercitivo el *peligro* que el imputado imprime al trámite procesal y/o a la eventual ejecución de la potencial condena pareciera coherente afirmar que ese es el objeto de confirmación.

No obstante, la actividad de confirmar la existencia de una situación de *peligro* lleva ínsita una serie de obstáculos difícilmente sorteables, punto que la doctrina ha tratado en profundidad respecto de los *"delitos de peligro"* con los cuales nuestra problemática muestra una indudable analogía cuanto menos, en lo que a la confirmación respecta.

Es que, al contrario de lo que acontece con los "delitos tradicionales", aquí no alcanza con la aplicación del método histórico en su versión más difundida y utilizada[17] ya que no se trata de reconstruir un hecho pasado

[16] El autor habla de "reglas de prueba"

[17] La CSJN ha dicho al respecto que *"…el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método -camino- para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá*

sino, justamente, de confirmar o demostrar (términos que aluden a actividades diversas y que aclararemos más adelante) que muy probablemente acontecerá un hecho futuro: que el imputado perjudicará los fines del proceso[18].

La afirmación de ese hecho futuro, por razones lógicas, nunca jamás tendrá carácter absoluto y siempre será formulada en términos probabilísticos (siempre existe la posibilidad de que "lo previsto" suceda o no). No debe creerse con esto que respecto de hechos pasados se pueda arribar a una "verdad correspondencia" y siempre, incluso aquí, estamos ante afirmaciones plausibles.

La diferencia radica en que desde el punto de vista de la lógica nos está permitido decir que un relato sobre un hecho pasado se corresponde absolutamente con la realidad (más allá de que en la práctica sea imposible conocer si ello ocurrió), no así con un hecho futuro cuya correspondencia con la realidad es siempre una posibilidad (no ocurrió, y puede o no ocurrir).

Aún siendo posible en alguna hipótesis afirmar con un altísimo grado de probabilidad que un hecho futuro acontecerá (mediante medios confirmatorios con capacidad suficiente para sostener dicha afirmación con muy bajo margen de error), la situación de peligro que aquí se quiere tener

---

más tradicional, que sería la Introducción al Estudio de la Historia, del profesor austríaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado (CSJN, Causa Nº 1681, 20/09/2005, *"Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa"*, Sumarios en Actualidad Jurídica de Primera Quincena Octubre de 2005 – Año III – Vol. 51, p. 3267.)

[18] Sin ello no hay peligro, definido justamente por el Diccionario de la Real Academia Española como *"riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal".*

por existente nace y se concreta en la esfera volitiva del acusado lo que termina por excluir de plano aquella posibilidad.

Se quiere verificar que el acusado tiene o tendrá “intención” de perjudicar, en el futuro, el desarrollo del proceso o la ejecución de la pena si fuere condenado, lo que resulta por un lado absolutamente imposible de confirmar por darse en la esfera de la conciencia del sujeto y, por el otro, absolutamente indispensable de verificar ya que sin esa intención no puede afirmarse bajo ningún punto de vista que el imputado sea procesalmente peligroso.

2.1.2. La pretendida confirmación presuncional

Dadas estas particularidades respecto del *objeto a verificar* y de las consecuentes dificultades (prácticamente imposibilidades) “probatorias”, han jugado siempre un papel tan fundamental cuanto ilegítimo las llamadas presunciones de peligrosidad traídas, justamente, a los fines de sortear aquellos obstáculos que la confirmación del peligro acarrea.

Ciertamente, reiteramos, la dificultad confirmatoria de una situación hipotética como la que tratamos es sensiblemente mayor que la confirmación de un hecho pasado ya acaecido (v.gr. el delito) e imposible cuando sólo existe en la psiquis del imputado. Esto es lo que llevó a que se optara por facilistas regulaciones legales y cómplices resoluciones aplicatorias de aquellas, violándose constante y sistemáticamente principios constitucionales básicos.

Es que al mismo tiempo en que hipócritamente se proclama en forma uniforme la correcta afirmación relativa a que para la procedencia de la prisión preventiva deben concurrir simultáneamente las condiciones que hacen a un determinado grado convictivo en lo sustancial[19] **junto** con aquellas que hacen al convencimiento relativo al peligro de fuga y/o de entorpecimiento procesal[20]; se acepta la imposición de la cautelar con ese solo "*semi* convencimiento" sobre la participación punible en el hecho[21] en conjunción con la acreditación de un pronóstico de pena "alto" que jugará un papel de *presunción* (confirmatoria!) *de peligrosidad*.

---

[19] Es decir, sobre la "existencia del hecho y la participación punible del acusado"; lo que los autores denominan "verosimilitud en el derecho" o *fumus bonis iura.* Punto que fue tratado incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 2/97 en uno de los fragmentos no desvirtuados por la correcta y posterior jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero. Así, se decía: *"La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición "sine qua non" para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva"* (Comisión IDH, Informe Nº 2/97, Casos 11.205 y otros (Argentina), resolución del 11/3/97). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por su parte consideró asimismo ilegal y arbitraria la prisión preventiva en tanto no se verificaran los requisitos que tratamos (CIDH, caso Tibi c. Ecuador, 07 de septiembre de 2004, considerando 181).

[20] Cfr. CAFFERATA NORES – TARDITT, 2003:640*,* con cita de sent. "Conesa" del TSJ Cba, Sala Penal, 20/11/2002. El TSJ de Córdoba tiene dicho en este sentido que: *"En reiterados precedentes, esta sala tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los extremos en relación con los cuales debe cumplimentarse el deber de fundamentación de las decisiones judiciales, cuando ellas atañen a la coerción personal del imputado. En ese sentido, hemos afirmado que "la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida, proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos"* (TSJ, sala Penal, "Conesa", S. N° 97, 20/11/02; "Bianco", S. N° 111, 19/11/03; "Montero", S. N° 1, 14/2/05)." (sentencia recaída en autos *"González, Camel S*", 30/03/05, LLC 2005 (junio), 514).

[21] No dedicaremos en el presente artículo un apartado al grado de conocimiento sobre la cuestión de fondo requerida para el dictado de la medida porque se aleja del concreto objetivo que nos proponemos y que surge del título mismo, pero no podemos soslayar que los *"elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado"* del artículo 281 del CPP son exactamente el mismo grado probatorio exigido para la clausura de la IPP en el 354 que reproduce literalmente la frase transcripta. La misma paradoja se da en el CPPN lo que llevó a decir que, *"el largo tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener."* (BOVINO, 2005). En este sentido sostiene FERRAJOLI que: *"después del interrogatorio, pueden darse dos situaciones: o se estima que existen pruebas suficientes de culpabilidad y entonces no hay razón para diferir el juicio y no llevar al imputado ante el juez, para proceder al enjuiciamiento en las formas simplificadas previstas hoy para el juicio direttisimo o para el juicio inmediato; o bien, no existen tales pruebas y entonces el imputado tendrá derecho a no ser secuestrado durante el juicio y a defender en libertad su presunción de inocencia"* (FERRAJOLI, 2005:560).

Es que la actividad de confirmación y demostración de la peligrosidad procesal del imputado, preocupante y lamentablemente, se agota hoy, y desde hace mucho tiempo, en la simple verificación de la pena que se amenaza según el delito imputado derivándose de ella *presuncionalmente* (da igual si iure et de iure o iuris tantum) y por mandato legislativo, el convencimiento sobre la existencia de un peligro para el proceso imputable al acusado; presunción que aparece como denominador común en los ordenamientos procesales penales vigentes en la república, si bien con algunas variantes regulatorias[22].

Ello hace a una intolerable irregularidad[23] procesal por cuanto ni aquel estado convictivo ni este pronóstico de pena grave o de estimación de no procedencia potencial de una ejecución condicional (según la regulación correspondiente) contienen o suponen merituación autónoma de peligrosidad procesal, parámetro mínimo e indispensable para sustentar un encierro cautelar.

Es que la presunción, *"en sentido propio, es una norma legal que suple en forma absoluta o relativa la prueba del hecho* –en este caso la peligrosidad procesal-*, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las*

[22] Así sucede, por ejemplo con el **Art. 312 del CPPN** que determina que el juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1. Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional... En sentido similar Arts. **329 CPP Santa Fe, 291 CPP Río Negro, 307 CPP Entre Ríos, 279 CPP La Pampa, 284 CPP Tierra del Fuego.** Así también el **Art. 281 CPP Córdoba** al determinar que siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva: 1. Si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (art. 26 Cód. Penal).

[23] *"… basta tener presente que la Constitución en vigor o las leyes fundamentales cuando el Estado no tiene una Constitución escrita, señalan el camino para legislar, y el apartamiento del mismo lleva a la irregularidad normativa"* (BRISEÑO SIERRA, 1995:881)

circunstancias que basan la presunción – en nuestro caso, el pronóstico punitivo hipotético-*"* (CAFFERATA NORES – TARDITTI, 2003:482)[24].

Esta es la misma idea que expresara ALCALÁ ZAMORA al decir que las verdaderas presunciones son legales y se relacionan con la carga de la prueba abarcando dos clases, las *iuris et de iure*, y las relativas o *iuris tantum*, *"según originen la exclusión o simplemente la inversión en cuanto a la carga de la prueba"*[25].

Por lo tanto y sin perjuicio de la cuasi unívoca utilización de esta repudiable técnica legislativa estamos en condiciones de reafirmar[26] que aquella posición por la cual se sostiene que el pronóstico punitivo hipotético constituye o contiene una *presunción de peligrosidad procesal*, ya en su variante asertiva, ya en su variante axiomática, resulta absolutamente insostenible[27] por varias razones.

---

[24] Reiterando el concepto dado en CAFFERATA NORES, 1994.

[25] BRISEÑO SIERRA, 1995:1375 citando a ALCALÁ ZAMORA. El primero de los autores efectúa una crítica al segundo incluyendo a las presunciones legales dentro de los indicios. Es decir, estos refieren tanto a las mal llamadas "presunciones humanas" (demostración indiciaria) cuanto a las "presunciones legales". La diferencia radica en que mientras éstas se limitan a la confrontación del dato con el hecho normativo específico, aquellas dependen de la elucubración de normas de experiencia. Con ello, a los fines que aquí nos proponemos, nos encontramos ante una discrepancia terminológica que no nos impide llegar a la misma e idéntica conclusión: la invalidez de tener al pronóstico punitivo hipotético como presunción legal en cualquiera de sus especies.

[26] Hemos expresado estas ideas en SIBILLA Y OTROS, 2007 adonde remitimos.

[27] La CIDH ha tenido oportunidad ya de desvirtuar este tipo de presunciones que ligan presupuestos sustantivos con potenciales efectos procesales al decir que *"…esa excepción – la legislación ecuatoriana excluía del régimen de excarcelación por exceso del plazo previsto para la pena a los imputados por determinados delitos -despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso"* (CIDH, Suárez Rosero c. Ecuador, sentencia del 12 de Noviembre de 1997, considerando 98). Más recientemente, la misma Corte dijo que: *"Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva"* (CIDH, "López Álvarez c. Honduras, 1 de Febrero de 2006, considerando 68).

En cuanto *presunción iure et de iure,* axiomática al no admitir prueba en contrario, no podemos más que afirmar que debe ser descartada al resultar evidente y manifiesta la violación de la garantía de presunción de inocencia, lo que fue devastando a sus sostenedores a tal punto que a la actualidad ya casi no los hay.

Es que ella implica, sin más, aceptar la existencia de delitos inexcarcelables, donde la prisión preventiva resulta inseparable de la imputación, lo cual nos está absoluta e indiscutiblemente vedado por el bloque de constitucionalidad[28]. Este tipo de presunción excluye de por sí la confirmación, *"lo que haría pensar que en el caso no hay siquiera la necesidad de la afirmación (…) Queda, entonces, esclarecido que la presunción opera respecto de la consecuencia. Si en el proceso es menester probar, mostrar, acreditar, convencer de la existencia del hecho específico, la confirmación tendrá lugar respecto a tal punto, no así en cuanto a la consecuencia"* (BRISEÑO SIERRA, 1995:1380) *.*

En su versión de *presunción iuris tantum*, carácter que le atribuye la mayor parte de la doctrina y casi la totalidad de la jurisprudencia actual[29], de la cual nos ocupamos *in extenso* en este trabajo, resulta también insostenible.

---

[28] Así o ha dicho ÁNGELA LEDESMA en su voto en autos "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" - CNCP - Sala III - 22/12/2004: *"Aceptar el criterio sustentado significaría supeditar una garantía primaria "libertad", resguardada entre otras por la garantía secundaria de que goza el imputado "estado de inocencia", a una presunción legal en abstracto, que cerraría toda posibilidad de interpretación en contrario, permitiendo que el legislador fije una presunción iure et iure en contra de la Constitución."*

[29] El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tiene dicho al respecto, desde la causa *"Aguirre Domínguez"* y hasta la fecha que *"tal presunción de peligrosidad procesal no se infiere indefectiblemente del pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo al que se refiere el art. 281, inc. 1° del CPP, sino que admite prueba en contrario. Es decir, pueden concurrir circunstancias específicas que enerven esa sospecha, demostrando que en el caso concreto, la peligrosidad procesal no se deriva de la amenaza de condena a pena privativa de la libertad de*

En **primer lugar**, la presunción "salvo prueba en contrario"[30], aunque funciona como argumentación dilemática asertiva (no ya axiomática por cuanto al menos admite que el resultado presunto pueda *no ser*) resulta violatoria de la *presunción* de inocencia al invertir la carga probatoria en perjuicio del imputado por, y parafraseando a JOSÉ I. CAFFERATA NORES, "suplir la prueba del hecho".

Así, dar al pronóstico de pena, a la hipótesis punitiva, el carácter de "presunción" de peligrosidad implica, lisa y llanamente, exigir al imputado demostrar la ausencia de aquella peligrosidad tenida por cierta automáticamente, eximiéndose de ello el órgano estatal[31].

El sostenedor de la hipótesis punitiva (y en este caso la hipótesis coercitiva) queda exento de confirmar (mediante "pruebas") y demostrar ulteriormente aquello que invoca (la peligrosidad del imputado) al tiempo que el magistrado, por su parte, queda liberado de valorar aquellas "pruebas", sencillamente porque no existen, y consecuentemente queda eximido de motivar su decisión que sólo acudirá como fundamento sostenedor de la medida, al monto de pena amenazado.

---

cumplimiento efectivo. Así sucede cuando se presentan condiciones distintas del común denominador de las personas imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal (TSJ, sala Penal, "Santucho", S. 54 del 14/6/04 y "Montero", S. N° 1, 14/2/05).", "González, Camel S", 30/03/05, LLC 2005 (junio), 514)."

[30] *"La presunción iuris tantum o relativa tiene también una estructura lógica de inducción, pero a diferencia de lo que sucede con los indicios, en primer lugar se parte de un hecho específico para confrontarlo con una norma y terminar con una conclusión… Sin embargo, la ley puede establecer prueba en contrario y, en tal virtud, la parte demandada invocará las confirmaciones que obran en el juicio para destruir la inferencia; es a esto a lo que se la ha llamado inversión de la carga , que no es sino determinación de la incumbencia de confirmar respecto de quien niega o desconoce la presunción"* (BRISEÑO SIERRA, 1995:1379).

[31] Lo cual es inconcebible en tanto que, en todos los casos, *"la carga de la prueba pesa sobre el Estado"* (VEZZARO, 2001:124.). *"Por lo demás, aun si se considera la presunción como una presunción iuris tantum, ello vulnera el principio de inocencia, pues la presunción legal exime al Estado de demostrar la existencia del peligro procesal y, lo que es más perverso, deposita sobre el imputado la carga de la prueba sobre la inexistencia de tal peligro"* (BOVINO, ALBERTO, 2006).

El procesado, en estas condiciones, sólo puede transitar en libertad el proceso en que se lo acusa si logra convencer, la mayoría de las veces ya desde la cárcel y a través de la incorporación de elementos confirmatorios contrarios, que no es peligroso para aquél o sus fines.

La estructura conviccional ideada por los creadores de estas normas en franca violación a las normas constitucionales, avalada casi unánimemente por jueces[32], funcionarios, letrados y académicos; tiene el efecto de ligar el pronóstico de pena (como *"punto de partida"*) a *"un resultado"*: tener al imputado como peligroso para el proceso; y, consecuentemente, hacer cargar con la prueba de *"un resultado opuesto"* al propio imputado[33].

Resulta así indiscutible *"que algunos ciudadanos son mas inocentes que otros"* (VEZZARO, 2001:126) lo que repugna a la Constitución Nacional desde que el mismo sentido común indica que la hipotética relación que se pretende establecer entre la *efectividad de la (posible y no presumida) condena y la peligrosidad del imputado* debe ser "probada" por quien la invoca, no siendo sensato exigirle a quien se ve perjudicado con esa supuesta relación su desacreditación[34].

---

[32] Este preocupante criterio se sostuvo entre otros muchos, en el fallo de la Corte de Casación Penal en el voto mayoritario en la causa Chabán al decirse que: *"De esta manera, la presunción legal que indica que en aquellos casos en que los imputados se enfrenten a la posibilidad de una severa pena privativa de la libertad habrán de intentar profugarse debe ser tenida en cuenta al momento de decidir sobre su excarcelación; y sólo corresponderá apartarse de la referida disposición legal cuando concurran elementos de juicio objetivos y comprobables que demuestren el desacierto —disfuncional o irracional— de lo que la ley presume. Justamente por ello —porque admite prueba en contrario—, es que la referida presunción es iuris tantum. Y no está de más señalar que tal prueba (la que confronte con la solución legal) debe existir y ser constatable, pues de lo contrario la presunción mantiene todo su valor y efecto"* (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III**, "**Chabán, Omar Emir", 24/11/2005).

[33] SIBILLA Y OTROS, 2007: 798

[34] CAFFERATA NORES Y TARDITTI admiten esta interpretación ya que inmediatamente luego de pronunciarse favorablemente respecto de la "presunción iuris tantum" dicen correctamente: *"Por cierto que la prueba "en contrario" no podrá serle impuesta al acusado como condición de su libertad, ni tampoco fijarse un procedimiento que, por exigente o engorroso, impida en la practica el*

La decisión legislativa de *presumir que el imputado vulnerará los fines del proceso si la pena supera cierto límite o si es de potencial cumplimiento efectivo* revierte la propia finalidad del régimen confirmatorio dentro del cual esa presunción pretende ubicarse (lo que hemos denominado "sistema verificatorio coercitivo"). Dicha finalidad no es otra que la de limitar la potestad judicial de otorgar valor de verdad a una o varias afirmaciones de modo que *"tenga el menor margen posible para la arbitrariedad y el azar, es decir, tenga límites bien concretos"* (BINDER, 2000:79).

En **segundo lugar**, y ya descartada la posibilidad de concebir a la norma como una presunción[35], debemos decir que conceptualmente estamos ante un simple indicio que es la *"única inteligencia permitida por una correcta interpretación de la ley"* (SIBILLA Y OTROS, 2007:796)[36], y que como tal nada confirma, sino que simplemente indica una posibilidad que debe ser demostrada.

El criterio sentado por la correcta doctrina judicial a que hiciéramos referencia en el párrafo tercero de este acápite (y que luego denunciáramos como vejado incluso por sus sostenedores), es tan sólo la afirmación inicial tras la cual debe pasarse insoslayablemente a valorar la existencia o no de peligro procesal en cuanto el mismo depende de ciertas "circunstancias" que

---

mantenimiento o la recuperación de ella" (CAFFERATA NORES – TARDITTI, 2003:642; nota al pie nº 1359). Es decir, tal como sostenemos, la llamada presunción, no es tal.

[35] Ya se ha dicho que el riesgo o el peligro procesal *"... no pueden ser "presumidos", y en consecuencia el tribunal deberá en el caso concreto verificar la existencia de circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio fundado sobre los probables peligros."* (VEZZARO, 2001:124)

[36] Además de ser solo un indicio respecto de la peligrosidad, debe reconocérsele al Pronóstico Punitivo Hipotético una función de garantía en los términos en que lo viene haciendo a este respecto el TSJ desde "Aguirre Domínguez": "*...así como el pronóstico punitivo hipotético, tuvo siempre una función -derivada del principio de proporcionalidad y de su consecuencia la prohibición de exceso- en la procedencia de la prisión preventiva, por los mismos fundamentos, también la tuvo en su duración y cese"* (TSJ, Sala Penal, "Aguirre Domínguez", 11/12/1997).

deben “concurrir simultáneamente” con aquella “prueba sobre la existencia del hecho”.

Es que esta “prueba”, para cimentar la cautelar que nos ocupa, necesita además –y simultáneamente- de la **confirmación de las circunstancias (hechos) que efectivamente tengan capacidad para afirmar (y demostrar luego) la existencia de peligro procesal generado por el imputado;** independientemente del pronóstico punitivo hipotético -en cuanto éste es la derivación de la prueba de la existencia del hecho y que, en su caso, tan sólo servirá como una más de aquellas circunstancias[37].

En rigor, la estructura conviccional de todas las normas que ligan la peligrosidad procesal a una hipótesis condenatoria, no puede ser otra que la de **“un” mero indicio**[38]**,** donde el punto de partida (el pronóstico punitivo hipotético) y el resultado (la peligrosidad procesal) no pueden tenerse como necesaria derivación (estructura presuncional[39]) sino que más bien deben comprenderse como una ***indicación*** de esta posibilidad, debiendo en todos los casos invocarse y demostrarse la relación[40], lo que excluye a esta

---

[37] La CIDH no deja espacio de dudas cuando dice desvirtuando la legislación ecuatoriana, que ella *“ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”* (CIDH, “López Álvarez c. Honduras, 1 de Febrero de 2006, considerando 81).

[38] Así en SIBILLA Y OTROS, 2007:799

[39] Aquí es donde se desvía la línea argumental correcta sosteniéndose que: *“En el supuesto de encarcelamiento preventivo del art. 281, inc. 1° del CPP, el legislador ha presumido "iuris tantum" la concurrencia de estos riesgos cuando "prima facie" medie un pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo por el delito que se le sigue en el proceso”* (TSJ, Sala Penal, “González Camel”, 30/03/2005, LLC 2005 (junio), 514). Este erróneo criterio lo desvirtúa BOVINO en tanto:*“La existencia de peligro procesal no se puede presumir. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no exista peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia —v. gr., la pena prevista legalmente— el imputado evadirá la acción de la justicia”* (BOVINO, ALBERTO, 2006)

[40] La diferencia funcional entre “presunción e indicio” radica en que la **PRESUNCIÓN** asume en forma tasada (tarifada o preestablecida) la veracidad del hecho consiguiente -querido por ley como

pretendida presunción, verdadero indicio, del campo confirmatorio y nos obliga a trasladarla al demostrativo.

Esto es evidente si entendemos por indicio *"un hecho o circunstancia* –en el caso el pronostico punitivo hipotético- *del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro* –en el caso la peligrosidad procesal-" (CAFFERATA NORES - TARDITTI, 2003:*484*).

Obsérvese que, respecto de otros institutos vinculados al que nos ocupa, se ha dicho *"que la ley y la jurisprudencia utilizan el término "presunción" en sentido impropio, como expresión equivalente a "indicio", o bien intentando captar con aquella palabra la conclusión a que se puede llegar partiendo del indicio. En este sentido, el indicio es considerado como la causa de la presunción, y ésta viene a ser el efecto de aquél. Los arts. 203, 208, 276, 297, por su clara base fáctica, en realidad se refieren a indicios mas que a presunciones."* (CAFFERATA NORES - TARDITTI, 2003:*48*3, nota al pie 984).

La base fáctica aludida es la misma que se da en el caso de la peligrosidad procesal, a la que referimos al comenzar este punto y sobre cuyas dificultades probatorias alertamos. Lo indudable es que el giro conceptual que los autores citados efectúan respecto de los institutos del "registro" (art. 203 CPP Cba), la "requisa personal" (art. 208 CPP Cba), la "flagrancia" (art.

---

consecuente-, por caso, la peligrosidad procesal, tenida como conclusión apodíctica ante la existencia del punto (procesal) de partida (la imputación) sin necesidad de otra acreditación (acepte o no prueba en contrario). En el segundo caso, el **INDICIO**, se debe acreditar la existencia de una conexión lógica entre el punto –fáctico– de partida y la conclusión inferida acudiendo a otro(s) elemento(s) de convicción con el cual construir el silogismo o el ENTIMEMA [silogismo abreviado que por sobreentenderse una de las premisas, solo consta de dos proposiciones, *antecedente* y *consiguiente*; y que presume en el emisor del entimema la pretensión de que el interprete comparta la premisa tácita en el mensaje]. La PRESUNCIÓN se rige por el principio ordenador propio del mundo del derecho, deber ser, de los sistemas deontológico (como el derecho o la moral), esto es, el ***principio de imputación***; por el contrario, el INDICIO se rige por el principio ordenador propio del mundo de los hechos, del ser, de los sistemas ontológicos, esto es el ***principio de causalidad*** (Ver SIBILLA Y OTROS, 2007:799).

276 CPP Cba) y la “presunción de fuga” (art. 297 CPP Cba) debe ser exportado a la prisión preventiva[41].

Sólo así se satisface la exigencia de la CIDH cuando condiciona el dictado de la prisión preventiva a la invocación de *“diversas referencias, a título de elementos de juicio sujetos a apreciación casuística, puesto que se trata de acreditar que en el caso concreto --y no en abstracto, en hipótesis general-- es necesario privar de libertad a un individuo. Fundar la privación en consideraciones generales, sin tomar en cuenta los datos del caso particular, abriría la puerta, en buena lógica --que en realidad sería mala lógica--, a someter a las personas a restricciones y privaciones de todo género y de manera automática, sin acreditar que son pertinentes en el supuesto particular que se halla a consideración de la autoridad”* (CIDH, “López Álvarez c. Honduras, 1 de Febrero de 2006, del voto del Dr. López García, considerando 20).

A esta concepción suma como **tercer argumento** confirmatorio la exégesis sistemática de la normativa regulatoria de las medidas que restringen la libertad en el proceso penal por cuanto, en la generalidad de los sistemas procesales que analizamos, la sistemática del instituto hace conjugar varias normas interdependientes que sistemáticamente interpretadas no dejan espacio para las dudas.

[41] SIBILLA Y OTROS, 2007:799

Como denominador normativo común aparecen la *peligrosidad procesal* que para los fines del proceso puede importar el imputado, y la *absoluta indispensabilidad*[42] de la medida para neutralizarla[43].

La absoluta indispensabilidad es una conclusión devenida de un juicio razonado (y luego motivado) que ha de arrojar un resultado afirmativo respecto de que el peligro para el proceso imputable al acusado genera la necesidad insoslayable de privarlo de libertad. Esto resulta a todas luces incompatible con una concepción presuncional del pronóstico de pena.

Caso contrario se cae en el absurdo, lamentablemente evidente en abundante jurisprudencia nacional, de ordenar la medida bajo el amparo de la "imputación grave", encerrar al imputado y, luego, en un tiempo a veces por demás lejano, determinar el *cese* de prisión preventiva o la *excarcelación* (de acuerdo a como se regule la cuestión) ante la verificación de inexistencia de aquella "absoluta indispensabilidad" [44].

---

[42]Si bien en los Códigos Procesales Provinciales se utilizan diversos términos, conceptualmente el juicio es exigido en todos los casos: Arts. 280 CPPN, 253 CPPTF, 253 CPPLP, 280 CPPER, 269 CPPCBA y 265 CPPRN entre otros disponen –con algunas mínimas variantes de redacción: *"La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley"*. El Art. 144 CPPBA reza: *"Finalidad y alcance. El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley".*

[43]Nos hemos pronunciado a este respecto en SIBILLA Y OTROS, 2007.

[44] Se ha dicho sobre la presunción que antes criticamos que:*"No es absoluta, toda vez que es posible obtener el cese de la prisión preventiva cuando la privación de la libertad no fuere absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso, "según la apreciación coincidente del fiscal, del juez de instrucción y de la Cámara de Acusación" (art. 283, inc. 2º, Cód. Procesal Penal). En tal supuesto, por el consenso de los órganos tuteladores de todos los valores puestos en juego, nada autoriza a prolongar el encarcelamiento pues éste ha perdido su más decisivo fundamento: la indispensabilidad como cautela para asegurar la normal sustanciación del proceso."* Se ve claramente en este argumento (que se traslada desde 1997 hasta hoy en la doctrina del TSJ) la indeseable utilización de la prisión preventiva: se priva de libertad a un imputado por el monto de la pena del delito que se le atribuye y luego; mediante un engorroso procedimiento donde la carga de la prueba pesa

Así, por ejemplo, ante una acusación caratulada como hurto agravado (por la participación de un menor) siendo la *res furtiva* una revista; dada la existencia de una condena cumplida anteriormente, se ordenó el encarcelamiento preventivo del encartado ya que, al no admitir la condena potencial una ejecución condicional, se *presumió* que el imputado era peligroso para el proceso.

Una vez encerrado, a punto de cumplirse ya el mínimo de pena -al momento de solicitar el recupero de la libertad iban ya 20 días de privación de ella-, se logró el acuerdo que la ley procesal cordobesa prevé en su artículo 283 y se concordó en que no había *absoluta necesidad* de encarcelamiento preventivo. (Cam. de Acusación, Cba. 27/6/05, "Liberona, Sergio Omar psa Hurto").

La interpretación que criticamos hace de las normas que valoran el monto de pena a los fines de la imposición de la cautelar una *forma procesal anti garantía* desde que utiliza una regla de "prueba", no ya para tutelar un principio procesal (v.gr. presunción de inocencia), sino más bien para avalar, so pretexto de la protección de la forma, la violación del mismo[45].

---

sobre él, quizás se logre el cese de la medida porque se verifica que no existe absoluta indispensabilidad.

[45] *"Existen principios propios del Estado de derecho y hoy plasmados con generosidad en todas las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos que protegen a todo ciudadano que es sometido a un juicio desde el inicio de la preparación de éste hasta el final de los actos de control y ejecución de la decisión tomada en ese juicio. Para asegurar "garantizar" que esos principios serán respetados por los funcionarios, se crearon las formas (requisitos legales, secuencias legales) de cumplimiento obligatorio. Pero el cumplimiento de esas formas no es de ninguna manera el fin, sino el medio para asegurar el cumplimiento de los principios".* (BINDER, 2000:72).

Por último, como **cuarto argumento** resulta evidente que la noción del pronóstico punitivo hipotético como una presunción de peligrosidad, además de todo lo expuesto, altera la división republicana de poderes.

Esta afectación a la división tripartita de poderes se evidencia en el hecho de que sea el **legislador** el que *juzga* de antemano que toda persona a que se le impute un delito cuya posible pena sería de cumplimiento efectivo, es peligrosa para el proceso penal. No importa aquí que la presunción no admita prueba en contrario (iure et de iure) o si lo haga (iuris tantum), ya que en ambos casos el legislador se está atribuyendo facultades judiciales[46], al imponer normativamente *"la determinación de una circunstancia fáctica, en el caso particular"*[47], y al obviar él mismo el ***juicio*** *de absoluta indispensabilidad* que antes estableció como ineludible.

En el primer caso la impondrá sin posibilidad de refutación por parte del juez ni del imputado, y en el segundo, lo que impondrá es la circunstancia fáctica al juez y la carga de probar la situación antagónica al acusado[48].

De este modo, se estaría asumiendo como válida la posibilidad de que el legislador exima al juez de llevar a cabo su exclusiva función atribuyéndose

---

[46] Así VEZZARO, 2001:135

[47] Ver BOVINO, 1998:144 y sgts

[48] Resultan destacables las palabras de BOVINO en cuanto: *"En el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de derecho, sólo el poder judicial detenta la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción —sin admitir prueba en contrario, y aunque se admita tal prueba—, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial"* (BOVINO, 2006)

él la facultad de juzgar la concurrencia de determinados supuestos fácticos[49] tenidos por existentes gracias al automatismo legal que como *"producto de la obligatoriedad resuelve ex lege el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal de absoluta peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (...) o penal (...)."*(FERRAJOLI, 2005:554). Este automatismo conduce a que en la realidad la fuga *"se vincule con el temor a la prisión preventiva más que con el temor a la pena efectiva derivada de una condena"* (FERRAJOLI, 2005:558).

2.1.3. Prueba, Acreditación, Mostración y Convicción de Peligrosidad Procesal

Aclarados que fueran los puntos que preceden, podemos entonces ingresar al análisis concreto respecto a qué es lo que se debe confirmar a los fines del dictado legítimo de la prisión preventiva, es decir, cuál es el verdadero *objeto de confirmación* que legitimará, de ser verificado, la privación cautelar de libertad de un imputado, y que, en principio, pareciera no ser otro que la *peligrosidad procesal.*

No obstante, como ya adelantamos al ingresar en esta problemática, la confirmación de una situación futura como ésta no es posible y sólo puede ser verificada sobre la base de una demostración cimentada en un razonamiento inferencial. Todo elemento confirmatorio, sea mostrativo,

---

[49] *"...el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular sólo puede corresponder a un órgano judicial."* (BOVINO, 2005). Así lo entiende la CIDH al decir que: *"… En el caso de las medidas cautelares --a la cabeza, la prisión preventiva--, también compete a la ley, no al juzgador, prever la existencia de la medida, pero sólo debiera corresponder al segundo, amparado en el acervo de datos que tiene a la mano y considerando los fines que se pretende alcanzar con la medida --y que, por ende, legitiman su aplicación--, aplicar ésta"* (CIDH, "López Álvarez c. Honduras, 1 de Febrero de 2006, del voto del Dr. López García, considerandos 23 y 24)

acreditativo, probatorio (en sentido estricto) o convictivo[50], lo que hará es generar una premisa, como punto de partida, que podrá o no ser un indicio sobre la verdad del peligro.

Queda entonces claramente establecido que la actividad confirmatoria no se dirige en forma directa al *peligro,* hecho que de por sí no es susceptible de ser "confirmado", sino que se direcciona a todos aquellos hechos que, relacionados con otras premisas y reglas de la experiencia, permitan luego, a través de un juicio inferencial, DEMOSTRAR en una instancia ulterior, la existencia de *peligro procesal.*

La actividad confirmatoria coercitiva tiene dos orientaciones bien claras: en primer lugar, se dirige a la confirmación de hechos cuya vinculación con una regla de la experiencia y por derivación lógica *puedan* conducir a la conclusión relativa a la existencia de peligro procesal. Este es técnicamente el *indicio,* el hecho que autoriza, una vez confirmado, a inferir la existencia de otro.

En segundo término, se buscará confirmar *la posibilidad*, es decir, que ese hecho probado (indicio) no sólo *puede conducir* sino que más bien, en el caso concreto, *conduce efectivamente* a la conclusión aludida. En otras palabras, se intentan "probar" otros hechos que permitirán luego argumentalmente demostrar la necesariedad vinculatoria entre indicio y conclusión.

[50] Ver BRISEÑO SIERRA, 1995 capítulo VI. Dejamos a salvo las observaciones que más adelante haremos sobre lo que el autor llama "convicción".

Por lo tanto, se CONFIRMA, por un lado, la existencia de una premisa (v.gr. el imputado compró pasajes hacia el exterior – lo que *permite* inferir que el imputado se fugará) y por el otro, otros hechos que serán herramientas para DEMOSTRAR la vinculación efectiva de esa premisa con la conclusión a la que se pretende arribar, todo ello sobre la base de las reglas de la lógica y la experiencia común (v.gr. la fecha prevista para el viaje, el hecho de que sólo es pasaje de ida, el hecho relativo a la compra con identidad falsa, adquisición de pasaporte falso, etc.)[51].

He aquí la primera conclusión a la que este trabajo nos permite arribar: *la peligrosidad procesal no se confirma (o, en términos tradicionales, no se prueba).* Sólo son susceptibles de confirmación los hechos que permiten inferirla (**confirmación de los indicios**) y los hechos que hacen que esa permisión se produzca en el caso concreto (**confirmación de los hechos que hacen atendible a la inferencia indiciaria**).

Los medios de confirmación adquieren, a estos fines, la mayor amplitud que el sistema procesal les asigna y, tanto uno como otro extremo, serán confirmables mediante cualesquiera de los medios existentes dependiendo de las particularidades del hecho cuya confirmación se persigue. Ellos podrán ser objeto de pruebas (en sentido propio), de acreditación documental, de mostración o reconocimiento, o podrán ser puestos en conocimiento del juzgador por dichos de testigos e incluso de las partes.

[51] Por otra parte, algunos de esos hechos que hacen atendible al indicio pueden funcionar como indicios independientes.

Estos últimos medios son los que según BRISEÑO SIERRA generan convicción, subespecie de la confirmación, y que debe ser entendida como *"… la inclinación del ánimo hacia una afirmación inverificable"* (BRISEÑO SIERRa, 1995: 1253). Al respecto, si bien ésto resulta aplicable a toda la denominada "teoría de la prueba" y no sólo a la confirmación de la peligrosidad, queremos expresar algunas aclaraciones.

En este sentido, la cuestión nos parece objetable, ya que si bien la convicción implica un ánimo particular en el juzgador, éste se deriva necesariamente de otros datos de por sí expresables, en los cuales se cimienta ese estado psicológico de improbabilidad, probabilidad, certeza, duda, etc., que el magistrado experimenta respecto del hecho. Al ser aquellos datos expresables (ej. Titubeo del testigo), se tornan de por sí verificables y criticables, aún cuando las más de las veces se presenten como verdaderos entimemas.

Es que la valoración de la prueba bajo las normas de la sana crítica racional legalmente impuesta, si bien se exterioriza en un estadio posterior, tiene su génesis en la recepción misma del medio confirmatorio en cuestión. La convicción no se genera per se sino que se deriva justamente de la aplicación al medio confirmatorio en particular de las reglas de la lógica y la experiencia común.

Toda convicción ha de ser lógicamente explicable –de hecho ello le es exigido constitucionalmente al juzgador- ya que, como dijimos, el estado convictivo es producto de la existencia (verificable materialmente y cuestionable sobre la base de las reglas de la experiencia común) de una

premisa mayor (v.gr. todo testigo que transpira está nervioso); de una premisa menor (también verificable materialmente – v.gr. el testigo transpira) y de una conclusión (siempre revisable formalmente – en el caso, el testigo está nervioso).

Por su parte, el juez podrá decir que está convencido de la falta de verdad de los dichos del testigo porque el mismo está nervioso lo cual también es producto de una inferencia lógica entimemática o no, pero en el primer caso siempre susceptible de exteriorización (v.gr. todo testigo que está nervioso miente, el testigo está nervioso, luego, el testigo miente) y por ello revisable.

Por lo tanto, lo que el autor citado trata como medios de convicción, lo que en realidad hacen es poner al juzgador en conocimiento de un dato[52], generar premisas, cuyo poder convictivo deriva de las reglas de la lógica. Más bien parecen **medios confirmatorios cognitivos** por cuanto su función es la de poner al juez en conocimiento de ese "algo", que, por determinados hechos (siempre expresables y verificables) podrá o no ser tenido por cierto, y en uno u otro caso conducirá a una conclusión respecto a la existencia o inexistencia del hecho a confirmar.

Como expresamos, lo dicho al respecto es aplicable a toda la teoría de la confirmación y no solo a nuestro tema, pero reducido a éste, puede ejemplificarse a partir de la consideración de un testimonio del que se extrae que *"el imputado ha comprado un pasaporte falso"*. Este medio que nosotros

[52] Que puede ser tanto el dicho en sí cuanto un gesto, un movimiento, una seña, etc.

llamamos de cognición, no convence al juez de por sí. En realidad pone en su conocimiento uno o varios datos determinados.

Ahora bien, el juzgador puede o no tener por ciertos los dichos del testigo (otros datos, v.gr. no se le cree porque el testigo temblaba, estaba nervioso, tiene algún interés en la privación de libertad del imputado, etc.), lo cual ha de ser perfectamente explicable.

En el primer supuesto (verdad de los dichos), la convicción del juez se inclinará hacia la existencia de peligrosidad, pero no por el dato en sí, sino por el razonamiento (explicitado o no) que permite considerar que aquél o aquellos que adquieren un pasaporte falso intentarán fugarse.

Si bien este razonamiento será objeto de *demostración* con posterioridad, la realidad es que ya ha de haberse producido en la mente del magistrado al momento de recepcionar la testimonial. El juzgador no se convence y razona sino que razona y por ello se convence.

La convicción deviene del razonamiento que con el dato conocido se efectúa, y no del dato en sí.

2.1.4. La confirmación del indicio generado por el pronóstico punitivo hipotético

Haciendo referencia específicamente al pronóstico punitivo hipotético, fijado que fuera que éste tan solo puede constituir un indicio de peligrosidad[53] –y no una presunción-, debe tenerse presente que como tal, es de confirmación

[53] Es de destacar que incluso uno de los principales opositores a la prisión preventiva ha sostenido que *"... el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas..."* (FERRAJOLI, 2005:559) de modo que reconoce el razonamiento que deriva el peligro de fuga de la gravedad o efectividad de la pena amenazada. Lo que de ningún modo puede aceptarse es que ese razonamiento entimemático prescinda en el caso concreto de la exposición efectiva de las premisas ocultas que hacen que aquél indicio conduzca a la conclusión.

casi automática ya que está constituido por la escala penal amenazada lo que resulta fácilmente *acreditable*.

No obstante, resta aún merituar, respecto de él, el segundo extremo (la atendibilidad); es decir, si el resultado que se intenta inferir –peligrosidad procesal- resulta o no atendible, lo cual dependerá de la necesariedad de la relación establecida entre los dos conceptos –pronóstico punitivo grave y peligrosidad procesal- y su real concurrencia en el caso concreto.

La atendibilidad del indicio que tratamos no reside en la simple relación entre el pronóstico de pena y el hecho imputado (no basta con probar suficientemente el hecho imputado), sino que, hay que confirmar que los montos de pena y la efectividad de la futura y eventual condena *impulsan* firme y realmente al imputado a vulnerar los fines procesales en el caso concreto[54].

Asimismo, esa atendibilidad debe apoyarse en "prueba" autónoma e independiente de la conminación abstracta de pena, de modo que, el razonamiento relativo a que *"quien se ve imputado de un delito sobre el que pueda recaer pena efectiva es peligroso para el proceso en el que se intentará acreditar la hipótesis acusatoria"*, no se erija en una regla procesal aplicable per se.

Cuando la atendibilidad de la conclusión que intenta inferirse del pronóstico de pena no se confirma autónomamente, **toda "la prueba"** que existe es la relativa al hecho imputado que, a los fines de la prisión preventiva, sólo

[54] Difícilmente podrá probar esta relación quien pretenda por ejemplo, la prisión preventiva de un imputado por algún delito que estadísticamente nunca llegó a la elevación a juicio.

concurre a dar sustentabilidad –provisional- al pronóstico punitivo que correspondiere, el cual a su vez -como hemos dicho- sólo puede funcionar como mero indicio.

Pretender que esta "prueba" tiene la suficiente idoneidad para acreditar la peligrosidad procesal contraría los principios de la Sana Crítica Racional, en tanto viola las reglas de la lógica y no invoca dato alguno de la experiencia común. Nada puede inducir a validar esa relación prescindiendo de la actitud del imputado personalmente considerado en el caso que se trata. Si se pretende que el imputado es peligroso procesalmente **a causa** de la potencial efectividad de la pena que se le amenaza, esa relación causa efecto, debe ser **efectivamente "probada" por quien la sostenga**.

2.2. LA DEMOSTRACIÓN

Visto que la confirmación del *peligro* como ente resulta de por sí imposible desde que no es susceptible de ser acreditado documentalmente, ni mostrado como fetiche, ni probado científicamente y tampoco susceptible de ser manifestado por testigos (solo quedaría la confesión del imputado de ser procesalmente peligroso, que si bien es hipotéticamente posible, difícilmente imaginable en un caso real); queda tan solo la posibilidad de demostrarlo a partir de la confirmación de otros hechos que permitan inferirlo (y a cuyo tratamiento nos dedicamos anteriormente).

Así las cosas, la actividad central y fundamental del pretensor coercitivo es la de demostrar que los hechos cuya confirmación procuró y (eventualmente)

logró conducen, sin lugar a dudas, a tener por cierta la existencia de peligro procesal.

Esto se reduce a una actividad argumentativa de donde surja que del hecho probado, convertido en premisa menor (indicio) y vinculado con una regla de la experiencia como premisa mayor, se llega, dados otros hechos que muestran la necesaria derivación, a la conclusión de que el imputado es procesalmente peligroso.

Se trata de una CONSTRUCCIÓN INDICIARIA con las características que a ello le diéramos precedentemente. Aquí, el indicio es utilizado por los sostenedores de las pretensiones antagónicas a los fines de demostrar, ahora desde el exterior (y no ya desde el interior del juzgador como sucedía con los medios confirmatorios cognitivos), el sustento de sus pretensiones, y ello con total ajenidad del medio confirmatorio –cualquiera sea su clase- ya agotado.

Con esta actividad demostrativa se tiende a imprimir en el decisor el grado convictivo necesario para el dictado de la medida, convicción que no debe ser confundida con aquella que BRISEÑO SIERRA trata como subespecie de la confirmación (y que nosotros tratamos como cognición), sino más bien como la convicción genérica producto de la intervención de todos los medios confirmatorios empleados, sus resultados, los razonamientos que permiten realizar y la actividad demostrativa de las partes.

En definitiva, esta actividad consiste en argumentar, como paso previo al logro de un determinado estado convictivo en el juzgador, por qué esos indicios *confirmados*, en vinculación con esos otros hechos también

confirmados, llevan a un resultado, cual es el de tener al imputado como procesalmente peligroso.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, la fortaleza y sustento de la demostración dependerá de la existencia de una cierta cantidad de indicios (v.gr. aquellos que contiene el art. 281 CPPCba, a saber: (i) -inc. 1- pronostico punitivo hipotético, (ii) –ult. Párr.- falta de residencia, declaración en rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, condena impuesta sin que hay transcurrido el termino que establece el articulo 50 del Código Penal)[55] de modo que la convicción del juzgador satisfaga los parámetros mínimos (que tratamos a continuación), dato que será susceptible de revisión –exigencia constitucional ineludible- dada la motivación de la resolución.

Es que la situación riesgosa puede inferirse tan solo del "indicio" de que el imputado sabe que tiene iniciado un proceso penal en su contra. Si con ello fuere suficiente debiéramos tener por válida la privación de libertad cautelar en modo automático y concomitante con el momento en que el acusado tome conocimiento de la imputación, lo que es a todas luces inadmisible[56].

Es que en rigor de verdad, el "peligro", el "riesgo" para el proceso devenido de la potencial actitud del imputado, sin dudas existe ya desde allí; pero de

---

[55] *"Cabe aclarar que, todos los indicios legales del articulo, están formulados en perjuicio del imputado, ya que a partir de ellos, se intenta tener por cierto –siempre que así lo permita alguna regla de la lógica o experiencia común- el hecho de la peligrosidad procesal; sin embargo, la concurrencia de las "circunstancias opuestas" –residencia fija, no declaración en rebeldía, etc.- a las enumeradas en el ultimo párrafo, autorizarían inferir la inexistencia de peligrosidad procesal, ya que nada impide una interpretación a contrario a favor del imputado"* (SIBILLA Y OTROS, 2007:801).

[56] Esto no es admitido ni siquiera por los defensores de la presunción de peligrosidad derivada del monto de pena, quienes, por lo menos, exigen un determinado mínimo de gravedad en el mal amenazado para el caso de condena a los fines de tener por válida la inferencia que "presumen".

ningún modo puede considerárselo “peligrosidad procesal” en los términos de exigibilidad constitucional y legal. Lo que hace procedente a la privación de la libertad es esa clase especial de peligrosidad que justifica una vulneración de tal magnitud a los derechos de un presunto inocente y que depende, para considerarse verificada, de la previa demostración de un alto grado de probabilidad de que ese riesgo se produzca en el caso concreto. Ello sólo será determinable a partir de la existencia confirmada de un catálogo mínimo de indicios que conduzcan a una conclusión relativa a la peligrosidad confirmadamente atendible.

Por su lado, el imputado, presunto **inocente de peligrosidad**, procurará demostrar que la confirmación no se ha logrado en alguna de sus medidas (supuesto de hecho indicativo o relación de éste con la conclusión) o bien que aún habiendo sido eficaces dichas confirmaciones, o no son suficientes los indicios existentes o existen otros que permiten sostener la conclusión contraria. También queda a salvo la demostración respecto de la posibilidad de neutralización del peligro mediante la aplicación de cautelares menos gravosas, pero ello se vincula con la inexistencia de “absoluta necesidad”.

2.3. EL GRADO CONVICTIVO

Por último, y como puede deducirse de las ideas expuestas a lo largo del presente trabajo, la confirmación de los hechos que permiten demostrar la existencia de peligrosidad procesal no resulta de por sí suficiente para cimentar una privación de libertad cautelar. Antes bien, depende del logro de un estado cognitivo especial que imprima en el magistrado un cierto grado

de convicción[57] al que debe insoslayablemente arribar antes de imponer la prisión pre sentencial.

Lo dicho anteriormente respecto de la mayor cantidad de indicios posible tiene con el tema que tratamos una relación directa e inmediata. Cuantos más sean y más cimiento confirmatorio tengan los indicios, mayor será el poder convictivo respecto a la existencia de "peligro procesal" y no mero riesgo que, como dijimos, puede tenerse por existente desde el momento mismo en que el imputado sepa que se lo persigue penalmente.

Por otra parte, nada tiene ésto que ver con el grado convictivo respecto al delito atribuido, es decir, ese "cierto grado de veracidad acerca de la existencia del delito investigado y de la participación del imputado", que sólo constituye uno de los dos grados convictivos necesarios para privar de libertad preventivamente al imputado.

Referimos aquí al segundo escalón cognitivo[58] y que alude al único y exclusivo elemento apto para cimentar el encierro cautelar: la peligrosidad procesal del imputado.

Así las cosas *"el único grado de convicción, que permitiría habilitar el mayor poder cautelar del sistema,* ***es el de certeza positiva"***[59].

Este punto, reiterando lo dicho en el trabajo citado, no puede parangonarse con lo relativo a la exigencia de un juicio de *absoluta indispensabilidad de la*

---

[57] Nos referimos a lo que BRISEÑO SIERRA denomina *"convicción general del juzgador"* (BRISEÑO SIERRA, 1995:1327) producida por la combinación de los resultados de aquello que el autor trata como la prueba, la mostración, el acreditamento y los propios medios exclusivos de convicción.

[58] Segundo cronológicamente aunque no así en relevancia.

[59] Decíamos oportunamente que *"esta cualidad en el órgano decisor de la medida, es la misma que la requerida al tribunal de sentencia –en cualquiera de sus conformaciones- para fallar condenatoriamente"* (SIBILLA Y OTROS, 2007:796, en nota 4)

medida; ya que ello corresponde a un análisis posterior, al que debe necesariamente anteceder la corroboración *con grado de certeza positiva,* de la existencia de riesgo procesal.

En consecuencia, es necesario para encerrar cautelarmente un conocimiento sobre la peligrosidad procesal gradualmente idéntico al necesario respecto del delito para encerrar definitivamente[60], es decir, ausencia de dudas (y siempre y cuando no quede esa peligrosidad, certeramente conocida, neutralizada por otro medio menos gravoso de acuerdo al resultado que arroje el juicio de indispensabilidad posterior).

Afirmamos por tanto que la privación procesal de la libertad procederá si, y sólo si, en base a la dialéctica procesal, el juzgador se convence con grado de *certeza positiva* de la *verdad* sobre la peligrosidad del imputado – convencimiento que luego deberá motivar satisfactoriamente[61].

3. CONCLUSIÓN

Un simple recorrido estadístico por algunos sistemas de procesamiento penal y penitenciario del país permite afirmar que principios y garantías tales como el juicio previo, la presunción de inocencia, el nullum penae sine delito, entre otros, tienen una vigencia puramente ideal y académica.

---

[60] Ha dicho en este sentido BALCARCE que la certeza *"es un estado espiritual puro, que importa la exclusión de todo elemento negativo por considerar que no merecen, racionalmente, ser tenidos en cuenta"* (BALCARCE, 1996:56). Por su parte CAFFERATA NORES enseña que ella es *"la firme convicción de estar en posesión de la verdad"* y cita en sustento de su definición a MITTERMAIER, para quien se trata del *"estado del entendimiento que tiene los hechos por verdaderos (...) luego de rechazar victoriosamente todos los motivos contrarios"* (CAFFERATA NORES, 1994:6)

[61] *"Construir ese relato final con el conjunto de versiones fragmentadas es una de las tareas fundamentales del juez y uno de los contenidos esenciales del concepto de jurisdicción"* (BINDER, 2000:78)

La automaticidad con que la privación de la libertad cautelar se produce dado un procesamiento, ha hecho de ella un efecto casi inseparable de éste, poniéndose así al servicio de ideologías absolutamente autoritarias que se sirven para el logro de esa inseparabilidad, de criterios de aplicación de la medida cuyo efecto inmediato es derogar en la realidad y del modo más disimulado posible aquellos principios y sus respectivas garantías.

Hasta aquí, la distracción respecto de estas violaciones constitucionales se ha logrado y multiplicado mediante la utilización permanente de la presunción de peligrosidad devenida del pronóstico de pena, a veces en forma burda[62], lo que viene siendo lamentablemente aceptado en forma mayoritaria. Es que mediante ella se crea la apariencia de que la prisión preventiva se ordena frente a la *existencia* de peligrosidad procesal lo que nos permite afirmar que aún quienes avalan, defienden y aplican esa presunción reconocen, les guste o no, que *no puede haber prisión preventiva sin peligrosidad procesal*.

Ahora bien, luego de todo lo expuesto ha quedado demostrado que aquello que se aparenta no se condice con la realidad, que esa "presunción" no puede ser tal y que de hecho no lo es. Su verdadera estructura conviccional es la de mero *indicio*. Querer que un monto de pena *confirme* un hecho futuro resulta a todas luces irrazonable y hace (o al menos permite) que bajo un manto ficticio se de lo jurídicamente inadmisible: *la prisión preventiva sin peligrosidad procesal*.

---

[62] Así por ejemplo puede extraerse de la exposición de motivos de la Ley Penal Tributaria de donde es patente la intención del legislador respecto de la utilización del monto mínimo de pena como herramienta aseguradora de la inexcarcelabilidad de algunos de los delitos allí tipificados.

Ese mero indicio, como vimos, sólo sirve como una herramienta más para *demostrar* la existencia de peligrosidad procesal, en un estadio posterior a la confirmación, y siempre y cuando ella haya arrojado un resultado positivo respecto de todos aquellos hechos relevantes que hacen atendible la inferencia pretendida.

Por lo demás, queda claro que "peligrosidad procesal" no es un mero peligro (que de por sí puede tenerse por existente en todo momento de persecución) sino que se trata de un riesgo con una potencialidad de concreción atendible. Sólo la intención de neutralizar ese especial peligro puede fundar una medida como la que tratamos, lo que hace indispensable su previa verificación. Y ella depende de la existencia de numerosos indicios que, en conexión con hechos independientes también confirmados, hagan necesaria la conclusión relativa a la peligrosidad con alto grado de probabilidad de concreción del daño que implica[63].

Solo así, luego de la CONFIRMACIÓN de los indicios y de su atendibilidad, la DEMOSTRACIÓN plasmada en una insoslayable CONSTRUCCIÓN INDICIARIA, y el logro de una CONVICCIÓN con grado de certeza respecto de la existencia de verdadera PELIGROSIDAD PROCESAL, podremos afirmar que ella ha sido **VERIFICADA** y recién en ese momento será válida, si además resulta ABSOLUTAMENTE INDISPENSABLE, la privación de la libertad de un imputado.

[63] Reiteramos que, si bien ese alto grado de probabilidad se relaciona con la absoluta indispensabilidad (si no hay alta probabilidad de daño a los fines del proceso no hay absoluta indispensabilidad), ésta no se agota allí ya que aún existiendo verdadera "peligrosidad procesal" puede ella no concretarse (neutralización de ese altísimo riesgo mediante medios menos dañosos, etc.)

Diego Dei Vecchi

Córdoba, Septiembre de 2007

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, SUSANA (2000), *Garantías Judiciales – Algunos Requisitos del Debido Proceso Legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- BALCARCE, FABIÁN I. (2002), *Medidas Limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
    - BALCARCE, FABIÁN I. (1996), *La Prueba en el Proceso Penal*, Córdoba, Lerner.
- BELLA, GABRIELA (2002), "Denegación de la exención de prisión por la gravedad de la escala penal, ¿Medida cautelar o pena anticipada?", La Ley, ***http://laley.com.ar***, fecha de lectura: 01/10/2005, (Publicado en: LA LEY 2002-F, 642 - Sup.Penal 2002 (octubre), 22)
- BOVINO, ALBERTO (1998), *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Del Puerto.
    - (2005), "Contra la inocencia", Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología, disponible en red, ***http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=14,250,0,0,1,0***
    - (2006), "Un Voto Cínico. A propósito del Voto de Riggi en el caso Chabán", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, t. 2006/A, Buenos Aires, del Puerto.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO (1995), *Derecho Procesal*, Segunda Edición, Colección Juristas Latinoamericanos, México Harla.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I (2000), *Proceso Penal y derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto.
    - (1977) *La excarcelación,* Córdoba – Buenos Aires, Lerner.
    - (1983) *Medidas de Coerción en el proceso penal,* Córdoba, Lerner.
    - (1994), *La prueba en el Proceso Penal,* Buenos Aires, Depalma,
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I – TARDITTI (2003), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado,* t. I., Córdoba, Mediterránea.
- COUTURE, EDUARDO J. (1993), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 524 págs.
- FERRAJOLI, LUIGI (2005), *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Madrid, Trotta.
- FERRER, CARLOS F., "La restricción de la libertad en la investigación fiscal preparatoria del nuevo código procesal penal, ley 8.123", en Foro de Córdoba, nº 11
- FOUCAULT, MICHEL (2002), *Vigilar y Castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina S.A..

- HERRENDORF, DANIEL E. (1998), *Los Derechos Humanos ante la Justicia – Garantía de la libertad innominada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MAIER, JULIO B. J. (1989), *Derecho Procesal Argentino – Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi.
- NOYA NOVAIS, JOSEFA (2003), "Origen, Justificación y naturaleza de la pena", en CANCIO, JOSÉ ANTONIO (2003), *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica,* VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 21-27.
- PASTOR, DANIEL (1993), "El encarcelamiento preventivo", en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación,* comp.. JULIO B. MAIER, Buenos Aires, del Puerto.
- PÉREZ BARBERA G. Y BOUVIER H. (2004), "Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios" en *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de derecho penal integrado* – Año V nº 9 – 2004, Córdoba.
- ROXIN, CLAUS (2000), Derecho Procesal Penal, traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Revisada por Julio B. Maier, Buenos Aires, del Puerto.
- SIBILLA, IGNACIO, DIEGO DEI VECCHI Y GUSTAVO VIVAS USSHER (2007), "El pronóstico punitivo hipotético como presunción", Revista Semanario Jurídico, volumen 21, tomo 95, N° 1611, del 07 de junio de 2007, Córdoba, pp. 795 – 808, Cooperativa de Trabajo "La Prensa" Ltda.
- VEZZARO, DARÍO (2001), "La Prisión Preventiva", en *Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho penal integrado*, Año II, N° 2, Córdoba.
- VIVAS USSHER, G. (1999), *Manual de Derecho Procesal Penal*, T° 1 y 2, Córdoba, Alveroni.
    - (2005), "La prisión preventiva y el Derecho Penal Económico", 2005, disponible en red ***http://www.federalconsulting.net/pdf_doc/derecho_economico.pdf***
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR (2002), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y financiera, 2da. Ed., 1083 págs.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR (2003), *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2da. Edición.

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

3) Límites normativos a la prisión preventiva. Diego Camaño Viera.

LÍMITES NORMATIVOS A LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Diego Camaño Viera

I) DELIMITACIÓN

La prisión preventiva es el principal motivo de encarcelamiento en la justicia penal uruguaya. Entre otros factores, ello se debe a que la legislación sobre prisión preventiva permite una amplísima utilización de la misma, convirtiéndola en la regla general. Actualmente, el procesamiento sin prisión sólo procede en aquellos casos en que el imputado carezca de una causa anterior en trámite y sea procesado por delitos cuyo mínimo sea de hasta 24 meses de prisión[1]. En todos los demás casos, la legislación interna impone el encarcelamiento preventivo.

Sin embargo, la prisión preventiva no solamente está regulada a nivel doméstico sino también en diversos instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante PIDCP] y la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante CADH].

Dichos instrumentos establecen una serie de *límites normativos a la prisión preventiva*, que ciertamente ponen en cuestión la regulación doméstica del instituto.

Entre los diversos límites, nos interesa destacar aquellos relativos a la *duración de la prisión preventiva*, pues es aquí donde encontramos las más graves violaciones a los derechos de los imputados: si la prisión preventiva no puede ser utilizada como regla general, entonces muchos menos puede aceptarse que esta se extienda *indefinidamente* en el tiempo. Además, cuando la prisión preventiva se prolonga en exceso, se vulneran garantías esenciales del debido proceso como el principio de inocencia y la necesidad de un juicio previo como requisito para la imposición de una pena.

En efecto, bajo la óptica del derecho internacional, la detención preventiva no puede ser indeterminada ni indefinida, sino por el

[1] Ley 16.058, art.1.

contrario, tratándose de una medida cautelar fundada en el principio de inocencia, la misma sólo puede ser de aplicación excepcional, en caso de ser estrictamente necesaria desde el punto de vista procesal y sometida a la limitación del "plazo razonable" en su duración.

Dado que la legislación interna no ha establecido un límite temporal a la duración del encarcelamiento preventivo, y que tanto Jueces como Fiscales son reacios a la aplicación directa del derecho internacional, resulta de notorio interés práctico introducir los estándares internacionales en la materia, de modo de proporcionar herramientas prácticas para mejorar el funcionamiento de nuestra justicia penal.

Cabe aclarar que al hablar de *estándares internacionales* nos estamos refiriendo, principalmente, a aquellos que surgen de diversos pronunciamientos de los órganos de supervisión de los tratados; en especial, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CIDH y CtIDH respectivamente] en el ámbito de la CADH y el Comité de Derechos Humanos [en adelante CDH], en el marco del PIDCP.

Este énfasis en el derecho internacional se debe a que las garantías judiciales (y en especial, los límites que enfrenta la utilización de la prisión preventiva) encuentran una regulación técnicamente *superior* en el derecho internacional que en el ordenamientos nacional.

A ello debe sumársele el hecho de que los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República son *de aplicación obligatoria por parte de la jurisdicción doméstica*, aspecto que no ha sido objeto del tratamiento que merece por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, al haber permanecido – salvo contadas excepciones - al margen de los importantes avances en materia de derecho internacional de los derechos humanos [en adelante DIDH].

Por lo tanto, es en el DIDH donde se encuentran una serie de límites normativos a la duración del encarcelamiento preventivo. De este modo, se plantea la cuestión de la aplicación directa de tales normas y estándares (de fuente internacional) en el ámbito interno.

El nuevo paradigma del DIDH plantea grandes desafíos a la "cultura jurídica" de los Estados. El de los límites temporales al encarcelamiento preventivo es sólo uno de ellos.

I) REALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Un sistema penal que gira en torno a un instituto procesal.

La mayor parte de las personas que son enviadas diariamente a la cárcel por los Jueces, lo son, no porque hayan cometido delito sino porque se las presume culpables. Son más los presos procesados que los condenados. En gran cantidad de casos, la prisión preventiva es el único castigo que se impone; y en muchos otros la detención preventiva se cuenta por años.

La legislación procesal parece amparar tales prácticas, a través una *asimilación sustancialista entre pena y prisión preventiva*. Si la "eventual pena a recaer", la "naturaleza del delito imputado", e incluso los "antecedentes" del procesado son los criterios decisivos para la imposición del encarcelamiento preventivo[2], es evidente que la legislación está viciada de una grave confusión entre el instituto procesal (prisión preventiva) y el sustantivo (pena).

Pese a que tal confusión es incompatible con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, y que existe toda una doctrina y jurisprudencia internacional que considera ilegítima la asimilación entre prisión preventiva y pena, a nivel doméstico, los operadores de la justicia penal muy raramente aplican el DIDH.

Ello explica que, en los hechos, la prisión preventiva cumpla el rol de una auténtica *pena anticipada*. En la praxis judicial, es moneda corriente que el "tiempo transcurrido", la "gravedad del delito" o sus "circunstancias", sean argumentos decisivos en materia de excarcelaciones. De este modo, los operadores reproducen la ilegítima asimilación sustancialista de la legislación, mediante una serie de pre-juicios propios de la acusación o la sentencia, y haciendo total abstracción de los estándares internacionales en la materia. Las vistas fiscales y resoluciones judiciales sobre excarcelaciones se transforman así en una serie de *anticipaciones encubiertas* sobre el fondo del asunto, en donde Jueces y Fiscales "dicen sin decir" que el sujeto será condenado a tal o cual pena; que el delito imputado es de tal o cual gravedad; o (peor) que sus antecedentes son una premonición de reincidencia. En definitiva, anticipaciones sobre el *tratamiento punitivo* que recibirá el imputado.

Esto lleva a que *en los hechos*, el auto de procesamiento cumpla la función de la sentencia, con la imposición de una pena indeterminada

[2] Ley 16.058, art.1.

(la prisión preventiva) que será luego individualizada durante el proceso (sea mediante la libertad provisional o anticipada).

De ahí que en el funcionamiento práctico de nuestra justicia penal, la enorme mayoría de las personas se juegan su suerte en las primeras 48 horas de detención, con la decisión sobre el procesamiento. Todo lo que viene después [lo que debería ser verdaderamente el proceso penal] se reduce, en la mayor parte de los casos, a un mero trámite burocrático para "cerrar el expediente".

Estas perversas prácticas han, en definitiva, fusionado dos institutos claramente distinguibles y diferenciables, al punto de haber "normalizado" a todos los actores del proceso, en esta lógica de corte punitivo y anti-garantista bajo la que funciona nuestra justicia penal.

¿Cuál es entonces el verdadero eje de nuestra justicia penal? ¿La pena? ¿O la prisión preventiva?

En Uruguay, no cabe duda que esta última: es a la prisión preventiva que le debemos los altos índices de encarcelamiento[3], las altísimas tasas de superpoblación carcelaria[4]; y como consecuencia, los gravísimos problemas sicológicos, sanitarios y sociales que se derivan de este encierro masivo en condiciones infra-humanas.

La prisión preventiva produce una grave aflicción a la persona, pues *ontológicamente* es *equivalente* a la pena. Nadie puede seriamente afirmar que el encierro derivado de la imposición de una pena es - en su cumplimiento - diferente de aquel que se deriva de la aplicación de la prisión preventiva. Máxime en realidades carcelarias como la nuestra, en que el procesado es alojado en la misma cárcel que el condenado y normalmente no recibe un trato diferencial, en franca violación a diversas normas internacionales que consagran el trato preferencial hacia el procesado[5], justamente porque bajo tal calidad se encuentra amparado por el principio de inocencia.

---

[3] Según datos del ILANUD, en 1992 Uruguay tenía 3.037 presos, cifra que trepó a 4.012 en 1999. Actualmente cuenta con más de 6.500 presos. Ello arroja una tasa de encarcelamiento de más de 200 presos cada 100.000 hab. y un crecimiento, entre 1992 y 2006 de más de un 100%.

[4] El actual COMPEN (Complejo Penitenciario Santiago Vázquez) alberga casi 3.000 reclusos, pese a que cuenta con una capacidad locativa para aproximadamente 800 personas, lo que arroja una superpoblación de más del 300%.

[5] Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nº 8 lit.b), 70 y 84 a 93.

Todo esto nos coloca frente a la más grave *disfunción* de nuestra justicia penal: la *utilización indiscriminada de la prisión preventiva*. Dicha circunstancia termina por *hacer girar todo el sistema penal en torno a la aplicación de un instrumento procesal*, en vez de hacerlo en base a razones sustantivas. La centralidad de la cárcel en el sistema penal se debe *en mayor parte* a la aplicación de la prisión preventiva que a la propia pena[6], pues el número de presos procesados supera ampliamente al de condenados; y sin dudas, la superpoblación carcelaria no existiría si la cárcel fuera un lugar en que exclusivamente se cumplieran penas, y no detenciones preventivas.

Sin embargo, esta disfunción no es propia del sistema penal uruguayo. Prueba de ello son los altos índices de "presos sin condena" (que superan ampliamente la mitad de la población reclusa) en prácticamente todos los países de América Latina[7]. No es casualidad, entonces, que la explosiva situación carcelaria sea un rasgo característico de la región, ni tampoco que esta se deba a la generalizada utilización de la prisión preventiva como respuesta punitiva.

En el plano teórico, el lugar central de la prisión preventiva en el funcionamiento de la justicia penal tiene efectos deslegitimantes sobre las (mal) llamadas "teorías de la pena"[8], que se encargan de justificar el sistema penal (y por ende a la pena privativa de libertad, sanción principal del derecho penal). Según dichas "teorías", la aplicación de la pena puede encontrar distintos tipos de justificaciones (prevención general o especial, positiva o negativa), pero como su nombre lo indica, se trata de variantes que versan siempre sobre la "pena".

No obstante, si la realidad de nuestros sistemas penales demuestra que la privación de libertad es el castigo central, y que esta procede mayormente de la aplicación de un instituto procesal y no sustantivo, entonces aquellas "teorías" quedan carentes de todo sustrato material.

---

[6] Esta línea de argumentación no excluye una crítica más amplia de la propia cárcel como reacción punitiva prevalente. Sin embargo, ambas pueden sostenerse en forma independiente. Una crítica demoledora de la cárcel puede verse en MATHIESEN, Thomas: *Juicio a la prisión*. EDIAR, Buenos Aires, 2003.

[7] CARRANZA, Elías: "Sobrepoblación carcelaria en América Latina y El Caribe" en *Justicia penal y sobrepoblación carcelaria. Respuestas posibles*, p.28. Naciones Unidas – ILANUD, Siglo XXI Editores, Méjico, 2001; "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa" en www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/carran16.htm

[8] En realidad no son verdaderas teorías sino doctrinas de justificación (FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, pp.321 a 328.Ed. Trotta, Madrid, 1997).

De este modo, la realidad del sistema penal reduce las (mal) llamadas "teorías de la pena" a meras justificaciones de carácter especulativo.

Aunque la disfunción apuntada no sea exclusiva de la realidad local, lo que sí es muy específico del Uruguay es que presenta una de las cifras más altas de "presos sin condena" en la región[9] y que se ha mantenido al margen del movimiento de reforma del proceso penal que se ha venido desarrollando en América Latina y el Caribe durante los últimos 20 años[10].

En especial, debe destacarse la deficiente regulación procesal sobre prisión preventiva, no sólo por haberla consagrado como regla, sino además, por la ausencia de límites temporales explícitos en la legislación interna que permitan acotar su duración. De esta última falencia resulta que, a estar exclusivamente a la legislación interna, jamás sería posible atribuirle el calificativo de "excesiva" a la duración de la prisión preventiva.

Sin embargo, como veremos, el orden jurídico no comprende solamente la legislación doméstica sino también al derecho internacional (y en particular, el DIDH), explicitado en trascendentes pronunciamientos de diversos órganos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos, que han ido estableciendo una serie de estándares sobre prisión preventiva.

2. ¿Necesidad de la prisión preventiva?

Vistas las cosas desde el interés de la persecución penal pública, el procesado "debe" tolerar la pérdida de su privación de libertad porque existen elementos que llevaron a un funcionario del Estado (Ministerio Público) a sostener una imputación criminal en su contra, y a otro funcionario (Juez) a someterlo a proceso por tal imputación. Dicho de otro modo, la grave limitación a la libertad personal del imputado sólo se justifica en aras de una "razón de Estado": la de que el sometido a proceso es, presumiblemente, culpable.

Como puede verse, lo que prima en tal razonamiento son motivos atinentes a la *efectividad de la persecución penal*: la prisión preventiva se justificaría para evitar que el (presunto) culpable se sustraiga al (efectivo) cumplimiento de la (también presunta) pena.

[9] CARRANZA, "Sobrepoblación penitenciaria …", p.28. El último dato disponible del ILANUD, de 1999, señala que el 77% de los presos estaban cumpliendo prisión preventiva.
[10] Los casos de Chile y Guatemala quizás sean los más relevantes.

El mejor caldo de cultivo para tal justificación lo constituyen, sin duda, todas aquellas perspectivas teóricas (jurídicas y criminológicas) basadas en la vieja idea de una mejor y más efectiva "lucha contra la delincuencia". Ciertamente, las raíces de tal ideología[11] se remontan a la defensa social del positivismo criminológico de principios del siglo XX, aunque previamente los propios ilustrados la habían incorporado a su discurso[12].

Sin embargo, ni siquiera de esta línea argumental de la defensa social se desprende una *absoluta necesidad* del encarcelamiento preventivo. En puridad, incluso desde esta óptica defensista, se puede considerar a la prisión preventiva como un instituto procesal, de carácter cautelar, que sólo puede justificarse cuando exista un riesgo de frustración del proceso o de la prueba.

En efecto, descartado un defensismo a ultranza, que sustente el castigo exclusivamente en la peligrosidad (es decir, sin conexión con un delito como precedente), la idea misma de "lucha contra la delincuencia" excluye la justificación de un lucha contra la delincuencia *presunta*. Una "lucha" de tal naturaleza [si fuera posible] sólo podría emprenderse contra los "delincuentes", y en el Estado de derecho sólo podrían ser considerados delincuentes los condenados y nunca los procesados[13].

Este razonamiento vale simplemente para demostrar que ni siquiera de las ideologías penales más conservadoras se desprende una *absoluta necesidad* de encarcelar preventivamente a todo imputado de delito.

---

[11] La defensa social es ideológica en el puro sentido marxista, en tanto implica una falsa representación de la realidad.

[12] "(…) la pena debe ser *pena* y debe ser *defensa directa* (…) La pena está destinada a actuar sobre los *demás* más que sobre el culpable (*moralmente*, se entiende), pero no basta que actué sobre los *malvados*. Es preciso que actúe suficientemente sobre los *buenos*, para tranquilizarlos tanto frente al delincuente mismo, como frente a sus temidos imitadores. Por eso, el mal que sería suficiente sanción para el precepto, porque tendría acción suficiente sobre los malvados en cuanto les opone un padecimiento superior al provecho del delito, puede no tener suficiente acción sobre los buenos, para tranquilizarlos respecto del mismo culpable. Es necesaria una detención prolongada para que los ciudadanos no tengan motivo para temer que aquél, liberado demasiado pronto, vuelva a los ataques" (CARRARA, Francesco: *Programa del curso de derecho criminal, V.1*, p. 441. Ed. Depalma, Bs.As., 1944).

[13] Ciertamente, la palabra "delincuentes" en muchos partidarios de la defensa social se utiliza apelando a la idea de un "delito natural", y por tanto de una "criminalidad real". Sin embargo, el Estado de derecho impone ciertos límites que los propios defensistas actualmente reconocen.

3. Principio de inocencia vs. Estigmatización del preso

Si abandonamos por un instante las "razones de Estado" y nos centramos en el sujeto y sus derechos, se puede afirmar que el procesado es una *persona sobre la que recae una imputación criminal*. En el Estado de derecho, esta persona imputada tiene derecho a ser juzgada con las debidas garantías, lo que implica el derecho a un juicio independiente e imparcial, dentro del marco de las reglas del debido proceso (en síntesis, derecho a un "juicio justo").

En este contexto, el *derecho a ser tratado como inocente*[14] ocupa un lugar central.

El desarrollo de esta noción y sus consecuencias para la limitación temporal a la prisión preventiva será encarado más adelante; ahora sólo quisiera destacar los problemas prácticos que plantea la "inocencia del preso".

A partir de su encarcelamiento, el individuo pasa a ser un preso, y como tal, un verdadero *ciudadano de segunda categoría*[15], aislado de su mundo e ingresado por la fuerza (del Estado) a un sub-mundo nuevo: el carcelario.

Ello conlleva una carga estigmatizante que se traduce en un *status jurídico devaluado*, y en una consideración diferente hacia su persona (cuando no, una des-consideración), por parte de las distintas instancias del aparato estatal que tratan con él (en especial, las autoridades carcelarias, aunque no exclusivamente).

Esta *estigmatización del preso y su status jurídico devaluado* hacen que, desde el lenguaje ordinario, pueda parecer un contrasentido hablar de su "inocencia" (en esto juegan un rol preponderante los discursos oficiales y mediáticos, que tienden a alimentar el estereotipo del preso – delincuente – peligroso – culpable).

Sin embargo, para un Estado de derecho, el "trato de inocente" tiene un alto valor político (como límite al poder punitivo) y no puede ser avasallado por ninguna mayoría, pues en él reside el sentido (y la razón de ser) de un proceso penal democrático. Sin principio de

[14] Como veremos, es inexacto hablar de una "presunción de inocencia", pues en realidad lo que el derecho consagra es un "estado jurídico" o "principio" de inocencia. Lo central es que el imputado sea tratado como inocente (aunque no lo sea).
[15] La expresión le pertenece a Iñaki RIVERA BEIRAS.

inocencia, el proceso penal no sería necesario; bastaría contar con una eficiente maquinaria policial que encierre a todos los sospechosos.

El proceso penal existe porque el Estado debe demostrar que el (presunto) inocente es culpable. Y si no lo puede hacer, entonces *debe* absolverlo, sea (realmente) culpable o inocente. Por lo tanto, no hay dudas que incluso el (realmente) culpable, respecto de quien el Estado no puede demostrar su responsabilidad en el hecho, debe verse beneficiado con el trato como inocente.

Pero además, el Estado no puede mantener a una persona indefinidamente encarcelada: debe juzgarla dentro de un plazo razonable. Al igual que en el caso anterior, si no puede hacerlo, *debe* conferirle la libertad, aunque en tal hipótesis, también *debe* continuar el proceso, a efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

¿Qué quiere decir "plazo razonable"? ¿Existe una obligación del Estado de liberar al detenido que no es juzgado dentro de dicho plazo? Estas son algunas de las interrogantes que surgen en torno a la duración de la prisión preventiva, cuyas respuestas surgen primordialmente del DIDH.

Debido a que en el Uruguay no existen estudios sistemáticos sobre DIDH y a que la praxis judicial no parece haber reconocido aún su auténtico carácter de "derecho", corresponde realizar una somera presentación.

IV) EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Orígenes

Consternados por las atrocidades cometidas por la Segunda Guerra Mundial, a mediados del Siglo XX, los países de todo el mundo acordaron someterse a un orden jurídico internacional con la creación de la Organización de Naciones Unidas. Se trata de un momento crucial de la historia de la humanidad en que, por segunda vez[16] la comunidad internacional manifestaba su voluntad de someterse a un orden jurídico internacional, aunque ahora, *no solamente como forma de mantener la paz mundial*. En efecto, además de tal designio, los "pueblos de las Naciones Unidas" se manifestaron "resueltos a crear condiciones bajo las cuales puedan *mantenerse la justicia y el respeto*

[16] La primera fue el fallido intento de la Liga de las Naciones.

a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional"[17].

De este modo, la Carta de las Naciones Unidas da el puntapié inicial para un amplísimo (y velocísimo) desarrollo del derecho internacional, el que se verá fortalecido por la instancia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto forma parte de la Carta[18].

Como era de esperar en ese contexto de post-guerra, la Carta fue rápidamente ratificada por una enorme cantidad de Estados[19].

También en el ámbito regional se desarrollaron instancias similares con cometidos regionales, como es el caso de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948[20].

Estos fueron los primeros pasos (a nivel universal y regional) para la aparición de una nueva rama del derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos[21].

2. Derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos: su diferente naturaleza.

Sin embargo, en estos orígenes citados, todavía no se perfilaba el surgimiento de un derecho internacional específicamente referido a derechos humanos.

Este fue desarrollándose a partir de la aprobación de una serie de tratados en los que – a diferencia de los característicos del derecho internacional – *los Estados no se obligaban entre sí sino en relación a los individuos bajo su jurisdicción*. Este fenómeno dio lugar a una jurisprudencia internacional que rápidamente advirtió las diferencias: mientras los clásicos tratados de derecho internacional son celebrados entre Estados, para la obtención de ventajas recíprocas entre ellos, en los tratados sobre derechos humanos los Estados no buscan el

[17] Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.
[18] Carta de las Naciones Unidas, art.92.
[19] Uruguay lo hizo el 15 de diciembre de 1945 (Ley 10.683), menos de 6 meses después de adoptada la Carta, que ya había entrado en vigencia el 24 de octubre.
[20] En su Preámbulo, los Estados (en nombre de sus pueblos) afirmaron estar "seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, *un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*".
[21] Otro precedente importante son los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario.

beneficio mutuo sino una especial protección jurídica para todos los seres humanos bajo su jurisdicción.

El primer paso lo dio la Corte Internacional de Justicia, en una Opinión Consultiva relativa a la Convención sobre Genocidio: "Se ha querido que sea una convención de alcance universal. Su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora. Los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común (…) En una convención de este tipo *no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes*. La consideración de los *fines superiores de la Convención* es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"[22].

Tanto la Corte Interamericana como Europea se han pronunciado en igual sentido. Es así que la CtIDH afirmó que "los tratados modernos sobre derechos humanos (...) *no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos* (...) Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, *no en relación a otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*". Para llegar a tal conclusión también se basó en lo dicho por la (hoy extinguida) Comisión Europea de Derechos Humanos, al sostener que las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención Europea sobre Derechos Humanos [en adelante CEDH] "son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"[23].

Esto ha permitido a la doctrina afirmar que "en materia de derechos humanos (...) aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados, sino que principalmente *derechos para los individuos y obligaciones para*

[22] Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre "Reservas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio" de 28/5/51 (destacado nuestro).

[23] CtIDH, Opinión Consultiva sobre "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC 2/82 de 24/9/82, párr.29 (destacado nuestro).

los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado"[24].

Precisamente, la peculiar naturaleza de estos tratados (que conforman una suerte de orden público o garantía colectiva en relación a derechos humanos) torna inaplicable en este ámbito el *principio de reciprocidad* del derecho internacional clásico[25], pues las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos no lo son en relación a otros Estados sino a los individuos, destinatarios de tales normas. Se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*, de un modo unilateral, razón por la cual "no resulta aplicable el principio general de derecho que establece que cuando una de las partes incumple las obligaciones a su cargo, la otra queda liberada de las propias; de allí que la violación de las disposiciones del tratado no sea causal de denuncia ni de terminación"[26].

Que estas obligaciones se asuman *ante la comunidad internacional*, no altera el dato del surgimiento de un *vínculo obligacional entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción*. A partir del momento de la ratificación de un tratado de esta naturaleza, los beneficiarios de la creación de esta garantía colectiva en materia de derechos humanos son la totalidad de los individuos bajo la jurisdicción del Estado, sin discriminación.

De este modo, la persona humana se va afirmando como verdadero *sujeto de derecho internacional*[27], lo que resultaba inaceptable dentro de los parámetros tradicionales del derecho internacional clásico (concebido como el derecho que regula relaciones entre Estados).

---

[24] MEDINA, Cecilia – NASH, Claudio: *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.8. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2003. En el mismo sentido se pronuncia en nuestro medio MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 2/87*, p.126. FCU, Montevideo, 1987.

[25] DULITZKY, Ariel E.: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p.37. CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

[26] PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*, p.60. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. El art.60.5 de la Convención de Viena establece esta solución para los tratados de carácter humanitario, cuya violación grave por un Estado no constituye causal de terminación o suspensión de su aplicación, como ocurre para los demás tratados.

[27] Cabe recordar que actualmente la persona humana es pasible de responsabilidad penal internacional ante un tribunal permanente como la Corte Penal Internacional.

3. La responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional

La consecuencia lógica del incumplimiento de tales obligaciones de derecho internacional es el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado.

De las múltiples facetas y especificidades de tal responsabilidad, cabe destacar que, *para el derecho internacional, el responsable es el Estado como unidad*, independientemente de cuál sea el poder estatal que incurrió en la violación. Por lo tanto, *la separación de poderes es un dato que al derecho internacional le es indiferente*: la responsabilidad del Estado puede surgir tanto de un acto legislativo, administrativo como jurisdiccional.

En un esclarecedor pronunciamiento, CANÇADO TRINDADE afirma que existe "toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente (...) sosteniendo que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en *cualquier acto u omisión de cualquiera de los poderes o agentes del Estado* (sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial)"[28]. Luego de citar precedentes de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional afirma que "los pronunciamientos al respecto, por parte de distintos órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, me parecen más que suficientes para afirmar la existencia de *obligaciones legislativas* – además de *judiciales*, a la par de las *ejecutivas* – de los Estados Partes en tratados de derechos humanos como la Convención Americana"[29].

En síntesis, "la cuestión de la distribución de competencias y el principio básico de la separación de poderes, son de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero *en el derecho internacional no pasan de hechos que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado*"[30].

El punto tiene especial relevancia en materia de prisión preventiva, ya que tanto su imposición como su mantenimiento se derivan de decisiones judiciales que no están exentas de contralor internacional.

4. El rol preponderante del Poder Judicial.

[28] CtIDH, caso "La última tentación de Cristo", Sentencia de 5/2/2001, Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, párr.16 (destacado nuestro).
[29] CtIDH, *idem*, párr.16.
[30] CtIDH, *idem*, párr.22 (destacado nuestro).

Diversos fallos internacionales y pronunciamientos doctrinarios le confieren al Poder Judicial un *rol central* en materia de protección de derechos humanos, justamente por tratarse del "último garante" de tales derechos. Ello no puede sorprender: si el Poder Judicial es el encargado de arbitrar los conflictos en una sociedad democrática, entonces los jueces tienen una gran responsabilidad y una ardua tarea que cumplir.

No en vano, el art.25 CADH establece el derecho de toda persona a un recurso "sencillo y rápido" ante la jurisdicción doméstica, "que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

Por lo tanto, al habérsele confiado "la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos"[31].

Es por ello que *la actuación de la jurisdicción doméstica puede dar lugar a la responsabilidad del Estado*, bajo el derecho internacional. Si bien los tribunales internacionales no sustituyen a los tribunales internos ni operan como "tercera instancia" de los procesos locales, *las decisiones tomadas por los jueces nacionales forman parte de la situación fáctica a analizar por parte de la justicia internacional, a efectos de determinar si en el caso concreto hubo (o no) violación a derechos humanos con protección convencional*.

De este modo, los fallos judiciales internos pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado: "Los actos internos de los Estados no se encuentran exentos de verificación en cuanto a su valor de prueba, por cuanto pueden no estar conformes con las obligaciones internacionales de los Estados. Esto se aplica a la legislación nacional así como a las decisiones internas, judiciales o administrativas. Por ejemplo, *una decisión judicial interna puede dar lugar a una interpretación incorrecta de alguna norma de un tratado de derechos humanos* (…) *En tales hipótesis se puede configurar la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto sus tribunales (…) no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*. Los órganos de supervisión internacionales no son obligados a conocer el derecho interno de los diversos Estados, pero sí

[31] CANÇADO TRINDADE, Antonio: "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos" en *El Juez y la Defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, p.242. IIDH, San José de Costa Rica, 1993.

a tomar conocimiento de él como elemento de prueba, en el proceso de verificación de la conformidad de los actos internos (judiciales, legislativos, administrativos) de los Estados con las obligaciones convencionales que a éstos se imponen"[32]. Por lo tanto, resulta indubitable la competencia de los órganos de supervisión para ocuparse "de errores de hecho o de derecho cometidos por los tribunales internos, en la medida en que tales errores parezcan haber resultado en violación de uno de los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos"[33].

De hecho, son cada vez más los casos en los que los tribunales internacionales de derechos humanos se han pronunciado sobre la actuación de la jurisdicción doméstica a efectos de determinar la responsabilidad del Estado por violación a obligaciones convencionales[34].

No en vano, Hernán MONTEALEGRE planteó (en Montevideo, hace ya más de diez años) la necesidad de abrir camino a un nuevo paradigma: "Yo les expreso: estamos ante un momento de transición, de un derecho antiguo y tradicional a un nuevo derecho. Este nuevo, para que cobre realidad, tiene que ser implementado por los jueces (...) El Juez juega un papel que no puede jugar ningún jurista. Una sentencia de un Juez vale más que muchos volúmenes de tratados. Tienen, en este sentido, el poder jurisdiccional para aplicar la norma y dictar la sentencia que otorgue a los derechos humanos primacía sobre los derechos del Estado"[35].

5. Incorporación de la normativa internacional de derechos humanos al derecho doméstico.

Muy brevemente diremos que este dilema nos remite a la vieja discusión entre posiciones "dualistas" y "monistas", aunque en buena medida la misma puede darse por superada.

---

[32] CANÇADO TRINDADE, "La interacción …", p. 243 (destacado nuestro).
[33] CANÇADO TRINDADE, "La interacción …", p. 247.
[34] Sólo como ejemplo: CtIDH, casos Suárez Rosero (Sentencia de 12/11/97); Genie Lacayo (Sentencia de 29/1/97); Hilaire, Constantine y Benjamin (Sentencia de 21/6/02); Fermín Ramírez (Sentencia de 20/6/05).
[35] MONTEALEGRE, Hernán: "Posición que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en relación con la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional. Posible conflicto entre normas internacionales" en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Curso de Actualización y complementación*, p.22. Comisión Internacional de Juristas – Colegio de Abogados del Uruguay, Marzo 1993, Montevideo.

En primer lugar, porque ya el propio KELSEN, aún desde una concepción del derecho íntimamente ligada a la noción de coercibilidad estatal, nos habla de la "inevitabilidad de la construcción monista"[36].

Pero sobre todo, porque *el actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no admite que este sea sacrificado en el pedestal de la soberanía estatal*.

En efecto, si los Estados - en el pleno y libre uso de sus facultades soberanas - acordaron someterse a un orden jurídico supranacional (frente a sus individuos y ante la comunidad internacional), en función del alto valor político y democrático de los derechos humanos; si se ratifican tratados y se reconoce la competencia de la jurisdicción internacional y de otros órganos de supervisión sobre el cumplimiento de los tratados; si en definitiva de lo que se trata es de *proteger mejor* lo que embrionariamente ya está previsto en las Constituciones, entonces no puede caber dudas que los Estados están *obligados* a respetar y garantizar los derechos humanos.

El reconocimiento de esta obligación pasa a ser entonces lo crucial. *Si el Estado está obligado a proteger [de la mejor forma] los derechos humanos, no puede haber norma de derecho interno que limite tal protección*. No sería admisible ni lógico que un Estado asuma obligaciones de derechos humanos "hacia fuera" para luego limitarlas (o no aplicarlas) "puertas adentro". No sería aceptable que un Estado se obligue ante la comunidad internacional a respetar determinados derechos reconocidos a la totalidad de los individuos bajo su jurisdicción, para después "escudarse" en razones internas (generalmente apelando a la devaluada noción de soberanía) que lo habilitarían a dejar de cumplir con tales compromisos.

Pero además, resulta especialmente importante tener presente lo dispuesto por el art. 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[37]: *"Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado"*.

---

[36] KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, pp.335 a 445. FCU, Montevideo (sin fecha). Según dicho autor, la tesis dualista llevaría a considerar al derecho internacional "una especie de moral internacional (…) Pero la mayoría de los representantes de la teoría dualista se ven constreñidos a considerar tanto al derecho internacional como al derecho estatal, como órdenes jurídicos simultáneamente válidos, independientes entre sí en su validez y que pueden entrar recíprocamente en conflicto. Esta teoría es insostenible" (p.332).

[37] Ratificada por ley 16.173 de 30/3/91.

Por lo tanto, al ratificar la Convención de Viena, *los Estados se han comprometido expresamente a no alegar el derecho interno como excusa para dejar de cumplir con las obligaciones asumidas en un tratado*. Con ello, la discusión sobre la prevalencia puede considerarse jurídicamente zanjada.

Por otro lado, si esta autolimitación del poder del Estado, asumida como una obligación del propio Estado, es luego desconocida en el ámbito doméstico, no solamente se estaría violando el tenor literal del art.27.1 sino además la regla "pacta sunt servanda" del art.26 de dicha Convención: *"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*.

Finalmente, si estos argumentos no fueran suficientes, se puede invocar nuevamente la especificidad de los tratados en materia de derechos humanos. Como ha dicho BIDART CAMPOS: "Se pretenderá buscar la eximente diciendo que en lo internacional el Estado tiene y asume responsabilidad cuando, en lo interno, otorga preferencia a su derecho interno frente a un tratado que discrepa con él. Pero este alegato no es fértil en materia de tratados sobre derechos humanos, porque precisamente lo que caracteriza y distingue a tales tratados de los tratados clásicos o comunes, es que tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del Estado, dentro de la cual los derechos que ellos reconocen deben ser titularizados y ejercidos por cuantas personas integran la población del Estado (…) Los [tratados] de derechos humanos se ratifican y se incorporan al derecho interno del Estado que en ellos se hace parte, para que esos derechos se hagan efectivos *dentro de la jurisdicción interna*, no para dejar de cumplirlos ni para violarlos con la excusa de que se responderá internacionalmente"[38].

Por otro lado, en relación a la ubicación jerárquica de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, no hay duda que las mismas tienen *rango constitucional*.

El hecho de que el Uruguay no cuente con una cláusula constitucional expresa que establezca la recepción de los tratados de derechos humanos con tal rango (como es el caso de Argentina, Colombia y Perú, entre otros) no es un impedimento, pues contiene una "cláusula de derechos implícitos" (art.72) que muy claramente reconoce otros

[38] BIDART CAMPOS, Germán: "La interpretación del sistema de derechos humanos" en Revista IIDH, Nº19, Enero-Junio 1994, p.27.

derechos no enumerados en la Constitución como parte integrante de la misma.

Dicha cláusula es la que justamente permite dar base jurídica cierta para afirmar el *rango constitucional* de los derechos humanos[39].

En el plano local, calificada doctrina constitucionalista comparte esta conclusión, al sostener que *la sola ratificación de un tratado sobre derechos humanos implica la incorporación de sus normas con un rango constitucional*. En este sentido, RISSO comparte la afirmación de CAJARVILLE en cuanto a que la inclusión de un derecho en un tratado internacional ratificado por la República es el argumento más fuerte para sostener que se trata de un derecho inherente a la personalidad humana (art.72 Constitución). De este modo, se pueden resolver los problemas interpretativos que surgen de dicha cláusula de derechos implícitos. En función de ello concluye: "La prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana, surge justamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a los derechos humanos"[40]. Por lo tanto, "la constatación de que un derecho es reconocido como fundamental en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, pone de manifiesto sin mayores dificultades dicho carácter, y por lo tanto habrá que reconocer a dicho derecho rango constitucional conforme al artículo 72 de la Constitución"[41].

De ello se desprende que "la carga de la argumentación se desplaza a quien pretenda que un derecho humano reconocido en un tratado, y pese a dicha regulación, no es inherente a la personalidad humana y por ende carece de rango constitucional conforme al artículo 72"[42].

---

[39] BIDART CAMPOS sostuvo esta posición *antes de la reforma constitucional en Argentina*, pues el hecho de que "una constitución no de prioridad ni parangone los tratados sobre derechos humanos, no equivale a suponer que el sistema de derechos se nutre y repliega solamente con la constitución y hacia adentro de ella" (BIDART CAMPOS, "La interpretación…", p.26). Ello se debe a la "tipología democrática" de las Constituciones modernas, que participa de la misma filosofía del DIDH, por lo que existe un "único sistema de derechos provenientes de dos fuentes afines: la constitución y el derecho internacional contractual – los tratados" (p.27). Por lo tanto, "no queda margen para ninguna avaricia interpretativa, para ningún egoísmo, para apegos indebidos a incomunicaciones o fronteras entre derecho interno y derecho internacional" (p.33). Un estudio comparativo de las diversas fórmulas de recepción de la normativa de derechos humanos en el constitucionalismo latinoamericano puede verse en DULITZKY, "La aplicación …", pp. 39 – 50.

[40] RISSO, Martín: *Derecho constitucional, T.1*, p.351. FCU, Montevideo, 2005.

[41] RISSO, *Derecho constitucional*, p.351.

[42] RISSO, *Derecho constitucional*, pp.351, 352.

En definitiva, "los derechos humanos no establecidos a texto expreso en la Constitución, pero contenidos en tratados internacionales ratificados por la República, tendrán no sólo rango supralegal, sino jerarquía constitucional, tal como lo impone el artículo 72 de la Constitución, salvo demostración en contrario"[43] [44].

A todo ello debemos sumar la inclusión en diversos tratados de la "cláusula de la protección más favorable", por la que se establece que las normas internacionales no pueden ser interpretadas como limitaciones de las normas de derecho interno, sino que solamente pueden ampliar tal protección[45].

Esto quiere decir que, en definitiva, será la *norma más favorable* (la que mejor proteja el derecho en cuestión) la que deberá primar, con lo que el propio DIDH admite la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional en tales casos.

III) LÍMITES NORMATIVOS A LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Bajo el DIDH la prisión preventiva no puede ser indeterminada sino que está limitada, en su duración, por el *derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable*. Esta garantía fundamental surge claramente del PIDCP y la CADH, ambos instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay[46].

El art.9.3 PIDCP establece:

"*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en*

[43] RISSO, *Derecho constitucional*, p.352.
[44] Cabe destacar la importancia de que los constitucionalistas se detengan a estudiar este punto, de la mayor trascendencia téorica y práctica para la aplicación del DIDH en el ámbito doméstico. Lamentablemente, en Uruguay, el dato del DIDH es soslayado por la mayor parte de la doctrina constitucionalista, cuando en realidad no es más que un desarrollo de derechos constitucionalmente reconocidos.
[45] PIDCP art.5.2; CADH art. 29 lit. b).
[46] El PIDCP fue ratificado por Uruguay el 10/7/1969 por Ley 13.751. La CADH fue ratificada por Uruguay el 8/3/1985 por Ley 15.737 (art.15).

cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

Por su parte, el art. 7.5 CADH dispone:

"*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*".

En lo que tiene que ver con los órganos de supervisión, a nivel regional, debe destacarse que el Uruguay reconoció expresamente "la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención"[47], requisito indispensable para que funcione el sistema interamericano a su respecto[48].

Por lo tanto, habiendo reconocido tal competencia en lo relativo a "la interpretación o aplicación" de la CADH, el Estado uruguayo se ha comprometido a aplicar la misma *según las interpretaciones realizadas por tales organismos*. El punto merece especial destaque, pues implica que la obligación estatal consiste en aplicar la CADH *en función de los estándares elaborados por la CtIDH y la CIDH*[49]. Por lo tanto, ningún Estado parte del sistema interamericano puede aplicar la CADH (a nivel interno) en forma que contradiga tales estándares. De este modo, *el sistema interamericano se convierte en una fuente válida de producción de reglas de derecho, aplicables por la jurisdicción doméstica*.

A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos [en adelante CDH] de Naciones Unidas, en su calidad de órgano encargado de la supervisión del PIDCP, ha formulado importantes y reiteradas observaciones al Uruguay sobre prisión preventiva que aún no han sido salvadas, por lo que también nos referiremos a ellas.

---

[47] Ley 15.737, art.16.
[48] CADH arts.45.2 y 62.3.
[49] En 1992, la Corte Suprema de la República Argentina, en el caso "Ekmedkjián c/Sofovich", estableció que en toda cuestión referida a la aplicación de un tratado se debe seguir la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlo, criterio seguido en los casos Giroldi y Riopar (BOVINO, *Justicia penal…*, pp. 5 y 6).

1. La formulación imperativa de la garantía: carácter autoejecutable y preceptividad de la libertad por vencimiento del plazo razonable.

La formulación del PIDCP y la CADH no deja dudas acerca del carácter *preceptivo* de la libertad por vencimiento del plazo razonable[50]. En efecto, ambos textos utilizan el *imperativo*: "toda persona detenida (...) *tendrá derecho* a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad".

De dicha formulación imperativa surge el carácter *autoejecutable* de la garantía, pues al no establecer condición de especie alguna, resulta directamente aplicable por la jurisdicción doméstica. A diferencia de otras normas de derecho internacional que establecen la obligación de los Estados de adoptar determinadas medidas a nivel interno (de carácter legislativo o administrativo) para la protección de un determinado derecho, en este caso no existe condicionamiento alguno para la aplicación doméstica de la garantía. Es más, como veremos más adelante (Num. 2.2), del derecho internacional no surge una obligación a cargo del Estado de dictar una ley que establezca (en abstracto) un plazo máximo para la prisión preventiva, pues lo razonable del encarcelamiento preventivo depende de cada caso. Por lo tanto, *no siendo necesaria la adopción de medida alguna a nivel interno como requisito previo a la aplicación de la garantía, la misma resulta directamente aplicable por los tribunales locales*.

El hecho de que el derecho internacional contenga una cláusula abierta como la de "plazo razonable" no desvirtúa tales conclusiones. Ciertamente, se puede debatir el alcance de la expresión "plazo razonable", pero lo que está fuera de discusión es que *el derecho internacional ha establecido un límite temporal al encarcelamiento preventivo*, según el cual, las personas sometidas a prisión preventiva no pueden estar encarceladas por tiempo indeterminado. Bajo la óptica del derecho internacional, el Estado tiene una obligación de juzgar a todo imputado en un determinado plazo, y si no lo hace, *debe* proceder a su liberación, sin perjuicio de asegurarse su comparecencia en juicio.

[50] Sobre la aplicación de la CADH en el ámbito doméstico, MINVIELLE afirma claramente que "los derechos y garantías de orden procesal penal establecidos por la Convención caen en la órbita del art.1.1: son de aplicación inmediata e incondicional" [MINVIELLE: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) …", p.132].

Por otro lado, ambas normas comienzan por reconocer el "derecho a la libertad personal"[51], protegido a su vez por el art.7 Constitución. Es entonces *a partir* – y como emanación - del (genérico) derecho a la libertad personal, que surge un (específico) *derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad*.

Como he sostenido anteriormente: "Esto implica entonces que si la persona no es juzgada dentro del plazo razonable, *debe* ser puesta en libertad. Al tratarse de un derecho fundamental (inherente a la persona humana) la formulación es imperativa: no es la posibilidad de ser liberado sino la *obligación del Estado de poner a la persona en libertad*. Esta obligación de liberar al detenido tiene como antecedente lógico la violación del Estado en su obligación de juzgar en un plazo razonable.

En definitiva, *el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un derecho fundamental del ciudadano, cuya violación por parte del Estado acarrea como sanción, la obligación de otorgarle la libertad al detenido*.

Si esto es así, entonces cuando se viola el plazo razonable los Jueces no tienen la "potestad" sino la "obligación" de liberar al procesado. Esta es la única lectura armónica de las normas de derecho interno, en relación a la normativa de fuente internacional. (…) constatada la violación por parte del Estado, el individuo *debe* ser liberado"[52].

Por lo tanto, no hay dudas que la violación de la obligación convencional de aplicar la garantía del "plazo razonable" a nivel doméstico es un hecho que da lugar a la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional[53].

2. Estándares internacionales para determinar el exceso en la duración del "plazo razonable" de la prisión preventiva.

[51] El acápite del art. 9.1 PIDCP y el del art 7.1 CADH son idénticos en su contenido: "Toda persona ["Todo individuo" en el PIDCP] tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

[52] CAMAÑO VIERA, Diego: "La excarcelación provisional por gracia en la ley 17.726" en *Medidas alternativas. Discusión y análisis de la ley 17.726 de 26/XII/2003*, pp.247 y 245. Cuadernos de Fundación - Derecho Penal N° 4. FCU, Montevideo, 2004.

[53] El fallo Suárez Rosero (CtIDH, Sentencia de 12/11/97) es un buen ejemplo de cómo la jurisprudencia internacional ha establecido la responsabilidad del Estado por violación a esta garantía.

A continuación analizaremos los principales estándares internacionales sobre "plazo razonable" de duración de la prisión preventiva, aplicables todos ellos por la jurisdicción doméstica[54].

2.1. Necesidad de distinguir el "plazo razonable" de la prisión preventiva del "plazo razonable" de duración del proceso.

Ante todo, se debe distinguir la duración de la *prisión preventiva* de la duración del *proceso*[55].

Dicha distinción resulta de los propios instrumentos internacionales. En efecto, el art. 7.5 CADH establece el derecho a obtener la libertad, "sin perjuicio de que continúe el proceso"[56], lo que implica que el *proceso sigue*. Y resulta meridianamente claro que aunque el individuo sea liberado en un breve lapso, puede haber una violación al "plazo razonable" *en la duración del proceso* si este se prolonga excesivamente, garantía prevista en el art.8.1 CADH de un modo *independiente* a aquella. Incluso puede suceder que un individuo sometido a la justicia penal jamás sea encarcelado y sin embargo su proceso se prolongue excesivamente, con lo cual también el Estado habría incurrido en una violación a la obligación convencional del art.8.1 CADH.

Por lo tanto, si bien normalmente la excesiva duración del proceso traerá como consecuencia una (también) excesiva duración de la detención, puede suceder que, mientras la prisión preventiva no sea demasiado prolongada, la duración del proceso efectivamente lo sea.

Por otro lado, la jurisprudencia internacional ha distinguido ambas valoraciones. Si bien por momentos se observa cierta confusión (al referir indistintamente al "plazo razonable" para la detención preventiva y para el proceso) también ha establecido claramente que el derecho a la libertad por vencimiento del plazo razonable (art.7.5 CADH) impone una *valoración más estricta de dicho plazo*, en relación

---

[54] Dados los límites de extensión del presente trabajo, resulta imposible adentrarse en algunas inconsistencias que existen en materia de plazo razonable, tanto en el sistema interamericano como europeo (p.ej referidas a la posibilidad de reincidencia, la seriedad de la infracción o la severidad de la pena como criterios para justificar la imposición de prisión preventiva, aunque vale aclarar que, según la propia jurisprudencia internacional, estas razones, por sí solas, resultan insuficientes para justificar su mantenimiento).

[55] BOVINO, Alberto: *Justicia penal y derechos humanos*, p.17. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

[56] El art.9.3 PIDCP establece que la libertad se dispondrá asegurando "la comparecencia del acusado en el acto del juicio".

a la garantía del derecho a ser juzgado en un plazo razonable inherente al debido proceso (art.8.1 CADH). Ello se debe a que en el primer caso está en juego la *libertad personal*, mientras que en el segundo se trata de la garantía debido proceso, inherente a cualquier proceso judicial.

Ello explica el *diferente alcance* que la jurisprudencia internacional ha dado a ambas garantías a partir del caso Wemhoff, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos [en adelante CtEDH] estableció que el art.5.3 CEDH (equivalente al art. 7.5 CADH) debe interpretarse a la luz del *derecho a la libertad personal* consagrado en el acápite del propio art.5 CEDH (equivalente al art. 7.1 CADH).

En este caso, la CtEDH expresó: "El Artículo 5, que *empieza con la afirmación del derecho de toda persona a su libertad y seguridad, continúa con la especificación de las situaciones y condiciones en las que se admiten derogaciones a este principio*". Es en base a ello que "los tribunales nacionales (...) deben determinar si el transcurso del tiempo, por cualquier razón, antes que el acusado sea juzgado, ha excedido en cualquier momento los límites razonables, esto es, imponiéndose un mayor sacrificio que el que, dadas las circunstancias del caso, se puede razonablemente esperar de una persona que se presume inocente"[57].

En el ámbito regional, la CIDH ha dicho: "Un atraso que constituya violación a la disposición del art.7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1 (…) *El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe el proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio*. El tiempo razonable para la duración del proceso, *según el artículo 8*, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. *A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal*"[58].

---

[57] CtEDH, caso Wemhoff, Sentencia de 27/6/1968, Capítulo "En relación a la ley", párr.5. Traducción libre.

[58] CIDH, caso Giménez (Informe Nº 12/96, Caso 11.245), párrs.110 y 111 (destacado nuestro).

En nuestro medio, MINVIELLE ha señalado que "la duración del proceso es independiente de la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva"[59].

La actual Jueza de la CtIDH, Cecila MEDINA pone especial énfasis en la distinción, señalando cuatro premisas básicas: a) la interpretación del art.7.5 debe tener un contenido diferente a la del art.8.1, pues "de lo contrario, el derecho del artículo 7.5 carecería de sentido por falta de contenido propio"; b) ese diferente contenido proviene del distinto ámbito de protección de los arts.7.5 y 8.1, pues mientras el primero protege el derecho a la libertad personal, el segundo refiere al derecho al debido proceso o a un juicio justo; c) debe distinguirse el derecho a ser liberado una vez que han cesado las razones para mantener la detención, del derecho a la libertad por excesiva duración de la prisión preventiva, pues el art.7.5, "para que tenga algún efecto, debe ser interpretado en el sentido que, aún cuando existan razones para mantener detenida a una persona, la persona debe ser liberada si es que el período de detención ha excedido el plazo razonable" y d) la determinación de la razonabilidad del plazo de prisión preventiva "no puede determinarse en abstracto sino que caso a caso". En base a todo ello concluye que "la única razón para la prisión preventiva es la de proteger el curso normal de la justicia"[60].

Por lo tanto, se trata de dos cuestiones diferentes, que pueden (y deben) ser analizadas por separado. En definitiva, el plazo razonable para la prisión preventiva es *mucho menor* que el plazo razonable de duración del proceso, pues en aquel lo que está en juego es nada menos que la libertad personal, derecho fundamental de la persona humana, reconocido no sólo por el derecho internacional sino también constitucional[61].

2.2. La imposibilidad de establecer un plazo en abstracto no hace inaplicable la garantía, pues debe procederse al análisis del caso concreto.

[59] MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos y las garantías judiciales en el proceso civil y penal" en *La Convención Interamericana de Derechos Humanos*, p.69. Serie Cuadernos Nº9. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1989.

[60] MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, pp.243 a 245.

[61] Arts. 7.1 CADH, 9.1 PIDCP y 7 Constitución.

La expresión "plazo razonable" no permite establecer un *límite fijo* de tiempo sino que remite a una *interpretación*, tendiente a establecer la razonabilidad o irrazonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva en un caso dado.

Como hemos visto, el hecho de que constituya un concepto abierto no impide su aplicación directa por los tribunales locales, no sólo por el carácter obligatorio del DIDH sino también porque *la formulación imperativa de la garantía no deja dudas acerca de su carácter auto-ejecutable, estableciendo un derecho cuya titularidad recae en todo individuo sometido a prisión preventiva*.

Por otra parte, la tarea de interpretación de textos legales es justamente la que caracteriza a la actividad jurisdiccional. *No se puede renunciar a la aplicación del derecho bajo el argumento de que existe un concepto que "necesita ser interpretado"*[62].

La propia jurisprudencia internacional ha establecido que la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto no es un obstáculo para su aplicación, pues la razonabilidad del plazo debe ser analizada *para cada caso en concreto*[63].

Es más, la CIDH ha dicho que *del art.7.5 no surge la obligación de los Estados de establecer un límite fijo en sus legislaciones, pues ello depende de cada caso*: "(...) los Estados miembros de la Convención *no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso*. En vista de que no es posible establecer criterios abstractos de "plazo razonable", se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso. La Comisión ha mantenido siempre que *para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso*"[64].

Por lo tanto, la CIDH ha afirmado claramente que *no existe una obligación convencional de los Estados parte de establecer un plazo máximo (en abstracto) de duración de la prisión preventiva para hacer*

---

[62] En puridad, lo que aplican los Jueces son "interpretaciones" de textos, pues no hay texto (legal, literario o religioso) que "exista" sin mediar una interpretación del sujeto cognoscente.

[63] El criterio del "caso concreto" ha sido seguido sin fisuras por la CtEDH (a partir del caso Wemhoff), la CIDH (caso Giménez e Informe Nº 2/97 de 11/3/97) y la CtIDH (caso Suárez Rosero, Sentencia de 12/11/97).

[64] CIDH, caso Giménez, párrs.69 y 70 (destacado nuestro).

aplicable la garantía, pues lo razonable del plazo depende de cada caso.

Lo establecido por la CIDH puede resultar desconcertante para aquellos Estados que se han preocupado por establecer un plazo legal máximo de detención preventiva[65], pues podría habilitar la [a mi juicio errónea] interpretación de que en circunstancias excepcionales el plazo legal puede ser sobrepasado en función de las peculiaridades del caso concreto[66].

Sin embargo, para aquellos países que no han establecido un límite máximo de duración a nivel interno (como el Uruguay) lo importante pasa a ser el hecho de que *la garantía no puede desaplicarse por "falta de reglamentación interna"*, lo cual subraya su carácter auto-ejecutable, al no existir una obligación a cargo del Estado de dictar un acto legislativo con tal alcance para proceder a su aplicación. En efecto, si el Estado no está obligado a dictar una legislación interna que determine en abstracto el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, ello quiere decir que *se trata de una garantía directamente aplicable por los tribunales locales, que deberán proceder a valorar, en cada caso concreto, si se han cumplido los estándares internacionales en la materia*. Por supuesto, ello obliga a los jueces locales a conocer tales estándares, para lo que resulta necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia internacionales.

En el mismo sentido, cabe destacar la valiosa opinión de MINVIELLE: "Dada la aplicación y operatividad inmediata de la Convención con relación a las normas procesales penales, *la ausencia de normativa interna no exonera al juez nacional de colocar un límite máximo a la prisión preventiva* (…) Hasta tanto no se dicte una normativa interna (…) el juez deberá hacer uso de un criterio de ponderación, a fin de evaluar, en cada caso concreto, la duración razonable del proceso y extraer por esa vía la duración máxima de la cautela privativa de libertad"[67]. Para realizar tal ponderación en cada caso, también propone acudir a los estándares internacionales.

2.3. El principio de inocencia y sus consecuencias.

[65] Es el caso de Argentina, cuya ley 24.390 lo fijó en 2 años.
[66] La interpretación es errónea pues el caso concreto puede indicar una violación al plazo razonable aunque no se haya llegado al plazo legal. Dicho plazo es un máximo absoluto que en ningún caso se puede sobrepasar, pero no un parámetro para juzgar cada caso, pues es imposible establecer la razonabilidad del plazo en abstracto.
[67] MINVIELLE: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) …", p.151 (destacado nuestro).

El principio de inocencia es el que más claramente define al proceso penal del Estado de derecho, pues se trata de una garantía derivada de la *necesidad de juicio previo*[68] (art.12 Constitución), cuyo significado consiste en exigir una sentencia de condena ejecutoriada como requisito previo a la aplicación de una pena. Por lo tanto, en un Estado de derecho, la *proscripción de la imposición de penas en forma anticipada a una sentencia firme* constituye una garantía fundamental de todo detenido.

Se trata de una garantía definitoria del Estado de derecho, pues justamente uno de los rasgos que permite diferenciarlo del Estado despótico o totalitario, es la posibilidad de castigar a los individuos *sin necesidad* de un juicio previo. De ahí, el alto valor político de esta garantía.

Ambas garantías están íntimamente vinculadas: "Decir que, para someter alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena, y que, (…) para obtener legítimamente esa sentencia, es preciso tramitar un procedimiento previo, según la ley, en el que se verifique la imputación, es lo mismo que sostener que, durante el procedimiento, o si se quiere, durante la persecución penal, el *imputado es considerado y tratado como un inocente*, por principio (…) Lo expresado de ninguna manera afirma que el imputado *sea* inocente hasta el momento en que se dice una sentencia de condena firme, que *constituye* o crea la culpabilidad; se *es* inocente o culpable (en sentido amplio) en el momento del hecho, según lo que se hizo o se dejó de hacer (…) pero el orden jurídico (normativo) sólo comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento en el cual la sentencia de condena queda firme"[69].

Por lo tanto, *no se trata de una presunción sino de un auténtico principio*, cuyo contenido esencial es el trato como inocente: no importa si el imputado es realmente culpable o inocente, pues lo que el orden jurídico exige es que se lo trate *como si fuera inocente*, hasta que exista una sentencia firme en su contra que destruya tal estado jurídico de inocencia[70]. En conclusión, "el imputado *goza de la misma situación jurídica que un inocente* (…) El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser

[68] MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal, T.I. Fundamentos*, p.490. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
[69] MAIER: *Derecho procesal penal*, p.487.
[70] BOVINO: *Justicia penal* …, pp.94 y 95.

considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo"[71].

A su vez, la más importante consecuencia del principio que obliga a tratar como inocente al imputado "consiste en el reconocimiento del *derecho a permanecer en libertad* durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación"[72].

2.3.1. La excepcionalidad de la prisión preventiva como principio.

Aunque la CADH y el PIDCP son similares en sus formulaciones, el PIDCP establece, a texto expreso, además de la garantía del "plazo razonable", el principio de la *excepcionalidad* de la prisión preventiva; esto es, que la misma *no puede ser usada como regla*[73].

En base a dicho principio, el CDH de Naciones Unidas – en tanto órgano de supervisión del PIDCP – formuló serias (y reiteradas) observaciones al Uruguay en materia de encarcelamiento preventivo.

Es así que el CDH ha establecido que "las normas relativas a la prisión preventiva no son conformes al art.9 del Pacto. A este respecto, el Comité subraya que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la puesta en libertad debe ser la norma y no la excepción, al contrario de lo que ocurre con arreglo al sistema actual"[74].

Finalmente, el Comité "sugiere que se revisen los procedimientos de detención a fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos establecidos con arreglo al Pacto. En particular, se debe reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de la presunción de inocencia (…) Se debería recurrir mucho menos a la prisión preventiva, sobre todo teniendo en cuenta que algunos reclusos han sido víctimas de malos tratos"[75].

---

[71] MAIER: Derecho procesal penal, p.492.
[72] BOVINO: *Justicia penal*…, p.38.
[73] PIDCP art.9.3: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".
[74] ONU, CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.9.
[75] ONU, CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93, párr.13.

Posteriormente, con la aprobación del nuevo CPP (jamás entrado en vigencia), el CDH reiteró esta observación al Uruguay, pues si bien manifestó su "satisfacción por el nuevo Código de Proceso Penal", observó con preocupación "que las normas relativas a la detención preventiva tanto respecto de los imputados como de los acusados no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. En este sentido, el Comité destaca que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la detención preventiva no debería ser obligatoria"[76].

Pese a la claridad de tales observaciones, y a más de 12 años de su formulación, el Uruguay aún no las ha salvado, pues mantiene las mismas normas jurídicas sobre prisión preventiva declaradas incompatibles con el PIDCP por el CDH.

Sin embargo, *estas fallas legislativas no impiden a los jueces la aplicación de las normas del PIDCP a nivel interno*, en función del carácter obligatorio del DIDH y su rango constitucional, punto al que ya hemos hecho referencia[77]. Es justamente el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos lo que obliga a los jueces a dar preminencia a aquellos por sobre la legislación nacional. También hemos señalado que el art.7.5 CADH (así como su equivalente, el 9.3 PIDCP) consagra un derecho inherente a la persona humana, y como tal, perfectamente aplicable a nivel interno sin condicionamientos de especie alguna. De no aplicarse, el Estado puede ser llamado a responsabilidad internacional por violación a una obligación convencional. No en vano calificada doctrina procesal afirma que "los jueces penales tienen el deber de omitir la aplicación de toda disposición jurídica de derecho interno que represente una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. También están obligados a aplicar directamente todas las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que contengan exigencias referidas a la detención procesal, aún cuando tales exigencias no estén previstas expresamente en el derecho interno"[78].

Por otro lado, los jueces locales deben tener presente que, pese a no estar expresamente establecido en la CADH, también la CIDH ha afirmado el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo, como una derivación del derecho a la libertad personal, el principio de inocencia y las garantías del debido proceso. Es así que en Giménez ha

---

[76] ONU, CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98, párr.9 lit.b).
[77] Cap. II.5.
[78] BOVINO, Alberto: "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p.436. AAVV, CELS, Buenos Aires, 1997.

dicho: "Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa"[79].

Una importante consecuencia del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva es la *proscripción, bajo el derecho internacional, de la prisión preventiva preceptiva*. En efecto, si se trata de una medida de carácter excepcional, el encarcelamiento preventivo jamás puede resultar obligatorio, pues ello implicaría su aplicación como regla, lo que está expresamente prohibido por el derecho internacional. Aunque en cierta medida, el tema excede a la duración de la prisión preventiva, su trascendencia práctica amerita una referencia.

Con razón, MAIER afirma: "De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él *no puede ser regulado como obligatorio*", tal como sucede "en el caso de los *delitos no excarcelables* (…) Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una "pena" antes de la sentencia y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada" [80].

El establecimiento de tales hipótesis "inexcarcelables" en vía legislativa ha sido incluso calificado como un avasallamiento de competencias exclusivamente judiciales, pues "la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. *Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial*. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados "delitos no excarcelables" resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la inexistencia de razones concretas que lo justifiquen, sino

[79] CIDH, caso Gimenez, párr.84.
[80] MAIER: *Derecho procesal penal…,* p.525. También PASTOR considera que en estos casos "la prisión preventiva funciona como pena anticipada", sin cumplir fin procesal alguno (PASTOR, Daniel R.: "El encarcelamiento preventivo" en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, p.55. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993).

que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones exclusivamente judiciales (…) Frente a tal situación, *es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro [procesal] en el caso sometido a su decisión*. El legislador sí estaría autorizado, en cambio, a establecer diferentes circunstancias de hecho que, una vez comprobadas por el tribunal en el caso específico, pueden ser tenidas en cuenta para la determinación concreta de peligro procesal"[81].

No obstante, nuestra jurisprudencia es unánime en aplicar prisión preventiva preceptiva para todos los delitos con pena mínima de penitenciaría, haciendo abstracción de la normativa internacional e incluso pretendiendo justificar la medida en base a lo dispuesto en el art.27 Constitución.

Asimismo, entiende como regla que cuando haya de recaer pena de penitenciaría no procede la excarcelación, pese a aquellos casos en que – excepcionalmente - ha concedido libertades en tales casos. Al final de este trabajo haremos una referencia a la jurisprudencia local en la materia. Por ahora, sólo interesa señalar que la práctica habitual de nuestra jurisprudencia es aplicar una interpretación *a contrario* del art.27 Constitución, de la cual se desprendería la imposibilidad de excarcelar en tales casos. En realidad, se trata de una *interpretación errónea del texto constitucional*, pues *una prohibición no puede surgir sino de una norma explícita que la establezca*, y ese no es el caso del art.27 Constitución.

Recientemente, destacada doctrina constitucionalista rechaza la interpretación jurisprudencial dominante del art.27 en los siguientes términos: "La interpretación a contrario respecto al artículo 27 no puede ser admitida por varias razones: en primer lugar en razón de que las normas que establecen derechos no pueden ser objeto de interpretación a contrario (…) sino que corresponde que sean objeto de una interpretación expansiva; pero, principalmente, dicha interpretación a contrario significaría que por esa vía se extraería una excepción a un principio general de libertad, y para esto se requiere de texto expreso que no existe en la especie. En síntesis, la interpretación a contrario del artículo 27 no puede ser admitida ya que se estaría indebidamente limitando el principio general de libertad. Distinto sería que la Carta expresamente dijera que no se puede poner en libertad al

[81] BOVINO, "El encarcelamiento preventivo …", pp.452 y 453 (destacado nuestro).

acusado cuando puede recaer pena de penitenciaría, pero la Constitución no dice esto"[82].

En definitiva, las normas internacionales de derechos humanos imponen la excepcionalidad de la prisión preventiva; o lo que es lo mismo, que la excarcelación debe ser la regla. Y para ello no establece limitación alguna, por lo que mal puede imponerla el intérprete. Incluso en el caso de los delitos con pena mínima de penitenciaría es posible la excarcelación (y por tanto el procesamiento sin prisión), aplicando directamente el DIDH, si la valoración concreta de las circunstancias del caso permiten descartar el peligro procesal de frustración del proceso que justifica la prisión preventiva. Ello en ninguna medida contradice el art.27 Constitución que no prohíbe la excarcelación en tales casos, no existiendo contradicción entre la normativa internacional y la interna[83].

En lo que tiene que ver con la duración de la prisión preventiva, no pueden caber dudas que aún en los casos en que sea presumible que habrá de recaer pena de penitenciaría, la excarcelación por "plazo razonable" procede, al no existir una auténtica contradicción entre el texto constitucional y la normativa internacional.

Finalmente, debe señalarse que, para que sea efectivamente excepcional, el encarcelamiento preventivo debe ser imprescindible para evitar los peligros procesales que lo justifican (peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria); esto es, "que ellos no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción que, racionalmente, satisfagan el mismo fin con menor sacrificio de los derechos del imputado. Sólo así aparecerá claro que *la privación de la libertad debe ser, en el proceso penal, un medio de coerción de utilización excepcional*"[84].

Más lejos aún llega BOVINO, al afirmar que del principio de excepcionalidad no sólo se deriva la "obligación de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad" sino la obligación de "aplicar *siempre* la medida *menos gravosa*, incluso en aquellos casos en los cuales se

[82] RISSO, *Derecho constitucional,* pp.579 y 580.
[83] Vale destacar que RISSO señala expresamente la inexistencia de contradicción entre la normativa internacional e interna, pues "el Pacto [CADH] no sólo reconoce sino que amplía el alcance del art.27 de la Carta" (RISSO, ob.cit., p.580).
[84] MAIER, Derecho procesal penal*, p.524.*

debe elegir entre medidas no privativas de libertad – v.gr., entre caución juratoria y caución real"[85].

Por otra parte, en base a lo establecido por el CDH en el Caso Mukong, sostiene que la "estricta necesidad de la medida restrictiva de la libertad" es un "presupuesto cuya ausencia determina la arbitrariedad de la detención"[86].

Razones de espacio nos impiden ingresar a la (nada sencilla) distinción entre "ilegalidad" y "arbitrariedad" de la detención del derecho internacional. Basta señalar que, en el citado Caso Mukong, el CDH sostuvo que el concepto de arbitrariedad es *más amplio* que el de ilegalidad, por lo que *una prisión preventiva innecesaria configura una hipótesis de detención arbitraria*[87]. A mi juicio, la misma conclusión resulta aplicable a la prisión preventiva que se extiende más allá del "plazo razonable". El hecho de que dicha prolongación pueda resultar amparada por la legislación interna no le quita el carácter de arbitraria, pues *una prisión preventiva excesiva no puede ser "necesaria"*.

2.3.2. Naturaleza cautelar de la prisión preventiva.

La naturaleza cautelar de la prisión preventiva está íntimamente vinculada a su carácter excepcional. En efecto, si como hemos dicho, esta sólo se puede imponer cuando resulta "absolutamente indispensable", entonces debemos ver en qué casos resulta necesaria.

La necesidad de la prisión preventiva surge de su naturaleza jurídica de medida cautelar. Siendo el encarcelamiento preventivo un instituto procesal, no confundible con la pena, entonces la misma sólo puede servir finalidades procesales. Por eso, doctrinariamente existe acuerdo en señalar que la prisión preventiva, como medida cautelar, sólo puede justificarse para evitar dos tipos de peligros procesales: el "*peligro de fuga"* o el *"peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria*. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado"[88].

---

[85] BOVINO, *Justicia penal …*, p.38. En el mismo sentido MINVIELLE: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) …", p.145.
[86] BOVINO, *Justicia penal …*, p.38.
[87] O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos*, pp.288, 289. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.
[88] MAIER, *Derecho procesal penal*, p.524.

Ambos peligros procesales conspiran contra el normal desarrollo del proceso, al poner en riesgo tanto la averiguación de la verdad como la efectiva aplicación del derecho. Los referidos supuestos de peligro han sido reconocidos por la mayoría de la doctrina[89].

La asignación de fines procesales a la detención preventiva también ha sido señalada por diversos órganos de supervisión de los tratados. La CIDH ha dicho: "El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable que el acusado podrá *evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos o destruir evidencia*"[90].

Asimismo, en Suárez Rosero, la CtIDH claramente estableció que existe una obligación estatal "de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*"[91].

La importancia de este fallo ha sido destacada por BOVINO, "pues ha eliminado toda discusión posible sobre la eventual legitimidad de los supuestos sustantivos que pretenden justificar el encarcelamiento preventivo. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, en consecuencia, ha puesto en evidencia la absoluta ilegitimidad de toda privación de libertad preventiva aplicada con fines no cautelares, esto es, con fines sustantivos"[92].

2.3.3. El principio de inequivalencia entre prisión preventiva y pena.

Finalmente, uno de los desarrollos más recientes e interesantes en la materia, tienen que ver con el alcance que debe dársele al principio de proporcionalidad. Tradicionalmente, se ha sostenido que la prisión preventiva debe ser *proporcional* a la pena que se espera, no pudiendo jamás superarla en gravedad.

---

[89] BOVINO, *Justicia penal …*, p.40.
[90] CIDH, Caso Giménez, párr.84 (destacado nuestro).
[91] CtIDH, Caso Suárez Rosero, párr.77 (destacado nuestro).
[92] BOVINO, *Justicia penal …*, p.42.

Actualmente, se entiende que esta pauta no es capaz de introducir una limitación efectiva a la duración de la prisión preventiva, al estar atada a la (eventual) pena a recaer. De este modo, se reproduce la asimilación sustancialista entre pena y prisión preventiva, pretendiendo establecer una relación (de proporcionalidad) entre ambas.

Más bien, la exigencia de diferenciar ambos institutos sólo se satisface a través de una *falta de proporcionalidad* entre pena y prisión preventiva. Dicho de otro modo: *si se quiere respetar su naturaleza jurídica, la prisión preventiva jamás puede ser equivalente a la pena*. Por ende, el parámetro no es la equivalencia sino, justamente, la *inequivalencia* entre prisión preventiva y pena.

Ha sido SERGI quien por primera vez introdujo la noción de inequivalencia, partiendo de la observación de que el principio de proporcionalidad "ha operado como límite (en el caso de los delitos leves) y también como justificación para la prolongación del encierro preventivo (en el caso de los delitos con penas graves)"[93].

Se apoya en lo señalado por la CIDH en cuanto a que "la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento preventivo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención"[94].

Y concluye que la proporcionalidad debe ser dejada de lado cuando "no opera como límite sino como justificación de la prolongación del encarcelamiento preventivo, para darle lugar a un criterio más restringido: *el principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la pena y la prisión preventiva*. De acuerdo con esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena"[95].

Recientemente, afinando el concepto, señala que "la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y en cantidad". Lo primero exige un trato diferenciado entre procesado y condenado, y lo segundo "evitará que el tiempo de la medida cautelar sea equivalente a la posible condena de encierro,

[93] SERGI, Natalia: "Limites temporales a la prisión preventiva" en *Nueva Doctrina Penal, 2001/A,* p.137. Editores del Puerto, Bs.As., 2001.
[94] CIDH, Caso Giménez, párr.88.
[95] SERGI, "Limites temporales ...", pp.137, 138.

estableciendo un plazo menor". A efectos de evitar la equivalencia cuantitativa, propone tomar los períodos que "la ley [argentina] establece para obtener las salidas transitorias y la semilibertad. En ese momento, el preso preventivo obtendrá la libertad y no las salidas transitorias o semilibertad en la prisión preventiva. De este modo, nunca llegará a equiparar la situación de la medida cautelar y la condena, pues, si hubiese sido condenado habría obtenido las salidas transitorias o semilibertad, y no la libertad"[96].

Lo importante (sin entrar a valorar la concreta solución propuesta) es que a partir del reconocimiento del principio de inequivalencia, la tarea pendiente es la de *buscar criterios para diferenciar la prisión preventiva de la pena*, para lo cual es posible tomar en cuenta determinadas pautas establecidas en la propia legislación interna. Esta tarea se debe hacer evitando toda posible asimilación entre ambos institutos, y sacando partido de sus diferencias, de modo de establecer criterios de limitación temporal al encarcelamiento preventivo. *Es a partir de la diferenciación (y no de la asimilación) entre ambos institutos, que es posible elaborar criterios limitativos de duración de la prisión preventiva, desde el punto de vista de la inequivalencia*.

Calificada doctrina procesal ha adherido con entusiasmo a esta nueva formulación del principio de proporcionalidad, al punto de sostener: "Poco importa cuál es la finalidad – procesal o no – del Estado al imponer la medida si no se respeta la proporcionalidad; poco importa si se respeta la exigencia de excepcionalidad para quienes resulten efectivamente detenidos, si ello permite que se apliquen medidas materialmente idénticas a las sanciones represivas sustantivas. (…) sólo la propocionalidad – en realidad, la falta de ella -, será la única exigencia derivada del principio de inocencia capaz de producir efectos prácticos en el mundo real para eliminar los abusos cotidianos de la justicia penal"[97].

En definitiva, lo trascendente del *principio de inequivalencia* es que, bajo su óptica, la duración de la prisión preventiva debe ser *sustancialmente menor* que la eventual pena, debiéndose buscar en el ordenamiento jurídico interno criterios de diferenciación, de modo de satisfacer – de la mejor forma posible - la necesidad de evitar toda posible equiparación entre el instituto procesal y el sustantivo.

---

[96] SERGI, Natalia: "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo" en *Estudios sobre Justicia Penal. En homenaje al Profesor Julio B.J. Maier.*, pp.480 – 482, 484, 485. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2005.
[97] BOVINO, *Justicia penal …*, p.116.

IV) JURISPRUDENCIA DOMÉSTICA SOBRE "PLAZO RAZONABLE": LA FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

El análisis de la jurisprudencia[98] sobre "plazo razonable" demuestra que los estándares sobre prisión preventiva que acabamos de reseñar no han sido considerados.

En realidad, cuando se han otorgado excarcelaciones frente a preventivas prolongadas, esto ha obedecido a razones sustantivas o a la aplicación de criterios de justicia en casos extremos, relacionando la garantía del plazo razonable con situaciones patológicas de nuestra justicia penal, de lo que se derivaría su carácter excepcional.

Es así que en varios casos la jurisprudencia ha intentado evitar aquellas situaciones en que la prolongación de la prisión preventiva coloca al imputado en peor situación que al condenado, como sucede cuando se le coarta la posibilidad de obtener la libertad anticipada (sólo accesible para los condenados)[99] o cuando el tiempo de prisión preventiva es superior a la (eventual) pena de cumplimiento efectivo[100].

Sin embargo, otros fallos establecen que ni siquiera el hecho de poder acceder a la libertad anticipada es admisible como argumento para excarcelar, debido a que es a la Suprema Corte de Justicia a quien compete conceder la libertad anticipada[101].

En relación a la pena eventual, hay jurisprudencia que afirma que la excarcelación por plazo razonable "no puede predeterminarse de antemano, por una circunstancia, como el cumplimiento de la mitad de la condena sufriendo preventiva"[102], con lo cual se desconoce el principio de inocencia, y en especial, la inequivalencia entre prisión preventiva y pena.

---

[98] Se incluye solamente jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones, por ser quienes tienen el control de la actividad de los Tribunales inferiores.
[99] TAP 1º, Sent. 41/89, en *Revista de Derecho Penal* [en adelante *RDP*] *N°9*, p.142, c. 345; TAP 3º, Sent. N° 9/89 en *RDP N° 9*, p.138, c. 338..
[100] TAP 3º, Sent. 89/89, *RDP N° 9*, p.143, c. 347.
[101] TAP 1º Sent. 164/97 en *RDP Nº 11*, p.303, c.419; TAP 2º Sents. 36/95 y 30/97 en *RDP Nº11*, pp.301 y 309, cc.416 y 435; TAP 3º Sent. 222/94 en *RDP Nº11*, p.306, c.428.
[102] TAP 1 Sent.208/01 en *RDP Nº14*, p.335, c.78.

Si bien en un caso aislado el cumplimiento de la mitad de la pena fue un factor decisivo para la excarcelación, ello fue acompañado de otras consideraciones sobre el fondo[103].

Sin embargo, el mismo tipo de consideraciones sustantivas han llevado a la jurisprudencia a negar libertades por plazo razonable. Esto sucede cuando se sostiene que la concesión de la libertad podría implicar un pronunciamiento sobre el monto de la pena, reservado para el momento de la sentencia[104]. En estos casos, son razones de "oportunidad procesal" las que conspiran contra una efectiva protección del derecho a la libertad personal.

Ello se relaciona con el criterio jurisprudencial según el cual el anuncio de pena de penitenciaría por parte del Ministerio Público constituye un argumento decisivo para negar la libertad. Resulta sumamente gráfica la expresión del TAP 1: "Salvo casos claros, muy definidos, el Tribunal tiene por norma ratificar la denegatoria de excarcelación cuando el sumario se ha concretado en un acto acusador que requiere una condena obstativa. De no hacerlo, definiría una situación que debe resolverse en sede natural, en la sentencia definitiva"[105].

No obstante, en varios casos posteriores el mismo Tribunal se pronunció favorablemente a la excarcelación pese al anuncio de pena obstativa, pues "el anuncio de pena impediente de la libertad provisional no puede devenir en obstáculo inamovible si, como ocurre en autos, existen otros argumentos que el juez valora como opuestos a dicha afirmación"[106].

Ello demuestra que normalmente el monto de la pena se discute *antes* de la sentencia definitiva, introduciendo consideraciones sustantivas a efectos de resolver la excarcelación.

---

[103] El TAP sostuvo: "(…) especulando con que la sanción a imponer no fuera inferior a los cuatro años, el encausado ya ha superado holgadamente la media pena. Otro extremo a considerar, es el hecho de que el motociclista también se encontraba alcoholizado, por lo que la culpa del encausado se verá seguramente disminuida" (TAP 1, Sent.147/00 en *RDP Nº13*, p.763, c.94).

[104] TAP 1 Sent.218/02, en *RDP Nº15*, p.457, c.206 (con cita de Sents. 158/84 y 131/87); TAP 3 Sent. 98/94 en *RDP Nº11*, p.304, c.423.

[105] TAP 1, Sent. 164/97 en RDP Nº11, p.302, c.419, Sent. 17/98 en *RDP Nº12*, p.326, c.153. En el mismo sentido, TAP 2 Sent.316/94 en *RDP Nº 11* p.308, c.431.

[106] TAP 1 Sent.92/98 y con el mismo criterio Sents. 94/98 y 219/98, en RDP Nº 12, pp.327 – 328, cc.154, 155 y 156. En otro caso sostuvo que el anuncio de pena obstativa "no deja de ser una probabilidad al no existir aún una petición concreta" (Sent.147/2000 TAP 1° en *RDP N° 13*, p.763, c. 94).

Tampoco es extraño encontrar pronunciamientos sobre las circunstancias del hecho e incluso la peligrosidad del detenido en resoluciones judiciales para denegar excarcelaciones[107]. En tales hipótesis, habrá que verificar si el Tribunal emitió una opinión concreta que compromete su imparcialidad en el caso (prejuzgamiento).

Finalmente, resulta preocupante observar que reiteradamente se ha aludido a la CADH como una "norma programática", cuya falta de reglamentación interna (dictando una ley que establezca un plazo razonable en abstracto) haría imposible su aplicación doméstica[108].

Y resulta sorprendente que para afirmar el pretendido carácter programático se haya invocado la jurisprudencia de la CtEDH, en cuanto señala la "imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, de meses o de años"[109]. De este modo, al no ser posible fijar un plazo en abstracto y no haberse dictado una ley que lo establezca, la garantía no podría ser aplicada. El razonamiento es erróneo pues, como hemos visto, la única conclusión que se puede extraer de la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto es que el "plazo razonable" debe analizarse caso a caso[110]. Esta es en realidad la única consecuencia de lo afirmado por la CtEDH, que afirmó la imposibilidad de establecer un plazo en abstracto con la sola finalidad de establecer criterios que permitan valorar la razonabilidad del plazo en cada caso en concreto. Es justamente la imposibilidad de fijar un plazo en abstracto la razón que impone valorar cada caso en particular, pero ello *para aplicar la garantía*, nunca para postular su desaplicación.

---

[107] TAP 2 Sent.316/94 en *RDP Nº11*, p.308, c.431. En un caso se justificó la prisión preventiva en base a la "gravedad y complejidad de los delitos cometidos", sosteniendo que resulta inaceptable "exigir prisas y urgencias a la hora del esclarecimiento de eventos que se han cometido al amparo de una ingeniosa, como cuidada y razonada operativa" (TAP 2 Sent.345/03 en *RDP Nº15*, p.457, c.207).

[108] TAP 1 Sent.74/94 en *RDP Nº11*, p.305, c.427; TAP 3 Sent.222/94 y 212/96 en *RDP Nº11*, pp.306 y 309, cc.428 y 432. Incluso en un caso se afirmó que "no debe ni puede decretarse la defunción de la soberanía nacional en base a una normativa cuasi programática tanto por su indefinición sustantiva cuanto por la total imprecisión cronológica, para ejercitar una "garantía jurisdiccional" bien que no, constitucional. Por otra parte, este Cuerpo que es un celoso defensor del sistema garantista tampoco ignora que la "Convención Americana de Derechos Humanos" (CADH) plasmó en un tiempo socio-político pautado por la ausencia de garantías, lo cual indica que tuvo una precisa "ratio-legis" o finalidad teleológica, sin desconocer otras realidades obvias a las cuales también comprende" (TAP 3 Sent. 230/94 en *RDP Nº11*, pp.306, 307, c.429).

[109] TAP 1 Sent.74/94 en *RDP Nº11*, p.305, c.427.

[110] Cap III.2.2.

Por lo tanto, la ausencia de una ley interna que establezca un plazo en abstracto no es un impedimento para la desaplicación de la garantía. Máxime si tenemos presente lo dicho por la CIDH en cuanto a que ni siquiera existe una obligación internacional de fijar legalmente un plazo[111].

El TAP 2 ha interpretado correctamente que de la jurisprudencia de la CtEDH se desprende "la necesidad de evaluar el plazo que ha insumido el proceso, de manera casuística". Sin embargo, acto seguido afirma: "Es evidente que esa duración está en relación con la gravedad y complejidad de los delitos cometidos, del número de involucrados, de la necesaria investigación requerida para desentrañar la trama, de la cooperación de los justiciables"[112]. De este modo, se desvirtúa la naturaleza procesal de la prisión preventiva, al hacerse jugar aspectos que tienen que ver con el fondo del asunto, como la gravedad del delito o la severidad de la pena legalmente establecida.

Finalmente, múltiples sentencias traslucen la interpretación *a contrario* del art.27 Constitución, que lo transforma en un obstáculo para la excarcelación cuando el delito imputado tiene una pena mínima de penitenciaría. Un pronunciamiento muy claro en este sentido proviene del TAP 2, cuando afirma: "La previsión constitucional del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual, todo encausado tiene derecho a la libertad provisional, cuando la tramitación del proceso excede del tiempo razonable, no configura en la sistemática procesal uruguaya, el principio o regla; por el contrario, cuando la pena a recaer es de penitenciaría, el designio constitucional obsta al otorgamiento de la libertad provisional (art.27 de la Constitución) y sólo en casos excepcionales – que no es el presente – puede otorgarse la excarcelación" [113].

El mismo criterio surge expresado en una sentencia en la que, si bien se reconoce que "el art.15 de la ley 15.737 puso en vigencia como Derecho Interno a la Convención de Derechos Humanos", acto seguido afirma que "en la interpretación de normas, lo cierto es que la

[111] Ya hemos visto (Cap.III.2.2) que según la CIDH "los Estados miembros de la Convención *no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso*" (Caso Giménez, párr.69).

[112] TAP 2 Sent.345/03 en *RDP Nº 15*, p.457, c.207. En sentido similar, el TAP 1 sostuvo: "El plazo razonable de la norma internacional invocada, debe estar referido a las conducta en examen y las normas punitivas aplicables" (TAP 1 Sent. 218/02 en *RDP Nº15*, p.457, c.206).

[113] TAP 2 Sent.316/94 en *RDP Nº11*, p.308, c.431. En el mismo sentido, TAP 1 Sent. 147/95 en *RDP Nº 11*, p.305, c.426; TAP 3 Sent.98/94 en *RDP Nº 11*, p.304, c.423.

jurisprudencia práctica ha recogido en numerosos pronunciamientos el criterio de la excepcionalidad para conceder libertades, que de otro modo se verían bloqueadas por la disposición constitucional"[114].

Por lo tanto, mientras para el DIDH la regla general es la libertad y el encarcelamiento la excepción, en nuestra praxis judicial es exactamente al revés: la excarcelación constituye una excepción a la la prisión preventiva.

Con lo visto hasta ahora surge claro que la jurisprudencia local no ha dado aplicación a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva.

En los casos que ha concedido libertades por plazo razonable esto ha sido motivado por razones diferentes a las derivadas de la aplicación del DIDH. Se trata de casos que son tratados como patológicos o excepcionales, en los que las motivaciones de los fallos traslucen más bien razones sustantivas o de justicia material, generalmente para evitar un peor trato del imputado en relación al condenado.

Sin embargo, la tendencia de fallos recientes ha sido incluso limitativa de esta posición, al afirmarse por ejemplo que el cumplimiento de la mitad de la eventual pena no es argumento suficiente, o que razones procesales impiden un pronunciamiento previo a la sentencia de condena.

En definitiva, la invocación al "plazo razonable" no ha venido acompañada de la aplicación de los estándares internacionales en la materia sino que obedece a la necesidad de paliar situaciones aberrantes ocasionadas en el funcionamiento práctico de la justicia penal. La ausencia de toda mención al principio de inocencia y la inexistencia de desarrollos en torno al derecho a la libertad personal demuestran que la jurisprudencia no ha advertido la trascendencia de los derechos que se vulneran con la prisión preventiva. Además, la falta de invocación de las normas y estándares internacionales revela la escasa influencia del DIDH en la jurisprudencia doméstica. Por lo tanto, en los hechos, los límites al poder punitivo durante el enjuiciamiento están muy lejos de ser una realidad tangible de nuestra justicia, pese a estar establecidos normativamente. Ello redunda en una violación sistemática de los derechos de todos los imputados

[114] TAP 1 Sent. 228/94 en *RDP Nº11*, p.307, c.430.

encarcelados y constituye un riesgo latente para aquellos que en un futuro lo serán.

Para revertir esta situación a largo plazo es necesaria la adopción de medidas legislativas en materia de prisión preventiva; pero en lo inmediato es tarea primera de la jurisprudencia la protección efectiva de los derechos humanos, a través de la aplicación de las normas y estándares internacionales. Ello servirá no solamente para evitar la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional sino fundamentalmente para asegurar el respeto de los derechos de todos y cada uno de los detenidos.

Bibliografía

BOVINO, Alberto: "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales.* AAVV, CELS, Buenos Aires, 1997.

BOVINO, Alberto: *Justicia penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CAMAÑO VIERA, Diego: "La excarcelación provisional por gracia en la ley 17.726" en *Medidas alternativas. Discusión y análisis de la ley 17.726 de 26/XII/2003*. Cuadernos de Fundación - Derecho Penal N° 4. FCU, Montevideo, 2004.

DULITZKY, Ariel E.: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal, T.I. Fundamentos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MEDINA, Cecilia – NASH, Claudio: *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2003.

MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2005.

MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 2/87*. FCU, Montevideo, 1987.

MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos y las garantías judiciales en el proceso civil y penal" en *La Convención Interamericana de Derechos Humanos.* Serie Cuadernos Nº 9. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1989.

O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

PASTOR, Daniel R.: "El encarcelamiento preventivo" en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

RISSO, Martín: *Derecho Constitucional, Tomo I*. FCU, Montevideo, 2005.

SERGI, Natalia: "Limites temporales a la prisión preventiva" en *Nueva Doctrina Penal, 2001/A*. Editores del Puerto, Bs.As., 2001.

SERGI, Natalia: "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo" en *Estudios sobre Justicia Penal. En homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2005.

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

4) La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gonzalo Del Río Labarthe

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 Nº 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 judiciales[1]. El propósito de este artículo se circunscribe a estudiar la doctrina sentada por el TC —al resolver dichas 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 Nº 2: En este artículo no se analizará minuciosamente las características de la prisión preventiva, al menos no según la metodología clásica[2]. 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 presupuestos[3] de la prisión preventiva a partir de los casos de hábeas corpus resueltos por el TC[4].

Premisa Nº 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 nacional[5]. Además, se trata de la expresión utilizada por el NCPP 2004. La detención propiamente dicha[6] 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 inocencia[7].

El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana[8] y II.1 del TP NCPP[9]] 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 inocencia[10].

---

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 probatorio[11].

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 pena[12].

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 naturaleza[13]. 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 instrumento[14], 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 probabilidad[15] 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 análizar 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, relacionalmente, 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 minímamente 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 justifican[17].

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 penal[18].

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 substituya por otra medida cautelar personal menos estricta[19].

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, deslegitima e invalida 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 hipótesis[21].

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 merituarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135º 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 terminar[22]. 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.° 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 formula 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 cosas[24]. 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 justicia[26]. 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 laboral[27].

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 imputado[28]. 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 imputado[29], 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 preventiva[30].

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 social[31]. 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 merecida[32].

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 no[33]. No existe posibilidad legítima de pena o sanción sin un delito o infracción (*nulla poena sine crimen*), ni tampoco pueden existir estos, sin una resolución condenatoria previa que así lo establezca[34].

---

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. Asencio 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 planteara 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 culpabilidad[35].

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 1993[37] 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 jurisdiccional[38], 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 inculpado 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 Nº 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 imputado[39].

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 silencio[40]. 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 autoincrimnarse para evitar la prisión preventiva[41].

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 arbitrariedades[42]. 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 personal[43].

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 estricto[45]. 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 cabo[46].

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 ordena[47]. 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 situación[49].

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 Huarcaya»).
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 lógico[50].

50 Sanguiné, O. 2003: 554 -555.

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

5) Casación 626-2013-Moquegua.

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

El Peruano

190 AÑOS

1825-2015. LA HISTORIA PARA CONTAR | DIARIO OFICIAL

AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL MAR DE GRAU

Sábado 27 de febrero de 2016

JURISPRUDENCIA

Año XXV / Nº 1005 7395

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N º 292 - 2014
ANCASH

SUMILLA: Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno así como efectuar su valoración previa a la emisión de la sentencia.El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de cicha evidencia científica

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil dieciséis.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, contra la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES

1.1. imputación fiscal

Según la imputación fiscal, el veintiséis de agosto de dos mil once, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales K.M.M. (diecisiete años de edad), caminaba sola por la carretera en el sector denominado Cuta Quenua de la Puna del caserío de Tambillos, a fin de recoger los ganados vacunos y ovinos de sus padres, fue interceptada por el encausado Carrión Quito, quien la cogió de la cintura y a la fuerza la llevó hacia la parte baja donde hay pastizal, tumbándola, y tras amenazarla mantuvo relaciones sexuales vaginales, repitiendo lo mismo luego de quince minutos. A consecuencia de ello, la víctima quedó embarazada y dio a luz el día quince de junio de dos mil doce.

II. ITINERARIO DEL PROCESO

2.1. Por sentencia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, se condenó a Melecio Gaudencio Carrión Quito, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.2. Dicha sentencia fue impugnada por el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito. En mérito a su recurso de apelación, la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la provincia de Huari emitió la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates- en el que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.3. Contra la citada sentencia de vista, el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha dos de junio de dos mil catorce -fojas doscientos setenta y ocho del cuaderno de debates-, invocando el inciso uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referido concretamente a la violación de la garantía constitucional de carácter procesal o material -presunción de inocencia-, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación cuando el vicio resulte de su propio tenor.

2.4. Mediante resolución del tres de junio de dos mil catorce -fojas doscientos ochenta y nueve del cuaderno de debates- la Sala Penal de Apelaciones concedió recurso de casación al recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito y ordenó se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y cuatro del del cuadernillo formado en esta instancia- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien invocó las causales uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por la presunta vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal o material, presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación de sentencia.

2.5. Ahora, cabe precisar que si bien este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, por el primer numeral del artículo 427° del Código Procesal Penal, vinculándola con la causal primera y cuarta del artículo 429° del texto procesal penal; no obstante, al realizar una lectura integral del expediente materia de autos, esta Suprema Instancia considera conveniente desarrollar doctrina jurisprudencial, respecto a: “la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia”, en atención a lo establecido en el inciso primero del artículo 432° del Código Procesal Penal; por lo que, al advertirse la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial, en cuanto a este extremo, corresponde vincularla con el primer inciso del artículo 429 del citado texto legal.

2.6. Deliberada la causa en sesión secreta y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la secretaria de la Sala el diecisiete de febrero del presente año a horas ocho y treinta de la mañana.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

3.1. Respecto al ámbito de la casación

3.1.1. Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y

cuatro del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo-, fue declarado bien concedido el recurso de casación interpuesto por el condenado Melecio Gaudencio Carrión Quito, por las causales contenidas en los incisos primero y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; por tanto, los motivos de casación se centran en la inobservancia de la garantía constitucional relacionado al principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; así como al desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia", en atención a lo expuesto en el apartado 2.5 de la presente resolución.

3.1.2. Sobre estos puntos el recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito, sostiene que: i) Se ha inobservado las garantías constitucionales, pues se vulneró las reglas de la ciencia y la lógica jurídica, al no actuarse los resultados de la prueba genética de ADN para determinar si producto de la violación sexual procrearon un hijo, vulnerándose así la presunción de inocencia y el derecho a la prueba pertinente;y, ii) La sentencia carece de una investigación sustancial y actividad probatoria, al no existir una respuesta razonada, motivada y congruente de la acusación fiscal, más aún si tenemos en cuenta que la agraviada indicó haber sido abusada sexualmente en fecha incierta, quedando embarazada producto de la violación; y, según lo indicado por el Ministerio Público la violación sexual se perpetró el veintiséis de agosto de dos mil once, sin embargo dio a luz el quince de junio de dos mil doce, esto es diez meses después, lo que evidencia científicamente que el encausado no perpetró el delito, ya que dadas las fechas, su embarazo debió ser a fines de setiembre o inicios de octubre del año dos mil once.

3.1.3. A lo anterior expuesto, corresponde a este Tribunal Supremo, como garante y protector, el control de las garantías constitucionales cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de Apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina de esta Instancia Suprema sobre el alcance de la motivación y las alegaciones sobre la existencia de prueba en forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máxima de la experiencia y a los conocimientos científicos.

3.2. **De los motivos casacionales: inobservancia de las garantías constitucionales relacionado a la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente- prueba científica de adn, así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación**

3.2.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

3.2.2. En ese orden de ideas, el derecho a la presunción de inocencia alegado por el recurrente, es un derecho subjetivo del ciudadano, la misma que despliega una doble vertiente: temporal y material. La primera parte radica en una verdad inicial, la inocencia del procesado, que no se destruye hasta que su culpabilidad no haya quedado establecida en sentencia firme; y, la segunda, radica en que a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena o prueba indiciaria sin contraindicios que acredite fehacientemente su culpabilidad, por lo tanto enerve dicha presunción, y si no se produce aquélla deberá absolvérsele de la imputación penal.

3.2.3. Así, en el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos en 1984 para la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, resumía dicha doble eficacia, al sostener que "Por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas de abstenerse de prejuzgar el resultado del proceso".

3.2.4. Asimismo, el artículo 2°, inciso 24, literal e) de nuestra Carta Constitucional al sostener que "Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Ello supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

3.2.5. Es por ello que, la tutela del derecho a la presunción de inocencia está dentro del ámbito casacional, a efectos de establecer si ha existido una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción.

3.2.6. En ese sentido, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba de cargo aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: a la acreditación de un hecho, a través de la prueba practicada, y a la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de ese hecho delictivo.

3.2.7. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Supremo a verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba).

3.2.8. Respecto al derecho a la prueba pertinente, este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma.

3.2.9. En ese sentido, el Juez o Tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y, ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto[1].

3.2.10. En esa línea, el profesor Julio Maier sostiene que la producción de prueba de descargo (o de cargo) es considerada una facultad imprescindible como manifestación del derecho de defensa. Facultad que genera el deber del Tribunal de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende)[2]. Además, afirma que la inobservancia por el Tribunal de esta regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (falta de fundamento de prueba omitida) [3]. Recibida la prueba, corresponderá al Tribunal valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de argumentar ante el Tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico.

3.2.11. Por ello, la relación entre el derecho a la prueba pertinente y el derecho a probar resulta ineludible, pues según este último, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el

1 Vid. San Martín Castro, Derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, p. 130,

2 Vid. MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L. 1996. p. 587 (las negritas son nuestras).

3 Ibídem. p. 587

mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado[4].

3.2.12. Ahora bien, respecto a la prueba científica de ADN, se debe precisar que en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio[5].

3.2.13. En concreto, el carácter científico de la prueba de ADN viene dado por el estudio de la Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana. Así, la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver casos que serían muy difíciles de esclarecer por los procedimientos de investigación convencionales y en su elevadísima fiabilidad de sus resultados. Así, los tipos más comunes de aplicación forense de la prueba de ADN, son la investigación biológica de la paternidad[6], la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como son los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.2.14. Ahora bien, el juez frente a la prueba científica de ADN no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración. Es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal. Ello es importante, pues no es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la prueba proporcione tan solo un indicio más para probar ese hecho principal.

3.2.15. Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado(o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación.

3.2.16. Estamos en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por delito de homicidio, la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en la escena del crimen; pero no prueba que estuvo en el momento en que éste se cometió, y menos que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas.

3.2.17. Por tanto, cuando en el proceso se presenta una prueba científica- ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de primera instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia por el A quo. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afecta el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.2.18. Así también, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales cuestionado por el recurrente, como bien lo ha precisado esta Suprema Sala en la Sentencia Casatoria número tres guión dos mil siete, del siete de noviembre de dos mil siete, en la cual establece que: "la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido". Así, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, lo que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice al justiciable una resolución fundada en derecho; de ahí que, una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de resoluciones judiciales es la exigibilidad al órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial.

3.2.19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado también, que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso"[7]. En esa línea, la motivación debe abarcar: a) la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; b) la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, c) la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. Cabe precisar, que la mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas.

3.3. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

3.3.1. En atención a lo antes expuesto y luego de revisar la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones, se aprecia que tanto éste como el Juzgado Colegiado en sus respectivas fundamentaciones no se advierte que hayan consignado elementos probatorios que logren enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia que le asiste al recurrente Carrión Quito; denotándose además la infracción de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, al existir deficiencia en su motivación interna ya que carece de coherencia en su justificación, pues las razones en que justifica su decisión resulta confuso e incongruente.

3.3.2. Así, el Tribunal de instancia en un primer momento razona que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual [véase considerando 3.3.3 c - obrante a fojas doscientos sesenta y siete]. Sin embargo, líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales [con el progenitor-encausado] y producto de ello ha alumbrado a un neonato, concretándose la autoría directa del recurrente [véase considerando 3.3.6 c - obrante a fojas doscientos sesenta y ocho]. En ese sentido, se aprecia de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, que ésta presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra "fehacientemente probado", que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta

4 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre de 2005, Exp. Nª 6712-2005-HC/TC, fundamentos jurídicos 15.
5 Vid. San Martín Castro, Derecho procesal penal, Op.cit., p. 543.
6 Las pruebas de ADN para determinar la paternidad se realizan comparando la secuencia de ADN del padre, del menor y de la madre. La combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del menor; sólo de esta manera se tendrá una seguridad, generalmente de más del 99.9%, sobre la paternidad del menor de edad. Así también, respecto al índice de probabilidad de paternidad superior al 99.9% de la prueba de ADN. Vid. Vargas Ávila, R., la valoración de la prueba científica de ADN. En Rev. Prolegómenos - Derecho y Valores, Bogotá, Volumen XIII- N°25, 2010. p 128.
7 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 3264- 2009- HC/TC.

arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsa y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del thema probandum y la responsabilidad del recurrente.

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el Ad quem no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito, por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente; y la falta de motivación de sentencia.

II.CASARON la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva; y,

III. NULA la citada sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-.

IV. ORDENARON que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; y,

V. ORDENARON: la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huari para su excarcelación.

VI. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia.

VII. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia.

VIII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

IX. PUBLICAR en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1349207-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 626-2013
MOQUEGUA

Sumilla: Establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva.

Lima, treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio

calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES:

Primero. Por disposición del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo. Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veinticuatro, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

Cuarto. Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil trece, que se registra a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas trescientos treinta y ocho–, que fue concedido por resolución del trece de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del cinco de septiembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

Séptimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día catorce de julio de dos mil catorce, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del cinco de septiembre de dos mil catorce –calificación de casación–, obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal, modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil setenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso. ii) Para la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo. Se imputa al investigado que: i) Entre las veintiún horas del dieciséis de septiembre de dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. ii) Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. iii) Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola–, ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de mano reflejados en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. iv) Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex enamorado de la agraviada –siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre de dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores–; se negaba a terminar la relación bajo amenazas de "quitarse la vida" y de "contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores" y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero. El Fiscal Provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar, ni domiciliario, al no existir evidencia documental que advierta lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud del daño causado, pues quitó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la forma como se realizó, no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A) En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que estos se corroboran con los elementos de

convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistentes en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el día dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El primer elemento de convicción: informe número cero cero seis-dos mil once-LQM/ CONTABILIDAD/I. E. T. P. "JCM". ii) Segundo, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. iii) Tercero, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatino Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él. iv) Cuarto, la declaración de Diana Pamela Aucatinco López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto de dos mil once. El ocho de septiembre de dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaría de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y tembloroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado. v) Quinto, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre de dos mil once él la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado diecisiete. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. vi) Sexto, La declaración de Nely Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. vii) Séptimo, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle "a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani". Cuando se vieron y la quiso abrazar ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque sabía que había mantenido relaciones sexuales con el deponente, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. viii) Octavo, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condicionó para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. ix) Noveno, la declaración de Carlos Tumbalobos Reaño, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. x) Décimo, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el instituto hasta la intersección formada de la avenida Balta y calle Ancash. xi) Décimo primero, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. xii) Décimo segundo, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. xiii) Décimo tercero, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de sangre. xiv) Décimo cuarto, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. xv) Décimo quinto, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. xvi) Décimo sexto, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. xvii) Décimo séptimo, la pericia de biología forense. xviii) Décimo octavo, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. xx) Vigésimo, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. xxi) Vigésimo primero, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatinco López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos rojos, como si no hubiera dormido. xxii) Vigésimo segundo, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuela, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. xxiii) Vigésimo tercero, el informe número doscientos noventa y siete-dos mil once-XI-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. xxiv) Vigésimo cuarto, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. xxv) Vigésimo quinto, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. xxvi) Vigésimo sexto, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. xxvii) Vigésimo séptimo, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. xxviii) Vigésimo octavo, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece-RPS-DIRTEARE. xxix) Vigésimo noveno, el informe policial número ciento veinticuatro-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTE-MOQ/ DIVICAJ. xxx) Trigésimo, el perfil criminológico contenido en la evaluación psicológica, que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. xxxi) Trigésimo primero, el acta de inspección técnico policial. xxxii) Trigésimo segundo, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFRICRI. xxxiii) Trigésimo tercero, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. xxxiv) Trigésimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. xxxv) Trigésimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. xxxvi) Trigésimo sexto, la ampliación de declaración del imputado.

B) Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C) Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que "por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y Fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses".

Quinto. En su recurso de apelación la defensa del imputado alegó que: i) Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad. ii) Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba. iii) El Juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginados por el Ministerio Público, basadas en testimoniales sin valor y contradictorias; sin considerar la prueba directa e incuestionable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción que determine la responsabilidad penal. iv) Quienes crían gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la "teoría del gallo" no tendría mayor valor. v) No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

Sexto. En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre de dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: i) La defensa señaló que el Fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el Fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el Fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el Juez no lo tomó en cuenta. ii) El Fiscal relató los hechos, además, indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo, por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". iii) En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia, indicando que ha estado en todas las citaciones, no ha huido a ningún lugar.

Séptimo. El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

A) Sobre los elementos de convicción, que: i) Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre de dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura cervical, laceración cardiaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. ii) Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. iii) El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundantes restos de sangres, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. iv) Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a agraviada e imputado el dieciséis de septiembre de dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona que vio a la víctima antes de su desaparición, aún cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, al leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado habría dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre de dos mil once. Como indicios de personalidad, la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y "se puso como loco diciendo que se quería matar", asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta, obsesivo, compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. v) Estos actos vinculan al imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. vi) En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. vii) Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión del delito, con un alto grado de probabilidad, estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: i) El a quo estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. ii) Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. iii) El arraigo no fue materia de pronunciamiento por el a quo, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inco Servicios e IST José Carlos Mariátegui. iv) La investigación data del diecisiete de septiembre de dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre de dos mi trece. El diecinueve de septiembre de dos mil once el imputado declaró, a dos días de ocurridos los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo de dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once, sin desdén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en esta oportunidad? v) Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.

Octavo. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que: i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron las instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. ii) La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo suplió y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los petitorios, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el Juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. iii) El voto en mayoría indicó que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el Juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial, señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. iv) La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. v) Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios

acusatorio, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno. La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero. El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que 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.

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).

Décimo cuarto. Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento del peligro procesal.

4. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto. El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Décimo sexto. Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecho en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventivo debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales[1].

[1] PÁSARA, Luis. "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo". En: Due Process of Law Foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of Law Foundation, Washington, D.C., 2013, p. 27. Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>.

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis 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[2]. 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 una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos[3]. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad[4] de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria[5]; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal[6], se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco[7].

Vigésimo noveno. Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*[8].

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Trigésimo segundo. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una

---

2 Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos-dos mil trece-MP-FN (Actuación Fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

3 En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Límites constitucionales. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp.155 y 156.

4 La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Segunda edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

5 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal. Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

6 Como señala Asencio Mellado, el fumus boni iuris hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (…) No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes. ASENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 513.

7 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

8 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ara, Lima, 2008, p. 47.

9 Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad de autor.

pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos–HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.

Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmuller vs. Austria e Imre vs. Hungría.

Trigésimo quinto. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo. ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) 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. v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas[10]. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está 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.

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC[11], señaló que la posesión de bienes generaba arraigo[12], de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo. Como señala Del Río Labarthe[13] 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; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

Cuadragésimo cuarto. En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga[14].

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva[15], lo que es inaceptable en una medida

---

10 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. La prisión provisional. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.

11 STC EXP. N.° 1091-2002-HC/TC, caso Silva Checa, del 12.08.02.

12 La STC EXP. N° 5490-2007-HC/TC, caso Rodríguez Domínguez, de 27.11.07, expresó que el Juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país.

13 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: HURTADO POZO, José (Director). Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 112.

14 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., p. 58.

15 ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Tesis presentada a la Universitat d'Alacant, para optar el grado académico de Doctor. Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483.

cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo[16].

Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc.[17]

Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido[18], así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

Quincuagésimo quinto. En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el Fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola– ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto. Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos, debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertenencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva[19] o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno. El Fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo. La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo que, correspondía al Juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. El hecho que el Juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el Juez y era de conocimiento del Fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

---

16 Criticando la STC 0791-2002-PHC/TC, vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 115. También: ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Ob. cit., p. 113.

17 Vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., pp. 59 y 60; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Rhodas, Lima, p. 716, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge. "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva". En: Urquizo Videla, Gustavo y Peña Suasnabar, Jony (coordinadores). Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el EXP. N.° 03075-2010-PHC/TC señaló que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo del 2010 a horas 08:30 am, pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Gineco Obstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 am, dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.

18 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 59.

19 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada. Idemsa, Lima, 2006, p. 44.

Sexagésimo primero. El otro agravio del Fiscal se sustenta en que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", por lo que la Sala consideró que no habría peligro de obstaculización probatoria, pero esto no fue alegado por la defensa del imputado, de ahí que oficiosamente obtuvo información del expediente judicial.

Sexagésimo segundo. Si bien la defensa no expresó la falta de peligro de obstaculización probatoria, en la audiencia el imputado pidió expresamente que se tenga en cuenta que asistió a todas las citaciones, competiéndole al Juez verificarlo, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho ni principio como se indicó, especialmente si el Fiscal tuvo la oportunidad de controvertirlo y no lo hizo.

8.2. Sobre la motivación del requerimiento de prisión preventiva

Sexagésimo tercero. El Fiscal Provincial en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal, conforme se advierte del considerando tercero de la presente resolución. Vulnerándose el artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal que establece que los requerimientos deben ser motivados fáctica y jurídicamente.

Sexagésimo cuarto. Al declarase fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano Fiscal no restringe derechos fundamentales, si requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.

Sexagésimo quinto. Como señala el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. En ese sentido, los vicios hallados en las resoluciones cuestionadas tienen directa vinculación con el requerimiento del Fiscal, por lo que deben acarrear tal consecuencia para ambos y emitirse un nuevo pedido Fiscal y sustentarse en una nueva audiencia, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente –inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal–.

Sexagésimo sexto. A su vez, el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme se advierte del considerando cuarto de la presente, similarmente redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación.

Sexagésimo séptimo. La Sala Penal no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado de modificar la escena del crimen, tratando de confundir un caso de homicidio calificado con uno de violación sexual, que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena.

Sexagésimo octavo. Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.

Sexagésimo noveno. Esto implica una motivación aparente de la resolución (que se presenta cuanto la resolución no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, intentando dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico), toda vez que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, y por ello el Juez de la Investigación Preparatoria no indicó en qué consistiría la posible obstrucción probatoria; vulnerando de esta forma la motivación de las resoluciones señalado en los considerandos anteriores, específicamente, lo previsto en el artículo doscientos setenta y uno, inciso tres, del Código Procesal Penal que señala: "El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes".

Septuagésimo. No obstante estar fuera de lugar la alegaciones de la Fiscalía casacionista, la Sala de Apelaciones al resolver, no tomó en cuenta todas las infracciones a la motivación reseñadas, por lo que no correspondía una resolución revocando o confirmando la medida, sino una anulándola y mandando que se realice de nuevo la audiencia de primera instancia.

Septuagésimo primero. Esta medida cautelar exige una especial fundamentación, que justifique pormenorizadamente su adopción, lo que se logra con el método de audiencia desarrollado.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víct0ma y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres y la resolución de primera instancia del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas doscientos veintiséis.

II. ORDENARON que otro Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías conforme a la parte considerativa.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo séptimo al vigésimo noveno, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo tercero, cuadragésimo octavo al quincuagésimo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo octavo de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

J-1349207-2

UNIDAD II: MEDIDAS COERCTIVAS PERSONALES.

6) Circular sobre prisión preventiva N° 325-2011.

Circular sobre Prisión Preventiva

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA
N° 325-2011-P-PJ
CIRCULAR SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA
(14/09/2011)

Lima, 13 de septiembre de 2011

VISTA:

Las Medidas Urgentes o de Ejecución Inmediata de la Agenda Judicial de Seguridad Ciudadana del Poder Judicial necesarias para desarrollar criterios orientadores y unificadores para aplicar la prisión preventiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la interpretación y ulterior aplicación de las normas que regulan la prisión preventiva –situación nacida de una resolución jurídica de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado–, en especial el artículo 268° del Código Procesal Penal de 2004, exige que el Juez –en el ejercicio de su potestad jurisdiccional– tengan en cuenta diversos parámetros jurídicos legalmente previstos –bajo el reconocimiento de que la prisión preventiva está situada entre dos deberes estatales el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano–.

Se ha de determinar, de modo relevante, los alcances y asumir la debida comprensión de los presupuestos materiales que informan la prisión preventiva, de profunda influencia en el juicio de proporcionalidad que demanda el análisis de toda institución de relevancia constitucional y que persigue circunscribirla a lo estrictamente necesario.

De lo consignado, sin duda, surge la indispensabilidad –como lógica consecuencia del principio material de necesidad– de una motivación suficiente y razonable acorde a los presupuestos y fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida de prisión preventiva, en función a las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

SEGUNDO.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el

imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268°, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*].

Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad).

Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.

Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal.

Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el Juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria –de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso–. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, *(i)* el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o *(ii)* la ejecución de la pena].

TERCERO.- Que el Código Procesal Penal ofrece criterios específicos para analizar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización probatoria. La normativa procesal penal establece –a través del desarrollo de los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal– una guía –sin duda flexible o abierta– para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de la misma sobre la base de resoluciones estereotipadas o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del 'peligrosismo procesal'.

Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El Juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la

proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso.

Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el Juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral.

Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba.

CUARTO.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la prisión preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto

es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente –motivada y objetiva– de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una "doble lectura". En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268°, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aún cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra –desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia– puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268°, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de 'peligrosismo procesal' (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal).

QUINTO.- Que, por otro lado, es doctrina jurisprudencial consolidada –tanto a nivel nacional como internacional– el hecho de que, por lo general y salvo lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero, parágrafo tres, la gravedad de la pena no puede ser el único criterio que justifique la utilización de la prisión preventiva, razón por la cual se debe acompañar con algunos de los criterios dispuestos por el artículo 269° del Código Procesal Penal; y, como se verá, con el propio apartado 2 del artículo 268° del citado Cuerpo de Leyes.

En tal ámbito, es de suma importancia evaluar el análisis jurisprudencial que actualmente ocurre en el contexto de algunos de los criterios regulados por el artículo 269° del Código Procesal Penal. En la actualidad se vienen generando muchas confusiones que deben ser esclarecidas con el propósito de aplicar en forma eficiente la prisión preventiva.

SEXTO.- Que un problema fundamental viene dado por la definición del arraigo, regulado por el artículo 269°, apartado 1, del Código Procesal Penal. Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269° y 270° del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede

denominar "tipologías referenciales", destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal.

SÉPTIMO.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, *a priori*, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión "existencia" o "inexistencia" de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aún cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo – medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269°, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la "calidad" del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269°, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: "*las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto*". Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

OCTAVO.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta "existencia de arraigo" (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo –ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269° del Código Procesal Penal– no es una

premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el sólo hecho de que "el imputado tiene domicilio conocido", es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

NOVENO.- Que, en la misma línea de lo anterior, es importante evaluar cuál es el sentido que actualmente le otorga la jurisprudencia al apartado 2 del artículo 268° del Código Procesal Penal. Sin duda, es un criterio poco utilizado en el ámbito de la prisión preventiva, y lo es, probablemente, por los términos de su propia redacción.

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva –o su integración a la misma– no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva –que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales–. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de 'banda', es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídica procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.

En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos sólo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

DÉCIMO.- Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el Juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son

recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

UNDÉCIMO.- Que lo consignado en ningún caso niega como objetivo de legitimidad constitucional el carácter excepcional –que trae como consecuencia que rija el principio *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*–, lo que significa que la interpretación de las normas en cuestión deben hacerse con carácter *(i)* restrictivo y, además, a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, *(ii)* subsidiario, *(iii)* necesario y *(iv)* proporcionado en orden a sus fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva, ni colisiona con la postura garantista del proceso penal; ni mucho menos, con la garantía genérica de presunción de inocencia.

El criterio es sólido: la prisión preventiva "protege" el proceso, su normal desarrollo y resultado; y existe una máxima de la experiencia que también es contundente: las organizaciones delictivas, con frecuencia, suelen perturbar la actividad procesal propiciando la fuga y la obstaculización probatoria. Desde luego, es necesario examinar caso por caso, pero es imperativo, asimismo, reconocer que existen casos evidentes en los que la existencia de un domicilio (por citar un ejemplo) no enerva en ningún caso la potencialidad manifiesta del riesgo procesal que representa la pertenencia a una organización delictiva o a una banda.

DUODÉCIMO.- Que el Código Procesal Penal representa un modelo procesal acusatorio que asume, en su esencia, el programa procesal penal de la Constitución. Ello supone el respeto de los principios esenciales de un proceso penal propios de un Estado Constitucional –contradicción, igualdad, acusatorio, oralidad, inmediación, publicidad, etcétera– y el desarrollo equilibrado de las garantías genéricas del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, así como de las demás garantías específicas del individuo. Pero también exige proteger los derechos e intereses legítimos de la víctima, y asegurar el desarrollo y resultado de un proceso que pretende resoluciones rápidas y justas para todos, afirmando de este modo la seguridad ciudadana como uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44° de la Constitución Política).

Por estos fundamentos, el Presidente del Poder Judicial, conforme a las atribuciones que le concede los artículos 73º y 76º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley Nº 27465.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Instar a los Jueces Penales asumir las pautas metodológicas y criterios jurídicos fijados en la presente Resolución-Circular.

Artículo Segundo.- Recordar el cumplimiento de la exigencia de motivación, de su razonable y ponderado cumplimiento que respete el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la libertad (los dos presupuestos materiales analizados), sin que ello signifique, pese a tratarse de un deber reforzado de motivación judicial, exigencias imposibles de cumplir ni un excesivo régimen de razonamiento.

Artículo Tercero.- Transcribir la presente Resolución– Circular a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, las Cortes Superiores de Justicia del Perú, la Sala Penal Nacional, la Fiscalía de la Nación, y del Centro de Investigaciones Judiciales.

Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Presidente

UNIDAD III: MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

1) **Presupuesto de las Medidas Cautelares Reales. Coral Aranguena Fanego**

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

II.2. PRESUPUESTOS

La potestad cautelar que se atribuye al Organo jurisdiccional para ser utilizada en el proceso penal en tutela de los perjudicados por el delito, no es, en modo alguno, una potestad indeterminada o autónoma sino, antes al contrario, una potestad vinculada.

Hablamos de potestad vinculada, en un doble sentido. En primer lugar, porque el Juez, a la hora de decretar la tutela cautelar real, no puede disponer más medidas que aquéllas legalmente previstas en el caso concreto, como por el contrario sí sucede en el ámbito del proceso civil: piénsese en las medidas cautelares indeterminadas o innominadas del art. 1428 L.E.C.

En segundo lugar y, especialmente, calificamos de vinculada a esta potestad, habida cuenta de que para actuarla el órgano jurisdiccional deberá acreditar la concurrencia de dos requisitos que normativamente resultan exigibles para ello: «fumus boni iuris» y «periculum in mora».

3. «FUMUS BONI IURIS»

3.1. Configuración tradicional de este presupuesto realizada, fundamentalmente, con base en las cautelares civiles.

La teoría de las medidas cautelares tradicionalmente sitúa junto al «periculum in mora» el denominado «fumus boni iuris» [14], siendo

[14] La expresión obedece, según CONIGLIO, Antonino, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3.ª ed., Milano, 1949, pp. 96 y 97, a la traducción que los escritores italianos dieron a lo que la doctrina medieval denominaba «cognitio prima facie», expresión que precisaba terminológicamente la naturaleza sumaria de la «cognitio» del Juez al decretar el «sequestro».

configurados ambos como presupuestos cuya concurrencia debe ser constatada por el Organo jurisdiccional para que pueda acordar la medida cautelar.

El «fumus boni iuris» —o apariencia del derecho— supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder —nos dice CALAMANDREI— un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el Organo jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. La cognición cautelar se limita, en todo caso, a un juicio de «probabilidad» y «verosimilitud» del cual CALAMANDREI resalta su carácter hipotético [15], carácter que está íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar, constituyendo, además, un aspecto necesario de su instrumentalidad [16].

SERRA [17], siguiendo a CALAMANDREI, considera que presupuesto de la de la medida cautelar no es tanto la «existencia», cuanto la «apariencia» del derecho. Sin embargo estima que esta circunstancia no implica que el juicio jurisdiccional sobre las medidas cautelares ofrezca cualitativamente diversidad alguna respecto del juicio definitivo o de fondo. Por tanto, no le parece acertado aplicar al primero el calificativo de «juicio de probabilidad y de verosimilitud», calificativo que, acuñado por CALAMANDREI [18] ha sido adoptado por autores como LIEBMAN, DE LUCA, FOSCHINI, ZANZUCCHI, CALVOSA, DINACCI, DINI, ANDRIOLI, ARIETA, FAIRÉN y ORTELLS [19]. La razón de esta inconveniencia reside en el hecho

---

15 Como advierte RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, vol. II, Barcelona, 3.ª ed., 1986, p. 950, la medida cautelar se concede no porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del proceso, sino simplemente porque «prima facie» su petición aparece como tutelable con la medida cautelar.

16 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 58 a 64.

17 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, con RAMOS MÉNDEZ, *Francisco*, Barcelona, 1974, pp. 36 y 37.

18 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., p. 63.

19 LIEBMAN, Enrico-Tulio, «Unità del procedimiento cautelare», en *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 252; DE LUCA, Giuseppe; «Profili sistematici della tutela cautelare penale», en *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 202; FOSCHINI, Gaetano, «Le cautele penali», en *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 36; también en su *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965, p. 509; ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale civile*, tomo I, 6.ª ed., Milano, 1964, p. 168; CALVOSA, Carlo, *Il processo cautelare. I sequestri e i provvedimenti d'urgenza*, Torino, 1970, p. 487; DINACCI, Ugo, *Contributo allo studio del sequestro conservativo nel processo penale*, Milano, 1972, p. 42; DINI, Mario, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, con DINI, Enrico-A., tomo I, 5.ª ed., Milano, 1981, pp. 37 a 40; ANDRIOLI, Virgilio, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 367; ARIETA, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1982, p. 49; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La reforma del proceso cautelar civil español», en *Temas del*

de que tanto uno como otro juicio, «... no existiendo en el ámbito humano la certeza absoluta, se resuelven en definitiva en juicios de probabilidad», y lo que justifica que la mera apariencia del derecho sirva como fundamento para la concesión de una medida cautelar, no es otra cosa que la imposibilidad de establecer una previa etapa contradictoria sobre la existencia del derecho [20].

Efectivamente, en el ámbito del proceso no cabe hablar de una verdad absoluta, entendida, en palabras de ELLERO [21] o de MITTERMAIER [22] como el acuerdo del pensamiento con las cosas [23] ya que —como dice MUÑOZ SABATE—, la certeza judicial no pasará de ser una certeza moral o histórica [24] [25]. Sin embargo entendemos que es posible diferenciar en el mundo jurídico del proceso, diversos grados o estadios de conocimiento que, siguiendo a CARNELUTTI [26], podemos clasificar en «posibili-

---

ordenamiento procesal, tomo II, Madrid, 1969, pp. 905 y 906; ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *RGLJ*, 1978, núm. 5, p. 472.

20 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 37.

21 ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, 3.ª ed. española (traducción de Adolfo POSADA), Madrid, 1913, p. 8.

22 Similares son los términos en que se pronuncia MITTERMAIER, Carl Josef Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10.ª ed. española, Reus, 1979, p. 71: La «verdad» es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento.

23 Vid., en este sentido, CALAMANDREI, Piero, «Verità e verosimiglianza nel processo civile», en *Riv. dir. proc.*, 1955, pp. 164 y ss., quien sostiene que en el proceso, todo juicio de verdad se reduce a un juicio de verosimilitud, que puede dar la certeza jurídica, pero no la certeza psicológica y sociológica. Así, la sentencia final no puede ser más que un juicio de verosimilitud que no excluye nunca de manera absoluta el error judicial.

24 MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona, 1967, p. 62. Igualmente, BRICHETTI, Giovanni, *La «evidencia» en el Derecho procesal penal* (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1973, pp. 14 y 15.

25 Somos conscientes de las reservas y matizaciones que sobre el tema deben efectuarse, habida cuenta de las diferencias que median entre proceso civil y proceso penal, toda vez que en el primero se persigue una verdad formal y, en el segundo, una verdad material. En este sentido, y en relación al proceso civil, ya CARNELUTTI se pronunció por la imposibilidad de que en el proceso pueda obtenerse la «verdad», ya que aquélla a la que la doctrina llama «verdad formal», no es la verdad, proponiendo la sustitución de la «verdad» por la «certeza» (CARNELUTTI, Francesco, «Verità, dubbio, certeza», en *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 4 y ss.). En otro sentido, viene siendo de general consideración por la más moderna doctrina procesal, que la búsqueda de tal verdad no debe ser absoluta, por cuanto debe encontrar como límite los derechos y libertades básicas que no han de ser lesionados más que en los casos y con los límites constitucionalmente previstos. Vid. a este respecto, ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 20. Auflage, München, 1987, pp. 141 y 142; TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, con ROXIN, Claus y ARZT, Gunther, edición española traducida por ARROYO ZAPATERO, Luis y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Barcelona, 1989, pp. 138 a 140.

26 CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal* (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1950, vol. II, p. 181; vol. III, p. 47.

dad», «probabilidad» y «certeza». «Entre el juicio de posibilidad y el juicio de probabilidad —nos dice este autor— la diferencia es puramente estadística: hay posibilidad en lugar de probabilidad cuando las razones favorables o contrarias a la hipótesis son equivalentes; el juicio de posibilidad... prescinde de la afirmación de un predominio cualquiera de las razones positivas sobre las negativas o viceversa» [27]. El juicio de probabilidad supondría un paso más ya que —observa BONET NAVARRO [28] siguiendo a CARNELUTTI— mientras la posibilidad vendría a suponer una situación de equilibrio entre los motivos concurrentes en mantener una determinada convicción y los divergentes de la misma, la probabilidad connota un predominio de unos motivos sobre los otros, lo que hace factible que la mente siga prestando más intensamente atención al hecho que se halla en trance de conocimiento o, como dice ELLERO, «el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter» [29]. Por último, la certeza, entendida como adhesión subjetiva a la verdad conocida, sólo se alcanza una vez que es posible rechazar racionalmente los motivos divergentes a la hipótesis en cuestión o, añade MITTERMAIER, «desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos» [30]. Se logra, por tanto, una vez que es factible adquirir una posición de firmeza ante los hechos objeto del debate, como consecuencia del desarrollo de la actividad probatoria [31] [32] [33].

---

27 CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones...*, op. cit., vol. II, p. 181.

28 BONET NAVARRO, Angel, *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, pp. 385 a 431.

29 ELLERO, Pietro, *De la certidumbre...*, op. cit., p. 17.

30 MITTERMAIER, Carl Josef Anton, *Tratado...*, op. cit., p. 76. Vid. más ampliamente sobre el concepto de certeza, pp. 71 a 78.

31 Por tanto, y en el proceso penal, el Organo jurisdiccional llegaría a la certeza al adquirir dicha posición de firmeza ante los hechos objeto de debate, como consecuencia de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, con todas las garantías del contradictorio. Vid., en este sentido, RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», en *Poder Judicial*, 2.ª época, núm. 3, septiembre, 1986, p. 80, para quien la sentencia condenatoria, si se produce, «...ha de construirse sobre la base de lo que podemos llamar certeza jurídica, esto es, la convicción inequívoca sobre la base de las pruebas de cargo practicadas, de que el hecho se ha realizado por una o varias personas determinadas»; MITTERMAIER, Carl Josef Anton, *Tratado...*, op. cit., p. 78, señala que en ningún caso puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario. En cambio, la probabilidad recobra toda su importancia en el curso del proceso; dirige la instrucción y autoriza plenamente las graves medidas que es preciso tomar; VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, *Curso de Derecho procesal penal*, tomo II, Madrid, 1962, p. 159, quien partiendo de la triple clasificación carneluttiana, señala cómo procesalmente no se puede hablar de certeza en la fase de instrucción, pues todo lo que en ésta se realiza ha de ser objeto

Por todo lo expuesto consideramos que la expresión «juicio de probabilidad y verosimilitud» resulta acertada y útil a los efectos de marcar terminológicamente las diferencias que median entre el grado de conocimiento suficiente para que pueda ser adoptada una medida cautelar, grado que se identifica —según la clasificación anteriormente expuesta—, con el estadio de la probabilidad y el necesario para poder dictar la resolución definitiva, que viene identificado con el grado de la certeza [34] [35].

De acuerdo con estas precisiones, entendemos que el «fumus boni iuris» como presupuesto necesario para acordar la tutela cautelar, se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento a través del cual el Organo jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar.

3.2. Configuración específica en el orden procesal penal.

En el proceso penal, ¿se formula este presupuesto de manera semejante a como lo hace en el ámbito civil? [36].

---

de examen y decisión en la etapa del juicio. Por ello a los ojos del Tribunal, que es quien en definitiva decide, la investigación sumarial no puede tener el carácter de certeza, sino en tanto en cuanto es contemplada en el juicio oral; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *«Presunción de inocencia» e «íntima convicción» del Tribunal. (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Barcelona, 1984, p. 303, señala cómo el grado de verosimilitud es exigido con intensidad diversa en cada una de las diferentes etapas o escalones que caracterizan el desenvolvimiento del procedimiento penal.

[32] Ya en 1964 sostenía BECCARIA que los delitos, para merecer pena, habían de ser ciertos. Ahora bien, la certeza moral no es rigurosamente más que una probabilidad, «pero una probabilidad tal que es llamada certeza, porque todo hombre de buen sentido asiente necesariamente a ella por una costumbre nacida de la necesidad de obrar y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para declarar a un hombre culpable es, pues, la que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida» (BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, ed. española, Madrid, 1969, pp. 83 y 84).

[33] Vid., en este sentido, la sentencia de la Sala 2.ª del TS, de 11.11.1986, aun cuando en vez de emplear el término «certeza», utiliza el de «certidumbre».

[34] A análoga conclusión llegan CARRERAS LLANSANA, Jorge, «Las medidas cautelares del artículo 1.428 LEC», en *Estudios de Derecho Procesal*, con FENECH NAVARRO, Miguel, Barcelona, 1962, p. 572, quien, aun sin emplear el término «probabilidad», sostiene que para la adopción de medidas cautelares no basta la mera posibilidad del derecho, sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza; también MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, p. 431, quien afirma que el fundamento de las medidas cautelares aparece como un término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud.

[35] Vid., asimismo, sobr el tema, CARNELUTTI, Francesco, «Observaciones sobre la imputación penal», en *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. española de SENTÍS MELENDO, Santiago), Buenos Aires, 1961, p. 138.

[36] En sentido afirmativo se pronuncia ORTELLS RAMOS, Manuel, *Para una sistematización...*, op. cit., p. 472.

3.2.1. Identificación, en sede penal, del «fumus» con la apariencia de la pretensión punitiva.

Una primera aproximación al tema indica que la circunstancia de que estas medidas se dirijan a asegurar la satisfacción de créditos o intereses derivados del delito, va a suponer que la apariencia del derecho se identifique legalmente con la aparencia de la pretensión punitiva [37]. Así, y respecto de las medidas cautelares patrimoniales, el artículo 589 LECrim. establece que «cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades que en definitiva puedan declararse procedentes...». Por lo que se refiere a las personales, el «fumus boni iuris» se identifica con la existencia de una imputación, lo cual se desprende del contenido de los artículos 490 a 492 (detención) y 503 (prisión provisional) de la LECrim.

En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina considerando que tanto las medidas cautelares personales como las patrimoniales y en lo que al responsable criminal se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la «razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible» [38], es decir, un juicio sobre la «responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena» [39].

Centrándonos en las cautelares reales, vemos que el «fumus boni iuris» que justifica la adopción de una medida de este tipo se identificaría con la expresión «indicios de criminalidad» que se emplea en el artículo 589 LECrim. [40] [41]. Dicha expresión, de cuyo análisis detallado

---

37 En este sentido, vid. CANDIAN, Alberto, *Il sequestro conservativo penale*, Padova, 1955, p. 123.

38 GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de 'Habeas Corpus'*, Madrid, 1985, pp. 65 y 32; también en «Los derechos de acción penal, al Juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales», en *Comentarios a la legislación penal* (obra colectiva), tomo I, Madrid, 1982, p. 165; y en «La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La Ley*, 1988-3, p. 793; publicado también en *Crisis de la Justicia y Reformas procesales. (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988, p. 262.

39 ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 472. No comprendemos, sin embargo, cómo sosteniendo este autor dicha tesis, afirma, a continuación, que el presupuesto del «fumus boni iuris» se formula en el proceso penal de manera esencialmente idéntica a como lo hace en el civil.

40 Así, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 473; también en su obra *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, p. 62.

nos ocuparemos con posterioridad [42], vendría a expresar la conveniencia de proceder al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse en la sentencia en cuanto que, los elementos introducidos en el sumario, indican de un modo racional la posible comisión de un delito y su atribución a una persona determinada [43].

3.2.2. Diferencias con respecto a las cautelares reales civiles.

La formulación de este presupuesto en sede penal, evidencia marcadas disimilitudes con respecto al ámbito civil.

En primer lugar, y como tuvimos ya ocasión de exponer con anterioridad, el objeto a valorar en uno y otro proceso es diverso ya que mientras en el civil viene constituido por un derecho probable o una posición material del solicitante jurídicamente aceptable [44], en el penal lo que va a ser tomado en cuenta es la comisión de un delito y su atribución a una persona determinada.

En segundo lugar, el Organo jurisdiccional penal, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, no se tiene que pronunciar acerca de si la futura resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar. Y ello es así no sólo porque para acordar la medida cautelar, no va a ser necesaria la petición de parte —salvo que esta medida vaya a recaer sobre un tercero civilmente responsable en cuyo caso, de acuerdo con el art. 615 LECrim., deberá mediar instancia del

---

[41] Así también en la L. O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, art. 190, en relación con el 164. II.

[42] Vid. capítulo VI, apartado 20.

[43] Pertenecería entonces esta decisión judicial a la categoría que SERRA denomina «juicios intermedios» en el sentido de que, si bien sólo cuando termine el proceso podrá afirmarse la culpabilidad o inocencia del imputado, no obstante en fase sumarial pueden formarse juicios intermedios sobre dicha culpabilidad, partiendo de los elementos ya recogidos, los cuales si por sí mismos «indican» de forma objetiva y racional la culpabilidad, permitirán la adopción de una medida intermedia (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Función del indicio en el proceso penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 700). En este mismo sentido, RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas breves consideraciones...», op. et locs. cits., considera que mientras no hay condena, todos son puros indicios y más o menos probabilidades de culpabilidad sobre los que pesa la presunción de inocencia, lo que no impide adoptar determinadas medidas precautorias o cautelares en virtud, precisamente, de tales indicios. Por otra parte, como señala CARNELUTTI, Francesco, «Observaciones sobre la imputación penal», cit., pp. 138 y 139, el proceso penal está constituido por una escala de juicios. Es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de una serie de juicios provisionales; la escala de juicios, estando constituido el primer peldaño de la escalera precisamente por la imputación.

[44] Así, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 36.

actor civil [45]—, sino además porque el Juez lo que realmente debe considerar es la concurrencia de indicios de criminalidad en la persona sobre la que va a recaer la medida cautelar.

La formulación del «fumus boni iuris» en el ámbito penal conlleva, pues, con respecto al civil, no sólo una diversidad de objeto a valorar. A esta diferencia fundamental se añade una doble variación de importancia ya que si, de un lado, se produce una alteración relativa al sujeto que va a ser centro del razonamiento judicial, de otro se origina un cambio de signo en cuanto al resultado de la valoración realizada.

Así tenemos que en el ámbito civil lo que va a ser objeto de valoración judicial es, predominantemente, la situación de quien pretende la tutela cautelar. En el penal, por el contrario, el enjuiciamiento recae sobre la situación relevante, desde un punto de vista procesal penal, del inculpado; es decir, de aquél «contra el cual» se va a decretar la medida cautelar [46]. Correlativamente, y en lo que se refiere al signo (positivo o negativo) de dicha valoración, en el ámbito civil se exige que la misma sea de carácter positivo, es decir, que el Juez considere como cierto el derecho que asiste a la persona que solicita la medida cautelar por entender que la resolución final le resultará favorable. En el penal, en cambio, es preciso que la valoración resulte de signo negativo para que la medida cautelar pueda ser acordada; es decir, el Juez debe deducir de su razonamiento que el sujeto sobre el cual dicho razonamiento ha recaído, no tiene «a su favor» el Derecho sino que, al contrario, lo ha infringido y, por consiguiente, la resolución final le será desfavorable en tanto se traducirá, previsiblemente, en una sentencia de condena.

Ahondando en las peculiaridades que reviste la formulación del «fumus» en el orden penal, podemos señalar también como otra de ellas, los diversos intereses protegidos con la actuación de la tutela cautelar en sede penal y en sede civil.

Mientras en el proceso civil, la tutela cautelar viene dispuesta exclusivamente en interés del que la solicita, es decir, en protección de intereses privados, en sede penal la tutela cautelar, si bien se dirige a proteger los intereses del perjudicado por el delito, no agota en ello su actuación. Asegurar la efectividad del importe a que ascienda el contenido de la responsabilidad civil que, en su día, pueda ser decla-

[45] Sobre lo injustificado del diverso trato dispensado por la LECrim. para acordar una medida cautelar contra el imputado o contra el tercero civilmente responsable, vid., PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 167 y 168.

[46] Naturalmente, nos estamos refiriendo al responsable criminal.

rada en la sentencia final, con ser la principal misión de la tutela cautelar [47], no es la única.

La tutela cautelar se extiende a otros conceptos cuales son: la indemnización al Estado por el importe del papel sellado y otros gastos que por su cuenta se hubieran hecho en la causa [48], las costas del acusador particular, así como las demás costas procesales y la multa, conceptos estos que, recogidos en el art. 111 C.P., claramente exceden del contenido de la responsabilidad civil «stricto sensu» pasando unos y otra a integrar el más amplio grupo de la responsabilidad pecuniaria. Y es al aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, a lo que extiende su cobertura la tutela cautelar en el orden penal, lo cual se establece en el art. 589 LECrim.

Tenemos, por tanto, que las medidas cautelares reales, si en general pudiera pensarse que están previstas como instrumentos para la tutela de intereses privados, en esta sede procesal penal y dado el contenido del art. 111 C.P. y concordantes, puede afirmarse «ope legis» que van orientadas inmediatamente también a la tutela de intereses públicos o generales.

En neta correlación con este particular se encuentra una de las más significativas peculiaridades que presenta la formulación del «fumus boni iuris» en el proceso penal. Dicha peculiaridad, que ha sido señalada por el profesor PEDRAZ [49], reside en la falta de homogeneidad y vinculación directa que existe, en lo que a intereses civiles «stricto sensu» se refiere, entre el juicio de valor en que se expresa el «fumus» y el objeto de la tutela cautelar.

Parte el mencionado autor del hecho de que los intereses pecuniarios respecto a los que se pretende el aseguramiento inmediato y en relación a los que más netamente parece exigirse por la doctrina tal apariencia de derecho, son los constitutivos de la responsabilidad civil en sentido estricto [50]. Añadimos nosotros que la importancia o preeminancia de estos intereses pecuniarios sobre los restantes enumerados

---

47 Que el resarcimiento al perjudicado por los daños derivados del delito sea la principal misión de la tutela cautelar, se evidencia en el orden de prelación que para la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias se establece en el art. 111 C. P.

48 Téngase en cuenta que esta materia fue modificada por Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de Supresión de las Tasas Judiciales; así, su artículo primero dispone que «se suprimen las tasas judiciales...» y su Disposición Adicional segunda: «Las actuaciones y resoluciones jurisdiccionales se extenderán en papel de oficio. Para los escritos de las partes relacionadas con ellas se utilizará papel común...».

49 Vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 104.

50 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. et locs. cits.

en el art. 111 del C.P., aparece evidenciado ya en el orden de prelación que el citado artículo establece para la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito y declaradas en la sentencia [51] [52].

Sin embargo, contrariamente a esta relevancia, sucede que el «fumus» en lo que concierne a los intereses civiles no está directamente conectado con lo que va a constituir el objeto de la tutela cautelar. Como dice PEDRAZ, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil en el cual para poder acordar una medida cautelar se hace preciso acreditar «prima facie» la existencia de lo que constituye el objeto del proceso con el que está íntimamente unida y al que se adecúa la clase de medida cautelar que se pretende, en el ámbito penal no se requiere, para poder adoptar la medida cautelar, acreditar la producción de «daños y perjuicios» por razón del delito, sino, exclusivamente, la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito o falta; por tanto —concluye PEDRAZ—, «el juicio de valor realizado penalmente no está homogénea ni directamente vinculado —como acaece en lo civil— con la pretensión resarcitoria» [53]. Esta argumentación lleva al citado autor a considerar que el «fumus», en lo penal, es algo totalmente extraño al no recaer sobre lo que constituye el objeto de aseguramiento; los daños y perjuicios derivados del delito no se toman en consideración para acordar el aseguramiento sino en un segundo término, una vez verificada la existencia de indicios de criminalidad, sin cuya concurrencia, háyanse o no derivado daños del delito, la medida cautelar real no podrá ser adoptada. Es decir, que la valoración sobre el importe probable a que asciendan los daños ocasionados, aunque se va a realizar inmediatamente, sólo se hará una vez se haya constatado la concurrencia de tales indicios. En otro caso, esto es, si no consta la existen-

---

51 Respecto a la justificación y conveniencia de este orden de prelación, en consonancia con una debida protección a los derechos del perjudicado, vid., entre otros, MANZANARES SAMÁNIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español, tras la Ley Organica 8/1983*, Barcelona, 1983, pp. 96 a 99 y bibliografía ivi. cit.

52 Sobre el auténtico sentido del art. 111 C. P., consúltese la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 54/1986, de 7 de mayo, según la cual, este precepto «...se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan sobre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago, ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común ... de que el condenado a una pena pecuniaria puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arresto sustitutorio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es también asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o en sus bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o de la falta».

53 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 104.

cia de indicios de criminalidad, el juez no podrá acordar la medida cautelar y, consiguientemente, no entrará a valorar la producción o no de daños para determinar el importe a que previsiblemente puedan ascender las indemnizaciones pertinentes de acuerdo con lo establecido en el art. 589 LECrim. [54].

Efectivamente, y siguiendo al profesor PEDRAZ, consideramos que el «fumus» en el proceso penal no deja de presentar un carácter extraño. Sin embargo, estimamos que este carácter sólo se manifiesta con relación a los intereses civiles «stricto sensu» —núm. 1 del art. 111 del C.P.—, pero no así con respecto a los demás conceptos que integran el contenido de la responsabilidad pecuniaria y que aparecen recogidos en los restantes números del art. 111 del Código penal.

Así, y en lo que a las costas se refiere, cuya susceptibilidad de adscripción al ámbito civil es más que discutible [55] [56] pronunciándonos por su naturaleza puramente procesal [57], el «fumus boni iuris» no resulta extraño de la forma en que se expresa en el proceso penal. Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta —según establece el art. 109 del C.P.—, lo cual se muestra en perfecta consonancia con la exigencia de que del sumario resulte la existencia de «indicios de criminalidad» en una persona como presupuesto para la adopción de la tutela cautelar. Se manifiesta, por tanto, una homogeneidad o correlación evidente entre el «fumus boni iuris» y las costas procesales cuya justificación, en el orden penal, reside —siguiendo a ANTÓN ONECA [58]— en la infracción criminal misma, esto es, en la acción antijurídica y culpable que determina el proceso, de la cual derivan los gastos y la obligación de resarcirlos a cargo del responsable criminal como consecuencia jurídica de su conducta punible.

---

[54] En este sentido, vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., p. 104 y nota 287.

[55] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., p. 71. Respecto a las responsabilidades pecuniarias de los números 2, 3 y 4 del art. 111 del C. P., vid. p. 73, donde advierte que «...su exacción o no por el acusado estará en función del sentido del fallo. Si es absolutorio y aun habiéndose producido tales gastos, no le serán exigibles, pero si es condenatorio, llevará consigo la condena en costas, siendo éste el significado del art. 109 del C. P. ... pudiendo o no incluir las costas de la acusación particular, y ello pese a la redacción del art. 802, 2.º LECrim., puesto que, jurisprudencialmente se ha determinado que sólo deberán ser incluidas cuando la intervención de la acusación particular haya sido relevante para la condena...».

[56] Téngase en cuenta la incidencia en esta materia de la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de Supresión de las Tasas Judiciales.

[57] Sobre la naturaleza y contenido de las costas procesales, vid., posteriormente, capítulo VII, apartado 24.

[58] ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 670 a 672.

Por lo que se refiere a la multa, cuya naturaleza penal está fuera de toda duda [59], el juicio de valor realizado está homogénea y directamente vinculado con el hecho punible que se estima sancionable mediante la imposición de aquélla. Es decir, que la apariencia de derecho alude inmediatamente a la existencia de un hecho delictivo, imputable a una persona determinada en la que concurren indicios racionales de criminalidad, en virtud de lo cual se deberá decretar la tutela cautelar para asegurar la efectividad de la futura pena de multa que lleve aparejada el delito en cuestión y que será declarada, en su día, en la sentencia [60].

Vemos, por tanto, que el «fumus boni iuris» cobra todo su significado en cuanto a las restantes responsabilidades pecuniarias del artículo 111 del C.P. Tan sólo con relación al número primero —responsabilidad civil— el «fumus» pierde su razón de ser y no encaja en la relación que debería mediar con estos créditos.

La explicación a esta situación, creemos que viene dada por lo siguiente: los créditos civiles derivados del delito y hechos valer en sede penal a través del ejercicio de la acción civil, no dejan de ser créditos civiles «stricto sensu», con todo lo que ello implica. Que razones de conveniencia [61] justifiquen el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, no excluye el carácter contingente y accesorio de dicha acción, ni tampoco el que estos intereses deban ser calificados, en principio, como extraños o ajenos al proceso penal. Estas circunstancias hacen fácilmente comprensible el que el «fumus boni iuris» no se formule de una manera clara y lógica en relación a estos intereses que, como acabamos de decir, en principio son ajenos al proceso penal. Aún pronunciándonos por la conveniencia de que la acción dirigida a hacerlos valer y a obtener el pertinente resarcimiento, sea ejercitada dentro del proceso penal [62], no podemos olvidar la naturaleza civil de estos intereses, naturaleza que, en ocasiones, se hace claramente patente al presentarse algún tipo de distorsión entre tales intereses y los presupuestos que rigen el proceso penal, consecuencia lógica de que el ensamblaje de aquéllos, dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, no es del todo perfecto.

---

[59] Véase, sobre este punto, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales...*, op. cit., pp. 3 y 4.

[60] Vid., más adelante sobre la multa, capítulo VII, apartado 25.

[61] Vid., sobre estas cuestiones, capítulo VII, apartado 23.1.

[62] Ibídem.

No deja, sin embargo, de ser paradójico que siendo la acción civil una acción de carácter accesorio y contingente en el proceso penal, los intereses a cuya protección se dirige, y precisamente respecto de los cuales el presupuesto del «fumus» (en su configuración tradicional dada por la doctrina civil) no se puede predicar, hayan sido colocados por nuestro legislador encabezando el orden de prelación establecido en el art. 111 del C.P. La razón de esta ubicación es, por otra parte, evidente y consiste en que, de los intereses enumerados en este artículo, son claramente merecedores de protección preferente los del perjudicado, al ser él precisamente quien más directamente sufre —en su persona o en sus bienes— las consecuencias dañosas de la infracción penal. Nuestro legislador ha plasmado así, en este artículo, la preocupación que el derecho español ha mostrado por la suerte de la víctima [63], procupación ésta que ha sido en todo momento constante, como lo evidencia el hecho de que desde el primitivo Código penal de 1822, hasta nuestro texto penal actual, la reparación de los daños y perjuicios inferidos al perjudicado haya ocupado siempre el primer lugar en los diversos órdenes de prelación que los sucesivos códigos establecieron, variando, sin embargo, en mayor o menor medida, los restantes créditos, esto es, gastos del Estado, costas procesales y multa, aún cuando permaneciendo siempre situados por debajo de los del perjudicado [64].

Este artículo se manifiesta, según QUINTANO RIPOLLÉS [65], como una consecuencia práctica del «gran sentido humanitario» [66] que informa, en la regulación de responsabilidades civiles, nuestro Derecho penal y de la circunstancia de que —como señala MARTÍNEZ DEL CAMPO— «...el

---

[63] ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, op. cit., p. 672.

[64] Sobre este punto, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1903, pp. 322 a 324, señala cómo esta situación era diversa en la antigua práctica anterior al C. P. de 1822, en la que lo primero era la multa, lo segundo las costas, y el resarcimiento de perjuicios quedaba desatendido, a menos de ejercitarse por el ofendido la acción civil. La notoria preferencia de los intereses lastimados por el delito se desconoció en abusivo provecho de los funcionarios judiciales, en los tiempos en que la retribución de su trabajo consistía, no en dotaciones fijas, sino en los eventuales derechos que cobraban por los actos jurídicos en que intervenían. Vid. también, VIZMANOS, Tomás María de, y ALVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pp. 269 y 270, donde señalan las abusivas prácticas que sobre este punto existían con anterioridad.

[65] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, p. 409.

[66] El subrayado es nuestro, puesto que nos parece excesivo tildar al Derecho penal de 1965 de «muy humanitario», ya que en este aspecto todo lo más que refleja es su influencia liberal y su profundo respeto por la esfera económica de los particulares.

fin primero de la justicia penal es restaurar, en lo posible, el estado de derecho perturbado por el delito» [67]. Como dijo GROIZARD, comentando el artículo 49 del C.P. de 1870, artículo esencialmente idéntico al actual 111, este orden de prelación no podía ser de otro modo, desde el momento en que se consultara, para establecerlo, los principios de justicia. Si la misión de la ley penal es hacer reinar el orden en el Estado, por medio de la reparación del mal moral y del mal material, producto del delito, sería un contrasentido que en el caso de que los bienes del culpable no fuesen bastantes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias procedentes de aquél, se antepusiera ninguna a la reparación del daño causado y de los perjuicios inferidos [68] [69].

3.3. Objeciones formuladas por la doctrina italiana y española a su configuración como presupuesto de las cautelares patrimoniales penales.

Una vez expuestas las razones que explican el que el «fumus boni iuris», tal y como se formula en el art. 589 de nuestro texto procesal penal y por lo que al criminalmente responsable se refiere, no tenga un encaje perfecto con respecto a los intereses civiles «stricto sensu», es necesario, a continuación, ocuparnos de exponer y rebatir, las objeciones que en la doctrina italiana y española, han sido formuladas respecto de la configuración del «fumus» como presupuesto de las medidas cautelares reales penales.

Una primera objeción reside en el hecho de que, configurado el «fumus» como presupuesto que exige un juicio dirigido a acreditar la posibilidad de un pronunciamiento favorable a quien solicita la tutela cautelar, se presenta un problema importante —a juicio de PEDRAZ [70]—, en el caso de que el responsable se oponga a la adopción de la medida cautelar decretada, con base a que el hecho o no es constitutivo de delito, o no le es imputable, ya que ello supondría la posibilidad de que el Juez instructor y, en su caso, el órgano «ad quem», tuvieran que pronunciarse en la etapa sumarial sobre estas cuestiones lo cual —con-

---

[67] MARTÍNEZ DEL CAMPO, Eduardo, *Notas al Libro I de la L. E. Crim.*, Madrid, 1886, tomo III, p. 98.

[68] GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código...*, op. cit., p. 32. Vid. también de este modo, VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, tomo I, Madrid, 1890, p. 429.

[69] Sobre el orden de prelación en la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias, se volverá más adelante, en los capítulos III, apartado 12, y VII, apartados 24 y 25.

[70] Vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., p. 110. Vid asimismo, pp. 111 y 112.

tinúa PEDRAZ—, contradiría la propia finalidad de la instrucción y la función que cumple el Juez instructor.

Por su parte AMODIO, en la doctrina italiana, después de señalar esta posibilidad, que considera debe ser rechazada por su manifiesta incompatibilidad con los principios del sistema, pone de relieve cómo una segunda alternativa sería entender que la existencia del «fumus» no constituye el objeto de este juicio de oposición. Sin embargo, esta segunda solución corre el peligro de conducir a una postura incoherente, ya que no es posible sostener que la apariencia de la «pretensión punitiva» funcione como presupuesto de la medida cautelar para, a continuación, negar la posibilidad de requerir una declaración negativa del «fumus» a fin de obtener el levantamiento de la cautela [71].

Estas circunstancias, así como la consideración de que en el ordenamiento procesal penal, tanto español como italiano, el legislador no alude en ningún momento a la exigencia de una valoración judicial del «fumus» en relación a las cautelas penales [72] [73], llevan a estos autores a excluir el «fumus boni iuris» entendido como deliberación sobre el fundamento de la acusación, proponiendo su sustitución por otro presupuesto: la exigencia de que tales medidas se hallen subordinadas a la pendencia de un proceso verificable mediante la imputación [74], dis-

---

[71] AMODIO, Ennio, *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971, pp. 59 y 60.

[72] PEDRAZ PENALVA, *Ernesto, Las medidas...*, op. cit., p. 112.

[73] AMODIO, Ennio, *Le cautele...*, op. cit., pp. 59 y 60.

[74] En este sentido, vid. DINACCI, Ugo, *Contributo allo studio...*, op. cit., pp. 26, 41 y 42, para quien el «fumus» se identifica —por regla general— con un examen de la norma legal a aplicar y de los presupuestos de hecho, lo que supone la necesidad de un examen «del estado de los autos» sobre el fundamento de la acusación. Sin embargo, considera que esta apariencia de derecho tiene diversos grados, pudiendo ser mayor o menor, según la entidad del sacrificio que la cautela impone, de manera que mientras que —por regla general— se exige un examen del estado de los autos sobre el fundamento de la acusación, en algunos casos —como los de las cautelares patrimoniales—, considerada la leve entidad del sacrificio impuesto por la cautela (sic), la apariencia tiene un grado inferior y se identifica con la «circunstancia de que se proceda penalmente», fórmula la cual de por sí excluye toda investigación sobre el fundamento de la acusación, es decir, una apariencia en términos de posibilidad y no de probabilidad. Vid. también en este sentido, FOSCHINI, Gaetano, «Le cautele penali...», op. cit., pp. 36 y 37, quien considera que el «fumus boni iuris» se traduce en la exigencia de un examen acerca del fundamento de la acusación, examen del «estado de los autos», de carácter necesariamente sumario. Los grados de apariencia pueden ser diversos, tratándose de un juicio de probabilidad, la cual puede ser mayor o menor. Dado que el coste de la cautela varía según la entidad del sacrificio que exige (leve, por ejemplo, en el secuestro de cosas pertenecientes al delito; importante, a su vez, en la prisión preventiva), por tanto, por razón de necesaria proporción, será suficiente en algunos casos una apariencia constituida por el mero hecho de que se procede penalmente (caso del secuestro), mientras que, en otros casos, será necesaria una apariencia mayor como la constituida por «suficientes indicios de culpabilidad» (caso de la prisión provisional).

crepando, sin embargo, ambos autores sobre la necesidad de que deba ofrecerse (AMODIO) o no (PEDRAZ) al sujeto pasivo la posibilidad de oponerse, bien a la constitución de la medida cautelar, bien a la medida cautelar en concreto adoptada, solicitando su sustitución por otra [75] [76].

Expuesta la postura de estos autores, consideramos no obstante que las objeciones señaladas no son suficientes para excluir el «fumus» como presupuesto necesario para adoptar una medida cautelar real.

Como hemos tenido ocasión de precisar con anterioridad en este mismo capítulo, entendemos que el «fumus boni iuris» que justifica la adopción de una medida cautelar patrimonial, viene identificado, en nuestro proceso penal y respecto del criminalmente responsable, con la expresión «indicios de criminalidad» a que alude el art. 589 LECrim. Partiendo de ello, en el caso de que contra el auto del Juez instructor en que se acuerde la medida cautelar real, se hubiere interpuesto, bien recurso de reforma (arts. 217 y 787.1 LECrim.), bien recurso de queja (arts. 218 y 787.1 LECrim.) [77], consideramos que nada se opone a que

---

También en su *Sistema del diritto...*, op. cit., p. 509. Téngase en cuenta, no obstante, la profunda reforma que ha experimentado, entre otras muchas, esta materia, como consecuencia de la publicación del nuevo Codice di procédura pénale, aprobado por Decreto de 22 de septiembre de 1988, núm. 47, en vigor desde octubre de 1989. No sólo ha modificado los presupuestos para la adopción del embargo preventivo (arts. 316 a 320), sino que además ha suprimido el instituto de la «ipoteca legale», y ha introducido la medida cautelar de secuestro de cosas pertenecientes al delito, que viene a constituir un «tertium genus» entre el embargo preventivo y el secuestro a los fines de la prueba, si bien predominando en ella las exigencias cautelares (arts. 321 a 323). Se ha producido, en suma, un acercamiento de las medidas cautelares reales a las personales, toda vez que con las primeras se crea la indisponibilidad de bienes con una incisividad análoga a aquella que nace de la «custodia cautelare» y de otras formas de medidas cautelares personales; en ambos casos en último término lo que se produce con la actuación de la medida cautelar es una restricción de libertades constitucionalmente garantizadas.

[75] AMODIO, Ennio, *Le cautele...*, op. cit., pp. 60 a 62.

[76] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., pp. 112 y 113.

[77] Entendemos que está vedada la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto del Instructor, basado en la inexistencia de indicios de criminalidad, es decir, bien por considerar que no existe el delito o bien porque tal delito no le es imputable al sujeto pasivo de la medida cautelar. La razón de esta exclusión reside en el enunciado del art. 217 LECrim., que sólo admite este recurso en los casos en que esta posibilidad esté expresamente determinada por la ley; en consecuencia, en materia de medidas cautelares reales, sólo procedería este recurso, contra los autos del Juez calificando la suficiencia de las fianzas, conforme al art. 596 LECrim., artículo que debe ponerse en relación con el art. 592. En cambio, respecto de los autos dictados al amparo del art. 589 LECrim., y en tanto en dicho artículo no se contiene previsión alguna acerca de la recurribilidad de dicho auto, procedería entonces recurrir en queja, dado que se trata de un auto no apelable del Juez de Instrucción (art. 218 LECrim.). Esta solución, no sólo rige en el proceso ordinario por delitos, sino que además es también la expresamente adoptada para el más frecuente «procedimiento abreviado», introducido por la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre, según dispone el art. 787.1 LECrim.; la única particularidad existente reside en que en este procedimiento abreviado el recurso

el Juez de Instrucción o la Audiencia Provincial, respectivamente, entren a conocer sobre la suficiencia o no de los indicios de criminalidad.

Interpuesto recurso de reforma contra el auto del Juez de instrucción, éste vendrá obligado a pronunciarse acerca de si, de lo actuado hasta el momento, cabe deducir o no la concurrencia de indicios de criminalidad en el sujeto contra el que se decretó la medida. El Juez no se va a pronunciar, lógicamente, sobre si el hecho es o no constitutivo de delito o sobre si tal hecho es o no imputable a tal persona, cosas ambas que deberán decidirse, en su día, en la sentencia final que dicte el Tribunal decisor[78]. Sólo va a pronunciarse acerca de si efectivamente, de las diligencias instruidas hasta el momento, se deriva la concurrencia de indicios de criminalidad en grado bastante como para permitirle, a través de un raciocinio lógico y objetivo, estimar el hecho como probablemente constitutivo de delito, y como presuntamente responsable del mismo a esa determinada persona. Con ello en modo alguno prejuzga el fondo del asunto ni invade tampoco la esfera propia del Tribunal sentenciador, limitándose a determinar si se reafirma en su creencia de que existen suficientes indicios de criminalidad que justifican la procedencia de la resolución ahora recurrida y en la que se adoptaron medidas cautelares o, por el contrario, si debe revocar tal resolución al llegar al convencimiento de su improcedencia o falta de justificación por haber incurrido en error, ligereza o exceso

---

de queja ha de ir siempre precedido del de reforma (a diferencia de lo que sucede en el proceso ordinario), lo cual resulta un tanto incongruente con la supresión que del carácter preceptivo de la reforma para interponer la apelación, se ha efectuado para este procedimiento en el art. 787.3 LECrim. (En este sentido vid. MORAL GARCÍA, Antonio del, «Estudio del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: régimen de recurso contra autos en el procedimiento abreviado para determinados delitos». Comunicación presentada al *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, celebrado en Zamora del 5 al 7 de abril de 1989). Sobre el funcionamiento y los problemas que plantea en la práctica la tramitación del recurso de queja, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la L. O. 7/1988*, obra colectiva, Valencia, 1989, pp. 228 a 232. Por último, recuérdese que con anterioridad a la reforma procesal penal de 1988, ésta era igualmente la solución adoptada para el hoy derogado procedimiento de urgencia competencia de las Audiencias, conforme disponían los arts. 787 y 793 LECrim.; en cambio, para el otro procedimiento de urgencia, esto es, el que resultaba atribuido a los Juzgados de Instrucción, no cabía recurso alguno contra los autos en que se adoptaban medidas cautelares reales (art. 791.6.ª, párrafo final, según redacción anterior a la reforma de 1988), solución ésta que, por analogía, debía aplicarse también al derogado enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

[78] Vid. en este sentido, CANDIAN, Alberto, *Il sequestro convervativo...*, op. cit., p. 124, el cual considera que declarar la «existencia» o «inexistencia» en concreto de la pretensión punitiva, es cometido al cual está preordenada la resolución final de fondo y no la incidental de una medida cautelar; también DINACCI, Ugo, *Contributo allo studio...*, op. cit., p. 38, quien sostiene que en esta fase no puede hablarse de certeza en ningún sentido al ser ésta la fase de la duda, de la incertidumbre, cuya evolución a la certeza podrá existir solamente en el momento final de la investigación judicial.

de celo al apreciar la concurrencia de tales indicios. Piénsese, además, que el carácter de provisionalidad inmanente a las medidas cautelares, hace que sean éstas reformables de oficio por el propio Juez cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a su adopción [79]. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando en virtud de la práctica de nuevas diligencias sumariales, desaparezca toda posibilidad de considerar sospechoso de ser responsable del hecho delictivo al sujeto contra el cual se decretó la medida, bien por acreditarse su ausencia en el lugar de los hechos, bien por aparecer otra persona como presunta responsable, bien por cualquier otra circunstancia. En estos casos, ¿se diría también que el Juez está prejuzgando el fondo del asunto, al considerar que han desaparecido los indicios de criminalidad que le llevaron a adoptar contra el imputado la medida cautelar?

Por otra parte, tampoco consideramos que pronunciándose el Juez de instrucción sobre la existencia de indicios racionales de haberse cometido un hecho constitutivo de delito imputable a una determinada persona, se esté desvirtuando la finalidad de la instrucción cuando, precisamente, el sumario está encaminado a preparar el juicio oral [80], es decir, a descubrir si es o no posible iniciarlo según se haya determinado o no en grado suficiente de probabilidad, la existencia del hecho delictivo y su autor [81].

Revocando el Juez de instrucción la medida adoptada, no hace sino corregir un eventual error cometido al decretar su adopción, o bien adaptarse a la nueva situación producida por la desaparición de los indicios que justificaron su constitución, a la vista de los resultados arrojados por las sucesivas diligencias sumariales practicadas, con lo cual cumple con su misión de llevar a cabo todas las actividades necesarias para poder concluir el sumario y, en consecuencia, permitir la apertura del juicio oral, o bien hacer que no se llegue a esa fase evi-

---

79 Vid. en este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., pp. 482 y 483, para quien cuando la modificación de la situación de hecho implica la inexistencia de «fumus boni iuris», ello no debe dar lugar a que se sustituya una medida cautelar más intensa por otra que lo sea menos. La consecuencia debería ser el levantamiento de toda medida cautelar, por resultar improbable que a la persona que estaba sometida a la misma pueda imponérsele pena alguna.

80 Como rezaba ya la E. de M. de la LECrim.

81 Con ello seguimos así en este punto a VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, núm. 1, pp. 392 y 393, donde afirma que tanto la tesis de que la función del sumario es preparar el juicio, como la que postula que lo que prepara el sumario es la acusación, deben ser, por distintos motivos, rechazadas y sustituidas por la afirmación de que la función permanente y constante del sumario es la de reunir todos los materiales necesarios para que, con base en ellos, pueda decidirse si el juicio debe darse o denegarse.

tando con ello la existencia de procesos infundados. Todo ello no impide que en un ulterior momento pueda de nuevo dictarse auto acordando medidas cautelares a cargo de ésta o de otra persona, si en ella concurrieren indicios de criminalidad, lo cual podrá ser llevado a cabo por el propio Juez instructor hasta el momento en que considere finalizado el sumario dictando el correspondiente auto de conclusión.

Consideramos, por tanto, que la revocación de una medida cautelar, bien de oficio, bien por estimarse el recurso interpuesto por el sometido a tal medida, en virtud de la constatación de la ausencia de indicios de criminalidad en el mismo, no es sino consecuencia lógica del carácter de provisionalidad inherente a las medidas cautelares [82]. Como señala HERCE, «el fundamento de toda medida sumarial es el estado actual de la investigación y una apreciación de la necesidad o conveniencia actual del acuerdo» [83].

Trayendo de nuevo aquí el paralelismo que, en ciertos aspectos, rige en cuanto a los presupuestos exigidos para dictar auto de procesamiento o para acordar la tutela cautelar real [84], piénsese que idéntica situación se plantea cuando contra el de procesamiento se interpone recurso de reforma. El objeto sobre el que va a recaer la sustanciación del recurso va a ser igualmente la verificación de si efectivamente concurrían indicios de criminalidad en la persona respecto de la cual se ha decretado su procesamiento. Como señala AGUILERA DE PAZ, «...a esto no obsta el que se alegue de contrario que al dejar sin efecto el procesamiento, prejuzga el instructor la cuestión de fondo de la causa, usurpando atribuciones propias del Tribunal sentenciador, porque no es exacto que en dicho caso el Juez que instruye el sumario invada la esfera propia de dicho Tribunal, toda vez que al apreciar el resultado del proceso con relación a la culpabilidad no lo hace con facultades resolutorias en cuanto al fondo, el cual queda íntegro al Tribunal competente para conocer de la causa, sino tan sólo para determinar la condición y estado de los presuntos culpables, del mismo modo que no prejuzga la cuestión de la culpabilidad, ni invade la competencia de la Audiencia respectiva, al apreciar los méritos o los indi-

---

[82] Todo ello no es sino, en cierto modo, consecuencia lógica de que, como señala PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, p. 134, «nuestro proceso penal se configura como un conjunto escalonado de juicios parciales, meramente provisionales, que progresivamente van determinando los elementos de la futura relación procesal, que se producirá en la etapa decisoria». Vid., asimismo, p. 150.

[83] HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal penal*, con GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, 10.ª ed., Madrid, 1987, p. 297.

[84] Vid. ampliamente sobre estas cuestiones, capítulo VIII, apartado 27.1.

cios resultantes contra el inculpado para acordar su procesamiento o para decretar su prisión o libertad. (...) Ninguna dificultad puede ofrecer esto, porque no tiene otro alcance que la mera rectificación de un acuerdo que no afecta al fondo de la causa ni le prejuzga por tratarse tan solo de una medida puramente circunstancial y extraña a la cuestión esencial de la responsabilidad o delincuencia y a las resoluciones propias del fallo de la causa» [85].

Y otro tanto ocurre cuando, de haberse interpuesto recurso de apelación contra el auto de procesamiento (paralelo en cierta medida al de queja contra el que acuerde la medida cautelar [86]), el órgano «ad quem» sea el llamado a pronunciarse sobre el mantenimiento de la resolución adoptada por el instructor, cuando considere que tal resolución es consecuencia de un raciocinio lógico con base a que de lo actuado hasta el momento se desprendía la existencia de indicios de criminalidad en esa determinada persona o bien, en caso contrario, su revocación [87] [88]. Con ello, el Tribunal se limita a determinar si la sospecha, en ese momento, es, o no, fundada, sin que por ello prejuzgue el fondo del asunto [89]. Piénsese que nada obsta, por ejemplo, a que pueda no

---

[85] AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la L. E. Crim.*, tomo III, Madrid, 1924, p. 523.

[86] Vid. «supra» cita 77, donde se expone la justificación de la procedencia del recurso de queja en lugar del de apelación, contra este tipo de autos.

[87] En este sentido, vid. Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo correspondiente al año 1889 (núm. 113), en la que se afirma que si los indicios de criminalidad contra determinada persona fueron el motivo que dio lugar a su procesamiento, desvirtuados posteriormente éstos, el Juez o el Tribunal, en su caso, no sólo puede alzar el procesamiento, que fue su consecuencia, sino que debe hacerlo así, pues opinar de otro modo habría de ser tan contrario a la lógica como a la Justicia y a la Ley.

[88] Vid., en este sentido, PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso...*, op. cit., p. 85, donde nos dice que «...no sólo la imputación del supuesto delito no es definitiva hasta la sentencia firme de condena, en su caso, sino que la designación formal de aquél (del sujeto pasivo) mediante el auto de procesamiento como persona sometida al proceso puede ser dejada sin efecto dentro del mismo período instructorio, al ser revocada dicha resolución de procesamiento en virtud de recurso, o incluso de oficio, cuando se estime que no concurren indicios de criminalidad suficientes para mantener aquél».

[89] Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Crisis de la justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y Reformas Procesales...*, obra colectiva, cit., pp. 392 a 394, quien considera que sí que puede afectar a la imparcialidad del Tribunal penal, toda vez que va formándose opiniones o convicciones que pueden convertirse en indudables «prejuicios» para cuando llegue el momento de juzgar. Por ello plantea la conveniencia de descargar a este Tribunal penal de este trabajo, para que sea en el momento del juicio oral cuando se acerque a la causa por primera vez y sin prejuicio alguno, viniendo atribuidas entonces esas resoluciones interlocutorias correspondientes a la etapa de sumario, según normas de competencia funcional, a un órgano específico, distinto del Juez de Instrucción y del Tribunal. Vid., en este mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La imparcialidad judicial. Comentario a las SS. T.C. 145/1988, de 12 de julio, y 164/1988, de 26 de septiembre», en *La Ley*, 1988-4, pp. 95 y 96; CALVO SÁNCHEZ, M.ª del Carmen, «La reforma del proceso penal», *Poder Judicial*, 2.ª época, 1990, núm. 17, p. 19.

llegarse a entrar en el juicio oral, por haber sido sobreseída la causa, o bien a que, celebrado el plenario, éste termine con la absolución de la persona primitivamente procesada.

Cuestionar esto, sería tanto como cuestionar la conveniencia y la razón de ser de todo el sistema de recursos articulado por nuestro legislador y de la justificación de conceder a quien se sintiere perjudicado por una resolución judicial, la posibilidad de recurrir contra ella, tema éste que si en un tiempo y con respecto, por ejemplo, al auto de procesamiento fue sumamente controvertido, en la actualidad consideramos superado toda vez que —como afirma AGUILERA DE PAZ—, «...en vano habría sido consignar en los códigos el respeto debido a los derechos del procesado, si hubieran de quedar a merced de una resolución judicial caprichosa o arbitraria que impunemente pudiera lesionarlos, por no ser susceptible de recurso dentro del orden procesal» [90].

Una última objeción opuesta a la vigencia del «fumus» en el proceso penal y respecto de las medidas cautelares reales, ha sido la referente a la posibilidad de que existan medidas de este tipo que lejos de requerir para su adopción la existencia de este juicio de probabilidad y verosimilitud en que se traduce el «fumus», les resulta suficiente la mera «notitia criminis».

Concretamente, la medida en cuestión que excepcionaría la vigencia de nuestro presupuesto, sería el secuestro de los instrumentos del delito.

Hay que partir de los fines a que se dirige esta medida, los cuales pueden ser: de intervención, a los fines directos del proceso penal; intervención y consiguiente comiso, tratándose de «res extracomercium», para su inutilización o destrucción; retención, bien para evitar la disposición de los bienes por quien los tenga en su poder, a fin de poderle ser restituidos a su legítimo propietario, bien para servir con su importe al abono de las responsabilidades pecuniarias. En consecuencia, podría decirse que el secuestro (excluyendo el supuesto del comiso) persigue una doble finalidad: conservativa y asegurativa, si bien condicionada esta última a que el inculpado sea criminalmente responsable, propietario de los bienes secuestrados y no haya constituido fianza o se haya practicado embargo o, aún habiéndose practicado, sea insuficiente. Se observa entonces que para acordar este secues-

[90] AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, op. cit., tomo III, p. 524.

tro del art. 334 LECrim., le basta al Juez instructor la mera «notitia criminis» y la existencia de alguna relación de los efectos a secuestrar con el delito, sin que se exija, por tanto, ninguna apariencia de derecho [91]. Parece, pues, que la conclusión que podría deducirse de todo ello es que el secuestro, que en ocasiones puede configurarse como medida cautelar, no requiere el «fumus boni iuris» para su adopción.

No estamos, sin embargo, totalmente de acuerdo con los planteamientos expuestos. Efectivamente el secuestro de los instrumentos y efectos del delito, persigue una triple finalidad. En primer lugar, posibilitar la realización de todas aquellas investigaciones necesarias para el buen éxito del sumario a los fines del proceso penal, esto es, de las encaminadas a acreditar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, a que se refiere el art. 299 de nuestra LECrim. En segundo lugar, con la intervención se tiende también a garantizar los efectos de la pena de comiso del art. 48 del C.P. y su consiguiente inutilización —a salvo de lo dispuesto reglamentariamente si se tratare de efectos de ilícito comercio—, o bien su venta —si de lícito comercio fueran— aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado [92]. Por último, el secuestro de tales efectos puede perseguir la finalidad de asegurar, en su día, la restitución a su legítimo dueño o bien el abono, con su importe, de las responsabilidades pecuniarias estimadas en la sentencia.

El examen de los artículos 282, 334 y siguientes, 567, 574, 620, 635, 785.8.ª c), 786.2.ª a) y c) y 844 LECrim., nos permite agrupar tales finalidades en dos: una, que podríamos denominar de carácter inmediato, consistente —en palabras de ORTELLS—, en «poner a disposición del proceso unos objetos necesarios para el desarrollo de la actividad de

---

91 Así, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 105 y 106.

92 En cuanto a cuáles sean estas «responsabilidades del penado», la doctrina entiende —según expone MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales...*, op. cit., pp. 287 y 288— que se trata de las pecuniarias del art. 111 C. P. Sin embargo, opina este autor que, dada la naturaleza jurídica del comiso, que no es sino una pena, únicamente se debe recurrir a cubrir las responsabilidades del 111 con el producto de lo decomisado cuando el reo careciere de otros bienes con que hacerlas efectivas, ya que, en otro caso —siendo el reo solvente— si el comiso desembocara en la satisfacción de tales responsabilidades pecuniarias, desaparecería el daño patrimonial que tal sanción representa en principio. Por tanto entiende que la «despenalización» del comiso sólo puede producirse sin que peque de gratuita, en salvaguarda de los intereses de los acreedores del condenado, en aquellos casos en que el mismo sea insolvente. En otro caso, siendo solvente, será con los bienes de otro orden de su patrimonio con los que deberá hacer frente a sus responsabilidades, ingresándose el producto obtenido con la venta de lo decomisado en el Tesoro Público.

investigación y prueba» [93], objetivo éste que se evidencia en todas y cada una de las normas mencionadas. Y, en segundo lugar, una finalidad que podríamos calificar de mediata y que englobaría la retención de tales efectos, bien para asegurar la pena de comiso del art. 48 C.P., bien la restitución de los mismos a su legítimo propietario (artículos 620, 635 y 844 LECrim.), bien la satisfacción con su importe de las responsabilidades pecuniarias declaradas en la sentencia (artículos 785.8.ª c) y 786.2.ª c)) [94] [95].

De ello deducimos que la función cautelar del secuestro, es una función meramente residual que se actualiza cuando se han cumplido sus fines básicos, esto es, posibilitar la determinación del hecho punible y la identidad de su autor, lo cual no permite calificar de cautelar a esta medida sumarial.

Siguiendo en este punto a GIMENO SENDRA, consideramos que no debe olvidarse que la finalidad de aseguramiento de la futura pena de comiso, de la restitución de los efectos a su legítimo propietario y, especialmente, de la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias a declarar en la sentencia, con ser una de las finalidades del secuestro, no es la única, ni mucho menos constituye la primordial de ellas. Un estudio detenido de las normas anteriormente citadas y, en particular, de las contenidas en el capítulo II del Título V del Libro II de la LECrim., referentes a las diligencias sobre el «cuerpo del delito» [96], nos revelan —dice GIMENO— «que más que una función cautelar, en ocasiones totalmente ausente (vgr. las diligencias que recaen sobre el cadáver), su misión más inmediata es la de posibilitar determinados actos de investigación dentro del sumario (vgr. autopsias, duración de

---

[93] ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 487. Vid., también, en este sentido, GIMENO SENDRA, Vicente, «El auto de procesamiento», en *RGLJ*, 1979, núm. 3, pp. 340 y 341, nota 140.

[94] Sobre la posibilidad de que la intervención del vehículo de motor sirva también para asegurar la pena de comiso, vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales...*, op. cit., pp. 272 a 275, y TORO MARZAL, Alejandro del, «La influencia de la delincuencia de tráfico en la legislación penal, procesal penal y en la realidad judicial», *R. D. Proc. Ib.*, 1979, núm. 2, pp. 426 a 428.

[95] Obsérvese que la regla tercera del art. 2 del RD 2.783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, está contemplando el supuesto del 785.8.ª.c) y 786.2.ª.c) al establecer que los objetos y efectos ocupados al delincuente, que sean de su propiedad y no consistan en armas blancas o de fuego, objetos contundentes, ganzúas, llaves falsas, objetos semejantes o de ilícito comercio, podrán ser objeto de embargo durante el procedimiento para cubrir con su importe el de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la causa.

[96] Entendida esta expresión como comprensiva no sólo de las diligencias que recaen sobre el objeto material del delito, sino también de las que lo hacen sobre los instrumentos del mismo y piezas de convicción. Vid., en este sentido, AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios...*, op. cit., tomo III, Madrid, 1924, pp. 387 a 389.

las lesiones, informes periciales), así como la de asegurar futuras fuentes de prueba, en su mayoría, indiciarias» [97] [98].

Entendemos, por consiguiente, que la ausencia del «fumus» en el secuestro entendido en sentido estricto [99], no es sino consecuencia lógica del carácter no cautelar de sus funciones primarias o inmediatas. Como dice ORTELLS, «si el Juez instructor debe proceder al secuestro independientemente de que los objetos corran o no peligro de desaparición o alteración, se debe concluir que la finalidad del secuestro no es asegurar los objetos frente a aquel peligro, sino puramente, ponerlos a disposición del proceso» [100].

Siguiendo a DE LUCA [101] consideramos que es necesario distinguir entre los diversos poderes de que, en la fase sumarial, dispone el Juez de instrucción. Y así vemos que existen poderes cuyo ejercicio está completamente remitido a su discreción, mientras que otros no pueden ser ejercitados si previamente no se comprueba su fundamento jurídico. Ejemplo de los primeros, sería el poder de ordenar el secuestro en cuanto su ejercicio no está subordinado a la verificación de presupuesto alguno, bastando la mera «notitia criminis» para su adopción [102]. Ejemplo de los segundos, sería el poder cautelar cuyo ejercicio está condicionado por la verificación de unos determinados presupuestos (suficientes indicios de culpabilidad y «periculum in mora»), condicionamiento plenamente justificado en virtud de que con el ejercicio de este poder de disposición se va a producir una limitación en la esfera de los derechos, bien personales, bien patrimoniales del procesado [103].

---

97 GIMENO SENDRA, Vicente, *El auto...*, op. cit., pp. 340 y 341 (nota 140).

98 En este sentido, vid. CANDIAN, Alberto, *Il sequestro...*, op. cit., pp. 326 y 327, para quien el secuestro penal se configura como una medida dirigida a la conservación de las pruebas denominadas materiales del proceso penal... Su justificación reside en la exigencia de asegurar al proceso —a los fines de la prueba— las cosas pertenecientes al delito. También, AMODIO, Ennio, «Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della "coerzione reale" nella prassi e nella Giurisprudenza», in *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori* (obra colectiva), Varese, 1983, p. 151, que considera que el secuestro del 337 c.p.p., está caracterizado, en su dimensión normativa, por una función estrictamente correlativa a la adquisición de la prueba.

99 Es decir, como medida dirigida a posibilitar tanto la determinación del hecho punible, como la identidad de su autor.

100 ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 487.

101 DE LUCA, Giuseppe, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, Padova, 1953, p. 108.

102 En idéntico sentido, vid. CANDIAN, Alberto, *Il sequestro conservativo...*, op. cit., pp. 326 y 327, para el cual este secuestro presupone únicamente la comisión de un hecho que tenga la apariencia de ilícito penal, pero no la pendencia de un proceso penal, ni tampoco la formulación de una imputación.

103 AMODIO, Ennio, en su artículo «Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo», cit., pp. 139 a 161, señala cómo en el sistema procesal penal italiano,

Todo ello no es óbice para que, en ocasiones, pueda adquirir derivadamente el secuestro una función cautelar. Sin embargo la subsidiariedad de esta función se evidencia con sólo observar los condicionamientos a que está sometida (que el inculpado sea criminalmente responsable, propietario de los efectos secuestrados y no haya constituido fianza o no se haya practicado embargo o, aún habiéndose practicado, se revele éste insuficiente [104]).

Entendemos, en consecuencia, que cuando esta función subsidiaria del secuestro emerge, por haberse cumplido ya la primordial a la que

---

la rigidez de los presupuestos a cumplir para que pueda ser decretado el embargo («sequestro conservativo»), especialmente el del «periculum in mora», así como sus límites en cuanto al objeto y al ámbito espacial han dado lugar a que se haya recurrido, para salvar estos obstáculos, a una dilatación progresiva del secuestro de bienes del delito del art. 337 C.p.p y, especialmente, de la norma del art. 219 C.p.p. que atribuye a la Policía judicial la obligación de «evitar que los delitos puedan ser llevados a ulteriores consecuencias». Ello ha dado lugar a la creación de una medida coercitiva forjada por la práctica que, puede decirse, constituye un «tertium genus» en cuanto al secuestro a los fines de la prueba y al embargo preventivo en tutela de los créditos del delito, habiéndose configurado como un instrumento indispensable para evitar conductas antijurídicas durante la pendencia del proceso al actuar como una auténtica «inibitoria», en el sentido de conllevar una prohibición de actividades ilícitas reforzada por la indisponibilidad de las cosas a cuyo uso está el implicado vetado para obrar. La incidencia, sin embargo, sobre el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados hace indispensable, si se quiere mantener este instituto, rodearle de las garantías de defensa y de control que lo hagan incapaz de transformarse en una anticipada expropiación de bienes y derechos individuales. Esto que proponía AMODIO ha sido precisamente lo que ha llevado a cabo el nuevo 'Codice di procedura penale' (aprobado por Decreto núm. 47, de 22 de septiembre de 1988), en el cual esta medida ha adquirido carta de naturaleza como medida cautelar, al regularse entre las reales, estando sometida a los mismos presupuestos y rodeada de las mismas garantías que éstas. Vid. nota 104.

[104] A estos efectos, es interesante tener presente que el nuevo 'Codice di procedura penale', ha regulado como medida cautelar real el «sequestro preventivo», es decir, el secuestro de cosas pertenecientes al delito. Ahora bien, es necesario advertir que, de una parte, este secuestro no tiene nada que ver con el que se efectúa a los fines probatorios, sino que se ordena cuando exista peligro de que la libre disponibilidad de tales cosas pueda agravar o prolongar las consecuencias del delito o bien facilitar la comisión de otros delitos (art. 321.1). De otra parte, este secuestro por sí mismo no puede dirigirse al aseguramiento de los créditos derivados del delito; para que esto se produzca es necesario que así lo disponga el Juez, a petición del Ministerio Fiscal o del actor civil, y que las cosas secuestradas pertenezcan al imputado o al responsable civil (art. 323.4). Por tanto, en la práctica, la situación no difiere esencialmente de la española. Idéntica solución a la nuestra se acoge, por otra parte, en el nuevo código procesal penal portugués, en el que de los arts. 186, ap. 3 en relación al art. 228, se desprende que el secuestro de los instrumentos del delito puede mantenerse a título de embargo preventivo para el aseguramiento de los créditos derivados del delito; ahora bien, se deberán cumplir entonces, si es «a título de embargo preventivo», los requisitos de éste, es decir, que se adopte contra el «arguido», esto es, contra la persona a que se refieren los arts. 57 y 58, o bien contra el tercero civilmente responsable (lo cual, en todo caso requiere la determinación previa de un «arguido» al que aquél venga a sustituir), y que se adopten por despacho (motivado) del Juez (art. 194), con lo cual el cumplimiento del requisito del «fumus boni iuris» está más que suficientemente acreditado.

había sido llamado, concurre el presupuesto del «fumus boni iuris» en cuanto resulta ya acreditada la existencia de suficientes indicios de criminalidad. Así, cuando el secuestro de instrumentos y efectos del delito se mantiene, bien al concluir la vista (art. 620.2 LECrim.) bien al suspenderse el proceso por rebeldía (art. 844 LECrim.), ciertamente y como advierte ORTELLS [105], a partir de ese momento el secuestro adquiere una naturaleza cautelar y no sólo respecto de la pena de comiso del art. 48 C.P., a que parece restringirlo este autor, sino también respecto de la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias a que dé lugar la sentencia. Pero también es cierto que en este momento los indicios de criminalidad estarán más que suficientemente acreditados, por lo que el presupuesto del «fumus» habrá cobrado todo su valor.

Otro tanto sucede en el caso contemplado por el R.D. 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, que en su artículo segundo, regla tercera, en relación con los apartados a) y b) de la regla cuarta, prevé la posibilidad de que los instrumentos y efectos del delito ocupados al delincuente y de su propiedad —excepción hecha de armas blancas o de fuego, objetos contundentes, ganzúas, llaves falsas y objetos semejantes o de ilícito comercio— podrán ser objeto de embargo durante el procedimiento para cubrir con su importe las responsabilidades pecuniarias derivadas de la causa. De ello se deriva que el secuestro, una vez cumplida su misión fundamental, puede convertirse, efectivamente y en cualquier momento del procedimiento, en medida cautelar o, más que convertirse, lo que hace es ser sustituida por una medida cautelar al procederse, en este caso, al embargo de los bienes primitivamente objeto del secuestro y, por tanto, conforme a los arts. 589 y siguientes de la LECrim., en buena técnica, será necesario dictar auto de embargo, debidamente fundado y habida cuenta, por consiguiente, de la existencia de indicios de criminalidad.

3.4. Conclusión: «Fumus boni iuris» como necesario presupuesto de las medidas cautelares reales en el proceso penal.

Llegados a este punto de nuestro estudio, consideramos que todo lo expuesto hasta el momento nos permite afirmar la exigibilidad del «fumus boni iuris» como presupuesto de las medidas cautelares reales, si bien entendido no como apariencia del derecho en quien se verá favorecido por la tutela cautelar, es decir, como exigencia de que a su

[105] ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 488.

adopción preceda un juicio o razonamiento a través del cual el Organo jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar.

Esta formulación tradicional del «fumus» realizada por la doctrina civil, consideramos que no es trasplantable al proceso penal [106], no sólo porque ambos procesos poseen unos presupuestos, naturaleza y fines diversos, sino además porque en el ámbito penal el «fumus» presenta una configuración propia evidenciada claramente en el art. 589 LECrim. bajo la expresión «indicios de criminalidad» [107], expresión ésta que circunscribe o acota el objeto sobre el cual deberá recaer la valoración del Organo jurisdiccional, radicalmente diverso del civil, y que conlleva además, como sabemos, una doble alteración con respecto a este ámbito relativa, de un lado, al sujeto que va a ser centro de tal valoración judicial (el favorecido por la medida, en el civil; el gravado con ella, en el penal) y, de otro, al signo que debe arrojar tal valoración (positivo, en el civil; negativo, en el penal).

Concluimos sosteniendo, por tanto, la validez del «fumus» en el proceso penal, aún cuando entendido de modo radicalmente opuesto al civil, ya que aquí, habida cuenta de las acusadas diferencias existentes, entendemos que más que de «fumus boni iuris» habría que hablar de «fumus mali iuris» o, como propone GUARINIELLO [108] de «fumus

---

[106] Los serios obstáculos que este intento presenta, habida cuenta de que la tutela cautelar en sede penal extiende su cobertura a todas las responsabilidades pecuniarias del art. 111 C. P., residen, fundamentalmente en la imposibilidad de llevar a cabo el aseguramiento respecto a la apariencia del derecho en relación a todos esos créditos singulares dimanantes de la infracción penal, sin que se produzca un entorpecimiento del curso principal y del objeto peculiar del proceso penal. Sería preciso recurrir al carácter de tutela «cumulativa» o eficacia expansiva de la tutela cautelar real penal entendiendo que bastaría constatar la existencia del «fumus» limitadamente a alguno de los intereses a garantizar y, particularmente, a aquellos pertenecientes al Estado que se revelan más directamente ligados al objeto del proceso penal o bien a aquellos cuya existencia es evidente con la sola incoación de las actuaciones penales (papel sellado, etc.), para que el presupuesto del «fumus» pueda considerarse acreditado, actuando en consecuencia la tutela cautelar —en virtud de este efecto cumulativo o expansivo— respecto a todos los restantes créditos, sin que sea preciso constatar la vigencia del «fumus» respecto de todos y cada uno de ellos. Estos problemas son ampliamente expuestos por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 102 a 105, y por AMODIO, Ennio, *Le cautele...*, op. cit., pp. 58 a 63.

[107] Lógicamente, estos planteamientos se circunscriben a las medidas cautelares adoptadas contra el criminalmente responsable, ya que respecto del responsable civil, los indicios requeridos son precisamente de «responsabilidad civil», es precisa la mediación de instancia de parte, y el aseguramiento no se extiende sino a las responsabilidades civiles «stricto sensu», siendo necesario que el delito haya producido daños resarcibles.

[108] GUARINIELLO, Raffaele, «La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria», en *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 523. Esta expresión es adoptada también por DINNANNI, Luigi F., FUSCO, Giuseppe y VACCA, Giovanni, *Custodia cautelare e modifiche della competenza penale*, Napoli, 1985, p. 50.

commisi delicti» [109], y nos pronunciamos —siguiendo al profesor PEDRAZ— por la imposibilidad de trasplantar a este ámbito la discusión relativa a si puede o no hablarse de un proceso cautelar que, válido para el campo procesal civil, es impredicable en la vía criminal [110].

4. «PERICULUM IN MORA»

4.1. Consideraciones generales.

El segundo presupuesto de las medidas cautelares, es el comúnmente designado por la doctrina procesal con la expresión de «periculum in mora».

Sobre el mismo CHIOVENDA advirtió que las medidas aseguratívas respondían a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico [111]. Pero, una vez más, fue CALAMANDREI [112] quien precisó el auténtico significado de este presupuesto, al señalar cómo el «periculum in mora» que está en la base de las medidas cautelares no se puede identificar con ese genérico peligro de daño jurídico del que hablaba CHIOVENDA, sino que se configura específicamente como el riesgo de un ulterior daño marginal que podría derivar del inevitable retraso de la resolución definitiva, dada la lentitud del proceso ordinario.

Esta concepción de CALAMANDREI fue posteriormente matizada y precisada, con acierto, por ROCCO, advirtiendo que el «periculum in mora» no consistía en el mero peligro de retraso de una resolución definitiva, retraso que no es tal, sino más bien el período de tiempo necesario para el desarrollo de la actividad y de la función jurisdiccional y para que tal ejercicio se vea rodeado de las garantías que el Derecho exige [113].

---

109 ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 473, nota 109, considera que la terminología propuesta por GUARINIELLO no es del todo exacta en cuanto que «sólo denota la idea de probabilidad de comisión de un delito y no la de que ese delito ha sido probablemente cometido por una persona».

110 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 114 y 115.

111 CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2.ª ed., Napoli, 1935, pp. 250 y 251.

112 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio...*, op. cit., p. 18.

113 Esto al menos en principio y teóricamente. La realidad nos muestra, sin embargo, que el proceso se alarga mucho más allá de sus justos límites con el riesgo de que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia. La actual lentitud del proceso constituye hoy día un gravísimo obstáculo contra la tutela judicial efectiva, consagrada en nuestra Primera Norma, lo que fue reconocido por el legislador constituyente al acoger en el número 2 del art. 24 CE el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Sobre este derecho, vid. Ss. TC. 18/1983, de 14 de marzo; 26/1983, de 13 de abril; 5/1985, de 23 de enero; 155/1985, de 12 de noviembre; 223/1988, de 24 de

El «periculum in mora» consiste en la probabilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el Derecho, a través del desarrollo de la función jurisdiccional, se verifique un evento natural o voluntario, que suprima o restrinja los intereses mismos, haciéndolos imposibles o limitando su realización por los Organos jurisdiccionales [114].

Abundando en este razonamiento, añade FOSCHINI [115] que para estar justificada la actuación de la cautela, no puede considerarse suficiente el genérico y posible peligro derivado del hecho mismo de la duración del proceso [116], sino que es preciso que el peligro se manifieste mediante

---

noviembre; 50/1989, de 21 de febrero; 81/1989, de 8 de mayo; 85/1990, de 5 de mayo. Sobre el derecho de toda persona a que su causa sea oída en un plazo razonable —art. 6.1 del CEDH—, vid. Ss. TEDH. 6 de mayo de 1981 (caso Bucholz); 10 de marzo de 1980 (caso Koening); 15 de julio de 1982 (caso Eckle); 10 de diciembre de 1982 (caso Corigliano, y de la misma fecha, caso Fotti); 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann-Steiner); 27 de abril de 1989 (caso Neves y Silva); 29 de marzo de 1989 (caso Bock); 25 de octubre de 1989 (caso Bezicheri); 7 de julio de 1989 (caso Unión Alimentaria Sanders, S. A.); 28 de marzo de 1990 (caso B. contra Austria). Sobre las causas y las posibles soluciones a este problema, vid. BAUMANN, Jürgen y FEZER, Gerhard, *Beschleunigung des Zivilprozesses*, Tübingen, 1970; CAPPELLETTI, Mauro, *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 60 a 66 y 364 a 366; TUNC, Andrè, «En quête de justice», en *Accès a la justice et état providence*, obra colectiva bajo la dirección de Mauro CAPPELLETTI, París, 1984, p. 314; *Acces to Justice*, editada por CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, 4 vols., 1978-1979, especialmente, vol. I, libro I, pp. 398 y ss., 433 y 434; libro II, vol. I, pp. 698 a 701; MIGUEL Y ALONSO, Carlos de, «Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones», en *R. D. Proc. Ib.*, 1971, núm. 1, pp. 55 a 78; del mismo autor, «La crisis de la justicia civil y su proyección supranacional», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, obra colectiva, cit., pp. 199 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal*, tomo I, vol .I, pp. 319 a 321; tomo II, pp. 95 a 98, obras colectivas, 3.ª ed., Valencia, 1988 y 1989, respectivamente; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio, «La eficacia de la Justicia penal», en *Poder Judicial*, septiembre, 1984, núm. 12, pp. 105 a 112; del mismo autor, «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia...*, obra colectiva, cit., pp. 270 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «La eficacia del proceso», en *Justicia* 82, núm. 2, pp. 104 a 107, y también en sus *Actas del quehacer científico y forense*, Barcelona, 1988, pp. 113 a 130, especialmente, pp. 121 a 124; MORENO CATENA, Víctor, «Causas históricas de la ineficacia de la Justicia», en *Justicia* 88, núm. I, pp. 33 a 56; DÍAZ DELGADO, Jesús, *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, 1987, pp. 1 a 3; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Sobre la crisis de la Justicia», en *Crisis de la Justicia...*, obra colectiva, cit., pp. 23, 50 y 51; MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, «Reflexiones sobre la crisis de la Justicia y la reforma del proceso civil», en *Crisis de la Justicia...*, obra colectiva, cit., pp. 219 a 226; SÁINZ DE ROBLES, Federico Carlos, «El Consejo General del Poder Judicial», en *Crisis de la Justicia...*, obra colectiva, cit., pp. 138, 139 y 141; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Crisis de la Justicia y reforma del proceso civil», en *Crisis de la Justicia...*, cit., pp. 241 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Crisis de la Justicia...», op. cit., pp. 343 a 366.

[114] ROCCO, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, tomo V, Torino, 1960, pp. 75 y 76.

[115] FOSCHINI, Gaetano, «La cautele penali», op. cit., p. 34; también en su *Sistema del diritto...*, op. cit., p. 507.

[116] Siguen este criterio, entre otros, COSTA, Sergio, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.ª ed., Torino, 1959, p. 57, quien añade además que el «periculum in mora» va a ser el que, sobre todo, imprimirá su característica a la particular medida cautelar, ya

concretos y efectivos datos de los cuales se pueda deducir racionalmente la probabilidad de transformación del daño temido en daño efectivo allí donde no se intervenga sin retraso y, por consiguiente, con urgencia. En esta lína, autores como ZANZUCCHI [117] o DE MIGUEL [118] destacan cómo aún cuando este daño marginal de que el deudor altere durante el desarrollo del proceso la situación inicial existente, sea un daño temido y, por consiguiente, futuro, el temor de este daño debe ser sin embargo razonable y actual, como también razonable y actual es la necesidad de evitarlo.

Por tanto, podría decirse que el concepto de «periculum in mora» se determina por la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la necesidad de que a la resolución final preceda un período de tiempo, más o menos largo, para que puedan ser realizados todos aquellos actos que resultan indispensables para que tal resolución pueda ser dictada, aspecto éste al que CALAMANDREI se refirió con la terminología de «peligro de retraso» («pericolo di tardività») [119] y que, como señaló ROCCO, resulta necesario para que la resolución nazca con las mayores garantías de justicia [120]. En segundo lugar, el elemento al que el Maestro italiano designó con la expresión «peligro de infructuosidad» («pericolo di infruttuosità») [121] y que supone la posibilidad de que durante ese

---

que, según el daño que se tema, se obtendrá una determinada medida u otra. En nuestra doctrina, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», en *El sistema de medidas cautelares* (obra colectiva), Pamplona, 1974, pp. 12 a 15, para el cual las medidas cautelares van dirigidas a prevenir un peligro y a evitar un daño, injustos, que aparece como probable o posible, precisamente por la duración inexcusable del proceso; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal*, obra colectiva, cit., tomo I, vol. II, 3.ª ed., Valencia, 1988, p. 468, al señalar que el Estado puede y debe asegurar que el tiempo que necesariamente se requiere para dictar sentencia firme, no podrá ser aprovèchado por el demandado para propiciar una situación que dé lugar a una burla de los derechos que en ella se puedan declarar; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel, *Lecciones de Derecho Procesal*, con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, vol. III, Barcelona, 1985, p. 338 y también en su *Derecho Procesal Civil*, vol. III, con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Barcelona, 1988, pp. 341, 342 y 346, para quien el «periculum» se traduce en la existencia de un riesgo real de que mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución. La opinión contraria, es decir, la que considera suficiente el genérico peligro derivado de la duración del proceso es sostenida por autores como GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, 1968 (reedición 1973), p. 683; CARRERAS LLANSANA, Jorge, «Las medidas cautelares del art. 1.428 L.E.C.», op. cit., p. 571, quienes consideran que el peligro está en la misma pendencia del proceso de declaración, en la inevitable dilación temporal entre el nacimiento de un proceso y el logro de la decisión que le pone término.

117 ZANZUCCHI, Marco-Tullio, *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 168.

118 MIGUEL Y ALONSO, Carlos de, «Notas sobre el proceso cautelar», en *R. D. Proc.*, 1966, 1.ª época, núm. 4, p. 91.

119 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., pp. 55 a 58.

120 Vid. ROCCO, Ugo, *Trattato...*, op. et locs. cits.

121 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, ibídem.

lapso de tiempo se sucedan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal, al haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la ejecución [122].

Consecuentemente con estos planteamientos podría deducirse que la valoración a realizar por el Organo jurisdiccional, acerca de la concurrencia de este presupuesto, es sensiblemente diversa de la del otro presupuesto de las medidas cautelares, esto es, del «fumus boni iuris». Como señala LIEBMAN [123], el juicio de probabilidad respecto al derecho, significa que el Juez debe formarse una simple opinión de credibilidad, sin detenerse a obtener una verdadera seguridad de su existencia; respecto al peligro en el retraso, se trata de considerar suficientemente verosímil la amenaza de un futuro evento dañoso, con el fin de prevenirlo, evitando su producción. Sobre el primer punto, sería posible un juicio de certeza, pero inoportuno, dada la finalidad de proveer con urgencia y, además, el momento procesal en que se acuerda la medida; sobre el segundo punto, esto no sería factible, al deber ser considerados hechos no sucedidos todavía, de los cuales puede y debe medir solamente la probabilidad que tienen de originarse.

Respecto al modo de medir o determinar el grado de probabilidad de que se produzca este peligro de infructuosidad, el legislador ha adoptado dos criterios diversos.

Así, en unos casos exige que este daño marginal [124] se concrete en la concurrencia de determinadas circunstancias tipificadas en la Ley, para poder considerar justificada la medida cautelar. Es decir, que además de la pendencia necesaria del proceso, se exige la concreción del peligro de que durante ese tiempo tengan lugar hechos que obstaculicen o impidan la efectividad de la resolución [125].

---

[122] Así, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Para una sistematización...», op. cit., p. 475; MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 430 y 431.

[123] LIEBMAN, Enrico-Tullio, «Unità del procedimento cautelare», op. cit., pp. 252 y 253.

[124] De daño marginal hablan también: DINI, Mario, *I provvedimenti...*, op. cit., pp. 24, 32 y 33; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 39 y 40; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La reforma ...», op. cit., p. 902.

[125] Una particular postura es la sostenida a estos efectos, por el profesor ORTELLS RAMOS. Este autor, partiendo de que el concepto de «periculum» se determina con base en los dos elementos conocidos («pericolo di tardività» y «pericolo di infruttuosità»), entiende que para poder sostener la afirmación de que el «periculum in mora» constituye un auténtico presupuesto de las medidas cautelares, es precisa, sin embargo, una matización en cuanto a su segundo componente. Y así, estima necesario que este peligro de infructuosidad o daño marginal, se concrete en una conducta determinada del demandado para considerar justificada la adopción de la medida cautelar. De acuerdo con esto, y atendiendo a las diversas regulaciones de los ordenamientos positivos,

4.2. Su configuración en el orden procesal civil.

Examinamos el campo de juego de este principio en el ámbito procesal civil a efectos de poder determinar posteriormente su valor y, en su caso, exigibilidad y diversa eficacia en el orden procesal penal.

Importa, a este respecto, el art. 1400 LEC, que establece los requisitos para conceder el embargo preventivo. Concretamente, en el número 2 de este artículo se evidencia cómo la Ley ha objetivizado, para la concesión de tal medida, los presupuestos en que se tipifican las situaciones determinantes del «periculum» (excepción hecha, como a continuación veremos, del último inciso del art. 1400.2). Esta tipificación y objetivación, para autores como PEDRAZ [126] o FAIRÉN [127], no exime de la exigencia de la necesaria alegación parcial y demostración, por muy sumaria que sea, del peligro [128] [129].

---

nos encontramos con dos situaciones. Una de ellas vendría dada por aquellos supuestos en que el legislador estima suficiente, para justificar la concesión de una medida cautelar, el mero transcurso del tiempo necesario para que se acuerde la resolución final, en base a que este mero discurrir temporal constituiría una oportunidad para la producción de hechos o acciones que imposibilitarían o dificultarían la efectividad práctica de dicha resolución. En estos casos considera ORTELLS que la concesión de la medida cautelar no dependería más que de la valoración del «fumus boni iuris», no pudiéndose sostener, en consecuencia, que el «periculum in mora» constituya un presupuesto para su adopción. Contrariamente, la segunda situación estaría constituida por aquellos supuestos en que el legislador, para justificar dicha adopción, no considera condición bastante este mero transcurso del tiempo, exigiendo además que ese peligro se haya actualizado en un determinado comportamiento del demandado. Sólo entonces —estima ORTELLS— el «periculum» se convierte en un auténtico presupuesto, cuya concurrencia ha de ser verificada para conceder la medida. Vid. ampliamente, ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo preventivo*, op. cit., pp. 40 y ss.

La originalidad de la postura es innegable, aunque sin embargo no estamos de acuerdo con ella. El «periculum» es un auténtico presupuesto de las medidas cautelares; que unas veces el legislador objetive o tipifique las conductas que evidencian el peligro y que otras, en cambio, permita que el Juez determine el grado de peligro existente en atención a las circunstancias alegadas por la parte que solicita la medida, no permite concluir que en el primer caso sea y en el segundo no sea, auténtico presupuesto. Si esto fuera así, nos encontraríamos con que sólo existiría el «periculum» en el embargo preventivo del 1.400 LEC, e incluso, no en todos los casos, ya que el último inciso de su número 2, escapa a esta tipificación. No debemos olvidar que el «periculum» consta de dos componentes: peligro del retraso y peligro de infructuosidad. Centrarnos sólo en el último, y discriminar en atención al margen de apreciación concedido al Juez, conduciría a negar la validez del «periculum» para la práctica totalidad de las medidas cautelares.

126 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 95.

127 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La reforma...», op. cit., p. 906.

128 Vid., asimismo, AGUILAR CANOSA, Santiago, «Necesidad de determinar los hechos en que puede basarse la presunción de malbaratamiento u ocultación al solicitar el embargo preventivo», *RGD*, 1959, p. 523. En contra, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., pp. 39 y 40, para quien no es preciso en nuestro derecho positivo, una demostración ni tan siquiera «prima facie» del «periculum».

129 Téngase en cuenta que el art. 1.400.2.ª LEC, concretamente cuando se refiere a que «Para decretar el embargo preventivo será necesario: 2.ª Que el deudor ... sea ex-

En otros casos, por el contrario, el legislador considera que el mero transcurso del tiempo necesario para que se llegue a la resolución final, es condición bastante para la producción de hechos o acciones que dificulten o imposibiliten su efectividad práctica. Por consiguiente, en tales casos no se tipifican cuáles sean las situaciones o conductas concretas que evidencian este peligro de infructuosidad, sino que se confía al Juez la valoración de las circunstancias determinantes del «periculum» en el caso concreto.

Como supuestos en los que se sigue este criterio, continuando dentro del orden jurisdiccional civil, podemos citar, entre otras, las medidas innominadas del art. 1428 L.E.C. [130], el aseguramiento de bienes mediante intervención de su administración [131] del art. 1419 L.E.C., el embargo decretado con base en un título ejecutivo de los comprendidos en los núms. 1, 4, 5 y 6 del art. 1429 L.E.C., cuando la deuda no exceda de 50.000 pesetas (art. 1401 L.E.C.) [132] o el mismo art. 1400.2 L.E.C., en cuyo último inciso se permite la adopción del embargo preventivo si

---

tranjero no naturalizado en España», resulta afectado por el art. 14 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia, ratificado por España el 20 de enero de 1988 (B.O.E., 30 de marzo), según el cual «No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, bajo ningún concepto, por motivo únicamente de su calidad de extranjero o por no estar domiciliado o ser residente en el Estado donde se pretende realizar la acción, de las personas físicas o jurídicas, que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes y que sean demandantes o que intervengan ante los Tribunales de otro Estado contratante». Esta norma autoriza la conclusión de que no es legítimo decretar el embargo contra una persona, por el mero hecho de ser extranjero, siempre que sea nacional de uno de los Estados signatarios del citado Convenio de La Haya. En cualquier caso, y como observa ESPINAR VICENTE, José M.ª, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1988, p. 98, el correcto entendimiento de la norma del art. 1.400.2.º a que nos referimos, es que el fundamento de la imposición del embargo preventivo respecto del deudor extranjero, no es la nacionalidad, sino la carencia de patrimonio en nuestro país.

[130] En este sentido, vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1989-1, pp. 959 a 973, especialmente, pp. 965 y 966, y también en *Justicia*, 89, núm. 1, p. 56, donde advierte que nos encontramos ante esa clase de supuestos en los que el legislador encomienda al Juez la valoración de las circunstancias determinantes del «periculum» en el caso concreto, e incluso le inviste de mayores poderes en cuanto a este presupuesto, ya que le autoriza a que especifique el «periculum in mora» relevante y adopte, en consecuencia, la medida más adecuada para contrarrestarle. Sobre el alcance de la reforma del art. 1.428 LEC, llevada a cabo por Ley 34/1984, de 6 de agosto, vid. además del citado artículo de ORTELLS, a RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «Artículo 1.428 LEC» en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva coordinada por CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Madrid, 1985, pp. 687 a 695.

[131] Empleamos la denominación de PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 259.

[132] Sobre el alcance de la reforma de este artículo por Ley 34/1984, de 6 de agosto, vid. MONTERO AROCA, Juan, «Artículo 1.401 LEC», en *Comentarios a la reforma...*, op. cit., pp. 679 a 683.

existe «motivo racional para creer que (el deudor) ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores». Una regulación similar a la de este último ejemplo citado se encuentra en el art. 126 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en que se exige para acordar las medidas cautelares por ella previstas, la existencia de un temor racional y fundado de que va a producirse de modo inminente la infracción [133]. Igualmente el art. 25.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal prevé la adopción de medidas cautelares «cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia del mismo».

Sobre esta formulación del «periculum» podría traerse a colación la discusión suscitada acerca de si la situación de peligro que ha de ser valorada por el Juez, debe estar fundada sobre hechos o circunstancias objetivas, o bien la simple valoración subjetiva del Organo jurisdiccional bastaría para justificar la existencia del «periculum» y la consiguiente concesión de la medida cautelar.

En general, el sector doctrinal mayoritario [134] se inclina, en este punto, en pro de una valoración por el Organo jurisdiccional, en cada caso concreto, de los hechos objetivos alegados por la parte solicitante que, a su juicio, puedan hacer factible una previsible conducta maliciosa o fraudulenta del deudor. Como señala CANDIAN, la objetividad del peligro es una consecuencia necesaria de la función de la tutela cautelar: si ésta se dirige a neutralizar el riesgo de la ineficacia o inutilidad de la resolución final, dicha ineficacia o inutilidad deben estar objetivamente en peligro; en otro caso, faltarían los presupuestos a que el Ordenamiento condiciona la actuación de la tutela cautelar misma [135].

Si bien es cierto que, en nuestro sistema de enjuiciamiento civil, se puede hablar de una potestad discrecional del Juez para acordar me-

---

133 Sobre el «periculum in mora» de estas medidas cautelares, así como sobre la competencia, partes y procedimiento para su adopción, vid. MORENO CATENA, Víctor, «El procedimiento en materia de derechos de autor», en *R. Universitaria D. Proc.*, 1988, núm. 1, especialmente pp. 370 a 379.

134 Así, CANDIAN, Alberto, *Il sequestro conservativo...*, op. cit., pp. 115 y ss.; DINACCI, Ugo, *Contributto allo studio...*, op. cit., pp. 37 a 39; CALVOSA, Carlo, *Il processo cautelare...*, op. cit., pp. 494; AMODIO, Ennio, *Le cautele patrimoniali...*, op. cit., pp. 149 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La reforma...», op. cit., pp. 906 y 907; ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo...*, op. cit., pp. 124 a 128. En contra, ROCCO, Ugo, *Trattato...*, op. cit., pp. 96 y 97; DINI, Mario, *I provvedimenti...*, op. cit., pp. 34 a 36; AGUILAR CANOSA, Santiago, «Necesidad de determinar...», op. cit., pp. 523 y 524; MARABOTTO, Jorge, «Algunas cuestiones sobre medidas cautelares», *R. Uruguaya D. Proc.*, 1985, núm. 1, p. 19; MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 430 y 431.

135 CANDIAN, Alberto, *Il sequestro conservativo...*, op. cit., p. 116.

didas cautelares en la mayoría de los supuestos antes citados [136], en los que el legislador ha prescindido de efectuar una tipificación de las situaciones que evidencian el peligro, no es menos cierto que la misma se encuentra plenamente equilibrada y garantizada a través del sistema de «contracautelas» [137] [138] establecido en la LEC. El Juez puede, y en ocasiones debe [139], proceder a exigir una fianza al solicitante de la medida cautelar, a fin de responder de los eventuales daños y perjuicios que pudieran irrogarse a la parte a la que afecta dicha medida, caso de que apareciera la ausencia de fundamento de la misma, o el proceso principal terminara de modo desfavorable para el que la hubiera obtenido [140] [141].

---

[136] Cuando el título es ejecutivo, en virtud del art. 1.401 de la LEC, no se puede hablar de una auténtica discrecionalidad, pudiendo incluso afirmar que, en ocasiones, el Juez está obligado a acordarlo; así, cuando el título sea de los comprendidos en los números 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 1.429 y la deuda no exceda de 50.000 pesetas.

[137] La expresión es de CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni...*, op. cit., p. 251, y viene siendo empleada por autores como PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, «Comunicación sobre medidas cautelares», en *El sistema...*, op. cit., pp. 115 y ss.; también en su *Tratado de Derecho procesal*, 2.ª ed., vol. II, Pamplona, 1985, p. 854 y en su *Derecho concursal...*, op. cit., pp. 249 y 250; CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Las medidas cautelares...*, pp. 586 y 591; GIMENO SENDRA, Vicente, *La detención*, con VIVES ANTÓN, Barcelona, 1977, p. 99; también en *Derecho procesal*, tomo II (*El proceso penal*), obra colectiva, cit., p. 357; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1972, p. 325; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», en *El sistema...*, op. cit., pp. 17 y 18; GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, «El embargo preventivo sin documento cualificado previo», en *El sistema...*, op. cit., pp. 135 a 137; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, 1986, p. 956; también en «Artículo 1.428...», op. cit., p. 689; MORENO CATENA, Víctor, «El procedimiento en materia de derechos de autor», op. cit., p. 378; MARABOTTO, Jorge, «Algunas cuestiones...», op. et locs. cits.; ORTELLS RAMOS, Manuel, «El nuevo artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Horizontal: embargo preventivo por deuda de gastos comunes», en *La Ley*, 1988, núm. 3, p. 801; también en «Sobre las medidas cautelares indeterminadas...», op. cit., pp. 960, 962 y 963 (de la Rev. *La Ley*) y 46, 47, 50, 51 (de la Rev. *Justicia*); PUGLIESE, Ramiro, «Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa», *RDProc. Argentina*, 1943, I, pp. 142 y 144 a 146; QUINTERO TIRADO, Mariolga, *Introducción al estudio de las medidas preventivas*, Caracas, 1974, p. 51; ZANZUCCHI, Marco-Tullio, *Diritto processuale...*, op. cit., p. 167; CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., p. 45; FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto...*, op. cit., pp. 503 y 512; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal...*, obra colectiva, cit., tomo I, vol. II, p. 470; MONTERO REYES, Amalia, *Registro y proceso: anotaciones preventivas*, Salamanca, 1978, p. 39; VESCOVI, Enrique, «Replanteo del proceso cautelar», en *R. Uruguaya D. Proc.*, 1985, núm. 1, p. 14.

[138] Vid. la crítica que hace SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., pp. 43 a 45, en cuanto a la conceptuación de estas «contracautelas» como medidas cautelares.

[139] Está, en todo caso, obligado cuando se acuerdan, por ejemplo, las medidas innominadas del art. 1.428 LEC. Constituye la regla general que se sigue cuando se solicita el embargo preventivo y no se posea un título ejecutivo (art. 1.402). Vid. en este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo...*, op. cit., pp. 107 a 113; «El nuevo artículo...», op. et locs. cits.; «Sobre las medidas cautelares indeterminadas...», op. et locs. cits.

[140] Así, PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho concursal...*, op. cit., pp. 249 y 250.

[141] Como observa MARÍN PAGEO, Encarnación, «Notas en torno a la contracautela en

En otros supuestos, como el regulado en el último inciso del núm. 2 del art. 1400 LEC, no es una facultad discrecional lo que la Ley concede al Juez, sino simplemente, como de modo acertado precisa ORTELLS, un margen de apreciación para integrar con hechos concretos, parte del supuesto de hecho de las normas que regulan la concesión de la medida cautelar (el «periculum») [142]. Esto no es sino la lógica consecuencia derivada de la imposibilidad de que el legislador pueda regular y prever todos los posibles casos particulares. Por ello, en estas normas legales formadas con conceptos indeterminados o latos, se vincula sólo parcialmente al Organo jurisdiccional, toda vez que se le suministran puntos de referencia, baremos más o menos incompletos o, si se prefiere, líneas directrices o rectoras, y se le concede el margen valorativo preciso, desde lo previsto legalmente, para adoptar la medida que se estime necesaria en el supuesto concreto; es decir, se establece un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos [143].

---

el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución», en *La Ley*, 1988, núm. 3, pp. 855 y ss., la institución de la contracautela vela por los derechos del demandado, funcionando en calidad de «cautela de cautela». Su adopción evita un traslado de riesgos del demandante al demandado. Es decir, si cuando el Organo jurisdiccional adopta la medida cautelar lo que está declarando es la existencia de un riesgo que precisamente con la medida se trata de evitar, no tendría sentido que su adopción pudiera generar a su vez otro riesgo: el de estar perjudicando inútilmente al demandado porque el actor carece de razón. En consecuencia, parece que lo único que se conseguiría, si el Juez no exigiese contracautela, sería un traslado de riesgos del demandante al demandado, lo que contradiría por completo los principios que rigen el proceso civil, deformándolo sustancialmente.

142 ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo...*, op. cit., pp. 124 y 125.

143 Aun cuando en modo casi esquemático, es preciso hacer referencia a los tres instrumentos dogmáticos que más arriba hemos mencionado («discrecionalidad», «concepto jurídico indeterminado» y «margen de apreciación»), conceptos que han sido elaborados de modo particular por la doctrina alemana contemporánea del Derecho Público y que si bien han sido referidos primordialmente a la Administración y a su control judicial, pueden ser trasplantados, con los debidos matices, a los Organos jurisdiccionales en su función concretizadora del Derecho.

Discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado se contraponen entre sí. La discrecionalidad descansa en el ámbito de la consecuencia jurídica de una norma, pudiendo entenderse como libertad de opción de la Administración en la selección de sus actividades. Los conceptos jurídicos indeterminados tienen su campo de actuación en el «Tatbestand» y según la concepción tradicional se caracterizan por no estar perfilados con claridad en su contenido, aunque sí son determinables en el supuesto concreto en que han sido objeto de apreciación y, por tanto, son susceptibles de control judicial. Pero, además, puede hablarse de conceptos jurídicos indeterminados con margen de apreciación o conceptos descriptivos cuando, según el dictado de la Ley se permite al operador jurídico un ámbito estimativo para la elección de valores y conceptos experimentales. En estos casos toda valoración insustituible (decisión en último caso irreemplazable) debe ser válida y el Juez sólo puede examinar si la decisión de la Administración se apoya en las líneas rectoras legales suministradas por la Ley, no pudiendo sustituir con su decisión la de aquélla. Contrariamente, en un concepto jurídico indeter-

4.3. Su configuración en el orden procesal penal.

4.3.1. Medidas cautelares reales.

Centrándonos ahora en nuestro proceso penal, una lectura de los arts. 589 y ss. LECrim., permite inferir que las medidas cautelares patrimoniales parecen no ajustarse totalmente a esta formulación que del «periculum» acabamos de exponer.

Del tenor de la normativa procesal penal aplicable, podría deducirse que el legislador penal no ha considerado conveniente someter la adopción de la tutela cautelar a los mismos requisitos a que está condicionada en el proceso civil. Y así cabría afirmar que para adoptar la medida cautelar real, en primer lugar, se exige inmediatamente la concurrencia del «fumus boni iuris», en el sentido expuesto [144] y, de modo mediato, el que deba transcurrir un lapso de tiempo hasta que recaiga la resolución que ponga término al proceso. El que además, en ese período, puedan tener lugar hechos o actos bastantes para hacer ineficaz esta resolución judicial, es un añadido más que no condiciona la adopción de la medida cautelar real. Obsérvese que de los arts. 589 y 615 LECrim. se desprende que no se precisa la alegación y demostración del «periculum in mora», como sucede por lo general en el proceso civil; el único requisito que exige la LECrim. es que «del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona» (art. 589), o bien «aparezca indicada la responsabilidad civil de un tercero» (art. 615) para que el Juez instructor adopte medidas cautelares contra ellas (responsable criminal y tercero civilmente responsable). Téngase en cuenta,

---

minado sin margen de apreciación, en el que sólo existe una solución correcta, el operador jurídico carece de discrecionalidad y, en consecuencia, la decisión puede ser objeto de control judicial.

Vid. ampliamente sobre estas cuestiones y en nuestra doctrina, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Concepto del Derecho procesal*, inédito, Valladolid, 1983, pp. 156 a 160; «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp. 325 a 328, nota 69; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho administrativo*, con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1984, pp. 429 y ss. En la doctrina alemana, vid. EHMKE, Horst, *Ermèssen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960, pp. 40 y ss. (43, 45 a 46, 51); BACHHOF, Otto, «Beurteilungsspielraum», en *JZ*, 1955, pp. 97 y ss.; OSSENBUEHL, Fritz, «Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermaechtigung», en *DÖV*, 1972, pp. 401, 402, 84, 85; del mismo autor, «Tendenzen und Gefahren der neuren Ermessenslehre», en *DÖV*, 1968, pp. 168 ss.; WEIGEL, H., «Beurteilungspielraum oder Delegationsbegriff?», en *Europaeische Hochschulchriften*, 1971, p. 20; ULE, Karl-Hermann, «Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht», en *Forschung und Berichte aus dem Oeffentl Recht*, Band 6, 1955, pp. 309 y ss.; BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. (Evolución, funciones, control judicial)», *La Ley*, 1987-4, pp. 896 a 911.

[144] Vid. apartado 3 de este mismo capítulo III.

de otro lado, que en el primer supuesto, esto es, tratándose del responsable criminal, no sólo no es necesario que medie instancia de parte para que así lo deba ordenar el Juez, sino que incluso resulta irrelevante el peligro mismo de infructuosidad en relación al perjudicado, en tanto en cuanto ni siquiera se precisa que el delito haya producido daños para que deban adoptarse medidas cautelares. En el segundo caso, es decir, tratándose del tercero civilmente responsable, se exige en cambio petición de parte y estimación de los daños causados a asegurar con la medida cautelar, con lo cual aquí sí está presente este peligro de «infructuosidad» para el perjudicado [145]. Esto es consecuencia de la heterogeneidad predicable entre medida cautelar y pretensión resarcitoria, en la hipótesis del responsable criminal, y por el contrario, de la homogeneidad pero no identidad existente, cuando se trata del tercero civilmente responsable, aspectos éstos que tuvimos ocasión de exponer al referirnos al «fumus boni iuris» [146].

Por lo demás, la formulación del «periculum» en sede procesal penal comporta otras peculiaridades, las cuales han sido formuladas en nuestra doctrina por el profesor PEDRAZ. Este autor, aun aceptando que el «periculum» esté también en la base de las medidas cautelares reales, advierte que en lo criminal se presenta sin algunas de las notas que coimplica en el proceso civil [147].

En primer lugar, y como hemos señalado, no se requiere, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, que durante la pendencia del proceso haya fundado temor de que el sujeto pasivo malbarate sus bienes. El Juez penal, conforme al mandato normativo, deberá ordenar la práctica de la medida con independencia de que exista o no tal temor.

En segundo lugar, en lo civil se exige que el patrimonio del responsable sea insuficiente para hacer frente a los posibles créditos, o llegue a ser insuficiente cuando recaiga la sentencia y, en este sentido, al ordenarse la medida cautelar real se crea un privilegio en favor de los créditos asegurados frente a los contemporáneos no privilegiados. En esta línea cabe mantener que tampoco rige en el ámbito procesal penal, toda vez que no es menester alegar ni probar la suficiencia o insufi-

145 Esto, como sabemos, no sucede en cambio en el procedimiento abreviado, en el cual la petición del interesado no constituye requisito para poder acordar medidas cautelares contra el tercero civilmente responsable.

146 Vid. apartado 3.2.2 de este capítulo II.

147 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., pp. 97 a 99.

ciencia patrimonial del obligado para que se acuerde judicialmente la medida.

En tercer lugar destaca PEDRAZ cómo en el ámbito civil este presupuesto connota incumplimiento por el deudor de la obligación contraída, incurriendo por tanto en mora en sentido civil, lo que no es predicable en el ámbito penal, en el cual, según se desprende implícitamente del art. 620.2 LECrim., la obligación de resarcir no surge hasta que la sentencia lo declara [148].

Por último, en sede civil, como tuvimos ocasión de advertir más arriba, es frecuente que el poder del Juez de acordar medidas cautelares, esté acompañado del poder de condicionar su concesión a la prestación de una caución por parte del solicitante de la medida, como remedio legal a fin de asegurar la indemnización de los hipotéticos perjuicios que pudieran causarse con su adopción a quien la sufre, para el caso de que la demanda sea finalmente desestimada. En el proceso penal, advierte PEDRAZ, no están previstas las contracautelas, lo cual parece lógico atendida la naturaleza y función de este proceso y la situación en que se encuentran los perjudicados por el delito [149].

De lo hasta aquí expuesto, puede extraerse la conclusión de que en el sistema procesal penal, el «periculum in mora» constituye un principio informador [150] de las medidas cautelares reales, aún cuando se presenta ciertamente con las importantes peculiaridades que acabamos de señalar. No se precisa su alegación y demostración, como sucede en el proceso civil, sino que el peligro está presente en la intención del legislador al regular las medidas cautelares. Así ha considerado que el mero transcurso del tiempo necesario para que se llegue a la resolución definitiva, se presume ocasión de peligro suficiente para que deban ser adoptadas medidas cautelares con el fin de hacer posible la efectividad práctica de la futura resolución final. Esta presunción aparece reforzada por la clara preferencia que en la LECrim. se concede a las fianzas pignoraticia, hipotecaria y constituida mediante aval bancario, en detrimento de la personal [151], la cual se encuentra condi-

[148] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. et locs. cits.

[149] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 96 y 99.

[150] Como principio informador es conceptuado por FONT SERRA, Eduardo, «Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva», en *El sistema...*, op. cit., p. 143.

[151] Aun cuando algún autor como Valentín CORTÉS opina que la personal no es una tercera clase de fianza, sino simplemente la forma de denominar a la fianza, sea pignoraticia o hipotecaria, cuando es prestada por tercera persona (sic.) (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal*, obra colectiva, cit., tomo II, p. 401).

cionada por los límites marcados en el art. 592 LECrim. Estas limitaciones evidencian que la intención del legislador con esta regulación es la de que ante todo se proteja del modo más seguro y efectivo posible, la satisfacción de los créditos derivados del delito, para lo cual, nada más eficaz que las modalidades pignoraticia e hipotecaria de fianza y el aval bancario.

En el derecho comparado nos encontramos con regulaciones en parte similares y en parte diversas. Así, en el ordenamiento procesal alemán, para acordar una medida coercitiva de aseguramiento de bienes, en atención a la viabilidad de ejecución de la pretensión resarcitoria del ofendido, no se requiere demostración alguna del peligro, sino tan sólo una sospecha muy fundada contra una determinada persona, conforme a lo establecido en el parágrafo 111 b. ap. 3 StPO [152]. Sin embargo, en el mismo cuerpo legal se nos presenta igualmente una medida dirigida al aseguramiento, tanto de la persona del imputado, como de la ejecución penal pecuniaria, para lo cual, además del «fumus boni iuris», expresado en la necesidad de que el inculpado fuera muy fundadamente sospechoso de haber cometido un hecho punible, se exige la demostración del peligro de infructuosidad. Tanto es así, que el legislador alemán ha acudido en esta ocasión a tipificar las situaciones acreditativas de la concurrencia de este peligro; de este modo, para que el inculpado preste fianza razonable por la sanción económica que se espera y las costas procesales, se requiere, entre otros extremos, que no tuviera ningún domicilio o residencia fijos en la República Federal de Alemania, según establece el parágrafo 132.1) StPO [153].

En otro ordenamiento procesal próximo, cual es el italiano, es siempre necesaria la alegación y demostración del peligro [154].

---

[152] § 111.b. (3) StPO: «Die absactze 1 und 2 gelten entsprechend für Vermoegensvorteile, die nur deshalb nicht dem Verfall unterliegen, weil sie durch die Erfüllung eines Anspruchs beseitigt oder gemindertwürden, der dem Verltzten aus der tat erwachsen ist (§ 73 Abs. 1. Satz 2 des Strafgesetzbuches)».

[153] § 132 (1) StPO: «Hat der Beschuldigte, der einer Straftat dringend verdaechtig ist, im Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt, liegen aber die Voraussetzungen eines Haftbefehls nicht vor, so Kann, um die Durchführung des Strafverfahrens sicherzustellen, angeordnet werden, daB der Beschuldigte.

1. eine angemessene Sicherheit für die zu erwartende Geldstrafe und die Kosten des Verfahrens leistet...».

[154] En la legislación italiana anterior a la reforma procesal penal de 1988, existía, sin embargo, una medida cautelar cual era la «ipoteca legale» que, recogida en los artículos 189 y 190 Cp. y 616 del viejo Cpp., y dirigida a asegurar un derecho de prelación para los créditos derivados del delito indicados en el citado art. 189 Cp. (esto es, pena pecuniaria, mantenimiento del condenado en el establecimiento penitenciario, gastos de hospitalización del perjudicado, resarcimiento del daño, costas procesales y honorarios del Defensor), no precisaba la demostración del peligro para ser acordada, siendo sufi-

De este modo, para acordar la medida cautelar de embargo preventivo, se exige la demostración del peligro, según se evidencia en el artículo 316 Cpp., en el que se requiere la existencia de fundados temores de que puedan faltar o se dispersen las garantías para el pago de la pena pecuniaria, costas del proceso y cualquier otra suma debida al erario del Estado, o bien las garantías de las obligaciones civiles derivadas del delito, para que a instancia del MF y, en caso de obligaciones civiles, de la parte civil, se pueda pedir el embargo preventivo de bienes muebles o inmuebles del imputado o, en su caso, del responsable civil [155]. Con ello se establece una regulación en cierta medida coincidente con la prevista en el párrafo final del art. 1400 L.E.C., al precisarse, bien la alegación de que el patrimonio del responsable no es bastante para hacer frente a los posibles créditos del delito, bien la del fundado peligro de que el deudor (imputado o responsable civil) oculte o malbarate sus bienes durante la pendencia del proceso, con la consecuente inefectividad de la sentencia [156]. La especialidad más significativa que se presenta en la configuración de este presupuesto, en los dos ordenamientos procesales (civil y penal) italianos, reside —nos dice AMODIO [157]— en que mientras en sede civil compete el acreedor embargante probar el peligro en el retraso, en el proceso penal, el «Publico Ministero» que solicita el embargo, no está sujeto a ninguna carga probatoria; el Juez puede integrar por iniciativa propia el material probatorio, y persuadirse de la existencia del «periculum» allí donde la petición de embargo ofrezca una motivación insuficiente.

Asimismo es necesaria la demostración del peligro, para poder acor-

---

ciente el solo hecho de la existencia del proceso penal dirigido contra una determinada persona, verificable mediante la imputación. Vid. las razones de la supresión de este instituto en el Informe al Proyecto Preliminar de Cpp. (Suplemento ordinario núm. 2 a la «Gaceta Oficial», Serie General, núm. 250).

[155] Art. 316.1: «Se vi é fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma devuta all'erario dello Stato, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento». Art. 316.2: «Se vi é fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto dal comma 1».

[156] En nuestro ordenamiento procesal penal, como hemos visto, no se exige ni la insuficiencia patrimonial del deudor para hacer frente a las responsabilidades que serán declaradas en la sentencia, ni tampoco el fundado temor de que este sujeto oculte o malbarate sus bienes, poniendo así en peligro la efectividad práctica de la futura resolución final. Vid., en este sentido, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., pp. 97 y 98.

[157] AMODIO, Ennio, *Le cautele patrimoniali...*, op. cit., p. 153; vid. también, pp. 147 y ss.

dar la nueva medida cautelar introducida en los arts. 321 a 323 del reformado «Codice di procedura penale». Así, para poder disponer el secuestro preventivo de cosas pertenecientes al delito, será necesario que exista peligro de que su libre disponibilidad pueda agravar o prolongar las consecuencias de aquél, o bien facilitar la comisión de otros delitos [158].

También en la, relativamente novedosa [159], regulación procesal portuguesa sobre la materia, se sigue el criterio de exigencia de demostración del «periculum», para disponer la tutela cautelar real. De este modo para requerir que bien el «arguido» [160], bien y en su caso, el responsable civil, presten caución económica para asegurar, respectivamente, la pena pecuniaria, el Impuesto de Justicia y costas procesales, o la indemnización civil por las obligaciones derivadas del delito, es preciso que exista fundada sospecha de que falten o puedan disminuir sensiblemente las garantías existentes para el pago de estas partidas [161].

4.3.2. Medidas cautelares personales.

En otro orden de cosas y aún cuando el tema de las medidas cautelares personales excede del objeto de nuestra investigación, no está de más analizar, a efectos de destacar su concurrencia específica en las reales, cual ha sido la posición que el legislador ha adoptado en la formulación del «periculum» con respecto a aquellas medidas.

Un estudio de la normativa procesal penal aplicable nos desvela que el criterio general adoptado en esta materia, es aquél que exige la materialización del hipotético peligro en una determinada conducta del presunto responsable, criterio éste que, como vimos, se acoge para algunos supuestos de medidas cautelares civiles.

---

158 Art. 321.1 C.p.p. «Quando vi è pericolo, che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protarre le consequenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato...».

159 Código de proceso penal, aprobado por decreto-ley núm. 78/1987, de 17 de febrero, en vigor desde el 1 de junio de 1987.

160 Sobre la cualidad de «arguido», y su constitución como tal, consúltense los artículos 57 y 58 del citado texto procesal penal.

161 Art. 227.1: «Havendo fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniaria, do imposto de justiça, das custas do processo ou de qualquer outra dévida para com o Estado relacionada com o crime, o Ministério Público requer que o arguido preste caução económica, em termos e sob modalidade a determinar pelo juiz». Art. 227.2: «Havendo fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime, o lesado pode requerer que o arguido ou civilmente responsável prestem caução económica, nos termos do número anterior».

Efectivamente, excepción hecha de la citación, que no exige ningún tipo de demostración del peligro, las demás medidas cautelares personales responden, en mayor o menor medida, a este criterio tipificador de las situaciones indicativas del «periculum in mora».

Comenzando por la excepción, esto es, por la citación, medida lógicamente preordenada a conseguir la presencia del sospechoso para, en su caso, lograr el esclarecimiento de los hechos, vemos que para su adopción, según se desprende del art. 486 LECrim., es suficiente la pendencia de un proceso y la constatación del «fumus boni iuris», esto es, la posibilidad racional del hecho delictivo y de su atribución subjetiva que conlleva la imputación [162] [163].

Por lo que se refiere a la detención, una lectura de los artículos 490 y 492 LECrim., nos muestra cómo en estas normas se contiene una enumeración de las situaciones o conductas determinadas del presunto responsable, que evidencian la actualización del peligro necesario para que pueda ser adoptada este tipo de medida [164] [165].

En cuanto a la prisión provisional, la regulación que de ella hace la LECrim., en sus artículos 503 y 504, quizás sea la que muestra de forma más clara la adecuación de dicha regulación al criterio señalado [166]. Así, en estos artículos se establece toda una serie de situaciones que hacen presumir legalmente la inasistencia del imputado al proceso y, en su caso, el incumplimiento de la previsible pena a imponer en su día en la futura sentencia de condena. Dichas situaciones van desde la gravedad del delito (art. 503.2), antecedentes del presunto responsable (art. 503.2 y 504.2) o incomparecencia a un llamamiento judicial sin legítima causa (art. 504.1), hasta las circunstancias del hecho que revelan una especial peligrosidad del imputado o la posibilidad de su reiteración (art. 503.2), la alarma social que se produce ante la comi-

[162] Así, BONET NAVARRO, Angel, *Escritos sobre la Jurisdicción...*, op. cit., p. 411. Sobre los presupuestos para decretar la citación cautelar, vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *La detención...*, op. cit., p. 127. Sobre la detención, vid., también, MATTES, Heinz, *La prisión preventiva en España*, Madrid, 1975, pp. 71 y ss.

[163] Obsérvese, asimismo, el art. 199 de la L. O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

[164] Sobre el «periculum in mora» de la detención, vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La detención antes del juicio», en *R. D. Proc. Ib.*, 1971, núm. 4, p. 755; BONET NAVARRO, Angel, *Escritos...*, op. cit., p. 410; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1988, pp. 281 y 282.

[165] Obsérvese, asimismo, arts. 200 y 205 de la L. O. 2/1989, Procesal Militar.

[166] Véase, asimismo, los arts. 216 y 217 de la L. O. 2/1989, Procesal Militar.

sión de un delito de este tipo (art. 503.2) o la frecuencia con que se cometen hechos análogos (art. 503.2) [167] [168].

Por último, en cuanto a la libertad provisional, medida configurada como alternativa a la prisión preventiva, los artículos 504.2 y 529 y siguientes de la LECrim., establecen un régimen en el que la gravedad y naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado [169], así como las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial [170], constituyen situaciones que hacen presumir la posible elusión del proceso. Este «periculum in mora» justifica y determina la procedencia de esta medida cautelar, dirigida a asegurar la persona del imputado, garantizando su presencia en el juicio por medio de la obligación formal de comparecer a la presencia judicial tantas veces cuan-

---

[167] Vid., en este sentido, ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Madrid, 1987, en cuyas páginas 64 a 108, puede encontrarse un amplio estudio del «periculum in mora» de la prisión provisional. Sobre los presupuestos de la prisión privisional, vid. MATTES, Heinz, *La prisión preventiva en España*, op. cit., pp. 29 y ss. Vid., asimismo, CALVO SÁNCHEZ, Carmen, «De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la L. O. 10/1984, de 26 de diciembre», en *La Ley*, 1985, núm. 1, pp. 1.178 a 1.185 y, de la misma autora, «La prisión provisional. Reformaron la reforma. Análisis de la Ley 10/1984, de 26 de diciembre», en *Problemas actuales de la Justicia. (Homenaje al profesor* GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO), obra colectiva, Valencia, 1988, pp. 661 a 671.

[168] Sobre el papel primordial que han asumido las exigencias de «tutela de la colectividad» entre las razones idóneas para legitimar la prisión del imputado, con la consiguiente desnaturalización de este instituto, al dejar de obedecer a fines estrictamente cautelares, sirviendo también a fines de prevención, convirtiéndose en una medida represiva y ejemplificadora y vulnerando, por tanto, el espíritu y letra de la Constitución, vid., ASENCIO MELLADO, José M.ª, *La prisión provisional...*, op. cit., p. 129, y «Hacia la reforma de la prisión provisional», en *Justicia* 88, núm. 1, pp. 68, 80 y 81; BARONA VILAR, Silvia, «El principio de proporcionalidad presupuesto esencial de la prisión provisional», *La Ley*, 1987-4, p. 853, y en *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona, 1988, pp. 23 a 27; MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal*, obra colectiva, cit., tomo II, pp. 381 a 383 y, del mismo autor, «En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980», *R. D. Proc. Ib.*, 1981, núm. 4, p. 654; ABAL OLIU, Alejandro, «¿Cuándo disponer la libertad provisional?», en *R. Uruguaya. D. Proc.*, 1986, núm. 2, pp. 170 a 172; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal...*, op. cit., p. 294. De particular interés es el estudio de GREVI, Vittorio, «Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza», en *Disfunzioni del processo penale...*, obra colectiva, cit., pp. 27 y ss. Consúltese asimismo en la doctrina italiana, CONSO, Giovanni, «Conclusioni del XIV Convegni di studio Enrico de Nicola», en *Disfunzioni...*, op. cit., pp. 307 y ss.

[169] Como sostiene SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Libertad provisional», en *NEJ Seix*, tomo XV, Barcelona, 1974, pp. 442 y 443, aun cuando la Ley no lo determine, es indispensable para que pueda decretarse la libertad provisional que se hayan producido unas sospechas lo suficientemente fundadas contra una persona que justifiquen la adopción de esta medida cautelar. El auto de procesamiento constituye el «fumus boni iuris» de la libertad provisional, pues sólo desde este momento tiene sentido asegurarla a las resultas del proceso.

[170] Consúltense los arts. 230 y ss. de la L. O. 2/1989, Procesal Militar.

tas fuere llamado [171] [172], y a través del mecanismo de la fianza, cuyo tipo o importe, en caso de ser exigida, se habrán de determinar atendiendo a las circunstancias (antecedentes, naturaleza del delito, etc.), que acabamos de señalar [173].

La diferencia de trato que en nuestro ordenamiento procesal penal se dispensa a uno y otro tipo de medidas cautelares (personales y reales) en lo que al «periculum» se refiere, encuentra su justificación en el diverso coste que entraña la adopción de unas y otras. Como señala FOSCHINI [174], la medida cautelar conlleva el sacrificio de la disponibilidad de personas o de cosas y, por tanto, supone un coste que, como es obvio, varía según la clase de medida. Es, digamos, «mínimo» cuando se trata de la adopción de una medida cautelar real como la fianza y, por el contrario, es importantísimo cuando se trata de una medida cautelar personal como la prisión preventiva, que produce la lesión de un derecho constitucionalmente consagrado (art. 17 C.E.) como es la libertad de la persona.

Creemos que estas circunstancias son las que han llevado al legislador penal a adoptar este criterio, en la formulación del «periculum», resepecto a las medidas cautelares personales, no haciéndolo así, como vimos, respecto de las reales, todo ello en atención a un criterio de proporcionalidad [175] entre coste de la cautela y grado de peligro. En virtud de ello, se ha extremado el cuidado en la regulación de la concesión de determinadas medidas cautelares, por lo que conllevan o suponen de merma de derechos del presunto responsable [176], lo cual se ve

---

[171] Para SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Libertad provisional...», op. cit., p. 444, más que ante una verdadera obligación nos encontramos ante una carga procesal, pues si el procesado no comparece cuando ha sido llamado judicialmente, no se le impone sanción alguna por su incumplimiento, sino que la incomparecencia constituye el presupuesto de la pérdida de la fianza constituida y la reducción a prisión provisional (arts. 503 y 504 LECrim.).

[172] Téngase en cuenta que, a su vez, la incomparecencia injustificada del imputado en libertad provisional constituye, como vimos, un índice revelador de la existencia en concreto del «periculum in mora», y en base a ello, se revocará la libertad provisional y acordará la prisión. Así, ORTELLS RAMOS, Manuel, «La ausencia del imputado en el proceso penal», *R. D. Proc. Ib.*, 1978, núms. 2-3, p. 483. Véase, asimismo, art. 233.II de la L. O. 2/1989, Procesal Militar.

[173] Vid., entre otros, GONZÁLEZ MONTÉS, José Luis, «Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento», en *El sistema...*, op. cit., p. 173; MATTES, Heinz, *La prisión preventiva...*, op. cit., pp. 61 y ss.

[174] FOSCHINI, Gaetano, *Le cautele...*, op. cit., pp. 34 y 35; también en su *Sistema...*, op. cit., p. 507.

[175] Sobre el significado del principio de proporcionalidad, que informa la adopción de las medidas cautelares, vid. ampliamente, apartado 15 del capítulo V.

[176] A pesar de ello, lo cierto es que en la práctica, la situación se invierte y, como señala PEDRAZ, es posible llegar a afirmar que existe un mayor respeto por la propiedad

claramente en la objetivación que del «periculum» se hace en lo relativo a la prisión provisional, al tipificar las situaciones o criterios indicativos de la concurrencia de tal «periculum» [177].

Obsérvese que esto no sólo sucede en el ordenamiento procesal penal español, sino que asimismo acontece en otras legislaciones próximas, como la alemana [178] y las recientemente reformadas portuguesa [179] e italiana [180].

---

del inculpado que por ese bien jurídico que es la libertad. La autoridad judicial suele elevar la detención a prisión, basándose en el atestado de la policía judicial y declaración prestada ante él por el inculpado; en cambio, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias parece que exige una mayor reflexión. (PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., p. 109).

177 En este sentido, vid. ASENCIO MELLADO, José M.ª, *La prisión provisional...*, op. cit., pp. 63 y 64, para el cual con esta objetivación del «periculum» se evita una ampliación desmesurada de los supuestos en que podría acordarse una medida de este tipo, ampliación que, en cambio, se produciría de haber optado el legislador por un criterio genérico e indeterminado conducente, en último extremo, a un subjetivismo absoluto.

178 Así, en la StPO, se precisa para poder decretar la prisión provisional de un inculpado, la demostración bien de que éste ha huido o se ha ocultado, bien de que exista peligro en el caso concreto, de que dicho inculpado se sustraiga al proceso penal (peligro de fuga), bien de que su conducta motivará fundadas sospechas de que alterará o destruirá medios de prueba, influirá ilícitamente en coinculpados, testigos o peritos, o motivará a otros a tales conductas, con lo cual amenazará el peligro de que la investigación de la verdad pudiera dificultarse (peligro de oscurecimiento) (§ 112 (2) StPO: «Eein Haftgrund bestent, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

1. festgestell wird, dass der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen haelt,
2. bei Würdigung der Umstaende des Einzelfalles die Gefahr bestent, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluehtgefahr), oder
3. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde
   a) Bewetsmittel vernichten, veraendern, beiseite schaffen, unterdrücken oder faelschen oder
   b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverstaendige in unlauterer Weise einwirken oder
   c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, dass die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr)».

Vid., asimismo, § 112a (1) 2. y § 113 (2) StPO; en cuanto al «periculum in mora» de la detención, vid. § 127 StPO).

179 En el Código de processo penal, aprobado por Decreto-ley núm. 78/1987, de 17 de febrero, en vigor desde el 1 de junio de 1987, se establecen como requisitos generales para la adopción de medidas cautelares personales, la verificación en el caso concreto de la existencia de peligro de fuga, o de peligro de perturbación del curso de la investigación o de la adquisición, conservación y veracidad de las pruebas, o peligro, en atención a la naturaleza y circunstancias del delito y delincuente, de perturbación del orden público o de continuación de la actividad delictiva (art. 204 C. processo p.: «Nenhuma medida de coacção... pode ser aplicada se em concreto se não verificar: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação, ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em ração da naturaleza e das circunstáncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa».

180 En el C.p.p. se requiere para la adopción de medidas cautelares personales, la demostración bien del peligro de fuga, bien del peligro en lo referente a la adquisición

Distinto es lo que acontece con las cautelares reales, en las cuales, como hemos visto, no se exige demostración alguna del peligro para que el Juez deba proceder a su adopción. La razón de tan diversa regulación puede encontrarse en el mínimo coste que su adopción supone, al menos teóricamente [181], en cuanto no entraña un alto grado de sacrificio para el obligado a ella. Téngase en cuenta además que, como ha señalado DE LUCA [182] y en nuestra doctrina PEDRAZ [183], si llegada la resolución final se comprueba que la medida cautelar fue injustamente acordada, nos encontramos con que la real presenta la teórica ventaja, respecto a la personal, de que con el instrumento de la retroactividad se podría destruir el elemento jurídico de la situación creada, mientras que el elemento económico es susceptible de ser si no eliminado, sí al menos neutralizado, con el instrumento de la indemniza-

---

o veracidad de la prueba, bien peligro de que, atendidas las particulares circunstancias del hecho y la personalidad de su autor, éste cometa graves delitos con el uso de armas, o bien contra el orden constitucional o bien delitos de criminalidad organizada o de la misma especie que aquél por el que se procede (Art. 274 C.p.p.: «1. Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono inderogabili esigenze attinenti alle indagini, in relazione a situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il guidice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, vi è il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cuise procede». Obsérvese que si bien en el apartado c) del precepto citado se recogen como exigencias cautelares lo que podríamos denominar «Tutela de la colectividad», sin embargo se han precisado y delimitado dichas exigencias para evitar una ampliación excesiva de la discrecionalidad en un campo en el cual el ejercicio del poder cautelar debe ser particularmente limitado; se ha adoptado por ello una formulación que recoge el contenido de la sentencia núm. 1/80 en la cual la Corte Constitucional ha definido el concepto de «seguridad colectiva» y, en consecuencia, se han individualizado dos categorías de hechos delictivos (la de los delitos graves contra la seguridad colectiva o el orden constitucional y la de los graves delitos como la criminalidad organizada) cuya potencial realización por parte del imputado, deducible de la específica modalidad y circunstancias del hecho que actualmente se adeuda y no sólo de la personalidad del imputado globalmente considerada, integra por sí misma la «exigencia cautelar» en cuestión; mientras que, con referencia a cualquier otra situación la «tutela de la colectividad» deberá concretarse en el peligro específico de comisión de delitos unidos, sobre el plano de su similar índole, a aquél por el cual se proceda. Consúltese los informes al Proyecto Preliminar y al Texto definitivo del C.p.p. (Supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale, n. 250) y cfr. con la anterior normativa en la que la ausencia de delimitación de estas exigencias de «tutela de la colectividad» habían provocado un peligroso y desmedido uso de la prisión provisional con fines más de «defensa social» que cautelares en sentido estricto.

[181] Teóricamente, decimos, por cuanto en numerosos casos y para numerosas personas supone un mayor grado de sacrificio prestar una fianza o ver embargados sus bienes, que estar sujeto a prisión provisional por un limitado período de tiempo. Vid. en este sentido, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., pp. 108 y 109.

[182] DE LUCA, Giuseppe, *Lineamenti...*, op. cit., pp. 32 y 33.

[183] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Las medidas...*, op. cit., p. 157.

ción [184]. Esto no ocurre, por el contrario, con las personales, toda vez que el interés atacado con la medida cautelar se resuelve en el sacrificio de la libertad personal y, evidentemente, es imposible cancelar retroactivamente el sufrimiento a quien lo ha experimentado [185]. Piénsese, por ejemplo, en la prisión provisional y lo que ella supone de anticipación de la pena [186] [187].

184 Esto al menos teóricamente, ya que hay que tener en cuenta la intrínseca peligrosidad de la medida cautelar y la eventual irreversibilidad de alguno de sus efectos y consecuente irreparabilidad del daño que puede ocasionar al imputado absuelto. Piénsese, por ejemplo, las dificultades que entraña para el sometido a medida cautelar, la obtención de un préstamo bancario.

185 Así, PROTO PISANI, Andrea, «Due note in tema di tutela cautelare», en *Il Foro Italiano*, maggio, 1983, V, 145, estratto, pp. 9, 17 y 25.

186 Este extremo es reconocido y ha sido puesto de relieve por nuestro Tribunal Constitucional, el cual en la sentencia núm. 32/1987, de 12 de marzo, tras señalar que la prisión provisional, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar, ha de regirse por el principio de excepcionalidad, habida cuenta de que consiste sustancialmente en una privación de libertad, subraya «...la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculpado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el art. 33 del Código Penal que "el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta". No es posible ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales». Vid., asimismo, S. T.C. núm. 34/1987, de 12 de marzo, y núm. 117/1987, de 8 de julio. Consúltese, sobre estas primeras sentencias, el interesante estudio y comentario de RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La prisión preventiva: algo más que una medida cautelar. (Comentario a las Ss. T.C. 32 y 34/1987, de 12 de marzo)», en *La Ley*, 1987-2, pp. 1.078 a 1.082.

187 Así DE MARSICO, Alfredo, *Diritto processuale penale*, 4.ª ed., Napoli, 1966, p. 211, el cual señala cómo la distinción conceptual entre prisión preventiva y pena no excluye, por otro lado, que concretamente las dos situaciones sean equivalentes, al menos bajo el perfil de las limitaciones de la libertad personal, que constituye el carácter saliente de ambos institutos. Por ello, resulta una realidad indiscutible el que la prisión preventiva se resuelva, en la práctica, en una anticipación de la pena. Igualmente, DE LUCA, Giuseppe, *Lineamenti...*, op. cit., p. 131, quien llega a establecer el parangón de que la prisión preventiva es a la pena, como la posesión es a la propiedad. Vid., en nuestra doctrina, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?» en *La Ley*, 1984, núm. 2, pp. 1.056 a 1.059; ASENCIO MELLADO, José M.ª, *La prisión...*, op. cit., pp. 181 a 189; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Poder Judicial*, septiembre de 1982, núm. 4, p. 44; de «pena a cuenta» es calificada por MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO CATENA, Víctor, «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria* (obra colectiva), Santiago de Compostela, 1980, p. 423; vid., asimismo, pp. 419 a 425; MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal*, tomo II, op. cit., pp. 381 a 382.

4.4. Conclusión.

En resumen, en nuestro sistema procesal penal, el «periculum in mora» se configura también como un auténtico principio informador o presupuesto de las medidas cautelares reales. No obstante, las importantes singularidades que en su formulación presenta, hace que no sólo existan marcadas diferencias con respecto de sus homólogas civiles, sino incluso en cuanto a las personales penales.

El mero transcurso del tiempo necesario para llegar a la resolución final se presume ocasión de peligro suficiente para temer por su infructuosidad, resultando justificada y necesaria la adopción de medidas cautelares reales. No se precisa, en consecuencia, alegación o demostración alguna del peligro, toda vez que éste aparece presumido, presunción ésta que, como advertimos anteriormente, aparece reforzada por la clara relegación de la fianza personal, deducible de los condicionamientos a que está sometida en virtud del art. 592 LECrim. La intención del legislador con esta regulación ha sido la de proteger del modo más efectivo posible la satisfacción de los créditos derivados del delito para lo cual, nada resulta más eficaz que las modalidades pignoraticia e hipotecaria de fianza y el aval bancario.

CRITERIOS A OBSERVAR EN LA ADOPCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

V.14. CRITERIOS A OBSERVAR EN LA ADOPCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL PROCESO PENAL

El Organo jurisdiccional competente, a la hora de acordar medidas cautelares contra una persona (responsable criminal o tercero civilmente responsable), no sólo deberá tener presente la concurrencia de los presupuestos necesarios para ello («fumus boni iuris» y «periculum in mora»), sino que una vez efectuada dicha constatación deberá, seguidamente, cerciorarse de que la clase de medida que adopte y la intensidad de la misma están justificadas. Como señala GIMENO [371] esta necesidad de justificación del acto instructorio adquiere relevancia constitucional si incide en el ámbito del libre ejercicio de los derechos fundamentales. En tal supuesto, como es el caso de las medidas cautelares reales en lo que suponen de restricción a la libre disposición de los bienes por su titular (art. 33 CE), se hace obligado cumplir con el principio de proporcionalidad de la medida restrictiva con el fin perseguido.

Además, y como otros criterios a observar en la adopción de nuestras medidas, el Organo jurisdiccional deberá tener presente que éstas responden a un criterio de urgencia, lo que, amén de la celeridad y simplicidad del trámite a seguir para su disposición, coimplica el que sean acordadas sumariamente y con ausencia de contradicción.

---

[371] GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal*, tomo II, obra colectiva, cit., p. 75.

15. PROPORCIONALIDAD

15.1. Orígenes de este principio.

El llamado principio de proporcionalidad, es básicamente resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial, por obra del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) [372], Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Tribunales Constitucionales de nuestro entorno europeo occidental, en especial el alemán federal. Dicha máxima connota, en una primera aproximación, el criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos [373]. Es decir, y como precisa PEDRAZ, supone, como medio de protección de los derechos fundamentales de la persona, fijar los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquél debe perseguir y los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados [374].

Ciertamente, el principio de proporcionalidad no es algo nuevo, puesto que ya fue objeto de consideración por autores como BECCARIA [375], MONTESQUIEU [376] o Concepción ARENAL [377], entre otros, al hablar

---

372 Sobre este particular, vid. JIMENO BULNES, M.ª del Mar, «Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *R. Universitaria D. Proc.*, 1987, núm. 0, pp. 137 a 149; PESCATORE, Pierre, «Los principios generales del derecho como fuente del Derecho Comunitario», en *Noticias/CEE*, 1988, núm. 40, pp. 39 a 42; NERI, Sergio, «Le principe de proporcionalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole», en *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1981, núm. 4, pp. 652 y ss., especialmente p. 653; BIANCARELLI, Jacques, «Chronique générale de Jurisprudence communautaire», en *Revue du Marché Comun*, núm. 295, marzo 1986, pp. 138 y ss., especialmente 140 y 141; DRUESNE, Gérard, «La Jurisprudence della Cour de Justice des Communautés Européennes en matière agricole (1958-1977). Cinquième thême: Principe de proportionnalité», en *Revue du Marché Comun*, 1979, núm. 223, pp. 84 a 90; UBERTAZZI, Giovanni Maria, «La causa casati davanti alla Corte C.E.E.: applicabilità inmediata della normativa comunitaria, regole di "standstill" e principio de proporzionalità», en *Diritto e pratica tributaria*, 1981, núm. 3, pp. 633 a 641 (especialmente, pp. 640 y 641).

373 Así, BROWN, Neville L., «General principes of law and the english legal sistem», en *Nouvelles perspectives d'un droit commun de L'Europe*, Florencia, 1978, pp. 178 y ss.

374 PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *Poder Judicial*, 2.ª época, 1990, núm. 17, p. 79.

375 BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, op. cit., pp. 137 a 140.

376 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *De l'esprit des lois*, VI.16 (De la juste proportion des peines avec le crime), en *Oeuvres completes* (présentation et notes de Daniel Oster), tomo I, París, 1964, p. 563.

377 ARENAL, Concepción, *Estudios penitenciarios*, en *Obras completas*, tomo V, vol I, Madrid, 1895, p. 13.

de la necesaria proporción que debía mediar entre delitos y penas y, por otra parte, dicho principio se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo art. 8 se proclamaba que «la Ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias».

Sin embargo, no es menos cierto que en la actualidad se ha venido llevando a cabo una reinterpretación y consiguiente generalización de su uso, como observa PEDRAZ [378], extendiéndose de la estricta proporción entre pena y delito a la proporcionalidad en la fijación y aplicación, tanto de aquélla como de otro tipo de actuaciones, entre las que se encuentran las medidas cautelares. Las razones de esta nueva situación hay que buscarlas en el notable incremento y eficacia de que en la actualidad goza la tutela de los derechos esenciales de los individuos, debido básicamente a dos factores. Por un lado, al reforzamiento cuantitativo y cualitativo de los derechos humanos, producido tras la Segunda Guerra Mundial, reforzamiento que se manifiesta en que los derechos fundamentales dejan de tener un mero valor programático al atenderse a la necesidad de completar las declaraciones constitucionales de dichos derechos fundamentales con un sistema, en la mayoría de los casos judicial, para hacerlas efectivas. Ello ha obedecido a que el concepto liberal de ley, entendida como expresión de la voluntad nacional, tiende a difuminarse y a aparecer como expresión de la voluntad gubernamental aprobada por una mayoría solidaria en Cámara legislativa, aunque meramente deliberante o asesora. Esta transformación de la Ley conduce a la toma de conciencia de la necesidad de proteger los derechos fundamentales, incluso, frente a la propia Ley. La vieja idea decimonónica de protección de la libertad «por la Ley», tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades «contra la Ley». Se ha pasado del principio de legalidad al principio de constitucionalidad. Y esta evolución hace imprescindible, a la vez que posible, el fenómeno extraordinario de una autoridad susceptible de controlar la Ley y proteger y potenciar los derechos fundamentales, control que, en todo caso, debe hacerse en la forma jurídicamente regulada. El otro factor a que antes aludíamos, viene dado por la proliferación de Pactos Internacionales dirigidos a la protección de tales derechos básicos e incluso a la creación

[378] PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», op. cit., p. 334.

de instancias judiciales supraestatales para su defensa, como el T.E.D.H. [379] [380].

Consecuencia de esta nueva situación es que el principio de proporcionalidad, originariamente circunscrito al derecho policial y posteriormente expandido al conjunto del derecho administrativo [381], ha ampliado en la actualidad su campo de acción al terreno de los derechos fundamentales, y ha pasado de ser un «mero principio de derecho natural de carácter programático» [382] a constituir un «principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad, en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales» [383].

---

379 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Principio de proporcionalidad...», op. cit., p. 341; vid., en este mismo sentido, PUGLIESE, Giovanni, «Appunti per una Storia della Protezione dei Diritti Umani», en *La tutela Giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazional ed internazionale (Congreso internazionale straordinario di diritto processuale in occasione dei nono centenario dell'Università di Bologna)*, Bologna, 1988, vol. I, pp. 63 y ss.; FAVOREU, Louis, «La protection jurisdictionelle des droits de l'homme au niveau interne (les droits europeens latins)», en *La tutela giurisdizionale...*, op. cit., p. 71.

380 En el ámbito de los países integrantes de las Comunidades Europeas puede incluso hablarse de un catálogo de Derechos fundamentales comunitarios creado por la jurisprudencia del T.J.C.E. y que, dada la supremacía del Derecho comunitario, vincularía no sólo a las instituciones comunitarias sino también a las de los diversos Estados miembros y a sus ciudadanos. Vid., sobre este punto, CAPPELLETTI, Mauro, «Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional», en *Tribunales europeos y Derechos fundamentales, obra colectiva*, Madrid, 1984, p. 467; LÓPEZ GARRIDO, Diego; MARTÍNEZ HIGUERAS, Angel Javier, y HERNÁNDEZ DEL VALLE, Isabel, *Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1986, pp. 631 y ss.

381 Un resumen de esta evolución puede encontrarse en LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Madrid, 1988, pp. 16 y ss.

382 Así parece conceptuarlo MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, II, Buenos Aires, 1950, p. 31, cuando señala que «el fundamento de poder de policía en el derecho natural exige que la defensa esté *en proporción* con la perturbación; de este modo se fija la *medida* de la potestad de la policía. No cabe presumir que la Ley, mediante las autorizaciones generales en virtud de las cuales procede la autoridad policial haya querido permitir una defensa que exceda a esta medida natural. Así pues, esta medida natural adquiere la importancia de un límite jurídico serio».

383 PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio de proporcionalidad...», op. cit., p. 79. Vid., asimismo, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Principio de proporcionalidad...», op. cit., pp. 342 y 343. Como principio de rango constitucional dimanante del Estado de Derecho, es configurado, asimismo, por SCHAEFER, Karl, *Strafprozessrecht Eine Einfürung*, Berlín-New York, 1976, p. 17; RUPP, Hans Heinrich, «Ermessenspielraum und Rechtsstaatlichkeit», en *NJW*, 1969, p. 1.275; KNAPP, Blaise, *Précis de droit administratif*, 10.ª ed., Bale et Francfort sur le Main, 1982, p. 61, núm. 253; MAUNZ, Theodor, DURIG, Günter y otros, *Grundgesetz (Kommentar)*, II, München, 1986, arts. 18 (6.44), 20 (3.bb.18), etc.; ABAL OLIU, Alejandro, «¿Cuándo disponer la libertad provisional?», op. cit., p. 172.

15.2. Su concepto y alcance, en general.

A la hora de definir este principio de proporcionalidad, resultan altamente clarificadoras las dos nociones que de él ha elaborado el Tribunal Federal suizo [384]. Según una concepción sumaria (o estricta), este principio significaría que la medida adoptada debe permitir alcanzar el objetivo por ella pretendido. Según una formulación más elaborada (o amplia), la medida adoptada debe ser adecuada para el logro del fin perseguido respetando lo más posible la libertad del individuo, de una parte y, de otra, debiendo existir una relación razonable entre el resultado buscado y los límites a la libertad necesarios para obtener ese resultado.

Estas dos nociones reseñadas nos permiten afirmar, con KNAPP [385], que el principio de proporcionalidad se descompone en realidad en tres, llamémosles, subprincipios:

15.2.1. «Principio de adecuación».

En primer lugar, el «principio de adecuación» conforme al cual, la medida adoptada debe ser adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido. Nos encontramos así con la proporcionalidad entre medio y fin, noción frecuentemente manejada tanto por nuestro Tribunal Constitucional (T.C.), que habla de la exigida adecuación o «congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante» [386], como por el Bundesverfassungsge-

---

[384] A.T.F. (Arrêts du Tribunal Fédéral suisse). Reccueil Officiel 102.Ia. 522 X.; 97 I 508 Griessen, cit. por KNAPP, Blaise, *Précis...*, op. cit., p. 74, núm. 309.

[385] KNAPP, Baise, *Précis...*, op. cit., p. 75, núm. 312.

[386] S. TC. 13/1985, de 31 de agosto, FJ.3. Vid. asimismo, Ss. TC.: 75/1983, de 3 de agosto, FJ. 2; 108/1984, de 26 de noviembre, FJ. 2 B) (fianza carcelaria); 66/85, de 23 de mayo, FJ. 1 (constitucionalidad del Proyecto de L. O. por el que se deroga el cap. II del título VI L.O.T.C. relativo al recurso previo de inconstitucionalidad); 178/85, de 19 de diciembre, FJ. 3 (arresto del quebrado: «...El art. 17.1 (C.E.) no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que ... por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aún previstas en la Ley— restricciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable ... es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esta limitación ha de ser proporcional al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada...»); 51/86, de 24 de abril, FJ. 5 (Derecho de huelga y servicios mínimos); 53/86, de 5 de mayo, FF.JJ. 3 y 4 (Derecho de huelga); 65/86, de 22 de mayo, FF.JJ. 2 y 3 (proporcionalidad de las penas: «...En principio el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por

richt alemán (BVerfG), para quien un medio se considera adecuado al fin «cuando con su ayuda se favorece el resultado apetecido» [387], T.J.C.E. para el cual, advierten NERI [388] y PESCATORE [389], el principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de una adecuación estricta entre el fin legal que el legislador o la Administración Pública persigue y los medios elegidos para la realización de este fin [390] y, finalmente, el TEDH para quien el canon de proporcionalidad, que constituye un instrumento básico para llevar a cabo el control sobre la conformidad o disconformidad de la actuación de los poderes estatales con el Convenio europeo de derechos humanos, connota, entre otros extremos,

---

la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de Justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador son adecuados o no a dicha finalidad o si son o no proporcionados en abstracto...»); 76/86, de 9 de junio, FJ. 3 (Derechos profesionales y pasivos del personal que prestó servicios a la Administración autónoma vasca); 166/86, de 19 de diciembre, FJ. 11 (caso Rumasa: «...La esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora ...); 196/87, de 11 de diciembre, FF.JJ. 5, 6 y 7 (Incomunicación del detenido: «...las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen»); 4/1988, de 21 de enero, FJ. 5 (Tutela judicial efectiva y paralización temporal de las ejecuciones derivadas de acciones individuales de acreedores de entidades aseguradoras); 11/88, de 2 de febrero, FJ. 3 (Derecho de igualdad y concursos de traslado de profesores de Bachillerato); 15/88, de 10 de febrero, FJ. 4 (Tutela judicia efectiva y decisiones judiciales de inadmisión); 19/88, de 6 de febrero, FJ. 8 (Arresto sustitutorio del art. 91 C.P.); 98/89, de 1 de junio, FJ. 13 (proporcionalidad de la medida de separación del Cuerpo —420.1.f) L.O.P.J.—); 76/90, de 26 de abril, FJ. 9 (principio de igualdad: «...para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos»).

387 Así, BVerfG 30, 292 (316); 39, 210, 230, de manera que una adecuación parcial puede bastar. Vid. sobre este particular, GARRORENA MORALES, Angel, «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, otoño, 1981, núm. 11, el cual en las pp. 14 y 15 resume brevemente la evolución del BVerfG del principio de proporcionalidad de medios a fines; para un análisis más exhaustivo, vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio...», op. cit., pp. 84 y ss.

388 NERI, Sergio, «Le principe de proporcionalité...», op. cit., p. 653.

389 PESCATORE, Pierre, «Los principios generales ...», op. cit., pp. 39 y 40.

390 S.T.J.C.E. 2-12-1982. As. 272/1981. Rec. 1982-11, p. 4.167. Vid., asimismo, S. 13-12-1979. As. 44/1979. Rec. 1979-3, p. 3.727 (relación razonable entre la medida prevista y objetivo pretendido); S. 19-6-1980. Ass. 41.121 y 796/1979. Rec. 1980-5, p. 1.997; S. 26-6-1980. As. 136/1979. Rec. 1980-5, pp. 2.028 a 2.031 y 2.059; S. 19-9-1984. As. 94/1983. Rec. 1984-8, pp. 3.263 y ss.; S. 6-11-1984. As. 182/1983. Rec. 1984-10, pp. 3.685 y 3.686; S. 7-2-1985. As. 240/1983. Rec. 1985-2, p. 549.

que la medida adoptada deba permitir alcanzar el objetivo pretendido [391].

15.2.2. «Principio de necesidad».

En segundo lugar, el «principio de necesidad» de acuerdo con el cual se trata de considerar si el fin de interés público perseguido exige que sea la medida proyectada la que se adopte en el supuesto concreto. Es decir, se trata de responder al interrogante de si esa medida concreta es la precisa para asegurar el respeto de la Ley o del interés público y de si dicha medida no va más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz. Se trata, por tanto, de ponderar medida e interés público y, además, preguntarse, en caso de conflicto entre dos intereses públicos, si el interés público que será satisfecho con la medida acordada es de mayor peso que el sacrificado por ella [392]. Aparece así el principio de proporcionalidad en sentido concreto, como criterio operativo para censurar cualquier intromisión en la esfera privada del individuo que no encuentre apoyo en la necesidad de protección de bienes o intereses públicos y generales constitucionalmente sancionados. Se trata de censurar, en suma, la mayor relevancia de los intereses de la comunidad a proteger, que hacen necesaria para alcanzar el resultado previsto, la adopción de esa determinada medida.

A esta cuestión se ha referido nuestro T.C. afirmando que «la Constitución no impide al Estado proteger bienes constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconoci-

---

[391] Vid., entre otras, las siguientes sentencias del T.E.D.H.: 27-10-1975 (Sindicato Nacional de Policía belga: «...se viola la igualdad si la diferencia de trato no tiene una justificación objetiva y razonable ... una diferencia de trato no sólo debe perseguir un fin legítimo, también hay violación del art. 14 CEDH cuando quede claramente establecido que no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desee alcanzar»); 6-2-1976 (Caso Schmidt y Dahlstrom); 18-1-1978 (Caso Irlanda contra Reino Unido); 26-4-1979 (Caso The Sunday Times); 13-6-1979 (Serie A. núm. 31. Caso Marckx: «una distinción es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar»); 13-8-1981 (Serie A, núm. 44. Caso Young, James y Webster: «...A la luz de las circunstancias del caso, el daño infligido a los demandantes (presiones para forzar su afiliación a una asociación sindical contraria a sus convicciones) se revela superior al que exige la realización de un justo equilibrio entre los distintos intereses en presencia; y no puede ser considerado proporcionado a los fines perseguidos...»); 25-3-1983 (Caso Silver, Noé, Colne y otros. Violación del secreto de correspondencia en las cárceles); 25-3-1985 (Caso Barthold); 28-5-1985 (Caso Abdulaiz, Cabales y Balkundali); 24-3-1988 (Caso Olsson); 24-5-1988 (Caso Müller y otros); 20-6-1988 (Caso Schönenberger y Durmaz); 21-6-1988 (Caso Berrehab); 26-10-1988 (Caso Soering. Caso Gaskin); 28-3-1990 (Caso Groppera Radio AG y otros); 24-4-1990 (Caso Huving. Caso Kruslin).

[392] KNAPP, Blaise, *Prècis de droit...*, op. cit., p. 75.

dos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional (...). En este marco constitucional el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificados en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionados a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial» [393], advirtiendo que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» [394].

Por su parte, el T.J.C.E. ha declarado la exigencia de que «los actos de las instituciones comunitarias no sobrepasen los límites de aquello que sea apropiado para alcanzar el objetivo pretendido» [395] [396]. Como

---

[393] S. TC. 196/1987, de 11 de diciembre, FJ. 6. Con base en esta mayor relevancia de los intereses colectivos, necesaria para cualquier intromisión en el «status civitatis» del individuo, el TC. se pronunció, en el FJ. 7 de esta misma sentencia, por la proporcionalidad de la medida de incomunicación del detenido, afirmando que las «adoptadas bajo las condiciones previstas en la Ley sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución (defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, arts. 10.1 y 104.1 CE) y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de abogado ... no puede calificarse de medida irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales citados, pues la limitación que se impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes...». Asimismo, en la S. 19/88, de 16 de febrero, FJ. 8 se pronunció por la constitucionalidad del arresto sustitutorio del art. 91 C.P. por impago de la multa, no considerándola una medida desproporcionada en cuanto resulta necesaria para procurar «...un fin constitucionalmente inobjetable (:) que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida (la de multa) pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito (los declarados insolventes)... En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejadas a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso...».

[394] S. TC. 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1 (Proyecto de Ley Orgánica por el que se derogaba el cap. II del Tít. VI L.O.T.C., suprimiéndose el recurso previo de inconstitucionalidad). Consúltese, asimismo, las siguientes Ss. TC.: 62/1982, de 15 de octubre, FJ. 5 (Libertad de expresión); 53/1986, de 5 de mayo (Derecho de huelga y servicios mínimos); 13/1985, de 31 de enero, FF.JJ. 2 y 3 (Secreto sumarial); 55/1990, de 29 de marzo, FF.JJ. 7 a 9 (Libertad de expresión); 76/1990, de 26 de abril, FJ. 9 (Principio de igualdad).

[395] S.T.J.C.E. de 17-5-1984; As. 15/1983. Rec. 1984-5, p. 2.171. En el mismo sentido, Ss. 20-2-1979; As. 122/1978. Rec. 1979-1, p. 677; 23-2-1983. As. 66/82, Rec. 1983-2, p. 395.

[396] Por ejemplo, en materia agrícola el T.J.C.E. ha utilizado el principio de proporcionalidad como un elemento esencial de control jurisdiccional para determinar, de una parte, si las instituciones comunitarias han adoptado actos de política común restrictivos de la libertad de los operadores económicos, los cuales sólo estarían justificados en la medida que fueran estrictamente necesarios para alcanzar los objetivos del

destacó el Informe del Abogado General en la sentencia de 18 de marzo de 1980, el respeto al principio de proporcionalidad «conlleva que la medida sea objetivamente precisa para obtener el resultado deseado, lo que (entre otros extremos) implica: ... que el efecto restrictivo sea necesario con vistas a realizar el interés general...» [397]. En consecuencia «...a fin de establecer si una disposición de derecho comunitario es conforme al principio de proporcionalidad importa verificar, en primer lugar, si los medios puestos en práctica por dicha disposición para realizar su pretendido objetivo, se corresponden con la importancia de tal objetivo y, segundo, si son necesarios para su logro... Cuando el principio de proporcionalidad y su respeto sean puestos en duda hace falta determinar ante todo el objetivo perseguido por una reglamentación a fin de apreciar si los medios empleados para asegurar su respeto son o no excesivos... El principio de proporcionalidad no requiere únicamente examinar si en relación al fin perseguido parecen adecuados los medios empleados sino, y lo que reviste más importancia... saber si las sanciones previstas en interés de un único fin son apropiadas en comparación a aquellas que deban garantizar que se alcanza otro fin más importante...» [398].

Para el BVerfG, la máxima de proporcionalidad en cuanto exigencia ínsita en el Estado de Derecho, aparece como «expresión de la pretensión general de libertad del individuo frente al Estado, no siendo susceptibles (los derechos fundamentales) de ser restringidos desde lo público más que en la estricta medida en que fuere ineludible para la protección de intereses generales» [399] [400]. Consecuentemente con estos planteamientos, el BVerfG en el enjuiciamiento de estas cuestiones entiende que cuanto más sensible sea la intrusión de una norma en la posición jurídica del individuo, más relevantes deberán ser los inte-

---

art. 39 del Tratado de Roma; de otra parte, para enjuiciar la licitud o ilicitud de las medidas de salvaguardia o protección adoptadas por la autoridad comunitaria o por los Estados miembros con su autorización, que al suponer una derogación a las reglas de funcionamiento normal del Mercado Común, sólo encuentran justificación si están limitadas a las que se evidencian como estrictamente necesarias a la vista de las particulares circunstancias del momento. Vid. estas cuestiones y la Jurisprudencia recaída en esta materia, en DRUESNE, Gérard, «La jurisprudence de la Cour de Justice...», op. cit., pp. 84 a 90.

[397] S.T.J.C.E. de 18-3-1980. As. 52/1979. Rec. 1980-3, pp. 857 y ss.

[398] S.T.J.C.E. de 23-2-1983. As. 66/1982. Rec. 1983, p. 395.

[399] BVerfGE 19, 342 (348). Vid., asimismo, Ss. 20, 162, 189; 34, 266, 267.

[400] En este mismo sentido, STEIN, Ekkehart, *Derecho político* (trad. SÁINZ MORENO), Madrid, 1973, p. 248, sostiene que «sólo podrán ser lesionados los derechos fundamentales cuando cumpliéndose las condiciones necesarias para su limitación, los perjuicios causados guarden relación (sean proporcionados) a las ventajas obtenidas».

reses de la comunidad que se hallen en colisión con ella y «cuanto más profundamente afecte la invasión a formas básicas de expresión de la libertad de acción humana, mayor será el cuidado con el que tendrán que mensurarse los motivos aducidos para su justificación frente a la pretensión fundamental de libertad del ciudadano» [401]. Los derechos fundamentales constituyen una «ordenación jerárquica de valores» dentro del sistema de valores de la Constitución [402], en virtud de lo cual el BVerfG ha llevado a cabo una aplicación diferenciada del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales, en atención a los distintos grados de protección de las garantías fundamentales [403].

En lo que concierne al T.E.D.H., éste se ha pronunciado con bastante precisión sobre estos extremos, en lógica consonancia con su tarea de aplicar e interpretar el C.E.D.H. Precisamente y en lo que este Convenio supone de justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la Comunidad y el respeto de los derechos fundamentales, el T.E.D.H. exige que cualquier medida adoptada por los poderes estatales que suponga una intromisión en esa esfera básica de los ciudadanos, precisa, para ser legítima y proporcionada, que sea «necesaria en una sociedad democrática» [404]. Respecto a qué ha de entenderse por medida «necesaria en una sociedad democrática», ha precisado el T.E.D.H. que no ha de interpretarse el adjetivo «necesaria» como sinónimo de «indispensable», y que tampoco tiene la flexibilidad de términos como «admisible», «normal», «útil», «razonable», u «oportuno». «Necesaria en una sociedad democrática» significa que, para estar de acuerdo con el CEDH, la intervención debe corresponder especialmente a «una necesidad social imperiosa» y «ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida [405].

---

401 BVerfGE 17, 306 (313); 20, 150 (159).

402 BVerfGE 7, 198 (215).

403 Consúltese ampliamente, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio de proporcionalidad...», op. cit., pp. 88 y ss., y bibliografía ivi cit.

404 Este concepto ha sido también empleado por nuestro T.C. en su S. 55/1990, de 28 de marzo, F.J. 5 (inconstitucionalidad del art. 8.1 de la L. O. 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

405 S.T.E.D.H., 25-3-1983 (Caso Silver, Noé, Colne y otros. Violación del secreto de la correspondencia en las cárceles, p. 97). En el mismo sentido, vid. Ss T.E.D.H., 7-12-1976 (Caso Handyside, relativo a la libertad de expresión) a la cual remite la sentencia que acabamos de mencionar; 6-9-1978 (Caso Klass y otros; Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad en una sociedad democrática. Garantías judiciales); 26-4-1979 (Caso The Sunday Times; Violación del art. 10 C.E.D.H.); 13-8-1981 (Serie A, núm. 44. Caso Young, James y Webster; Libertad de asociación sindical); 22-10-1981 (Caso Dudgeon; arts. 8 y 14 C.E.D.H. Homosexualidad); 25-3-1985 (Caso Ashingdane; Internamien-

15.2.3. «Principio de subsidiariedad» (alternativa menos gravosa).

Por último, y como tercera exigencia o manifestación del criterio de proporcionalidad, el principio de subsidiariedad: se trata de responder a la pregunta de si aun siendo la medida en cuestión adecuada y necesaria, no existe otra que sea menos lesiva para el interés privado. Se trata de examinar si la medida proyectada es la menos grave posible de cuantas se disponen para alcanzar eficazmente el resultado perseguido [406]. Nos encontramos aquí con otra exigencia dimanante del principio de proporcionalidad: la alternativa menos gravosa. Es decir, que para cumplir con el citado principio, la medida no sólo debe ser apta y necesaria para la consecución del objetivo, sino que, además, esta finalidad de interés general perseguida, no ha de poder ser alcanzada con otra medida igualmente eficaz, pero que lesione con menor intensidad los intereses privados [407]. En este sentido se ha pronunciado en diversas sentencias el T.J.C.E. [408], el Tribunal Constitucional alemán [409], y también nuestro T.C., el cual, por ejemplo, ha considerado no ajustado al principio de proporcionalidad, el arresto carcelario del quebrado, toda vez que la finalidad de que éste se encuentre personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, puede lograrse con una medida menos restrictiva como la de arresto domi-

---

to forzoso en un hospital psiquiátrico); 8-7-1986 (Caso Lingens; Art. 10 C.E.D.H. Libertad de expresión); 24-3-1988 (Caso Olsson); 24-4-1988 (Caso Müller y otros. Libertad de expresión); 20-6-1988 (Caso Schönenberger y Durmaz; Secreto de correspondencia en las cárceles); 21-6-1988 (Caso Berrehab. Permiso de residencia); 26-10-1988 (Caso Norris. Homosexualidad); 22-2-1989 (Caso Barfod.); 30-3-1989 (Caso Chapell. art. 8 C.E.D.H.); 7-7-1989 (Caso Soering; art. 3 C.E.D.H. Extradición); 20-11-1989 (Caso Markt Intern Verläg GmbH y Klaus Beermann; art. 10 C.E.D.H.); 28-3-1990 (Caso Groppera Radio AG y otros; art. 10 C.E.D.H.).

406 Vid., en este sentido, KNAPP, Blaise, *Précis de droit...*, op. et locs. cits.

407 Así, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 76, y concretamente, respecto de la detención, p. 357. Referido a la prisión provisional, vid. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal*, tomo II, obra colectiva, cit., p. 381; ASENCIO MELLADO, José M.ª, «Hacia la reforma...» ,op. cit., p. 73.

408 Vid., por ejemplo, Informe del Abogado General en la S. 18-3-1980 (As. 52/79. Rec. 1980-3, pp. 857 y ss., donde se indica que el respeto del principio de proporcionalidad conlleva, entre otros extremos, que el efecto restrictivo se limite a la medida menos gravosa. Consúltese, asimismo, Ss. 20-2-1979 (As. 122/1978. Rec. 1979-1, p. 691); 16-5-1979 (As. 2/1978. Rec. 1979-2, p. 1796); 13-7-1962 (As. 49/1961. Rec. 1962, pp. 704-5). Vid., asimismo, PESCATORE, Pierre, «Los principios...», cit., p. 40, quien señala que en la elección entre diversas medidas posibles, la Administración debe dar preferencia a aquellas que comportan las mínimas restricciones a las libertades garantizadas por el Tratado.

409 BVerfGE 19, 342, 348; 30, 292 a 316; 34, 266, 267.

ciliario por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad señalada [410].

15.2.4. Necesidad de motivación de la resolución.

Pero el principio de proporcionalidad, además de los tres componentes básicos en que se desglosa, cuyo contenido y alcance acabamos someramente de exponer, connota, según nuestro T.C. [411], para su efectivo reconocimiento, una última exigencia que se traduce en la necesidad de motivación de la resolución por la cual se adopte la medida restrictiva del derecho fundamental en cuestión [412]. Esta circunstancia ha sido formulada por nuestro T.C., en los siguientes términos: «...toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada» [413] «de forma tal que se cumpla el fin esencial de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho, y permitir, asimismo, la posterior fiscalización, en su caso, de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia. Sin que sean suficientes, por tanto, indicaciones genéricas... de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho... se impone» [414].

15.3. En particular, su alcance en relación a las medidas cautelares.

Todo lo hasta aquí expuesto nos permite afirmar que el principio de proporcionalidad, aplicado a las medidas cautelares, supone que tales medidas: han de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al inculpado; que, además, la

---

410 S. TC. 178/1985, de 19 de diciembre, FJ. 3.

411 S. TC. 53/1986, de 5 de mayo, FJ. 6.

412 En la literatura española, GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso...*, op. cit., p. 76, dice que es una nota esencial que puede extraerse de este principio.

413 Así S. TC. 62/1982, de 15 de octubre, FJ. 2 B) (libertad de expresión); vid., asimismo, Ss. TC. 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 8 (diligencias probatorias y vulneración del derecho a la intimidad) y 66/1989, de 17 de abril, FJ. 5 (prisión provisional bajo fianza).

414 S. TC. 53/1986, de 5 de mayo, FJ. 6 (Derecho de huelga); vid., asimismo, S. TC. 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 8, cit., que otorgó el amparo a la recurrente, precisamente por la falta de motivación del mandato judicial para que ésta se sometiera a examen médico-forense a fin de detectar señales de una posible interrupción del embarazo. Tal carencia de motivación hizo que el mandato judicial se presentara «como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida, y de su proporcionalidad, por referencia al derecho que tan gravemente se acordó limitar...», puesto que «...toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales, debe ser adoptada con la correspondiente fundamentación...».

medida en concreto adoptada, sea precisamente la necesaria para alcanzar de modo eficaz el objetivo previsto y, finalmente, que resultando la menos gravosa, sea susceptible de ser asumida por el sujeto pasivo de la medida, el cual, en todo caso, tiene derecho a que la actuación que contra él se acuerde, lo sea mediante resolución motivada que le permita tomar razón de los motivos por los que se limita su derecho, posibilitando asimismo, su eventual fiscalización por los Tribunales de Justicia.

15.3.1. Medidas cautelares personales.

Es cierto que en los últimos tiempos se viene hablando con relativa frecuencia del principio de proporcionalidad y las medidas cautelares. Baste observar a este respecto la plasmación que en los más recientes textos procesales de nuestro entorno ha tenido este principio de proporcionalidad y valga así como muestra de ello, las continuas referencias que al mismo se efectúan en el nuevo «codice di procedura penale» [415] y en el también nuevo «Código de processo penal» [416] [417]. Sin embargo, debe advertirse que esta reflexión sobre la vigencia del principio de proporcionalidad se ha centrado, si no de modo exclusivo, sí

---

[415] Texto procesal penal aprobado por Decreto núm. 47/1988, de 22 de septiembre, en vigor desde octubre de 1989. En cuanto a las citadas referencias al principio de proporcionalidad, consúltense los arts. 275.1, 2 y 3, 299.2 y 319.2; especialmente, el art. 275.2 dispone que «toda medida debe ser proporcionada a la entidad del hecho y a la sanción que se considere que pueda ser impuesta». En el propio Informe al Proyecto Preliminar de C.p.p (Suplemento ordinario núm. 2 a la Gaceta Oficial, Serie General núm. 250 de 24 de octubre de 1988, fecha de publicación del C.p.p.), expresamente se dispone que en el art. 275 se fijan los criterios que deben guiar al Juez, en relación a los particulares casos concretos, en la elección entre las diversas medidas cautelares personales. Así, mientras que en el párrafo 1 se encuentra expresado el denominado «principio de adecuación», determinante no sólo para decidir si hacer uso del poder cautelar genéricamente entendido sino además para decidir qué instrumento cautelar utilizar, en el párrafo 2, se encuentra enunciado el «principio de proporcionalidad» de las medidas, que asume su específico valor en relación y para integración del de adecuación.

[416] Código aprobado por Decreto-ley núm. 78/1987, de 17 de febrero, en vigor desde el 1 de junio de 1987. Consúltese, como más significativo, el art. 193, en sus tres apartados; especialmente, el primero de ellos dispone que «las medidas de coacción y garantía patrimonial a aplicar en el caso concreto deben ser adecuadas a las exigencias cautelares que el caso requiere y proporcionadas a la gravedad del delito y a las penas que previsiblemente deban ser aplicadas».

[417] No obstante, la regulación legal que primeramente exigió de modo expreso el cumplimiento del principio de proporcionalidad, fue la de la República Federal Alemana, donde el parágrafo 112 de la StPO señala que «...no podrá ordenarse (la prisión provisional) cuando fuera desproporcionada respecto a la importancia de la causa y la pena o medida de seguridad esperadas...». Vid., asimismo, §§ 81.2, 81.c).2, 120.1 y 163.b).2.

al menos prioritariamente, en las cautelares personales [418], medidas en las que por restringir uno de los derechos más esenciales del individuo, cual es la libertad personal, el test de proporcionalidad resulta de inexcusable aplicación. La explicación a tal circunstancia pudiera residir en que es independiente que el principio de proporcionalidad esté constitucionalmente consagrado o venga exigido expresamente por la Ley procesal penal [419] para afirmar su exigibilidad como presupuesto general a la hora de adoptar este tipo de medidas. Y ello porque en materia cautelar personal, el criterio de proporcionalidad deriva su obligatoriedad del art. 18 del C.E.D.H., conforme al cual, «...las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas». Este artículo, puesto en relación con el art. 5 del expresado Convenio, en el que se contemplan las excepciones a la libertad y seguridad personales, imponen la obligación a los Estados contratantes (entre los cuales se encuentra el español), de que cualquier actuación que suponga una restricción a estos derechos, habrá de ser legalmente adoptada y ajustada a las finalidades admitidas en el art. 5 del C.E.D.H., gozando el T.E.D.H. de competencia para llevar a cabo el control de la conformidad o disconformidad con el Convenio de la medida en cuestión, empleando para ello, como instrumento básico, el canon de proporcionalidad. Téngase en cuenta, asimismo, que la imperatividad del C.E.D.H. se encuentra expresamente reconocida en nuestra C.E., la cual en su art. 10.2 establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las

---

[418] Obsérvese que en la StPO, las escasas referencias a la proporcionalidad se centran, básicamente, en una medida cautelar personal cual es la prisión provisional, y que en el C.p.p, mientras que son más frecuentes y expresas las exigencias de proporcionalidad en relación con las personales (arts. 275, 277.1, 299.2), la única referencia que se hace respecto de las reales es la contenida en el art. 319.2 (posibilidad de revocar el embargo preventivo cuando se ofrezca caución proporcionada al valor de las cosas embargadas). Por último, y si bien en el Código portugués se exige en cambio un expreso cumplimiento de nuestro principio para ambos tipos de medidas (art. 275), lo cierto es que alcanza un mayor despliegue con respecto a los personales, como lo muestra su propia Exposición de Motivos en la que se dispone que con la ampliación del espectro de medidas de coacción (personales), no sólo se permite una mayor maleabilidad en la elección de las soluciones aplicable al caso concreto, con respecto a las exigencias de proporcionalidad y de necesidad, sino que permite, sobre todo, la realización efectiva del principio constitucional de subsidiariedad de la prisión preventiva.

[419] En materia de medidas cautelares personales, BARONA VILAR entiende que el principio de proporcionalidad existe en nuestro derecho positivo, identificándolo con la facultad discrecional o arbitrio del órgano jurisdiccional a la hora de valorar, medir y aplicar unas circunstancias que, de alguna manera, se encuentran vagamente acuñadas en la ley. («El principio de proporcionalidad...», op. cit., pp. 849 a 851; también en su monografía, *La prisión provisional...*, op. cit., pp. 68 a 70.)

libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», los cuales, conforme al art. 96.1 C.E. «... una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...».

En consecuencia, la proporcionalidad de la medida cautelar personal acordada, no sólo podrá ser enjuiciada a través de los recursos ordinarios que según la LECrim. procedan, sino que además cabe la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, por el juego de los arts. 53.2 y 17.1 de la C.E., debiendo observarse que cuando el último de los artículos mencionados habla de «los casos y forma previstos en la Ley», comprende también bajo este término las prescripciones del C.E.D.H. y las interpretaciones que sobre el mismo ha efectuado el T.E.D.H.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el T.E.D.H. ha extendido la demanda de proporcionalidad de la medida cautelar personal no sólo a la estricta aplicación o fijación de la medida en cuestión [420], sino además a su duración [421], extensión [422], e incluso, a su ejecución [423], exigencias recogidas asimismo por el BVerfG [424], plasmadas en los re-

---

[420] Consúltese, por ejemplo, S.T.E.D.H. 24-10-1979 (Serie A, núm. 33, aps. 37, 39 y 45. Caso Winterwerp).

[421] Así, Ss. T.E.D.H. 27-6-1968 (Caso Neumeister); 10-11-1969 (Caso Matznetter), (Caso Stoegmüller); 16-7-1971 (Caso Ringeisen); 4-12-1979 (Caso Schiesser), en consonancia con el art. 5.3 del C.E.D.H., que exige la puesta en libertad desde el momento en que la medida cautelar deje de estar justificada o, como señala en la S. 27-6-1968 (Caso Wemhoff), la medida «no puede mantenerse más allá de los límites razonables».

[422] Así, S.T.E.D.H. 27-6-1968 (Caso Neumeister), en la cual determinó que «...la finalidad de la garantía que prevé dicho precepto (se refiere a la fianza carcelaria y al art. 5.3 del C.E.D.H.) es asegurar la comparecencia del acusado en el juicio y no la reparación del daño causado. Su cuantía, por tanto, debe considerarse principalmente en relación al interesado, a sus medios de vida, a sus lazos con quienes puedan afianzarle y, en resumen, a la confianza que se tenga en que la perspectiva de pérdida o ejecución de la garantía, en el supuesto de no comparecer en el juicio, será freno bastante para eliminar cualquier idea de fuga». En consecuencia, el T.E.D.H. entiende que será desproporcionada la fianza carcelaria si no se atiende a estos criterios y se pretende cubrir con ella lo que corresponde a la «iudicatum solvi», en un intento además de justificar una prórroga irrazonable de la prisión provisional.

[423] Vid., por ejemplo, S.T.E.D.H. 28-5-1985 (Caso Ashingdane. Internamiento forzoso en un hospital psiquiátrico; art. 5.1.e) y 5.4 del C.E.D.H.); S. 25-3-1983 (Caso Silver, Noé, Colne y otros. Violación del secreto de la correspondencia en las cárceles); S. 21-2-1975 (Caso Golder. Obstáculos al derecho al respeto de la correspondencia).

[424] Así, BVerfGE 34, 369, 380; 36, 273, etc. (relativas a la duración de la prisión provisional); 34, 384, 397 (sobre condiciones y lugar de cumplimiento de la prisión provisional).

cientes textos procesales penales portugués [425] e italiano [426], y de las que, en cierta medida, se ha hecho eco nuestro T.C. Nuestro Juez de las leyes ha tenido en cuenta la imperatividad de este baremo, estimando vulnerados los derechos del recurrente en amparo al serle impuesta una medida cautelar personal, cual es la fianza carcelaria, sin haber efectuado previamente el juicio de razonabilidad o proporcionalidad [427].

---

[425] Así, en cuanto a la proporcionalidad en la aplicación, obsérvese, por ejemplo, el art. 198, que al regular la medida cautelar de obligación de presentación periódica ante la autoridad judicial o policial, dispone que el Juez, para determinar los días y horas en que deberá cumplir el «arguido» tal obligación, deberá tomar en cuenta las exigencias profesionales de éste y la localidad en que habita; la proporcionalidad en la extensión se evidencia, por su parte, v.gr., en el art. 197, regulador de la caución, en cuyo apartado 3 se determina que en la fijación de su montante «se toman en cuenta los fines de naturaleza cautelar a los que se destina la gravedad del delito imputado, el daño causado por éste y la condición socio-económica del "arguido"»; la proporcionalidad en la duración se encuentra presente en todas y cada una de las medidas cautelares, como se comprueba con la lectura de los arts. 215 a 218 del Código, y, finalmente, la proporcionalidad en la ejecución, de la cual dan fiel constancia los artículos 193.3 («La ejecución de las medidas de coacción... no debe perjudicar el ejercicio de derechos fundamentales que no fueren incompatibles con las exigencias cautelares que el caso requiere») y 211 (donde se prevé la suspensión de la ejecución de la prisión preventiva obedeciendo a razones de proporcionalidad, ya que se refiere a enfermedad grave, embarazo o puerperio, sustituyéndose por la medida de obligación de permanencia en la habitación o por la de internamiento hospitalario) del «Código de processo».

[426] Así, y por lo que se refiere a la proporcionalidad en la aplicación o fijación de la medida, resultan significativos los arts. 275.1 («Al disponer la medida, el Juez tiene en cuenta la específica idoneidad de cada una en relación a la naturaleza y al grado de las exigencias cautelares a satisfacer en el caso concreto») y 282 (referida a la medida cautelar de obligación de presentación a la policía judicial, cuyo apartado 2 dispone que «el juez fija los días y horas de presentación, teniendo en cuenta la actividad laboral y el lugar donde habita el imputado») del C.p.p.; en cuanto a la proporcionalidad en la duración de las medidas, sirva de muestra la regulación que en el art. 303 del «Codice» se efectúa respecto a los términos de duración máxima de la prisión provisional; finalmente, y en lo relativo a la proporcionalidad en la ejecución de las medidas cautelares, basta que nos detengamos en el art. 277, el cual, en su apartado 1, dispone que «las modalidades de ejecución de las medidas deben salvaguardar los derechos de la persona sometida a ellas, cuyo ejercicio no sea incompatible con las exigencias cautelares del caso concreto».

[427] Nos referimos a las Ss. TC. 108/1984 y 66/1989. En la S. TC. 108/1984, de 26 de noviembre, FJ. 4, nuestro Organo de Justicia constitucional consideró que en los casos en que recayere sentencia absolutoria, y contra ella se interpusiere recurso de casación, el mantenimiento de la fianza carcelaria requiere un juicio de razonabilidad, por parte del Tribunal, teniendo en cuenta, de una parte, la finalidad perseguida, que no es ya la de permitir eludir la prisión provisional, sino la de constituir una garantía en orden a la comparecencia para la ejecución del fallo que pueda dictarse eventualmente en casación, si se estimara el recurso. De otra parte, deberá tener en cuenta las circunstancias concurrentes, como la existencia de la sentencia absolutoria que goza en principio de una presunción de validez, y otras que puedan apreciarse en relación al imputado y que puedan conducir a fundamentar el juicio de proporcionalidad. Las resoluciones que mantengan la fianza sin efectuar el juicio mencionado, vulneran el derecho a la presunción de inocencia que establece el art. 24.2 C.E., el cual exige que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción a la libre disposición de los bienes, se fundamenten en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concu-

15.3.2. Medidas cautelares reales.

En lo que respecta a las medidas cautelares reales, ¿cuál es la vigencia del principio de proporcionalidad? Ciertamente, aquí es imprescindible partir de la base de que no está explícitamente enunciado en nuestra Constitución, y que la aplicación que de él se ha hecho por nuestro Tribunal Constitucional no ha sido todo lo rigurosa que debiera, no habiendo elaborado un concepto claro de este principio [428].

15.3.2.1. Consideración de la postura adoptada por nuestro Tribunal Constitucional en esta materia.

Sin embargo, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal puede advertirse una evolución [429] que va desde conceptuar al de proporciona-

---

rrentes, cuando la decisión del Juez o del Tribunal no tiene, como en este caso, carácter reglado, puesto que nada dicen al respecto, los arts. 861 bis a), 541 y 539 de la LECrim. En la S. TC. núm. 66/1989, de 17 de abril, FJ. 5, se declaró desproporcionada la aplicación de la fianza para el mantenimiento de la libertad provisional, por dos motivos. De un lado, habida cuenta de que no cabía en el caso concreto la imposición de penas privativas de libertad, por lo que la medida cautelar exigida carecía de justificación propia en relación con el aseguramiento de eventuales responsabilidades penales. De otro lado, tampoco estaba justificada como medio adecuado para prevenir el peligro de sustracción a la justicia previsto en el art. 504 LECrim., ya que en las resoluciones (autos) impugnadas no había una motivación específica en este sentido ni de ellas podía deducirse. Por todo ello se consideró que la medida de prisión provisional bajo fianza establecía una restricción inmotivada de la libertad de los recurrentes resultando, por tanto, contraria a los derechos reconocidos en los arts. 24.1 y 17.1 C.E.

[428] Aspecto éste advertido por LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general...*, op. cit., p. 59, quien señala que este principio está falto hoy —más que nunca— de construcción técnica, de delimitación de su justificación constitucional y manifestaciones operativas.

[429] El TC. se ha enfrentado con el principio de proporcionalidad, que yo haya visto, en las siguientes sentencias, que agrupo por materias: *Incomunicación del detenido y limitación del derecho a la libre elección de Abogado* (S. 196/1987, de 11 de diciembre, FF.JJ. 5, 6 y 7); *Práctica de diligencias probatorias y vulneración del derecho a la intimidad* (S. 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 8); *Libertad de expresión* (S. 62/1982, de 15 de octubre, FF.JJ. 5 y 6; S. 59/1990, de 29 de marzo, FF.JJ. 7 a 9); *Conflicto entre derechos fundamentales* (S. 104/ 1986, de 17 de julio, FF.JJ. 5 y 6; S. 168/1986, de 22 de diciembre, FJ. 3); *Plazo razonable de duración de la prisión provisional* (S. 8/1990, de 18 de enero, FF.JJ. 4 y 5); *Secreto sumarial* (S. 13/1985, de 31 de enero, FJ. 3); *Fianza para presentar querella* (S. 62/1983, de 11 de julio, FF.JJ. 3 y 4; S. 113/1984, de 29 de noviembre, FJ. 2; S. 147/1985, de 29 de octubre, FJ. 8); *Fianza carcelaria* (S. 108/1984, de 26 de noviembre, FF.JJ. 2, 3 y 4; S. 66/1989, de 17 de abril, FJ. 5); *Fianza «iudicatum solvi»* (S. 66/1989, de 17 de abril, FJ. 6); *Proporcionalidad entre pena y delito* (S. 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; S. 65/1986, de 22 de mayo, FF.JJ. 2 y 3); *Arresto sustitutorio* (S. 19/ 1988, de 16 de febrero, FF.JJ. 7 y 8); *Arresto del quebrado* (S. 178/1985, de 19 de diciembre, F.J. 3); *Motivación de las resoluciones judiciales* (S. 184/1988, de 13 de octubre, FJ. 2 b); S. 36/1989, de 14 de febrero, FJ. 4); *Derecho a la ejecución de las sentencias* (S. 4/1988, de 21 de enero, FJ. 5); *Inconstitucionalidad del art. 8.1 de la L. O. 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (S. 55/1990, de 28 de marzo); *Derecho de igualdad* (S. 22/1981, de 2 de julio, FJ. 3; S. 34/1981, de 10 de noviembre, FJ. 3; S. 107/1986,

lidad como «principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado permite un margen de apreciación» [430], hasta plantearse si es un principio constitucional encajable, no ya en el artículo 25 C.E. [431], como propugna el profesor GIMENO SEN-

---

de 24 de julio, FJ. 2; S. 19/1989, de 31 de enero, FF.JJ. 4 a 7; S. 23/1989, de 2 de febrero, FF.JJ. 2, 4 y 5; S. 25/1989, de 3 de febrero, FJ. 3; S. 47/1989, de 21 de febrero, FJ. 2. III; S. 140/1989, de 20 de julio, FJ. 3; S. 76/1990, de 26 de abril, FJ. 9); *Derecho a la intimidad y conocimiento de cuentas bancarias por la Administración* (S. 110/1984, de 26 de noviembre, FF.JJ. 4, 5 y 8); *Leyes singulares de expropiación* (S. 166/1986, de 19 de diciembre, FF.JJ. 11, 13 y 14); *Inconstitucionalidad del art. 2.2 L. O. 1/1982, de 5 de mayo (autorización previa de las Cámaras para entablar demanda civil contra Parlamentarios)* (S. 9/1990, de 18 de enero, FJ. 5); *Leyes autonómicas y normas administrativas sancionadoras* (S. 48/1988, de 22 de marzo, FJ. 25; S. 87/1985, de 16 de julio, FJ. 8); *Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del IRPF* (S. 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 7); *Requisitos para acceder a la función pública* (S. 75/1983, de 3 de agosto, FJ. 2); *Regulación de los concursos de traslado* (S. 11/1988, de 2 de febrero, FF.JJ. 3 y 4); *Supresión del recurso previo de inconstitucionalidad* (S. 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1); *Derecho de huelga y servicios mínimos* (S. 51/1986, de 24 de abril; FJ. 5; S. 53/1986, de 5 de mayo, FF.JJ. 3, 4 y 6; S. 27/1989, de 3 de febrero, FF.JJ. 4 y 5); *Limitación de la legitimación para deducir pretensiones de control abstracto de normas laborales pactadas* (S. 47/1988, de 21 de marzo, FJ. 5); *Libertad de información y despido radicalmente nulo* (S. 6/1988, de 21 de enero, FJ. 3); *Libertad sindical y despido radicalmente nulo* (S. 104/1987, de 17 de junio, FF.JJ. 2 y 3; S. 7/1990, de 18 de enero, FF.JJ. 2 y 3); *Libertad de información y despido procedente* (S. 120/1983, de 15 de diciembre, FF.JJ. 2 y 4); *Consignación del art. 170 LPL* (S. 3/1983, de 25 de enero, FJ. 3; S. 9/1983, de 21 de febrero, FJ. 3; S. 46/1983, de 27 de mayo, F.J. 7; S. 65/1983, de 21 de julio, FJ. 3; S. 100/1983, de 18 de noviembre, FJ. 2; S. 109/1983, de 29 de noviembre, FF.JJ. 3, 4 y 5; S. 114/1983, de 6 de diciembre, FJ. 3; S. 20/1984, de 13 de febrero, FF.JJ. 1 y 2; S. 46/1984, de 28 de marzo, FF.JJ. 1 y 2; S. 76/1985, de 26 de junio, FJ. 2; S. 162/1986, de 17 de diciembre, FJ. 3); *Racionalidad exigible en el uso de los medios de impugnación. Derecho a los recursos* (S. 81/1983, de 10 de octubre, FJ. 1; S. 5/1988, de 21 de enero, FJ. 2; Ss. 10/1990, 11/1990 y 14/1990, de 29 de enero, FF.JJ. 2; S. 34/1990, de 26 de febrero, FJ. 1; S. 69/1990, de 5 de abril, FJ. 2); *Presupuestos procesales: proporcionalidad entre defectos formales y sanción de inadmisión* (S. 57/1984, de 8 de mayo, FJ. 3; S. 102/1984, de 12 de noviembre, FF.JJ. 4 y 5; S. 36/1986, de 12 de marzo, FF.JJ. 2 a 4; S. 117/1986, de 13 de octubre, FJ. 2; S. 123/1986, de 22 de octubre, FJ. 2; S. 154/1986, de 4 de diciembre, FJ. 1; S. 155/1986, de 5 de diciembre, FJ. 1; S. 161/1986, de 17 de diciembre, FJ. 1; S. 3/1987, de 21 de enero, FJ. 3; S. 180/1987, de 12 de noviembre, FJ. 2; S. 5/1988, de 21 de enero, FJ. 2; S. 15/1988, de 2 de febrero, FJ. 4; S. 57/1988, de 5 de abril, FJ. 1; S. 59/1988, de 6 de abril, FJ. 4; S. 94/1988, de 25 de mayo, FF.JJ. 2 y 3; S. 175/1988, de 3 de octubre, FJ. 4; S. 6/1989, de 19 de enero, FJ. 5; S. 20/1989, de 31 de enero, FJ. 3; S. 21/1989, de 31 de enero, FJ. 3; S. 49/1989, de 21 de febrero, FJ. 2; S. 59/1989, de 16 de marzo, FJ. 4; S. 60/1989, de 16 de marzo, FF.JJ. 4 a 7; S. 62/1989, de 3 de abril, FF.JJ. 2 y 5; S. 99/1989, de 5 de junio, FF.JJ. 3 y ss,; S. 105/1989, de 8 de junio, FF.JJ. 2 y 3; S. 134/1989, de 19 de julio, FJ. 2; S. 202/1989, de 30 de noviembre, FF.JJ. 1 y 2; S. 216/1989, de 21 de diciembre, F.J. 3; S. 15/1990, de 1 de febrero, FJ. 3; S. 21/1990, de 15 de febrero, FJ. 4).

430 S. TC. 62/1982, de 15 de octubre, FJ. 5 (Libertad de expresión).

431 S. TC. 65/1986, de 22 de mayo, FJ. 3 (Proporcionalidad de la pena), en el que se afirma que «...el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador... Consecuentemente, no cabe deducir del art. 25.I de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito».

DRA [432], sino en los arts. 1 y 10 de la misma, cuestión ésta que no llega a resolver, alegando que «no es un problema nada fácil» [433]. No obstante, en la misma sentencia en que alegó estas últimas consideraciones, señaló, asimismo, que «a los Tribunales de Justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador son o no adecuados a esa finalidad, o si son o no adecuados *en abstracto*» [434] [435]. Por consiguiente, a «sensu contrario», nuestro T.C. no deja de reconocer a los Tribunales ordinarios la facultad de ponderar la proporcionalidad o no de la medida en el momento de la individualización judicial y, en consecuencia, adoptarla adecuándola a la finalidad perseguida y determinando su contenido y extensión en atención a las circunstancias del caso concreto .

A despejar algo más la cuestión ha contribuido una reciente sentencia en la que nuestro Organo de justicia constitucional se ha pronunciado, aun cuando en términos algo imprecisos, sobre nuestra máxima, señalando que se trata de un principio «no explícitamente enunciado en la Constitución y sólo relevante, en ciertos casos, cuando lo que se denuncia es un trato arbitrario o discriminatorio en las normas o en su aplicación» [436], con lo cual parece dar pie a considerarlo, en cierto modo, subsumido en el art. 14 C.E. que consagra el derecho de igualdad ante la Ley [437].

---

[432] GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 75, para el cual el principio de proporcionalidad se encuentra implícitamente contenido en el art. 25 C.E. que, al consagrar el principio de legalidad, no sólo establece el de «tipicidad», sino también el de proporcionalidad entre la medida y la sanción.

[433] S. TC. 65/1986..., cit., FJ. 2.

[434] S. TC. 65/1986..., cit., FJ. 3.

[435] Como señala JAÉN VALLEJO, Manuel, en su amplio comentario a esta sentencia, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *R. G. D.*, 1986, núm. 507, pp. 4.927 a 4.936, especialmente, p. 4.932 y nota 17, si entendemos que el principio de proporcionalidad en abstracto está reconocido en la Constitución española (arts. 1 y 10, como parece querer dar a entender la sentencia), será vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos, claro está, el judicial, y, por consiguiente, debe tenerse en cuenta por los órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si estiman que un precepto legal en concreto es contrario a la Constitución y, concretamente, al principio de proporcionalidad (arts. 1 y 10.1 C.E.); y ello por imperativo no sólo de la propia C.E. (art. 163) y de la L.O.T.C. (arts. 35 y ss.), sino también de la L.O.P.J. (art. 5).

[436] S. TC. 6/1988, de 21 de enero, FJ. 3 (Libertad de información y despido radicalmente nulo).

[437] Para LÓPEZ GONZÁLEZ, ello haría posible el reconocimiento del principio de proporcionalidad con un doble valor: como principio constitucional en determinados ámbitos de aplicación (en el penal, en la protección de bienes e intereses constitucionalmente reconocidos, etc.) y como principio general del Derecho en las demás esferas de necesitada observancia (LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, *El principio general de proporcionalidad...*, op. cit., pp. 59 a 61).

Las consecuencias dimanantes de la indefinida postura que ha adoptado nuestro Tribunal Constitucional respecto al juego del canon de proporcionalidad, no son meramente teóricas. Así y por ejemplo, como advierte PEDRAZ, piénsese que en cuanto no ha construido este principio de proporcionalidad y, en esa línea, no se ha pronunciado pues sobre su naturaleza y consiguiente ubicación en el Ordenamiento [438], ello le va a dificultar su consideración y específica aplicación, como también su utilización diferenciada como correctivo del criterio de oportunidad [439].

Tal indefinición origina menos problemas tratándose de medidas cautelares personales, ya que si éstas se adoptan con infracción del principio de proporcionalidad, nada empece para que aquella persona contra la cual se hubieren dispuesto pueda acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando la vulneración de dicho principio, por el juego de los arts. 53.2 y 17.1 de la C.E., ya que este último, al preceptuar que «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», comprende también bajo este último término (ley) las prescripciones del C.E.D.H. en materia de proporcionalidad, y la doctrina que, sobre el mismo, ha sentado el T.E.D.H. Por el contrario, las medidas cautelares reales, al estar fuera tanto del campo de acción del art. 53.2 C.E., como del C.E.D.H. [440], no serían susceptibles de que la proporcionalidad de su adopción fuera enjuiciada en amparo por el T.C. [441], salvo que por este Organo se procediera a un pronunciamiento terminante sobre el alcance de nuestro principio, declarándolo incluido, bien en el artículo 14 C.E., que al con-

438 Como contrariamente, sí lo ha hecho el BVerfG, el cual ha declarado que se trata de un principio jurídico constitucional, a pesar de no estar explícitamente enunciado en la Ley Fundamental. A este respecto, ha señalado que del conjunto de la Constitución se obtienen determinados principios y reglas constitucionales a los que están subordinadas las singulares disposiciones fundamentales y que hay principios constitucionales que pueden no ser escritos y que, para su individualización, a través de la interpretación de la Primera Norma, el BVerfGE debe hacer referencia a todo el ordenamiento jurídico (BVerfGE 2, 380, 403; 35, 263, 279; 8, 210, 221).

439 PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», op. cit., pp. 370 y 371. En esta línea, precisa este autor, si en nuestro sistema procesal penal se plasma normativamente el principio de oportunidad, el canon de proporcionalidad, en lo que implique de «discrecionalidad legalizada», podría operar como criterio corrector en el caso concreto con miras al logro de la Constitución, y más claramente en la realización del valor jurídico fundamental de igualdad.

440 Aunque habría que matizar lo dicho en atingencia al art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 C.E.D.H. hecho en París el 20-3-1952 y ratificado por España en fecha 27-11-1990 y, en esta línea, con las Ss. del T.E.D.H., entre otras, de 7-7-1989 (Caso Tre Traktorer Aktiebolag) y de 21-2-1990 (Caso Haransson y Sturesson).

441 La vía de recursos se agotaría con el de casación ante la Sala 2.ª del T.S., interpuesto a través del cauce abierto por el art. 5.4 de la L.O.P.J.

sagrar el de igualdad, excluiría, por desproporcionadas, aquellas medidas cautelares cuya adopción supusiera un trato discriminatorio, bien en el artículo 25 de la misma, que exigiría la debida proporción entre la medida cautelar, ya real, ya personal, y la sanción (pecuniaria o de privación de libertad).

15.3.2.2. Manifestaciones del principio de proporcionalidad en la regulación legal de las medidas cautelares reales.

Pendiente esta clarificación por parte de nuestro T.C., cuya importancia es decisiva, como hemos visto, para las medidas cautelares reales, debemos, sin embargo, mantener que respecto de estas medidas, el principio de proporcionalidad está presente a lo largo de toda la regulación que sobre la materia se efectúa en nuestros textos positivos, si bien es cierto que no se alude a él de una manera expresa, al modo en que lo hace, por ejemplo, el Código procesal penal portugués, texto éste en el que —consideramos— se recoge más claramente la vigencia de este principio en relación a nuestras medidas [442].

Centrándonos en nuestro proceso penal, se observa que la proporcionalidad informa la actuación de las medidas cautelares entendida como adecuación de la medida al fin previsto, toda vez que las medidas cautelares reales persiguen el aseguramiento de la responsabilidad pecuniaria derivada de la comisión del hecho punible y, a este respecto, el art. 589 LECrim. exige que el importe de la fianza que se acuerde, no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias [443]. En consecuencia, se-

[442] Baste detenerse, al respecto, en el art. 193 del citado Código, en cuyo apartado 1 se dispone que «las medidas... de garantía patrimonial a aplicar en el caso concreto deben ser adecuadas a las exigencias cautelares que el caso requiere y proporcionadas a la gravedad del delito y a las penas que previsiblemente deban ser aplicadas», no debiendo su ejecución «perjudicar el ejercicio de derechos fundamentales que no fueren incompatibles con las exigencias cautelares que el caso requiere», según prescribe el apartado 3.

[443] Este principio de adecuación está, asimismo, presente en las legislaciones procesales portuguesa e italiana sobre la materia. Así, en el Código portugués, al regular la medida cautelar patrimonial de caución en el art. 227, se entiende que los términos en que, finalmente, será ésta exigida, deberán ser adecuados y/o proporcionales a lo que se trata de asegurar con ella, esto es, la pena pecuniaria, el impuesto de justicia, las costas del proceso y, en su caso, la indemnización u otras obligaciones civiles derivadas del delito. Por su parte, el C.p.p., en el art. 319 contempla la posibilidad de evitar el embargo preventivo, siempre que el imputado o el responsable civil ofrezcan caución idónea para garantizar los créditos indicados en el art. 316; en todo caso practicado dicho embargo, éste podrá ser revocado cuando los sujetos antes citados presten caución proporcionada al valor de los bienes embargados.

rán desproporcionadas todas aquellas medidas que cuantitativamente no se ajusten a las previsiones del art. 589, bien porque excedan manifiestamente de la tercera parte de la responsabilidad pecuniaria, bien porque resulten inferiores, o bien porque el cálculo se efectuó erróneamente al valorar las responsabilidades pecuniarias en exceso o en defecto [444].

La necesidad de la medida es obvia, ya que de no acordarse el aseguramiento de dichas responsabilidades, podría ser difícil alcanzar el fin previsto, que no es otro que la protección de los intereses del perjudicado por el delito y la satisfacción de los restantes conceptos que integran el contenido de la responsabilidad pecuniaria; a saber, costas y pena de multa.

Sin embargo, la necesidad de la medida está limitada por un criterio cualitativo y así se considera que sería desproporcionado, en caso de embargo, afectar bienes que gravarían en exceso y desde este punto de vista cualitativo, al sujeto pasivo de la medida. En consecuencia, y de acuerdo con la remisión que a los arts. 1.448 y 1.449 L.E.C. efectúa el art. 589 LECrim., no podrá nunca embargarse el lecho cotidiano del deudor, cónyuge e hijos, las ropas del preciso uso de los mismos, el mobiliario, libros e instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que aquél pueda estar dedicado legalmente. En estos casos, el Organo jurisdiccional deberá acudir al canon de proporcionalidad para enjuiciar la indispensabilidad o no de todos estos medios y evitar acordar un embargo de bienes de estas características que pudiere considerarse desproporcionado por excesivamente gravoso. Tampoco será embargable el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional; en el caso de que sean superiores, dichas retenciones de salarios, sueldos..., etc., deberán ajustarse a la escala que a estos efectos fija el art. 1.451 L.E.C., por imperativo del art. 610 LECrim. [445].

---

[444] Vid., a este respecto, S. TC. 66/1989, de 17 de abril, en cuyo FJ. 6 se alude a la supuesta desproporción alegada por los recurrentes del importe de la fianza exigida en garantía de las responsabilidades pecuniarias y, más en concreto, en garantía de la previsible pena de multa a imponer en virtud del art. 7.º de la L. O. 10/1983, sobre régimen jurídico de control de cambios: delitos monetarios.

[445] En el proceso penal militar se recogen también manifestaciones de este principio de proporcionalidad en el art. 196 de la L. O. 2/1989, al declarar la inembargabilidad de la cantidad contemplada en la legislación común (es decir, de la cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional), así como las pensiones de los Caballeros Mutilados Absolutos y las pensiones anexas a la Cruz Lauraeada de San Fernando y demás recompensas cuya legislación específica así lo declare.

La alternativa menos gravosa está también presente en la regulación de las cautelares reales, toda vez que, de acuerdo con los artículos 589 y 615, en relación con el 597, todos ellos de la LECrim. [446], se deberá acudir con carácter previo a la exigencia de fianza en todas sus modalidades, y sólo en el caso de que ésta no se prestare, se podrá proceder al embargo de bienes del imputado o, en su caso, del tercero civilmente responsable [447].

Se concede así al sometido a la medida cautelar real la posibilidad de evitar la más gravosa del embargo de sus bienes, prestando la fianza exigida a estos efectos, dentro del plazo de un día, a contar desde el de la notificación del auto en que ésta se acuerde [448]. Obsérvese que para hacer frente a dicha fianza, la LECrim. concede al sujeto pasivo, una amplia gama de modalidades que van desde las tradicionales figuras de la personal, con los requisitos contenidos en los arts. 591 y 592 LECrim., o bien la fianza pignoraticia constituida en metálico, efectos públicos, acciones, obligaciones y valores mercantiles cotizables en Bolsa, y demás bienes muebles, que se depositarán, según los casos, en la Caja General de Depósitos, en el Banco de España o cualquier otro establecimiento público al efecto, o bien al vecino con casa abierta que se nombre como depositario (arts. 591, 593, 594, 600 y 601 LECrim.) y, como última de las enumeradas por el art. 591 LECrim., la fianza hipotecaria, otorgada por escritura pública o «apud acta» (arts. 591, 593, 594 y 595 LECrim.). A estas modalidades del art. 591,

[446] Vid., asimismo, arts. 784.5.ª y 790.6.III de la LECrim.

[447] Muy semejante es la solución recogida en el art. 228.1 del Código portugués al disponer que si el «arguido» o el civilmente responsable no prestaren la caución económica que les hubiera sido impuesta, puede el Juez decretar el embargo. Algo diversa es, en cambio, la aportada por el «Codice» italiano, ya que del art. 319, apartado 1, en relación con el 316, se extrae la conclusión de que la primera medida cautelar real que se prevé es el embargo, si bien su práctica se podrá evitar siempre que el imputado o el responsable civil ofrezcan caución idónea, y así lo estime el Juez, para garantizar los créditos indicados en el art. 316.

[448] Obsérvese, sin embargo, que este criterio de la alternativa menos gravosa no está desarrollado legalmente hasta sus últimos extremos, ya que, pasado el plazo concedido para prestar la fianza, sin hacer ésta efectiva, se procederá a practicar el embargo de bienes, embargo respecto del que posteriormente no se prevé su posible alzamiento si el imputado o el tercero responsable civil ofrecen la fianza primitivamente exigida. Esta posibilidad está, en cambio, expresamente prevista tanto en el texto procesal penal portugués como en el italiano. Así, el primero de ellos prevé en su art. 228.5 la posibilidad de que el embargo sea revocado en cualquier momento en que el «arguido» o el civilmente responsable presten la caución económica impuesta. El art. 319.3 del C.p.p. establece, por su parte, que el embargo será revocado si el imputado o el responsable civil ofrece, en cualquier estado y grado del «processo di merito» caución idónea.

se suman las previstas en el art. 784.5.ª del mismo texto legal [449]: depósito del metálico en la Mesa del Juzgado [450], aval bancario y garantía de la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida, formalizada por escrito o por comparecencia ante el Juzgado o Tribunal, por los interesados o por persona que ostente la legítima representación de la Entidad bancaria o aseguradora [451].

Sólo si no se presta la fianza en cualquiera de las modalidades reseñadas, y en el plazo previsto a tal efecto por el art. 597 LECrim., se podrá entonces proceder a hacer efectiva la medida que se reputa más gravosa para el sujeto pasivo, consistente en el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir la fijada para hacer frente a las responsabilidades pecuniarias, en el auto de fianza y embargo.

Manifestación también de la alternativa menos gravosa es la limitación que en el art. 785.8.ª c) se impone para proceder a la intervención del vehículo de motor, intervención que sólo podrá ser acordada para asegurar las responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia del inculpado o del tercero responsable civil; por tanto, prestada por estos sujetos fianza o bien, embargados sus bienes en cantidad suficiente para cubrir las responsabilidades en cuestión, deberá procederse al alzamiento de la intervención que, en su caso y al amparo del art. 785.8.ª c), hubiera recaído sobre el vehículo.

Por último, también está presente, en nuestra LECrim., la exigencia de motivación de la resolución en la que se acuerdan medidas cautelares reales por lo que suponen de limitación o restricción a un

---

449 Nótese que el art. 591 no contiene un «numerus clausus» de modalidades de fianza, lo cual se evidencia en que emplea el término «podrá» y no el de «deberá». Por otra parte, téngase en cuenta que la redacción de este artículo data de 1882, por lo cual no pudieron en ese momento preverse las otras fórmulas más modernas y usuales en el tráfico mercantil, de las que sí se hizo eco la hoy derogada Ley 3/1967, de 8 de abril, que reformó el Título III del Libro IV LECrim. (procedimientos de urgencia). Vid., sobre esta cuestión, la interpretación efectuada por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, en su monografía *Las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 165 a 167, a la cual nos sumamos.

450 Téngase en cuenta, a este respecto, el RD. 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, especialmente, su art. 1.º, 1 y 3, y la Instrucción de 30-11-1989 sobre cuentas de Depósitos y Consignaciones, en desarrollo del citado R.D.

451 Obsérvese que la regulación que en esta materia efectúa nuestra LECrim. es muchísimo más completa que la llevada a cabo por el «Código de processo», en su art. 228, 1) y 2) y por el «Codice di procedura penale», en su art. 319.1, ya que en ambos, si bien se determina que el Juez deberá establecer la modalidad en que la caución debe ser prestada, no se contempla, en cambio, cuáles sean estas posibles modalidades, debiéndonos remitir por tanto a los textos civiles en que éstas se regulen.

derecho fundamental, cual es el de libre disposición de los bienes por su titular (art. 33 C.E.). Basta observar que la forma que debe revestir la resolución en virtud de la que se adoptan estas medidas, es la de auto (arts. 589, 615, 621, 785.8.ª b), 790.6.III y IV LECrim.) y que, de acuerdo con arts. 141 «in fine» LECrim. y 245.1.b) y 248.2 L.O.P.J., éstos deberán ser siempre fundados, conteniendo en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos, finalizando con la parte dispositiva [452].

En cuanto al alcance de dicha motivación, deberá serlo, según determina nuestro T.C., «en términos que hagan posible su control» [453], de manera que no son suficientes las «...meras indicaciones genéricas... de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho... se impone» [454].

En consecuencia, los autos en que se acuerden medidas cautelares reales deberán reflejar, como primer dato, los hechos que sirven de base para su adopción. Esto supone que deberán contener, necesariamente, el cargo esencial, es decir, el hecho que determina la imputación y la subsiguiente actuación de la tutela cautelar contra el responsable criminal o, en su caso, contra el tercero civilmente responsable. En segundo lugar, el auto deberá contener el razonamiento o los motivos que han llevado al Organo jurisdiccional a adoptar la tutela cautelar real; esto es, deberá expresar las indagaciones y valoraciones que le han llevado a deducir de unos determinados datos fácticos la existencia de los indicios racionales de criminalidad justificativos de su decisión de decretar contra el responsable criminal la

---

452 Como señala la S. TC. 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 8, la exigencia constitucional de motivación de toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales, se halla materializada, en el orden del proceso penal, en «el vigente art. 141 LECrim., al requerir la forma de auto y la motivación consiguiente, para las resoluciones que decidieran "puntos esenciales que afecten de una manera directa a los procesados", referencia, esta última, que se ha de considerar comprensiva del imputado cuando se trate de afectar al ámbito de sus derechos fundamentales».

453 De no realizarse así, el derecho a un efectivo recurso consagrado constitucionalmente en el art. 24 de nuestra Primera Norma, quedaría convertido en letra muerta, ya que la falta de expresión de los hechos justificativos de la responsabilidad criminal y consiguiente responsabilidad pecuniaria (art. 19 C.P.) o bien de la responsabilidad civil a cargo del tercero civilmente responsable, en los supuestos previstos en los arts. 20 a 22 C.P., conduciría a que el planteamiento de tal medio de impugnación resultara circunscrito a cuestiones meramente formales y, en ningún caso, en relación con aquellas que afecten al fondo del asunto. Vid., en este sentido, aun cuando referidas al auto de prisión, la Circular de la F.T.S. de 4 de mayo de 1901, la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa y la opinión de ASENCIO MELLADO, José M.ª, *La prisión provisional*, op. cit., pp. 206 a 208.

454 S. TC. 53/1986, de 5 de mayo, FJ. 6.

medida cautelar aseguratoria de las responsabilididades pecuniarias (art. 589 LECrim.) o bien, tratándose del tercero civilmente responsable, los datos de los cuales, conforme a los arts. 20 a 22 del C.P., pueda inferirse la responsabilidad civil de esta persona por los hechos delictivos causados o ejecutados por otra y generadores del daño que se trata de obviar a través de la medida cautelar real dictada contra ese tercero (art. 615 LECrim.). Por último, deberá fijarse en el auto la cantidad en que se estiman las responsabilidades pecuniarias (o, en su caso, la responsabilidad civil exclusivamente), cantidad en virtud de la cual y conforme a lo prevenido en el art. 589 LECrim., deberá exigirse la fianza y, en su caso, el embargo de bienes suficiente para cubrir las dos terceras partes de la misma.

Sólo así se podrá lograr el fin esencial de posibilitar a los afectados por la resolución el derecho de defensa, a través del conocimiento de las razones por las cuales se limita su derecho [455] y en la consiguiente posibilidad de ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico [456], permitiendo, además, el control de la actividad jurisdiccional a través de la fiscalización, en vía de recurso, por el Tribunal competente [457], de la adecuación o no de la medida acordada con las exigencias del principio de proporcionalidad. Todo ello sin olvidar otros objetivos como la mayor confianza del ciudadano en la Administración de Justicia [458] derivada de la corrección y justicia de la decisión judicial y del esfuerzo del Organo jurisdiccional, que en ella se evidencia, por lograr una aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad [459] y, por otra parte, todo

---

455 S. TC. 53/1986, de 5 de mayo, FJ. 6 (Derecho de huelga).

456 Vid., en este sentido, ASENCIO MELLADO, José M.ª, «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2», en *Poder Judiciai*, 2.ª época, 1.986, núm. 4, p. 46; del mismo autor, *La prisión...*, op. cit., p. 206.

457 S. TC. 55/1987, de 13 de mayo, FJ. 12, aun cuando se centra exclusivamente en la motivación de las sentencias; S. TC. 53/1986, de 5 de mayo, FJ. 6; vid., en este sentido, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del T.C.», en *La Ley*, 1987, núm. 4, p. 860.

458 Así, ASENCIO MELLADO, José M.ª, ops. et locs. cits.

459 S. TC. 55/1987, de 13 de mayo, FJ. 12. Como señala ORTELLS RAMOS, Manuel, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *R. D. Proc. Ib.*, 1977, núm. 4, p. 910, «...la motivación permite constatar... que los Organos jurisdiccionales hacen aplicación del derecho vigente... Ahora bien... no se trata solamente... de facilitar un procedimiento jurídico de control de la aplicación de tal Derecho... El control que la motivación facilita es de carácter social: ofrecé la "demostración pública" a la sociedad... de que la normativa vigente es aplicada», constituyendo así, a decir de FERNÁNDEL ENTRALGO, Jesús, «La motivación...», op. et locs. cits., «...el instrumento mediante el cual el Organo jurisdiccional rinde cuentas de su actitud al Pueblo del que recibe su potestad».

esto coimplica una actividad de autocontrol del propio Juez que, en cierto modo, sirve a la elusión de posibles errores judiciales [460], finalidades a cuyo logro se dirige, asimismo, la motivación de las resoluciones.

15.4. Conclusión.

De todo ello resulta, no sólo que el principio de proporcionalidad informa la regulación que, en materia de medidas cautelares reales, efectúa nuestra LECrim., sino además que constituye un principio a tener indefectiblemente en cuenta por el Organo jurisdiccional, a la hora de acordar las mencionadas medidas.

Como ha señalado nuestro T.C., «la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» [461]. Por consiguiente, los Organos jurisdiccionales deberán hacer uso del canon de proporcionalidad a la hora de ponderar la razonabilidad o no de la medida en el caso concreto y, en consecuencia, adoptarla en adecuación a la finalidad perseguida y determinando su contenido y extensión a la luz de las circunstancias concurrentes [462].

16. URGENCIA

Otro esencial criterio que debe informar el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares, es el de urgencia.

Desde una perspectiva material o de fondo, cabría mantener que el criterio de urgencia pertenece al ámbito del «periculum in mora». O sea, desde un punto de vista analítico, si pudiera llevarse a cabo la disección de este baremo, acaso sería factible afirmar que la «urgencia» no es más que una manifestación parcial del «periculum in

[460] ASENCIO MELLADO, José M.ª, op. et locs. cits.; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El Jurado* (obra colectiva), Alcoy, 1983, p. 64.

[461] S. TC. 108/1984, de 26 de noviembre, FJ. 2 b).

[462] Vid. a «sensu» contrario, S. TC. 65/1986, de 22 de mayo, FF.JJ. 2 y 3.

mora» [463], que conlleva la exigencia de que se adopte una medida cautelar antes de que recaiga la sentencia definitiva, porque el transcurso del tiempo originaría el que pudiere frustrarse la satisfacción del interés patrimonial que connota la pretensión civil y las demás consecuencias económicas de la infracción penal.

Pero también la urgencia coimplica una consecuencia inmediata, y es la de que se acuerde la medida cautelar lo más rápidamente posible; es decir, que se sustancie su concesión u otorgamiento, por el procedimiento más acelerado que fuere factible. En esta línea es en la que el criterio de urgencia se relaciona con el de la sumariedad que también ha de observarse en la adopción de las medidas cautelares, y que analizaremos más adelante.

Desde lo dicho parece, por ende, que la urgencia posee entidad propia para justificar su aislada consideración, máxime cuando, además, debe advertirse que dicho carácter no es exclusivo, obviamente, de las medidas cautelares, ya que puede predicarse, igualmente, de numerosos procedimientos, como por ejemplo, y para el ámbito civil, de los posesorios o interdictales [464].

Hecha la anterior salvedad, podemos ya destacar que el criterio de urgencia a observar en el procedimiento para dispensar la tutela cautelar, se explica o justifica, habida cuenta de la función a la cual se halla preordenada la citada tutela. Si la finalidad de las medidas cautelares consiste en garantizar la eficacia o los resultados prácticos de la resolución definitiva, previniendo los inconveniente derivados de la requerida duración temporal del proceso, lógica y consecuente es la rapidez o urgencia que procedimentalmente ha de presidir su adopción [465].

---

[463] Decimos parcialmente porque, como sabemos, el «periculum in mora» no se identifica sólo con ese indiferenciado peligro de retraso de la resolución definitiva, sino que además supone la factibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el Derecho, a través del desarrollo de la función jurisdiccional, se verifiquen hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la virtualidad práctica de la resolución final, al haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la ejecución. Es decir, el «periculum in mora» no es sólo el «pericolo di tardività», sino, además, el «pericolo di infruttuosità». Vid. apartado 4 del capítulo II.

[464] Esto fue ya advertido por CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., pp. 17 y 94, y por ROCCO, Ugo, *Tratatto...*, tomo V, cit., p. 65.

[465] Así, CANDIAN, Alberto, *Il sequestro conservativo...*, op. cit., p. 13; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 13; MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de Derecho Procesal*, op. cit., p. 436; DIANA, Agostino, «Le misure conservative interinali», op. cit., p. 212.

En nuestro proceso penal y con relación a las medidas cautelares reales, esta nota de urgencia resulta claramente acreditada en cuanto que para su ordenación es bastante la decisión del Juez, a tenor del art. 589 LECrim., siempre que concurran, a juicio de aquél, los presupuestos normativamente previstos: «fumus boni iuris» y «periculum in mora» [466].

Es exigible la urgencia también en los casos en que la medida se acuerda contra el tercero responsable civil, puesto que, según preceptúa el art. 615 LECrim. [467], sólo es menester que preceda instancia de parte para que el Organo jurisdiccional pueda ordenarlas [468]. Esta adicional exigencia ni siquiera es necesaria en todas las hipótesis, ya que en el procedimiento más usual, esto es, el abreviado por delitos, regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim., introducido por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, tales medidas, diríjanse contra el imputado o contra el tercero responsable civil, son acordadas de oficio por el instructor en atención a lo dispuesto en el art. 785.8.ª b) y c) LECrim., adoptando por tanto en este punto, idéntica solución a la que se seguía en los hoy derogados procedimientos de urgencia y enjuiciamiento oral por delitos dolosos, menos graves y flagrantes en virtud de los arts. 785.8.ª b) y c) y 793 LECrim. (según la antigua redacción dada por Ley 3/1967, de 8 de abril) y Disposición final primera de la L.O. 10/1980 [469].

---

[466] Vid., capítulo II, donde analizo ambos presupuestos.

[467] Lógicamente, la expresión «actor civil» empleada en el art. 615 LECrim., debe entenderse aquí en sentido amplio, comprendiendo igualmente al Ministerio Fiscal.

[468] Cfr. con el art. 190 de la L. O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en el que también se considera bastante la decisión del Juez Togado no sólo para adoptar medidas cautelares contra el procesado, sino también contra el tercero responsable civil, en tanto no se exige que preceda solicitud alguna de parte, para que dicho Organo jurisdiccional deba ordenarlas. Vid., asimismo y fuera del procedimiento ordinario en el que se halla encuadrado dicho art. 190, los arts. 141 para las medidas cautelares en las diligencias previas y el art. 388 b) para las acordadas en el procedimiento especial del Título I del Libro III, supuestos éstos en los que, con mayor motivo, tampoco se exige dicha excitación parcial.

[469] Aun cuando el art. 5.1, párrafo primero de la derogada L. O. 10/1980, de 11 de noviembre, sólo hablaba de medidas cautelares personales, debía entenderse comprensivo asimismo de las reales. Y ello por una razón de pura lógica: si en este momento en que el Juez recibía las diligencias practicadas por la Policía judicial, debía resolver acerca de la situación personal del imputado, lo que exigía una valoración por lo menos indiciaria de la culpabilidad (vid. S. TC. 145/1988, de 12 de julio, FJ. 7), ciertamente realizada esta valoración se estaría facultado no sólo acordar la medida cautelar de prisión, sino con mayor motivo, la real de fianza y embargo (piénsese que los «motivos bastantes» exigidos por el art. 503 LECrim. para poder disponer la prisión, se consideran de mayor entidad para los indicios de criminalidad» necesarios para acordar medidas cautelares patrimoniales). Por otra parte, la falta de necesidad de petición parcial para que se adoptaran medidas cautelares en este procedimiento, se deducía de la

La nota de la urgencia, pues, está presente en el peligro de que durante el transcurso del tiempo necesario para que se pronuncie la resolución final se produzcan hechos o se sucedan acciones que frustren la eficacia de dicha resolución. Se tiende a eludir tal riesgo que, en definitiva, constituye el fundamento último de las medidas cautelares, al que han de responder, si se quiere que lleguen a alcanzar sus fines prácticos, mediante su disposición sin demora, ya que, en otro caso, la dilación haría ilusoria la medida.

Adquiere, pues, pleno sentido aquella frase de CALAMANDREI: «Las medidas cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente enfrentadas, de la justicia, la de la celeridad y la de la ponderación: entre el obrar pronto pero mal, y el obrar bien pero tarde, las medidas cautelares tienden, ante todo, a obrar pronto dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca de la medida, sea resuelto más tarde con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario» [470].

17. SUMARIEDAD

El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares reales, está presidido por la nota de la sumariedad, entendida en el doble sentido de procedimiento abreviado, corto y de procedimiento donde el Organo jurisdiccional sufre una extraordinaria reducción en su poder de conocimiento [471], sin dejar de matizar que tal abreviación conlleva una limitación en los medios de ataque y defensa a utilizar parcialmente.

Esta característica es explicable teniendo en cuenta, de un lado, que tales medidas tienen como presupuesto no tanto el derecho, cuan-

---

remisión que la Disposición Adicional 1.ª de la L. O. 10/1980 efectuaba a la LECrim., remisión que debía entenderse hecha por elementales razones de lógica sistemática y política (así, Auto T.S. de 19 de febrero de 1988), especialmente a los arts. 790 a 792 LECrim., reguladores del procedimiento de urgencia cuyo fallo competía a los Juzgados de Instrucción, el primero de los cuales remitía a su vez al art. 785 LECrim., en cuya regla 8.ª se evidenciaba esta innecesariedad de excitación parcial para que el Juez acordara la tutela cautelar real.

[470] CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., p. 20.

[471] Así HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, con GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, vol. II, Madrid, 1979, p. 1; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal*, tomo I, vol. II, op. cit., p. 471.

to la apariencia del mismo [472] [473] y, de otro, la urgencia con que deben ser dispuestas [474] y la consecuente provisionalidad en su mantenimiento.

Ya CALAMANDREI advirtió que si para acordar una medida cautelar fuere necesaria una cognición profunda y completa sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto de que se ocupa la resolución definitiva, mejor sería ocuparse de esto y no complicar el proceso con una duplicidad de investigación que ni siquiera tendría la ventaja de la prontitud. Por ello y para poder cumplir su función de prevención urgente, las medidas cautelares deben contentarse antes que con la existencia o certeza del derecho, que sólo podrá obtenerse a través de largas investigaciones, con su apariencia, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria [475]. No hay que olvidar que, en el primer supuesto, si se exigiera una plenitud en la convicción judicial acerca de la existencia del derecho, procedería no ya la adopción de una medida cautelar, sino la realización de aquél. Es en este sentido en el que, como vimos [476], la doctrina alude a la homogeneidad, pero no identidad entre medida cautelar y medida ejecutiva.

Todo ello ha hecho que se hable de una «summaria cognitio» [477], «prima facie cognitio» [478] o «semi plena probatio» [479], para indicar la limitación que experimenta el conocimiento judicial en la adopción de medidas cautelares reales, toda vez que se circunscribe a la apreciación de la concurrencia de los presupuestos requeridos normativa-

---

472 Así, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 80.

473 Vid. apartado 3 del capítulo II.

474 En este sentido, DIANA, Agostino, «Le misure conservative interinali», op. cit., p. 18.

475 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., pp. 62 y 63. En idéntico sentido, vid. DINI, Mario, *I provvedimenti...*, op. cit., p. 37, el cual considera que «...no siempre será fácil para el Juez, que está llamado a adoptar la medida cautelar, establecer la existencia del derecho, dada la celeridad y la ausencia de una "plena cognitio", por lo cual deberá contentarse con una cognición sumaria de los hechos para hacer un cálculo de probabilidad o apariencia del derecho, ya que la declaración de la existencia del derecho es función propia del ordinario juicio de cognición...». Vid., asimismo, MONTES REYES, Amalia, *Registro y proceso...*, op. cit., pp. 28, 29 y 32.

476 Vid. apartado 10 del capítulo III.

477 Así, CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., p. 63; SAPIENZA, Carmelo, *I provvedimenti d'urgenza...*, op. cit., pp. 36 y 37; ARIETA, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza...*, op. cit., pp. 47 y 48; DINI, Mario, *I provvedimenti...*, op. cit., pp. 36 y ss.; MIGUEL Y ALONSO, Carlos de, «Notas sobre el proceso cautelar», op. cit., p. 92.

478 Así, CONIGLIO, Antonino, *Il sequestro...*, op. cit., p. 2; SAPIENZA, Carmelo, *I provvedimenti...*, op. cit., p. 36.

479 Así, MUÑOZ SABATÉ, Luis, «Las medidas cautelares en la Ley de Patentes», en *La Ley*, 1987-1, p. 1.033.

mente, esto es, de los ya examinados «fumus boni iuris» y «periculum in mora» [480] [481].

La concepción de la sumariedad por nosotros aceptada, supone no coincidir plenamente con CALAMANREI cuando señala que la «cognitio» cautelar resulta más superficial que la ordinaria [482]. Estimamos, con SERRA, que la sumariedad no equivale a superficialidad, «por no afectar tanto a la profundidad del conocimiento, cuanto a los límites del objeto conocido» [483], es decir, que lo que diferencia la cognición cautelar de la ordinaria o de declaración es la especificidad del objeto a valorar en una y en otra, especificidad determinante de que la segunda exija una «cognitio» más extensa, por la mayor amplitud de su objeto, que la primera. Pero ello no supone que la primera, la cautelar, por estar limitado su objeto de apreciación, deba considerarse superficial o poco profunda. En esta línea, cabría decir que se adecúa la intensidad del examen judicial al ámbito y trascendencia temporal de la medida. Precisamente, una de las máximas examinadas, la proporcionalidad, está determinando que la ponderación judicial se verifique razonablemente; o sea, se adecúe la consecuencia de la decisión al procedimiento para llegar a la misma.

Tampoco sumariedad puede identificarse con automaticidad, ya que el Juez está obligado a verificar en cada caso concreto la concurrencia de los presupuestos legales a que está condicionada la adopción de la medida cautelar [484].

Aplicando todas estas consideraciones a nuestro proceso penal, vemos cómo la sumariedad del procedimiento se traduce en que el conocimiento del Juez deberá ceñirse a la constatación de la concurrencia de «indicios de criminalidad» o de «indicios de responsabilidad civil», según se trate de adoptar una medida cautelar contra el responsable criminal (art. 589 LECrim.) o contra el que sólo lo sea civilmente (art. 615 LECrim.), en el sentido y con el alcance al que posteriormente nos referiremos, al realizar el análisis del significado de estas dos expresiones empleadas por nuestro legislador procesal penal.

---

480 En este sentido, RUIZ SÁNCHEZ, José Luis, «Proceso cautelar...», op. cit., pp. 56 y 57; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal...*, op. et locs. cits.

481 Vid. capítulo II, donde se analizan estos presupuestos.

482 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione...*, op. cit., p. 63. En el mismo sentido, SAPIENZA, Carmelo, *I provvedimenti...*, op. cit., p. 37; CONIGLIO, Antonino, *Il sequestro...*, op. cit., pp. 2, 20 y 21; MIGUEL Y ALONSO, Carlos de, «Notas...», op. et locs. cits.

483 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. et locs. cits.

484 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., pp. 80 y 81.

18. AUSENCIA DE CONTRADICCION

Finalmente, esta sumariedad y urgencia predicadas de las medidas cautelares, implican a su vez que tales medidas se acuerden «inaudita altera parte», toda vez que en ningún caso se da audiencia a aquélla contra la que se dispone la medida [485].

Como han advertido CARRERAS [486], MUÑOZ SABATÉ [487] y CORTÉS DOMÍNGUEZ [488], esta «sorpresividad» con que se adoptan las medidas cautelares, se encuentra justificada en la misma finalidad y naturaleza o esencia de las medidas cautelares, ya que si lo que con ellas se persigue es asegurar la eficaz ejecución de la sentencia, «... la hipótesis de trabajo de la que debemos partir es la maliciosa sustracción del demandado a dicha ejecución, merced a la ventaja que le confiere el tiempo que dura el proceso y el 'conocimiento' o 'convicción' de la 'inevitabilidad' de la sentencia» [489]; por ello «se impone, como lógica consecuencia, que se potencie el factor sorpresa y se tomen las medidas sin el conocimiento del que ha de sufrirlas» [490].

De otro lado, la doctrina ha entendido que esta falta de audiencia bilateral que preside la adopción de las medidas cautelares, no menoscaba, en modo alguno, el derecho de defensa constitucionalmente reconocido en el art. 24 de nuestra Primera Norma, puesto que en todo caso se le concede al sujeto contra el que se disponen, la posibilidad de pedir más tarde en incidente o en vía de recurso, bajo el principio de contradicción, su alzamiento por no concurrir los requisitos establecidos en la ley [491].

Este criterio que rige en el trámite a seguir para acordar medidas cautelares, puede predicarse como nota común [492] a las que se adoptan

---

485 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas...*, op. cit., p. 80; para MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos...*, op. cit., p. 436, esta circunstancia se justifica en la homogeneidad que condiciona el procedimiento y que hace que en algunos supuestos se acuerde precisamente la medida cautelar como la ejecutiva, esto es, sin oír al demandado.

486 CARRERAS LLANSANA, Jorge, «Las medidas cautelares del artículo 1.428...», op. cit., p. 587.

487 MUÑOZ SABATÉ, Luis, «Las medidas cautelares...», op. cit., p. 1.030.

488 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal...*, op. cit., tomo I, vol. II, p. 471.

489 MUÑOZ SABATÉ, Luis, «Las medidas...», op. cit., p. 1.030.

490 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal...*, op. et locs. cits.

491 En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal...*, op. et locs. cits.

492 En el proceso civil, constituye, sin embargo, una excepción a lo dicho, el supuesto del art. 1.419 L.E.C. (intervención judicial de bienes litigiosos).

en cualquier tipo de procedimiento [493], no sólo en el penal, si bien en éste se hallaría todavía más justificado, habida cuenta de la necesidad de restablecer la igualdad real de armas entre la víctima (y/o perjudicado), la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida, y el imputado, como ya puso de manifiesto en su día, para justificar la ausencia de una plena publicidad, contradicción e igualdad en la fase de instrucción (en la cual se acuerdan precisamente las medidas cautelares), ALONSO MARTÍNEZ [494].

Ante lo expuesto, es interesante observar que este criterio no puede afirmarse, en cambio, con relación a las medidas que se adoptan en el arbitraje. Como claramente se desprende de la lectura del art. 50.3 de la Ley 36/1988 [495], el legislador ha introducido, de modo totalmente inapropiado, un trámite en el procedimiento para su concesión que, como advierte ORTIZ NAVACERRADA [496], repugna a la finalidad conceptual de las medidas cautelares: formulada por escrito la petición ante el Juez de Primera Instancia, acompañando copia del laudo recurrido en anulación, se prevé una comparecencia de las partes previa a la decisión del Juez, con lo que el efecto sorpresa se ve totalmente anulado.

Centrándonos ya en lo que constituye el objeto de nuestra investigación, esto es, las medidas cautelares patrimoniales en nuestro proceso penal, lo primero que hay que señalar es que este criterio de la «ausencia de contradicción» fue ya advertido en nuestro derecho histórico por autores como HEVIA BOLAÑO, quien señalaba que «recibida ... sumaria información, resultando della culpa contra los culpados, por cualquiera presumpción, o preua aunque sea por un testigo menos idoneo, el Juez procede luego a prisión suya, y secuestro de sus bienes, en caso que en el delicto puede aver confiscación dellos, o pena pecuniaria sin ser necesaria para ello citación suya, por el riesgo de la fuga...» [497]. También ALONSO DE VILLADIEGO sostenía que las medidas cautelares reales eran decretables de plano, sin audiencia del imputado, que sólo se recibía posteriormente y así «si resultare culpado, en

---

493 Obsérvese que también en el proceso penal militar rige este criterio, como se evidencia en los arts. 190 y ss. de la L. O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

494 ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.*

495 Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

496 ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, «La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales», en *Actualidad civil*, 1989, núm. 2, especialmente, pp. 165 y 166.

497 HEVIA BOLAÑO, Juan de, *Curia Philippica*, 1.ª parte, imp. en Valladolid por Juan Godínez de Millis, 1609, p. 596, núm. 1.

particular de esta pesquisa general [498], debe proceder contra él, y avida información prenderle, y sequestrarle sus bienes por inventario, depositándolos en persona abonada; y luego tomarle su confesión al preso, y hazerle cargo de la culpa que contra él resultare» [499].

Esta circunstancia de la, denominémosla «sorpresividad», se evidencia en el sistema cautelar real diseñado por nuestra Ley procesal penal en el que, como se desprende del enunciado de los arts. 589 y 615 del referido cuerpo legal, no se escucha ni al responsable criminal ni tampoco al civil para acordar contra ellos una medida de este tipo. La objeción que podría alegarse de que el art. 615 LECrim. concede al responsable civil la posibilidad de excepcionar esta responsabilidad a través del trámite incidental que en el citado artículo y en los dos siguientes se establece, resulta fácilmente rebatible. Las razones para ello son dos: en primer lugar, porque el art. 616 parece referirse a que dicho trámite se abrirá, en todo caso, una vez que la medida cautelar —fianza o embargo—, haya sido actuada; en segundo lugar, puede observarse cómo la efectividad práctica de este incidente es bastante limitada, ya que, como dispone el art. 618 LECrim., el Juez «...resolverá sobre las pretensiones formuladas siempre que pudiere hacerlo sin retraso ni perjuicio del objeto principal de la instrucción».

Por otra parte, a reforzar este argumento viene la circunstancia de que, en la práctica, el mayor número de causas por delito se tramita a través del procedimiento abreviado introducido por L.O. 7/1988,

---

[498] Pese a que, según se desprende de los folios 58 y 59 de la obra de VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, imp. Gerónimo Roxo, 1729, este autor consideraba que la pesquisa general significaba en nuestro derecho común un trámite procesal dirigido a determinar la comisión de un hecho punible, mientras que la especial sólo se iniciaba cuando de la pesquisa general pareciere alguno culpado, sirviendo esta especial para proceder contra una persona determinada por la comisión de un delito, lo cierto es que esta interpretación no es totalmente exacta. Cfr. por ello HEVIA BOLAÑO, Juan de, *Curia...*, op. cit., pp. 589 a 591, núms. 1-5, quien sostiene que «...General se dize, inquiriendo generalmente de todos los delictos, sin particularizar ninguno, ni los nombres de los delinquentes que sirve solo de preambulo para venir a la especial dellos. La qual se dize especial, quando se inquiere del delicto y delinquente particular...», y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 157 y 158, el cual señala que la pesquisa general era la realizada para conocer qué delitos se habían cometido y quiénes los cometieron dentro del ámbito, por ejemplo, de una ciudad y a lo largo de un período temporal más o menos largo y reciente. Por las muchas molestias y difamaciones que de ella solían derivarse, fue prohibida por una ley del Fuero Real, que pasó a la Recopilación de 1567 y otra de Alfonso XI. La pesquisa particular o especial era la forma normal y tenía lugar en relación con la reciente y conocida ejecución de un delito, del cual se ignoraba quién fuese el autor.

[499] VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y práctica judicial*... op. cit., folio 60, núm. 17.

de 28 de diciembre, procedimiento éste en el que no se contempla de manera expresa un trámite semejante al del art. 616 LECrim., según se desprende de la lectura del título III del libro IV de la LECrim. [500] [501].

Todo ello conduce a que pueda sostenerse como un aspecto derivado de la «summaria cognitio» del procedimiento, de la provisionalidad de sus efectos y de la urgencia con que deben ser dispuestas, la concesión de estas medidas «inaudita parte».

[500] En los, hoy derogados, procedimientos de urgencia por delitos, tampoco se contemplaba el trámite incidental de los arts. 616 y ss. LECrim. Podía incluso hablarse de una restricción de las facultades de actuación del tercero civilmente responsable en estos procedimientos como se deducía claramente de los arts. 784, regla 5.ª, II y III y 791, 6.º, IV, ambos de la LECrim., según la redacción dada por la Ley 3/1967, es decir, la existente hasta la reforma operada por la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre.

[501] En el ámbito de la Jurisdicción militar, ni siquiera para el proceso penal ordinario se prevé un trámite incidental paralelo al del art. 616 LECrim. Lo único que se concede para excepcionar la medida cautelar real, es la posibilidad de recurrir en apelación el auto en que haya sido adoptada (art. 190 L. O. 2/1989).