# LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO

José Luis Castillo Alva

# LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO

ideas
Solución Editorial

La presunción de inocencia como regla de tratamiento

© José Luis Castillo Alva

© Ideas Solución Editorial S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
RUC: 20550760143
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.editorialideas.com

1ª edición: febrero 2018
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2018-00422
ISBN Nº 978-612-47498-6-5
Proyecto Editorial N° 31501011800048

Diseño de portada: Melissa Stefany Chirinos Paucar
Diagramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:
Agencia Brand Peru S.A.C.
Cal. Toribio Rodriguez de Mendoza N°. 239 Urb. Isla Verde Lima - Lima - Pueblo Libre
R.U.C.: 20601221412

Febrero 2018

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

*A mis hijos: María José y Rafael José.*

# Índice

Presentación ..... 7

Capítulo primero

La presunción de inocencia en un estado constitucional

I. Regulación normativa ..... 11
II. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia en la dignidad de la persona humana ..... 12
III. El proceso justo y el derecho a la presunción de inocencia ..... 26
IV. La presunción de inocencia y el estado constitucional ..... 33
    a. La presunción de inocencia como principio ..... 33
    b. La presunción de inocencia en un estado democrático ..... 41
    c. La presunción de inocencia como derecho fundamental .. 48
V. Presunción de inocencia y principio de legalidad ..... 59
VI. La presunción de inocencia y proceso penal eficaz ..... 68
VII. Titularidad de la presunción de inocencia ..... 70
VIII. Las manifestaciones de la presunción de inocencia ..... 74
IX. El alcance de la presunción de inocencia ..... 77

Capítulo segundo

La dimensión extraprocesal de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia

I. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia: su función procesal y extraprocesal ..... 91
II. La regulación de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia en el Código Procesal Penal ..... 98

III. Las declaraciones informales de culpabilidad y la violación de la regla de tratamiento (extraprocesal) de la presunción de inocencia. El TEDH y la CIDH ..... 110
a. Las declaraciones informales de culpabilidad efectuada por los jueces, por los órganos administrativos y la afectación a la presunción de inocencia ..... 125
IV. Las declaraciones informales de culpabilidad y las decisiones del comité de derechos humanos ..... 130
V. Algunos casos especiales de violación a la regla de tratamiento de la presunción de inocencia ..... 134
a. El hecho de que los imputados detenidos que se presentan a los tribunales usen la ropa de la prisión, propia de los condenados. El empleo de grilletes ..... 134
b. La aparición en la prensa de fotografías de las personas imputadas de la comisión de un delito ..... 135
c. La entrega y difusión de vídeos por parte de las autoridades que afectan la presunción de inocencia. El caso del registro en vídeo de los operativos policiales de captura, de las declaraciones prestadas ante las autoridades y la difusión de una diligencia de reconstrucción de los hechos ..... 144
d. La entrega y difusión de conversaciones privadas por parte de las autoridades y la afectación de la vida privada y la intimidad personal ..... 148
e. La presentación en público de las personas sospechosas de cometer un delito. El uso de barrotes y trajes a rayas ..... 158
VI. Libertad de expresión y las declaraciones informales de culpabilidad ..... 162
VII. La presunción de inocencia y la prohibición de malos tratos: el uso de jaulas para las personas privadas de su libertad ..... 168
VIII. Indemnización por los daños morales como consecuencia de las declaraciones informales de la culpabilidad ..... 170

## Capítulo tercero

## La dimensión procesal de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia

I. La presunción de inocencia y su influencia en las medidas cautelares ..... 175

II. La presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal y el principio de la excepcionalidad de la prisión provisional..... 183
a. Regulación normativa..... 183
b. La libertad personal como regla en un estado constitucional..... 185
c. La privación cautelar de la libertad personal como extrema ratio..... 189
d. La regla de tratamiento y el menor sacrificio de la libertad personal. El principio de la adecuación de la medida..... 191
e. El fundamento del principio de excepcionalidad de la prisión provisional..... 196
f. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del comité de derechos humanos y de la corte idh.... 200
g. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del TC peruano..... 201
h. La excepcionalidad extrema de la privación cautelar de la libertad de los niños..... 203
i. Las consecuencias de la excepcionalidad de la privación cautelar de la libertad..... 204
j. La *prima ratio* y la posición preferente de otras medidas menos lesivas a la libertad personal..... 207
III. La regla de tratamiento procesal de la presunción de inocencia y su influencia en la prisión provisional..... 209
a. La regla de tratamiento y los fines procesales legítimos de la prisión provisional: el aseguramiento procesal..... 209
b. La prisión provisional no debe perseguir fines procesales ilegítimos..... 228
c. La prohibición de que la prisión provisional sea considerada como una pena anticipada y se busque alcanzar fines preventivos (generales o especiales)..... 243
d. Los requisitos materiales del peligro procesal: la realidad, la gravedad y la inminencia del riesgo..... 258
e. La presunción de inocencia, el derecho de defensa y la obligación convencional de pronunciarse sobre las alegaciones planteadas por el imputado afectado con la prisión provisional..... 273

f. La regla de tratamiento y la ejecución de la prisión provisional ..... 283
g. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia y la obligación periódica de revisión de la prisión provisional. 286
h. La regla de tratamiento exige el abono del tiempo de la privación de la libertad (la prisión provisional o el arresto domiciliario) al tiempo de la pena ..... 298
i. La indemnización por la detención o prisión arbitraria .... 308
IV. Los límites temporales de la regla de tratamiento procesal de la presunción de inocencia ..... 310

## Capítulo cuarto

## La presunción de inocencia y el acceso a la función pública

I. Regulación normativa ..... 319
II. Presunción de inocencia y el derecho al acceso a la función pública ..... 319
III. La presunción de inocencia y el sistema penal ..... 323
IV. El alcance de la presunción de inocencia. Su no restricción al proceso penal ..... 328
V. El ingreso (y permanencia) a la función pública y la presunción de inocencia. ¿Puede constituir una restricción legítima de acceso a la función pública el contar con un proceso penal abierto?. 334
a. Las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano que limitan el acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto ..... 335
b. La jurisprudencia que permite y/o autoriza la restricción de acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto ..... 336
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ..... 336
- La jurisprudencia del Jurado Nacional de Elecciones ..... 340
- La jurisprudencia del Consejo Nacional de la Magistratura referida al artículo 177.6 De la ley orgánica del Poder Judicial ..... 345

- La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ..... 346

c. Las críticas a la legislación y la jurisprudencia que autorizan la limitación del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad en abierta violación al principio de presunción de inocencia. Nuestra posición... 348

d. La jurisprudencia constitucional (peruana y comparada) que exige el respeto de la presunción de inocencia en su relación con el derecho de acceso a la función pública..... 372

e. La permanencia en la función pública y la presunción de inocencia ..... 379

f. La presunción de licitud de los actos funcionales. El derecho a permanecer en la función pública pese a registrar procesos disciplinarios..... 381

Bibliografía..... 385

# PRESENTACIÓN

El libro que se publica pretende ser una contribución al estudio de la presunción de inocencia desde una perspectiva convencional y constitucional.

Frente a la tradicional concepción de la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal (como regla probatoria y regla de decisión) se parte en este trabajo por considerar a dicho principio como una regla de tratamiento tanto extraprocesal como procesal. A partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la enorme tarea constructiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos se destaca que la presunción de inocencia es contraria a las declaraciones informales de culpabilidad que realizan muchas autoridades públicas al margen de las investigaciones y los procesos penales.

El fundamento sobre el que gira el principio de presunción de inocencia –y que se recoge en el trabajo– es el respeto incondicional de la dignidad de la persona humana que es el pilar sobre el que reposa no solo la arquitectura constitucional, sino el sistema jurídico en su conjunto.

Si el libro abre la discusión sobre la presunción de inocencia desde un ángulo distinto al meramente vinculado al proceso penal (aunque sin que se renuncie a este planteamiento tradicional) habrá cumplido su objetivo.

Lima, 10 de enero del 2018.

# Capítulo Primero

# LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

**Sumario**: I. Regulación normativa. — II. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia en la dignidad de la persona humana. — III. El proceso justo y el derecho a la presunción de inocencia. — IV. La presunción de inocencia y el estado constitucional. a. La presunción de inocencia como principio. b. La presunción de inocencia en un estado democrático. c. La presunción de inocencia como derecho fundamental. — V. Presunción de inocencia y principio de legalidad. — VI. La presunción de inocencia y proceso penal eficaz. — VII. Titularidad de la presunción de inocencia. — VIII. Las manifestaciones de la presunción de inocencia. — IX. El alcance de la presunción de inocencia.

## I. REGULACIÓN NORMATIVA

1. La presunción de inocencia se encuentra regulada en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por su parte, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

   El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El artículo 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos prescribe: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

   Por su parte, el artículo 2, inciso 24, e de la Constitución Política del Perú establece que "*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". El artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal "1. 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. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

## II. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

2. El fundamento último de la presunción de inocencia descansa en la necesidad de garantizar el pleno respeto a la dignidad de la persona humana como eje central de un Estado Constitucional y la democracia liberal. La justificación de la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional se encuentra en su apoyatura en la dignidad de la persona humana a quien obedece y responde directamente.

   El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se encuentra tanto en el respeto al principio-derecho de la dignidad de la persona humana así como en el principio *pro homine*[1].

3. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú prescribe: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

   La dignidad de la persona humana ocupa la posición de una norma fundamental dentro del esquema de la Constitución y constituye una norma básica de nuestro ordenamiento jurídico[2]. Se

---

1 Las sentencias del TC peruano: Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC; Caso: *Noni Cadillo López*; Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: *Mario Gonzales Maruri*; Exp. N.º 03891-2011-PA/TC; Caso: *César José Hinostroza Pariachi*.

2 Cfr. Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; Buenos Aires; B de F; 2008; p. 3.

trata en buena cuenta de un precepto que es medida de todas las disposiciones constitucionales, en especial de los derechos fundamentales, y que, además, constituye una norma que impregna de contenido al conjunto del ordenamiento jurídico. Todas las normas jurídicas (leyes, reglamentos, etc.) en su promulgación, vigencia y dinámica interpretativa deben estar armonizadas obligatoriamente con dicho principio.

El artículo 1 de nuestra ley fundamental es el supremo derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales y constituye un principio superior que rige la acción del Estado[3] y la norma fundamental del sistema jurídico[4]. Representa el principio constitucional de mayor jerarquía axiológica-valorativa[5] que posee una dimensión normativa específica[6]. La protección de la persona humana y la dignidad de la persona humana como valor supremo y fundamental se transforman en un principio jurídico que consti-

---

3 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional* (Trad. De Antonio López Pina); Madrid; Marcial Pons; 2 ed.; 2001; 4/3; p. 118 quien alude el respeto a la dignidad de la persona humana constituye "el supremo principio constitutivo de la Ley fundamental".

4 Cfr. Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; p. 105; Starck, Christian; *Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán*; en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional; núm. 9, Madrid, 2005, p. 492; Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*; Porto Alegre; Livraria do advogado; 10 ed.; 2015; p. 77, quien alude a un principio normativo fundamental.

5 Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*; p. 83; Gomes Canotilho, José Joaquim; *Principios y «nuevos constitucionalismos» el problema de los nuevos principios*; en: Revista de Derecho Constitucional Europeo; Núm. 14; 2010; p. 363, quien recuerda que: "La teoría y dogmática de los principios conlleva una imbricación de dos problemáticas: la de la interpretación de la constitución como proceso concretador y la de la delimitación teorético-dogmática de los principios constitucionales".

6 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; São Paulo; Editora Revista dos Tribunais - Coimbra Editora; 4 ed.; 2007; Vol. I; p. 198.

tuye el vértice del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico[7].

El respeto a la dignidad de la persona no representa simplemente una norma ética o moral o es una recomendación protocolar que realiza la Constitución a los poderes públicos y a las personas. Como señala Benda: "Ni siquiera se puede interpretar como un mero enunciado programático de principios éticamente deseables[8]". Por el contrario, estamos ante una norma jurídica de jerarquía constitucional en el plano formal y material y que, por tanto, es portadora de plena eficacia[9] y por el cual el Estado se encuentra en la obligación de carácter constitucional de respetar la dignidad de la persona humana y a defenderla dentro de sus posibilidades[10].

La dignidad de la persona humana y las normas que regulan los derechos fundamentales es derecho directamente aplicable que obliga y vincula a todos los poderes públicos[11]. En su condición de

---

7 Cfr. Antunes Rocha, Carmen Lúcia; *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*; Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Vol. 2; N.º 2; 2001; p. 52.

8 Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/6; p. 120.

9 Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*; p. 82; Gomes Canotilho, José Joaquim; *Derecho, derechos; tribunal, tribunales*; en: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núms. 60-61; abril-septiembre 1988; p. 821: "Primacía o supremacía de la Constitución, eficacia vinculante para todos los poderes públicos, aplicabilidad directa, como ley, son los presupuestos esenciales de cualquier Estado constitucional democrático de derecho y, al mismo tiempo, condiciones indispensables para la configuración de una justicia constitucional concretizadora del derecho constitucional"; Freire Soares, Ricardo Mauricio; Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana; p. 5: "como princípio constitucional de evidente densidade axiológica e teleológica, deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos".

10 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/6; p. 120.

11 Cfr. Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 7.

principio normativo tiene una indiscutible eficacia. En un Estado Constitucional hay un compromiso mínimo para la efectividad de sus normas[12], especialmente las Constitucionales, y una ética de la responsabilidad práctica más que de una simple ética de la convicción respecto a la efectividad y cumplimiento de las normas constitucionales[13].

4. La dignidad de la persona humana es el fundamento último de la democracia constitucional[14] que se asienta en el principio de la división de poderes, como garantía contra el autoritarismo, el pleno respeto a los derechos humanos y la independencia judicial. No es posible concebir una democracia (constitucional) que no preserve, proteja y tutele a la persona humana y garantice un trato digno a todos los seres humanos.

   Mientras un sistema político autoritario tiene al Estado y al poder que representa como su eje normativo-político; en un sistema democrático es el hombre y su dignidad el fundamento de la arquitectura constitucional y del ordenamiento jurídico. La irrupción de la dignidad de la persona humana como núcleo de la configuración constitucional no solo representa un cambio semántico y de regulación normativa, sino la renovación completa del fundamento político-normativo de la Ley fundamental y del ordenamiento jurídico. Con ello, la Constitución posee un indiscutible

---

12 Cfr. Barroso, Luis Roberto; *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*; en: Revista de Direito Administrativo; Rio de Janeiro, jul./set. 2001; p. 31.

13 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim; *¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 15; Núm. 43; enero-abril 1995; p. 19.

14 Cfr. Castillo Córdova, Luis; *El valor jurídico de la persona humana*; en: Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura; p. 10: "El sistema democrático, por su parte, al hacer depositario del poder al mismo pueblo, y al poner como fin último de su existencia a la persona humana, no sólo se obliga a la ley formal, sino que también se obliga a incorporar al pueblo en los mecanismos de formación y expresión de la voluntad estatal".

giro antropológico[15] que renueva las bases de la organización constitucional, de los derechos y del sistema político.

5. La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico abierto[16] que se concreta y determina en cada situación y que requiere ciertos parámetros objetivos de valoración. No posee un contenido fijo, invariable, sino dinámico y permeable al depender de criterios culturales que varían de una época a otra.

   La dignidad humana es un concepto cultural, no inmutable, que se inserta en una época determinada por lo que está expuesta a la dinámica de las fuerzas sociales, políticas y culturales que se desarrollan en una comunidad. Si bien tiene un mínimo indisponible su contenido se va decantando de manera dinámica y progresiva.

6. La dignidad de la persona humana es el fundamento último de los derechos fundamentales[17]. Los derechos fundamentales son la

---

15 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 14 quien citando a Haberle recuerda que: "la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del status qua democrático y, en consecuencia, es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana".

16 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 14.

17 Cfr. Alexy, Robert; *¿Derechos humanos sin metafísica?*; en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30; 2007; p. 244: "Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos. Con ello estamos ante la finalidad de la fundamentación"; Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 22; Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: Ius et veritas; N.º 21; p. 11; Castillo Córdova, Luis; *El valor jurídico de la persona humana*; en: Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura; pp. 4 y 5: "Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de lo jurídico de modo que la sola existencia del hombre

*conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente el tipo de Estado[18]. La dignidad está estrechamente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos[19].

De igual forma, del artículo 3 de la Constitución, de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional en el artículo 55 y de la cuarta disposición final y transitoria se reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político[20].

7. La dignidad de la persona humana es un límite de la actuación de los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder ejecutivo y Poder judicial) en cuanto al tratamiento e incidencia de su actuar en los derechos fundamentales[21]. Constituye el principio límite

---

hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es".

18 Cfr. Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 22.

19 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 3/17; p. 91 y ss.; Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et Veritas*; N.º 21; p. 20.

20 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 15: "la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también debemos encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación *in dubio pro homine* correcta".

21 Cfr. Prieto Sanchís, Enrique; *Estudios sobre derechos fundamentales*; Madrid; Debate; 1992; p. 20; Castillo Córdova, Luis; *El valor jurídico de la persona humana*; en: Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura; p. 15; Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: Ius et veritas; N.º 21; p. 17: "no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar

y de control en el ejercicio del poder político y del poder social. No hay ningún poder (ni fáctico ni normativo) por encima del respeto a la dignidad de la persona humana. El respeto de la persona humana se erige como la principal arma contra la arbitrariedad estatal. Las autoridades no deben utilizar cualquier medio para alcanzar su objetivo. Si dicho medio infringe la dignidad de la persona humana se trata de una actuación inconstitucional.

La incidencia de la dignidad de la persona en el control y el límite del poder es gradual y decisiva como fundamento del orden democrático y de la división de poderes. La dignidad opera y actúa sobre la base de la regla democrática: quien tiene más poder está sujeto a mayor control; es decir, las personas o entidades que gozan de mayor poder están obligadas a un mayor respeto de la dignidad y por ello a una mayor fiscalización[22].

La dignidad de la persona humana importa establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador a fin de salvaguardar el contenido esencial de la dignidad de la persona de las mayorías parlamentarias y de los poderes fácticos[23].

8. La consagración de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin del Estado y de la sociedad supone la obligación de que todos los poderes públicos y el Estado como las distintas instancias y poderes sociales deben estar al servicio de la persona su dignidad. Se trata de la determinación de un fin que busca preordenar toda actividad estatal, el conjunto del sistema jurídico y la sociedad hacia la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

---

sus objetivos sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana".

22 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 14.

23 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 22.

Con ello, queda claro que se prohíbe cualquier acto estatal o una conducta de algún miembro de la sociedad que instrumentalice a la persona como un medio para alcanzar un objetivo distinto al de su propia dignidad. En nuestra Ley fundamental resulta ilegítimo que se utilice a la dignidad de la persona humana como medio para alcanzar otros objetivos y fines v. gr. sean estatales, sociales, religiosos, políticos, culturales, etc. Solo la actividad que defiende a la persona y promueve su dignidad como fin del Estado y de la sociedad recibe cobertura y reconocimiento constitucional.

Desde el momento que la Ley Fundamental consagra que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado admite también con ello la inviolabilidad de la persona humana mandato que se dirige a todos los poderes públicos y a los demás seres humanos.

9. La exigencia constitucional de "*la defensa de la persona humana*" reclama una protección general frente a todo acto u omisión que pueda afectar los distintos bienes y derechos de la persona sea que procedan de cualquier poder público o entidad estatal, de otra persona o de la sociedad misma.

   La defensa de la persona no solo comprende a los actos violentos o las agresiones que pueden realizar terceros y que amenazan o lesionan la vida, la salud, la integridad el honor o el patrimonio, sino también abarca los actos no violentos que implican una afectación a la persona y a los derechos que se le atribuye en cuanto tal. La obligación de defensa estatal de la persona y su dignidad se dirige a proscribir todo acto, independiente de sus características concretas, que la lesione o ponga en peligro. La Constitución no se detiene en proscribir una modalidad concreta de actos que puedan lesionar a las personas.

   La defensa de la persona humana requiere por parte del Estado el despliegue de una serie de actos y medidas que de manera eficaz puedan tutelarla adecuadamente. No basta la realización de cual-

quier acto de protección. Es necesario que dicho acto sea idóneo y eficaz para proteger a la persona humana.

10. La ley fundamental peruana prescribe también "*el respeto de la dignidad de la persona humana*" lo que supone la regulación de un mandato constitucional inderogable que alcanza a todo poder público y a cualquier persona (pública o privada). Dicha pretensión de respeto supone que a toda persona se le asigna el derecho frente a cualquier poder (estatal o social) de exigir la omisión de todas aquellas acciones que menoscaben la dignidad[24].

    La función de respeto de la dignidad de la persona humana puede ser entendida como una obligación de proscribir todo acto o la actividad que suponga una violación, el menosprecio o que implique la afectación a la autodeterminación de la persona. Son ejemplos de una violación al deber de respeto de la dignidad de la persona humana el hecho de humillar o menospreciar a una persona, el considerarla como culpable de un delito, cuando se tortura a una persona, se produce un secuestro, se la esclaviza económicamente, etc.

    Sin embargo, la pretensión de respeto también exige la realización de actos positivos que generen las condiciones adecuadas para que las personas puedan desarrollar su autonomía y personalidad como manifestación de su dignidad. La dignidad humana puede afectarse a través de un conjunto de situaciones estructurales generadas por los poderes públicos o sociales (desigualdad, pobreza, hacinamiento) y que demanda un conjunto de prestaciones y obligaciones de hacer a fin de remover las causas que menoscaban y afectan la dignidad. El Estado está obligado a remover todo aquel obstáculo relevante que deteriore o neutralice la dignidad de la persona humana.

    En un Estado social y en una democracia los poderes públicos son portadores de deberes y obligaciones de hacer y de efectuar pres-

24 Cfr. Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; p. 29.

taciones que llevan a remover y eliminar todo aquel obstáculo que impida el desarrollo de la personalidad e incidan negativamente en la dignidad humana. Se alude aquí a una *función estatal de configuración*[25]. Si el Estado se encuentra al servicio de la persona no se entiende cómo es posible limitar las tareas del Estado a solo evitar acciones que la afecten y no a buscar la realización de un conjunto de actividades y prestaciones que favorecen de modo directo a la persona. Por ello, el Estado debe intervenir activamente y configurar una serie de actos y situaciones que favorezcan el desarrollo de la persona humana y su dignidad[26].

Una concepción dinámica de la dignidad de la persona humana, compatible con el Estado social y democrático, obliga a que el Estado deba procurar que las personas accedan a bienes materiales necesarios para lograr una vida digna o que obtengan el mínimo necesario para poder vivir con dignidad. La obligación (constitucional) de respeto a la dignidad de la persona humana no solo abarca los poderes públicos. Se extiende a todas las demás personas, a los grupos y colectivos como a la sociedad en su conjunto. También los particulares (y no solo los funcionarios) se encuentran vinculados a la pretensión de respeto

Tanto la función de defensa de la persona humana como el mandato de respeto de la dignidad de la persona humana coinciden en resaltar la importancia de la visión antropocéntrica que fija la Constitución.

11. Una de las principales manifestaciones de la obligación de respeto de la persona humana es la construcción y vigencia de una *regla de tratamiento* por la cual a toda persona se le debe tratar conforme a su dignidad y al valor que representa tanto a sí misma como para la comunidad.

---

25 Ampliamente, Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; p. 36.

26 Cfr. Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: *Ius et veritas*; N.º 21; p. 11.

No se cumple con la obligación de respeto de la persona humana si se la trata de manera indigna, se la humilla, se la veja o se la considera como un simple objeto. No hay respeto si es que no hay un tratamiento adecuado a la persona.

El respeto de la persona humana y de su dignidad implica la no realización de actos perjudiciales ni la emisión de juicios negativos anticipados, previos (y no definitivos) sobre el valor o la condición de la persona. Hay aquí una prohibición de acciones dañinas en contra de la persona (o grupo) o la emisión de opiniones y juicios negativos sobre la conducta, forma de ser o la conducción de vida de la persona.

La vida en comunidad, los contactos sociales, la globalización de la información y la interacción hace que las personas formulen opiniones, juicios y criterios sobre otras personas. Al ordenamiento jurídico no le interesa prohibir comentarios, juicios y opiniones que dentro de una sociedad libre se puedan elaborar y expresar sobre todo si está vinculado al ejercicio de derechos fundamentales tan importantes como la libertad de expresión, de opinión y de información. Únicamente se prohíbe los actos del habla y opiniones que son perjudiciales a la persona humana y que representan un claro atentado contra su dignidad y el honor, tanto personal como social.

Las ofensas, los actos denigrantes, las humillaciones que reciben las personas de terceros empleando cualquier medio no se encuentran permitidos en un ordenamiento jurídico democrático y en una sociedad respetuosa de la dignidad de la persona humana.

La presunción de inocencia es un derecho de tratamiento de la persona conforme y de acuerdo a su dignidad que reclama una acción positiva del Estado[27]. El Estado y los diversos órganos que lo componen no solo tienen prohibido tratar a las personas como

27 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2006; p. 91.

culpables, sino que hay una obligación positiva de neutralizar todo trato prodigado por terceros o por los agentes públicos que presenten a una persona como culpable.

No es posible que haya respeto a la dignidad de la persona humana sin que se garantice la vigencia irrestricta de la presunción de inocencia como un mecanismo que tutela la dignidad frente a la atribución de ciertos hechos como la comisión de delitos, faltas disciplinarias o ilícitos administrativos. La presunción de inocencia es un instrumento jurídico adecuado de tutela y protección de la dignidad de la persona humana. Sin la presunción de inocencia la dignidad de la persona quedaría desprovista de protección y eficacia frente a la imputación de hechos disvaliosos de cierta gravedad que se dirigen en contra de una persona.

12. El tratamiento de la persona según su dignidad implica reconocer que la persona es sujeto de derecho y no simple objeto, medio, cosa o instrumento del Estado, de la sociedad o de otras personas.

La persona humana si es sujeto y titular de derechos no puede ser tratada al mismo tiempo como cosa, objeto, instrumento o como medio para alcanzar fines que le son extraños y ajenos. Por ello, es que se entiende como una prohibición de cosificación y de degradación de la persona a la condición de mero objeto[28]. Se reputa inconstitucional todo acto que degrade o convierta a la persona como medio o instrumento de otros fines, aunque sean legítimos y lícitos.

La prohibición constitucional de instrumentalización deriva del reconocimiento de la persona como sujeto y como titular de derechos inviolables que deben ser garantizados, promovidos y respetados por la organización estatal y por la sociedad en su conjunto. Dicha prohibición se orienta a proscribir todo acto, medida o hecho que dependiendo de un ser humano o del Estado pueda

28 Cfr. Novais, Jorge Reis; *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*; Coimbra; 2017; Vol. II; p. 112.

afectar el núcleo de la dignidad de la persona. No interesa tanto la intención o el propósito como el significado objetivo del acto. También es posible que haya una cosificación imprudente de la persona que tenga relevancia constitucional[29].

Con ello, queda claro que la Constitución implícitamente prohíbe cualquier acto estatal o una conducta de algún miembro de la sociedad que instrumentalice a la persona como un medio para alcanzar un objetivo distinto al respeto de su propia dignidad[30]. En nuestra Ley fundamental resulta ilegítimo que se utilice a la dignidad de la persona humana como medio para alcanzar otros objetivos y fines v. gr. sean estatales, sociales, religiosos, políticos, culturales, etc. El individuo no puede ser objeto de la acción estatal o un mero instrumento de los intereses públicos[31]. Por ello, se ataca el núcleo de la dignidad de la persona humana a través de actos que suponen el sometimiento, la subyugación, la degradación y el desprecio del otro empleando cualquier medio (material o psicológico)[32].

---

29 Cfr. Novais, Jorge Reis; *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*; Vol. II; p. 114.

30 Cfr. Häberle, Peter; *La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal*; en: Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional; Madrid; Dykinson; 2008; p. 184; Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/7; p. 121; Starck, Christian; *Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán*; en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional; núm. 9, Madrid, 2005, p. 490: "la dignidad humana corresponde al ser humano concreto, rechazándose toda posibilidad de utilización del ser humano como simple medio para los fines de una sociedad organizada en forma colectiva o tecnocrática"; Tomas-Valiente Lanuzas, Carmen; *La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?*; en: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 102, septiembre-diciembre, 2014; p. 184; Freire Soares, Ricardo Mauricio; *Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana*; p. 6.

31 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/17; p. 125.

32 Cfr. Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; p. 104.

13. La dignidad no se condiciona a la realización de ciertas conductas, valores o metas espirituales[33] ni depende de ciertas circunstancias. Las personas que tienen comportamientos perjudiciales contra terceros, que no cuentan con valores, o simplemente no creen en los valores sociales más asentados, o no se mueven por criterios espirituales también gozan de dignidad y merecen protección y respeto. Las personas que delinquen también poseen dignidad, la cual no la pierden pese a que puedan cometer los actos más indignos e infames[34]. La dignidad humana permanece intacta y es independiente de los comportamientos ilícitos que pueda realizar la persona[35] como también es independiente del merecimiento personal y social[36]. Como señala González Pérez: "por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello conlleva[37]".

Las personas que se encuentran privadas del ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales en el curso de un proceso penal

---

33 Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*; p. 51; González Pérez, Jesús; *La dignidad de la persona*; Madrid; Civitas; 2 ed.; 2011; p. 27.

34 Cfr. Freire Soares, Ricardo Mauricio; Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana; p. 6: "O Estado, ao exercitar o jus puniendi, não pode se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado ou condenado. Por mais reprovável que tenha sido o crime, merece o infrator tratamento digno"; Sarlet, Ingo Wolfgang; Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988; p. 53.

35 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/16; p. 125: "El artículo 1 GG es válido para toda persona al margen de su grado moral de desarrollo, porque al menos idealmente toda persona está capacitada para su autorrealización moral. Está vedado al Estado distinguir entre los individuos según su presunto valor moral. El Estado no debe arrogarse el derecho a pronunciar un juicio absoluto sobre los individuos sometidos a su imperio"; Miranda, Jorge; *Direitos fundamentais*; Almedina; 2017; p. 227.

36 Cfr. Antunes Rocha, Carmen Lúcia; *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*; *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*; Vol. 2; N.º 2; 2001; p. 51.

37 González Pérez, Jesús; *La dignidad de la persona*; p. 27.

por la supuesta comisión de actos considerados delictivos y con ello se ven limitados a decidir sobre aspectos relevantes de su vida; por esta razón no pierden su dignidad como persona humana, de tal manera que ellas siempre y en todo momento deben ser respetadas, bajo cualquier circunstancia[38].

Ninguna persona que se encuentre en la periferia social puede ser excluido de la protección de la dignidad de la persona humana[39]. Los marginados, los excluidos y los que delinquen también merecen respeto de su dignidad. Las personas sumidas en la pobreza extrema o en la penuria más intensa no por ello pierden su dignidad, pese a que sufran materialmente limitaciones de la capacidad real de autodeterminación y de conformación de su propia vida.

## III. EL PROCESO JUSTO Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

14. La presunción de inocencia es uno de los elementos integrantes de la noción del proceso penal justo y equitativo[40]. No se trata de una

---

38 Cfr. Novais, Jorge Reis; *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*; Vol. II; p. 98.

39 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/16; p. 125: "Incluso cuando tal esperanza parezca vana, bien porque la nieguen predisposiciones genéticas y sus metamorfosis, bien por propia culpa, nunca deberá el Estado emitir un juicio de valor concluyente y negativo sobre el individuo".

40 TEDH casos: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero del 2015, párr. 113; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 90; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 191; *Yassar Hussain c. El Reino Unido*, 07 de marzo de 2006, párr. 19; *Ashendon y Jones c. El Reino Unido*, 15 de diciembre de 2011, párr. 42; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 125; *Huseyn y Otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre de 2010, párr. 102; *Fedorenko c. Rusia*, 20 de setiembre del 2011, párr. 88; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre de 2012, párr. 102; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 59; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 207; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 147; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 161; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *A.L.*

mera garantía, o una garantía más, en el proceso penal[41], sino de una de las garantías y derechos más importantes de todo proceso sancionador.

La Corte IDH ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales[42] y

---

*c. Alemania*, 28 de Abril de 2005, párr. 31; *Müller c. Alemania*, 27 de Marzo de 2014, párr. 46; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 53; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre del 2014, párr. 30; *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre de 2012, párr. 55; Moullet C. Francia, 13 de septiembre de 2007; *Marchiani c. Francia*, 27 de mayo del 2008; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre de 2012, párr. 185; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 27 y 28; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 49; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre de 2006, párr. 41; *Deweer c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, párr. 56; *Janošević c. Suecia*, 23 de julio del 2002, párr. 96; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 37; *Vaquero Hernández y otros c. España*, 02 de noviembre del 2010; párr. 123; Šikić C. Croacia, 15 de julio del 2010, párr. 52; Peša C. Croacia, 08 de abril del 2010, párr. 138; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de 2007, párr. 66; *Caraian c. Rumania*, 23 de junio de 2015, párr. 74; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 37; *Viorel Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 156; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 69; *Teodor c. Rumanía*, 04 de junio de 2013, párr. 36; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo 2007, párr. 70; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo del 2010, párr. 88; *Diamantides c. Grecia* (N. ° 2), 19 de mayo de 2005, párr. 44; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 32; *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de septiembre de 2007, párr. 35; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo del 2012, párr. 75; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 125; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre del 2012, párr. 47; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo del 2002, párr. 49; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 138; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril del 2011, párr. 33; *Karakaş y Yesilirmak c. Turquía*, 28 de junio de 2005, párr. 49; *Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, 16 de octubre 2008, párr. 24; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre de 2000, párr. 41; *Popovici c. Moldavia*, 27 noviembre de 2007, párr. 78; *Zollman c. El Reino Unido*, 27 de noviembre del 2003; *O.L. c. Finlandia*, 5 de julio de 2005.

41 TEDH casos: *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre del 2014, párr. 57; *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 55; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril de 2011, párr. 33; *Çelik (Bozkurt) c. Turquía*, 12 de abril de 2011, párr. 29.

42 *Ruano Torres y otros c. El Salvador*, 05 de octubre de 2015, párr. 126; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche)*

que dicho principio corresponde a "*toda persona inculpada de un delito*"[43]. Por su parte, el Comité de DDHH destaca que la presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos[44].

La presunción de inocencia presupone la exigencia misma de proceso, ya que de otro modo frente a la imputación de un delito la persona debería ser condenada de manera inmediata. Si es que no se parte por la aceptación de este principio no habría necesidad lógica del proceso penal[45]. De igual forma, el trato de la persona como inocente obliga a que se levanten alrededor del imputado una serie de garantías que complementan su sentido protector. Si es que no se considera a una persona como inocente no tendría sentido el que se le permita a una persona defenderse, contradecir los cargos, el derecho a probar y a alegar.

15. El TEDH ha sostenido que la presunción de inocencia como un derecho procesal se relaciona estrechamente con el derecho de defensa y, al mismo tiempo, promueve el respeto del honor y la dig-

---

*c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 171; *Suárez Rosero c. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 77; *Tibi c. Ecuador* de 07 de setiembre de 2004, párr. 180; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 14; *López Mendoza c. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011, párr. 128; *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 182; *Fernández Ortega y otros c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 33; *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 233; *Rosendo Cantú y otra c. México*, 15 de mayo del 2011, párr. 33.

43 *Fernández Ortega y otros c. México*, 15 de mayo del 2011, párr. 34; *Rosendo Cantú y otra c. México*, 15 de mayo del 2011, párr. 34; *Bulacio c. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 129; *Barreto Leiva c. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 119 a 121; *Vélez Loor c. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 205.

44 Observación General N.º 32; Artículo 14. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia; 90º período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, párr. 30.

45 Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*; Buenos Aires; Hammurabi; 2009; p. 75.

nidad del acusado[46]. En tal situación, la presunción de inocencia es un mecanismo que despliega una prevención frente a cualquier pronunciamiento injusto que pretenda establecer la culpabilidad de la persona. Sin la protección prevista por la presunción de inocencia en los casos de una absolución, o luego de la decisión de retirar la acusación, las garantías de un juicio justo se arriesgan a convertirse en derechos teóricos e ilusorios. Se destaca que lo que también está en juego después de la finalización de un proceso penal, es la reputación de la persona en cuestión y cómo ella es percibida por el público. Hasta cierto punto la protección conferida por el artículo 6 § 2 de la CEDH (similar al artículo 8.2 de la CADH) puede cubrir alguno de los alcances del artículo 8 de la CEDH[47] (similar al artículo 11 de la CADH).

La Corte IDH ha remarcado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de fortalecer las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada[48]. La presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme[49].

---

46 TEDH casos: *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril de 2015, párr. 83; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 32.

47 TEDH casos: *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre de 2014, párr. 57; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre de 2014, párr. 31; *Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, 16 de octubre 2008, párr. 27 y 56; *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril del 2015, párr. 83; *Hrdalo c. Croacia*, 27 de setiembre del 2011, párr. 54.

48 *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 153; *Suárez Rosero c. Ecuador* de 20 de noviembre de 1997, párr. 77.

49 *López Mendoza c. Venezuela,* 1 de septiembre de 2011, párr. 128; *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 154; *Cabrera García y Montiel Flores c. México,* 26 de noviembre de 2010, párr. 183; *Fernández Ortega y otros c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 33; *Rosendo Cantú y otra c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 33.

La protección otorgada por la presunción de inocencia cesa una vez que el acusado ha sido hallado culpable del delito que se le imputa, mediante la producción de prueba válida y suficiente, en sentencia firme y definitiva[50].

La orientación e ideología eminentemente personalista con la que viene signada la Constitución peruana hace que las garantías procesales como la presunción de inocencia adquieran una importancia superlativa en la configuración del modelo procesal que se asume, de la legislación sectorial como de la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria.

16. El TC peruano ha sostenido que el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Por ello, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter: no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta y expresa determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional[51].

La presunción de inocencia como disposición constitucional supone, en primer lugar, que toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si se mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable, y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de la culpabilidad del acusado, y esa cer-

50 TEDH casos: *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio de 2001, párr. 35; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre de 2013, párr. 106; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 37; *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre de 2014, párr. 58.

51 Las sentencias del TC peruano: Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC; Caso: *Noni Cadillo López*; Exp. N.º 10166-2005-PHC/TC; Caso: *Edilberto Toro Garay*; Exp. N.º 9943-2005-PHC/TC; Caso: *Herminio Lagos Vilcatona*; Exp. N.º 04590-2007-PHC/TC; Caso: *Romeo Dante Prince Morales.*

teza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal[52].

17. El derecho de las posibles víctimas y de los agraviados en el proceso penal no puede ni debe exagerarse. El TEDH ha declarado que las exigencias de un juicio justo no consagran un derecho a obtener, por ejemplo, por parte del agraviado, un determinado resultado al final de un proceso penal y, por lo tanto, no supone que se tenga un derecho a la imposición de una decisión de condena (o a la absolución) de los cargos[53].

La esencia del principio de presunción de inocencia exige que dicho principio solo pueda vencerse por una sentencia condenatoria firme de conformidad con la ley[54]. La presunción de inocencia no puede dejar de aplicarse durante la segunda instancia y, en general, por la interposición de los medios impugnatorios, simplemente porque el acusado fue condenado en primera instancia[55]. Concluir lo contrario estaría en contradicción con el papel de los procedimientos de apelación, donde se requiere que el Tribunal superior vuelva a examinar la decisión del órgano inferior y revise de manera integral los hechos y la ley aplicable. Un razonamiento distinto significaría que la presunción de inocencia no podría aplicarse en los procedimientos de impugnación con el fin de obtener una revisión del caso de la condena anterior[56], lo que evidentemente terminaría por afectar su núcleo y sentido.

---

52 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC; Caso: *Giuliana Flor de María Llamoja Hilares*. Toma como referencia esta sentencia del TC la sentencia que resuelve el R.N. N.º 3166-2012 (Ayacucho) del 24 de enero del 2013 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Fund. 1.14).

53 TEDH casos: *Kart c. Turquía*, 3 de diciembre de 2009, párr. 68; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 59.

54 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 35.

55 TEDH caso: *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre de 2013, párr. 146.

56 TEDH casos: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 36; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre de 2013, párr. 146.

El derecho a la presunción de inocencia es una garantía que tiene como fin posibilitar el adecuado ejercicio del derecho de la defensa, elemento básico para asegurar un debido proceso, y el principio de igualdad de armas que debe existir en todo proceso, sea este de carácter administrativo o judicial[57].

18. La presunción de inocencia no se desvanece con la sola confesión o autoinculpación del procesado, ya que es necesario que en el proceso se lleve a cabo la actuación de prueba material idónea con la que se corrobore indubitablemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del inculpado[58] y se llegue a dictar una sentencia condenatoria. La exigencia de sentencia firme como una condición para enervar la presunción de inocencia obliga a considerar que una autoinculpación, o incluso una confesión judicial con todas las garantías, no es un elemento que tenga la virtualidad de destruir dicha presunción.

    Solo una concepción psicológica de la presunción de inocencia puede llegar a la conclusión que la confesión judicial, prestada con todas las garantías, puede socavar y dejar sin efecto dicho principio constitucional. Sin embargo, si se parte de una concepción normativa de la presunción de inocencia en la que se exige la expedición de una sentencia condenatoria firme como única condición posible para vencerla, queda claro que la confesión del imputado o su acogimiento a cualquier mecanismo propio del proceso penal premial (v. gr. colaboración eficaz) no surte efecto alguno para derrotar a dicho principio constitucional[59].

19. La presunción de inocencia no depende de la existencia de un mayor o menor caudal probatorio que incrimina a un imputado y

57 Véase, la STC peruano: Exp. N.º 06817-2008-AA/TC; Caso: *José Alberto Asunción Reyes.*

58 Véase, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el R.N. N.º 3422-2002-LIMA del 20 de diciembre de 2002.

59 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; Lima; Grijley; 2016; p. 173.

que justifica un determinado escenario procesal v. gr. apertura de proceso penal, prisión provisional, acusación escrita etc. Una persona no es más inocente cuando la prueba de cargo que existe en su contra es exigua, deficiente o nula; ni es menos inocente cuando la prueba de cargo en términos materiales es plural, abundante y categórica. La presunción de inocencia se mantiene intacta e inalterable a lo largo del proceso penal, al margen del caudal probatorio que exista en contra del imputado y de la calidad del mismo.

En realidad, si algún sentido constitucional tiene el principio de la presunción de inocencia es el de proteger al ciudadano que es imputado, en cualquier caso, sea que se trate de una imputación de un delito extremadamente grave, de un hecho de mediana gravedad o de insignificante importancia jurídico penal[60]. La mayor o menor gravedad de la imputación no afecta la garantía protectora de la presunción de inocencia. De igual modo, la entidad de la sospecha (inicial, suficiente, grave, etc.) o la calidad y cantidad de la evidencia incriminatoria que sustenta la imputación contra el ciudadano no afecta el núcleo de la presunción de inocencia que no deja de desplegar en cualquier circunstancia, ya sea antes o dentro del proceso penal, su tutela protectora y de fortalecimiento de los derechos fundamentales de la persona imputada.

## IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

### a. La presunción de inocencia como principio

20. La presunción de inocencia constituye una norma-principio de carácter programático que se dirige tanto al juez como al legislador y

60 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 172: "precisamente la presunción de inocencia llega a tener importancia como principio protector del imputado cuando existe un grado importante de sospecha en contra de éste, puesto que aquél contra el que no existe siquiera una sospecha fundada de culpabilidad, no tiene mayor necesidad de protección por la presunción de inocencia.".

tiene un alcance auténticamente preceptivo que es capaz de vincular tanto al legislador pasado como futuro[61]. Dicho principio inspira por su valor a todas las normas del proceso penal, en especial, las que rigen la actividad probatoria[62] y a las diversas normas del orden jurídico que se relacionan con el sistema penal. Constituye la primera garantía del proceso penal[63].

La importancia y el efecto irradiante de la presunción de inocencia desborda el ámbito estricto del Derecho penal y del Derecho procesal penal para convertirse en un principio central del sistema jurídico que vincula tanto al legislador, a los jueces y a la administración[64]. Por ello, el TEDH ha señalado, con toda razón de que la presunción de inocencia "*no se limita a ser una mera garantía de procedimiento en materia penal*"[65]. La presunción de inocencia

---

61 Cfr. Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; p. 209; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 65.

62 Cfr. Dalia, Andrea Antonio – Ferraioli, Marzia; *Manuale di Diritto Processuale Penale*; Padova; Cedam; 7 ed.; 2010; p. 212; Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: Revista eletrônica de Direito penal e política criminal – UFRGS; VOL. 1, N.º 1, 2013; p. 57; Llobet Rodríguez; *Derecho Procesal Penal*; San José; Editorial Jurídica Continental; 2005; T. II; p. 177; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; Lima; Idemsa; T. I; p 204; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; Lima; Gaceta Jurídica; 2015; p 76. De manera crítica y con un enfoque minimalista: Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; Lima; Grijley; 2016; pp. 249 y ss.

63 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; Barcelona; Bosch; 1984; p. 268.

64 Ampliamente, Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; Madrid; Iustel; 2005; p. 111; Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 115; Castillo Alva, José Luis; *El derecho de acceso a la función pública, el principio de presunción de inocencia y la motivación de las decisiones estatales*; Lima; Instituto Pacífico; 2016; pássim.

65 *Kouzmin c. Rusia*, 18 de marzo de 2009, párr. 59. También véase: Delvecchio, Francesca; *Circolazione delle sentenze irrevocabili e presunzione d'innocenza*

como derecho fundamental obliga a que todas las normas del orden jurídico, en especial, las que pertenecen al derecho sancionador deban ser interpretadas desde su contenido, a tal fin se requiere que el legislador democrático ajuste las diversas disposiciones jurídicas que promulga a los alcances de dicho principio.

El legislador ordinario no es libre en la regulación y configuración del proceso penal y del sistema penal, ya que la presunción de inocencia le señala las líneas básicas respecto al diseño y al contenido de las instituciones, entre las que se cuenta las de carácter procesal[66]. El legislador democrático tiene como deber genérico el optimizar su contenido haciendo posible su coexistencia con otros derechos fundamentales y como deber específico debe concretar su contenido a través de la ley. Si bien el derecho a la presunción de inocencia es derecho directamente aplicable requiere de parte del legislador una especial preocupación y diligencia a fin de implementar adecuadamente su sentido y dotarlo de plena eficacia[67] v. gr. la organización y regulación de los diversos procesos penales, administrativos, la creación de tribunales, etc. Este derecho exige que el legislador adecué el conjunto de normas del sistema jurídico (sustantivas, procesales y penitenciarias) al respeto y tratamiento de la persona como inocente. Por ejemplo, resulta contrario a la presunción de inocencia que el legislador implemente procesos penales de manera contraria a su sentido (v. gr. invirtiendo la carga de la prueba) o deje libremente a los Tribunales que elijan el estándar probatorio que les parece más aceptable. El efecto irradiante y

---

*nell'interpretazione della Corte europea*; en Archivio Penale; 2014, n. 2; p. 3. De modo distinto: Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 108; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; Lima; INPECC; 2015; p. 115.

66 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 250; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p 76.

67 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 116.

la incidencia de la presunción de inocencia no se limita a un área o un ámbito concreto del ordenamiento jurídico (v. gr. Código procesal). Tiene una eficacia directa y transversal en todo el sistema jurídico[68], y busca que a una persona se le respete su dignidad frente a la imputación de un hecho grave (delito, injusto administrativo o disciplinario) asegurando que se le trate como inocente y no como culpable.

Los poderes públicos, sin excepción, deben respetar el principio de la presunción de inocencia y las manifestaciones que de ella derivan. Todas las prácticas estatales de viejo o nuevo cuño deben cumplir con armonizar los actos del proceso penal y las acciones de las autoridades de acuerdo a los parámetros fijados por la presunción de inocencia. Como todo derecho fundamental la presunción se aplica de manera directa e inmediata, sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo o de la jurisprudencia constitucional[69]. Los principios jurídicos y los derechos fundamentales como normas jurídicas son vinculantes para todos sus destinatarios y, sobre todo, son jurídicamente eficaces en el sentido de que son capaces de producir efectos jurídicos. Se alude aquí a la fuerza vinculante de la Constitución[70]. De igual forma, todas las normas relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretadas de acuerdo a los Tratados de derechos humanos.

---

68 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; p. 266; Montañés Pardo, Miguel Ángel; *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Pamplona; Aranzadi; 1999; p. 35.

69 Ampliamente, Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 111; Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; p. 266.

70 In extenso: Guastini, Riccardo; *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. El caso italiano*; en: Estudios de teoría constitucional; México; Fontamara; 2 reimp. 2007; p. 151.

21. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en todos y cada uno de sus sectores[71] y el efecto irradiante de los derechos fundamentales que tiene dentro del sistema penal y, en especial, a nivel del proceso penal como una de las áreas en donde se produce una mayor incidencia exige en este ámbito una mayor eficacia de los principios y reglas constitucionales.

En la medida que es en el proceso penal donde se afectan y comprometen de manera intensa ciertos valores y derechos fundamentales como la libertad, la vida privada, la intimidad y el propio domicilio es necesario que haya una necesaria interpretación y aplicación del derecho conforme la Constitución y todas las prácticas, tanto legislativas, judiciales, y administrativas se encuentren influenciadas por la Ley Fundamental y los Tratados de Derechos Humanos.

La influencia de la Constitución en el proceso penal no es un camino lineal, sencillo e inmediato; por el contrario, se trata de un mecanismo lento, difícil y muchas veces accidentado. En todo caso dicha constitucionalización es una afirmación de la centralidad de los derechos fundamentales, de la necesaria limitación del poder estatal (poder penal) y el abandono de la comprensión estatocéntrica de las relaciones de la persona con el poder[72]. El respeto y vigencia de los derechos fundamentales es el núcleo del ordenamiento democrático y es el más importante parámetro que marca el proceso de construcción de la llamada democracia constitucional.

De igual manera, la irrupción en los últimos cincuenta años de la fuerza avasallante de los derechos humanos, recogidos en múl-

---

71 Cfr. Guastini, Riccardo; *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. El caso italiano*; en: Estudios de teoría constitucional; p. 147 y ss; Atienza, Manuel; *Interpretación Constitucional*; Bogotá; Facultad de derecho: Universidad Libre 2010; pp. 67, 70 y ss.

72 Cfr. Costa, Pietro; *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; N.º *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; Milano; 2011; p. 154.

tiples Tratados y documentos internacionales, hace que, dado su carácter universal, sean instrumentos valiosos e indispensables para entender nuestra propia Constitución. Incluso, es necesario recordar que los organismos regionales de Derechos Humanos en muchos casos (v. gr. Corte IDH) han llegado a establecer que determinadas disposiciones constitucionales de un país resultan contrarias a las reglas y principios convencionales, lo que ha llevado a adoptar reformas constitucionales urgentes v. gr. sentencia de la Corte IDH: Tentación de Cristo c. Chile.

De igual forma, muchas leyes y disposiciones con rango de ley son declaradas contrarias, por ejemplo, a la Convención Americana de Derechos Humanos (v. gr. las normas que disponen la prisión provisional obligatoria, las que no garantizan el respeto a la vida privada y a la intimidad, las que decretan amnistías ante las prácticas violatorias de los derechos humanos) lo que conduce a adaptar e implementar reformar legislativas internas.

22. La presunción de inocencia como principio convencional (artículo 8.2) y constitucional explícito[73] (artículo 2, inciso 24, e de la Const.) despliega un efecto aplicativo directo e inmediato dentro del sistema jurídico[74] y, en particular, en el subsistema penal en la configuración de las disposiciones jurídicas y las diversas decisiones estatales[75] (v. gr. las del Ministerio Público, de la Policía y

---

73 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 58. Sobre la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales: Landa Arroyo, César; *La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales*; en: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución; Montevideo; Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.; 2001; pp. 17 y ss.; él mismo; *La constitucionalización del derecho peruano*; en: Derecho PUCP, N.º 71, 2013; pp. 14 y ss.

74 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 111; Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; p. 266.

75 Sobre la aplicación directa de la Convención ADH al derecho interno, véase: Jiménez de Aréchaga, Eduardo; *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*; en: Normas vigentes en materia de Derechos

Humanos en el sistema interamericano; Montevideo; 1988; pp. 25, 29: "El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción, han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante, ese concepto puede también extenderse a las normas del Derecho Internacional consuetudinario. Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas. ("*self-executing*"). La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma ("*self-executing*") cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma ("*self-executing*") "toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa"".

También: Henderson, Humberto; *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*; en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica; n. 39, 2004; pp. 84 y ss.; Ayala Corao, Carlos; *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*; en: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Coordinador: Ricardo Méndez Silva); México; 2002; pp. 319; Brewer-Carías, Allan; *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina*; en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica; n. 46, 2007; pp. 219 y ss; Landa Arroyo, César; *Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en: Revista Jurídica del Perú, año XLVIII / N.º 16; Trujillo; 1998; pp. 3 y ss; él mismo; *La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; en: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Coordinador: Ricardo Méndez Silva); México; 2002; pp. 319 y ss.; Novak Talavera, Fabián; *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*; en: Agenda Internacional; Año I / N.º 2; Lima; PUCP; 1994; pp. 71 y ss.; Eguiguren Praeli, Francisco José; *Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*; en: Revista Ius et praxis; 2003, vol.9, n.1, pp. 157; Rubio Correa, Marcial; *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de*

del Poder judicial). Las distintas instancias del sistema penal y los órganos públicos deben ajustar su actuación a sus lineamientos y contenido.

En el caso de la presunción de inocencia hay una coincidencia en cuanto a su reconocimiento y eficacia directa tanto de la Constitución Política como de los Tratados de Derechos Humanos, en especial, la CADH[76] y el PIDCP.

La presunción de inocencia es a la vez una "*norma regla*" y una "*norma principio*". La distinta eficacia de las disposiciones consti-

---

*1993*; en: Pensamiento Constitucional; Año V N.º 5, pp. 99 y ss; Montoya Chávez, Víctorhugo – Feijóo Cambiaso, Raúl; *El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos*; en: Revista Ius et Veritas, N.º 50; Julio 2015; pp. 320 y ss.; García-Corrochano, Luis; *Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993*; en: Agenda Internacional; Lima; PUCP; Año XX, N.º 31, 2013; pp. 99 y ss.; San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 613 y ss.; Fernández - Maldonado, Guillermo; *Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú*; en: DERECHO; Lima; PUCP; 1990; pp. 337-371 Mendoza Escalante Mijail; *Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación*; en: Consultoría Constitucional; pp. 4 y ss.; pp.; Bregaglio Lazarte, Renata; *La protección multinivel de derechos humanos en el perú*; en: Protección Multinivel de Derechos Humanos; pp. 450 y ss; Burgorgue-Larsen, Laurence; *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*; en: Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional; 2014; p. 18 "Lo que constituye una excepción para el continente europeo simplemente es la regla en América Latina".

76 Se recuerda que la Opinión Consultiva N.º OC-2/82 del 22 del 24 de septiembre de 1982 de la Corte IDH en su fundamento 29 señaló: "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del 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, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. 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 con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

tucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización[77].

Los principios constitucionales, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico que se concreta en que: i) tienen eficacia directa; ii) permiten extraer reglas aplicables al caso concreto; iii) su función positiva consiste en informar y configurar el ordenamiento; iv) la función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria de las normas que se les oponga; v) su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisociable; vi) facilitan, a partir de su trasmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa[78].

### b. La presunción de inocencia en un Estado Democrático

23. La presunción de inocencia encierra de manera indiscutible un enorme valor ***político*** y ***procesal*** que impone la exigencia de evitar todo prejuicio, sea gnoseológico o social, en perjuicio del imputado[79]. El valor político de dicho principio concurre cuando se revela como una garantía de la libertad personal y de protección de la persona humana que deriva de su propia dignidad y del valor

77 Exp. N.º 1417-2005-AA/TC; Caso: *Manuel Anicama Hernández.*

78 Exp. 00005-2007-PI/TC; Caso: *Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República.* Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.º 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial.

79 Cfr. Ubertis, Giulio; *Sistema di procedura penale*; Torino; Utet; 2 ed.; 2007; p. 180.

central que tiene en el ordenamiento jurídico[80]. Se trata de un principio de indiscutible raíz ***democrático*** y ***liberal*** que supone tanto una determinada visión del proceso como del ser humano[81]. Constituye un principio democrático porque solo una visión abierta y no autoritaria del proceso penal puede permitir comprender la necesidad de diálogo contante entre los participantes y en donde al sujeto pasivo del mismo no se le debe tratar como culpable ni debe haber una visión sesgada, unilateral y preconcebida de los hechos y de la persona. De igual manera, constituye un principio liberal debido a que la presunción de inocencia cautela la libertad de la persona humana y el respeto de otros derechos fundamentales v. gr. el honor y la buena reputación. No busca proteger a la sociedad, ni es un principio auxiliar del ejercicio del *ius puniendi*, sino tutela la libertad personal y a la persona.

Desde el punto de vista político la presunción de inocencia establece el sentido y los límites de las relaciones entre la persona y el poder[82], especialmente el poder penal, recordando la importancia que tiene en un orden objetivo de valores la dignidad de la persona humana[83]. Dicha presunción potencia y revaloriza la posición

---

80 Cfr. Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Milano; Giuffre editore; 2011; Vol. I; p. 181.

81 Cfr. Chiavario, mario; *Diritto Processuale Penale. Profilo instituzionale*; Milano; Giuffre editore; 5 ed.; 2012; p. 204. También: Llobet Rodríguez; *Derecho Procesal Penal*; T. II; p. 195; Vega Torres, Jaime; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; Madrid; La Ley; 1993; p. 35; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; Buenos Aires; Editorial del Puerto; 2 ed.; 3 Reimp.; 2004; T I; p. 491, quien recuerda la definición de la presunción de inocencia efectuada por la Corte Suprema argentina: "el encausado tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, fundada también en la Constitución porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones".

82 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 120; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; T. I; p 205.

83 El TC peruano ha señalado en el Exp. N.º 05312-2011-PA/TC; Juan Antonio Jara Gallardo y Otros: "El Tribunal recuerda que la dignidad humana es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico constitucional. Este, en su formulación básica, garantiza que los seres humanos

del individuo dentro del sistema penal y, en especial, a nivel del proceso penal. Se trata de un principio que tiene fundamento político de carácter liberal. Desde el punto de vista jurídico también es posible sostener la posición contraria: toda persona a quien se le imputa un delito debe ser considerada culpable. Sin embargo, solo un Estado Constitucional de bases liberales, respetuoso de la dignidad de la persona humana y de los valores que encarna, puede partir fijando principios y reglas de cómo una persona debe ser tratada cuando se dirige contra ella una imputación, en especial, a nivel del proceso penal. Con un principio semejante no se afirma de manera real y efectiva de que la persona sea completamente inocente de los cargos que de manera formal o material se le formulan, sino solo se sostiene que debe ser tratado y considerado como si fuera inocente[84]. No se trata de una premisa fáctica, sino normativa.

24. La dignidad de la persona humana se afecta si se la reduce a un puro medio o a una magnitud que sirve a otros intereses y valores distintos a ella misma. El Derecho y, en especial, el Derecho penal y el sistema penal en su conjunto es uno de los instrumentos más enérgicos que se han construido para la protección de la dignidad humana; sin embargo, es al mismo tiempo, de manera paradójica, uno de los mecanismos que de modo más intenso amenazan a dicha dignidad a través de penas y medidas de coerción de extrema gravedad[85]. Por ello, se impone que el sistema penal en su conjunto respete la dignidad de la persona y trate como persona (inocente) a quien se le imputa por cualquier razón y sobre la base de cualquier evidencia la comisión de un delito.

---

seamos tratados como fines y no como medios. Es decir, garantiza al ser humano frente a toda acción u omisión orientada a cosificarlo o instrumentalizarlo. La acción que se cuestiona en el presente caso es ajena a este ámbito protegido del principio de dignidad humana".

84 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 492.

85 Cfr. García Pérez, Octavio; *Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 del CP*; en: Anuario de Derecho y Ciencias Penales; Tomo 46; Fas. 2; 1993; p. 642.

Por la dignidad de la persona humana toda persona es valiosa y merece respeto por el solo hecho de serlo, al margen de sus capacidades, posición y cualidades. No se le puede negar la condición de ser humano, sin negar al mismo tiempo su dignidad a los enfermos mentales, a los recién nacidos, a las personas con enfermedades congénitas graves a quienes han perdido transitoriamente la conciencia.

La dignidad de la persona humana también supone respetar las decisiones de los seres humanos, adoptadas de manera libre, consciente y responsable dentro de un plan de acción o de vida, sea que afecte su propio ámbito de desarrollo o interfiera en la libertad o el derecho de terceros. Ello supone concebir a la persona como sujeto responsable. Desde esta perspectiva el pretender castigar a un ser humano con una pena pese a que no ha realizado los actos (dañosos) de manera libre y responsable, supone atentar contra su propia dignidad. En un Estado Constitucional se debe reconocer que los inimputables no pueden cumplir los mandatos y prohibiciones del Derecho penal y, por lo tanto, no están en condiciones de padecer una consecuencia jurídica tan grave como la pena que requiere capacidad de culpabilidad y la posibilidad de que la persona se deje influenciar y guiar por las normas. De igual manera, se admite pacíficamente que no se puede aplicar una pena sin que exista y se compruebe de manera fehaciente una responsabilidad personal, por haber ejecutado una acción o una omisión, y que dicha conducta se haya llevado a cabo a título de dolo o imprudencia.

La dignidad de la persona humana impone en el plano del proceso penal tratar a la persona como tal, como si fuera inocente, sin instrumentalizarla y sin privarle de su libertad sino solo en los casos estrictamente necesarios y cuando los demás medios y demás medidas de coerción devengan en inútiles e ineficaces. El respeto de la dignidad de la persona humana a nivel del proceso penal no debe verse como un simple discurso teórico, como una carga emotiva o como un plan de buenas intenciones que poco o nada interesa que en realidad se ejecute. Por el contrario, el respeto a la

dignidad de la persona debe moldear cada una de las instituciones del proceso penal y de la investigación del delito como debe presidir la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales, en especial, cuando se pretende limitar o restringir derechos fundamentales.

25. La presunción de inocencia es un principio fundamental de civilidad y de justicia que es el producto de la elección dentro de un sistema de valores, propio de un tipo de organización política de la sociedad que se orienta a privilegiar la protección de la persona frente al interés colectivo de represión y persecución del delito[86]. Dicho principio expresa una decisión eminentemente ideológica del constituyente y del legislador en orden a preservar la posición del imputado dentro del sistema jurídico y, en especial, en el proceso penal. Se trata de un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado que busca impedir la actuación abusiva, intolerante y contraria a la libertad y los derechos humanos. Dicho principio prohíbe tratar a la persona como culpable independientemente de la gravedad de la imputación, de la verosimilitud de la misma, de la cantidad y calidad de la prueba y del estadio del proceso penal o de la investigación[87].

La presunción de inocencia despliega su efecto gravitante dentro de un Estado Constitucional que se rige por la división de poderes, el imperio de la Constitución, la ley y la vigencia estricta de los derechos fundamentales. Si bien es posible que la presunción de inocencia rija también en un Estado autoritario la experiencia histórica ha enseñado que dentro de esta clase de Estado dicha presunción se encuentra sumamente debilitada, su alcance es muy tenue y su radio de acción se encuentra claramente disminuido. Solo basta repasar la ideología del fascismo italiano, del nazismo

86 Cfr. Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; Torino; Giappichelli editore; 2008; p. 9.

87 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 490.

y el totalitarismo imperante en gran parte de la historia reciente en América latina para comprobar la validez de esta afirmación[88].

En un Estado de corte autoritario y en una ideología antiliberal prevalecen los intereses represivos y de persecución penal antes que la tutela de la libertad, mientras que en un Estado democrático prevalecen el respeto por la libertad y la dignidad de la persona que potencia la expansión de la presunción de inocencia[89]. En una concepción autoritaria del proceso penal los derechos fundamentales se subordinan y sujetan a la función persecutoria y represiva del Estado; en cambio en una visión democrática del proceso penal el *ius puniendi* cede al respeto de los derechos fundamentales[90].

26. En franca oposición a un régimen político (v. gr. fascista, autoritario, etc.) que coloca a la autoridad en el vértice del sistema y de los valores, en el Estado Constitucional se asume que la función del proceso penal es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, configurándolo como un instrumento de tutela del individuo respecto a la autoridad pública.

Uno de los fines que justifica el proceso penal se identifica con la protección de la libertad del ciudadano a través de la garantía (epistémica y jurídica) de la verdad que se opone a la sorpresa y el error. Dicha verdad no desciende de lo alto, sino que es alcanzada por medio de la actuación de la prueba con todas garantías (contradicción, publicidad, oralidad). La prueba de cargo debe ser sometida a escrupulosa verificación y no debe ser refutada por una hipótesis alternativa o por la prueba contraria aportada por la defensa[91]. Como señala Domenico Pulitanò: "Sin la referencia

88 Ampliamente, Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 83, 86 y 102.

89 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 121.

90 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; pp. 147 y 148.

91 Cfr. Pastore, Baldassare; *Criteri epistemologici e principi constituzionale nel proceso penale; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; N.º 93,

a la verdad factual, el derecho -y el derecho penal en particular- simplemente no funciona; no puede funcionar como criterio de justicia. Podría funcionar como discurso pragmáticamente manipulable para cualquier finalidad, pero no como un elemento de la justicia[92]". La verdad es la que debe actuar como límite al poder y no el poder obrar como límite a la verdad. En buena cuenta, el poder debe estar al servicio de la verdad, respetando los derechos de las personas como una condición de su legitimidad y sostenibilidad moral[93].

Si en el proceso penal se permitiera presumir la culpabilidad del imputado se autorizaría al juez actuar con prejuicios y con una visión anticipada de los hechos, de manera desfavorable a la persona humana. El juez solo ratificaría en la sentencia el convencimiento de responsabilidad penal del imputado que puede tener desde el inicio del procedimiento. En ese contexto la búsqueda imparcial de la verdad en el proceso penal sería una completa quimera y el resultado del proceso se anticiparía desde el principio. No habría inocentes, sino presuntos culpables.

Se destaca que a una teoría del no valor de la persona humana que se asienta en la presunción de culpabilidad se le opone una teoría del valor y respeto por la persona humana que parte por presumirla inocente[94].

---

*Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; p. 163.

92 Por todos, Pulitanó, Domenico; *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*; en: Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – n. 1/2013; pp. 111 y 113.

93 Cfr. Pulitanó, Domenico; *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*; en: *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino* – n. 1/2013; p. 115.

94 Cfr. Rafaraci, Tomasso; *Vis modica e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; N.° *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; p. 164.

La presunción de inocencia actúa como un principio orientador de la metodología para acreditación de los hechos en materia penal del mismo modo que constituye un principio fundamental que garantiza la libertad del imputado[95]. Uno de los efectos más importantes de dicha presunción es que obliga a la construcción de un modelo procesal de acuerdo a ciertas garantías y lineamientos básicos[96].

### c. La presunción de inocencia como derecho fundamental

27. Los derechos fundamentales constituyen, en todo caso, los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero, y en el que la legislación, la administración y la jurisdicción reciben importantes directrices e impulsos[97]. Despliegan un efecto normativo directo en todos los ámbitos del poder público y privado[98]. Tienen una fuerza configuradora que se extiende a todo el sistema jurídico y que debe ser cumplidos por todos los poderes públicos.

Los derechos fundamentales según doctrina reconocida tienen un doble valor: i) Representan los valores supremos; ii) Permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos[99]. Se considera que son

---

95 Cfr. Dalia, Andrea Antonio – Ferraioli, Marzia; *Manuale di Diritto Processuale Penale*; p. 210 y 211.

96 Cfr. Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: *Revista eletrônica de Direito penal e política criminal* – UFRGS; Vol. 1, N.º 1, 2013; p. 57.

97 Cfr. Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 25: "los Tribunales concretamente tienen que tener en cuenta, en la interpretación y aplicación del Derecho común, especialmente en la de las cláusulas generales, los contenidos normativos de los derechos fundamentales. Si un Tribunal no sigue estas directrices viola, como órgano estatal y sujeto de poder público, la Ley Fundamental. Su sentencia debe ser revocada por el Tribunal Constitucional Federal a través de un recurso de amparo".

98 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; p. 266.

99 Cfr. Häberle, Peter; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*; Lima; Fondo Editorial PUCP; 1997; p. 55.

derechos subjetivos públicos. Los derechos fundamentales, como los valores, no tienen una pretensión de validez de cualquier modo, sin referencia a un tiempo o un espacio, como si fueran entidades abstractas. Por el contrario, deben ser entendidas en un contexto real vinculados a una situación concreta. Una idea distinta sería opuesta al sentido de la Constitución que supone un ordenamiento de la vida presente[100].

La presunción de inocencia no solo es un principio estructural del proceso penal y una garantía mínima del debido proceso, reconocido por las constituciones de los diversos países civilizados y los Tratados de Derechos Humanos, sino que constituye al mismo tiempo un derecho fundamental[101] que puede exigirse y reclamarse tanto a nivel de la justicia ordinaria como a nivel de la justicia constitucional. Es uno de los pilares básicos del sistema penal del que derivan una serie de garantías y de cuyo pleno cumplimiento depende la tutela adecuada del derecho de defensa, de derecho al recurso y la imparcialidad judicial.

La presunción de inocencia no solo es exigible como derecho fundamental a toda autoridad pública, pertenezca o no al sistema penal (v. gr. juez, fiscal, policía, etc.)[102], sino también se extiende como una obligación social y jurídica a todo ciudadano. Los derechos se exigen y se oponen tanto al Estado como a los particu-

100 Cfr. Häberle, Peter; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*; p. 58.

101 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; pp. 107, 110 y 119; Andrés Ibáñez, Perfecto; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*; p. 80; Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 249; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; T. I; p 205; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 66 y 70. Afirma que la presunción de inocencia no sería un derecho fundamental: Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista Editores; 2006; p. 140.

102 En sentido distinto: Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; T. I; p 207.

lares. La obligación (constitucional) de respeto a la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales no solo abarca a los poderes públicos. Se extiende a todas las demás personas, a los grupos y colectivos como a la sociedad en su conjunto. También los particulares (y no solo los funcionarios) se encuentran vinculados a la pretensión de respeto. Las normas constitucionales obligan a los poderes públicos y a todos los ciudadanos[103]. Se alude aquí a una ***eficacia horizontal o social*** de los derechos fundamentales[104].

Como derecho fundamental la presunción de inocencia libera al imputado de alguna obligación de acreditar que no ha cometido un hecho punible a nivel del proceso penal. Dicha tarea corresponde a quien le imputa la comisión de un delito y quien tiene la facultad constitucional y legal de perseguir el crimen (v. gr. el Ministerio Público en los delitos de ejercicio público de la acción penal). Sin embargo, una cosa es que el imputado no tenga obligación alguna de demostrar su inocencia y otra cosa muy distinta es que no se le reconozca el derecho a poder defenderse probando lo que considere pertinente y necesario a sus intereses a nivel de la investigación o el proceso penal. El derecho a la prueba que tiene el imputado –y los demás actores del proceso– en cualquiera de sus manifestaciones (v. gr. derecho a proponer prueba, a que se admita, a que se actúe y que se valore la prueba) es una de las manifestaciones emblemáticas y centrales del derecho de defensa.

---

103 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/13; p. 123; García de Enterría, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; p. 70.

104 Cfr. Stern, Klaus; *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*; en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; N.º 1; Septiembre-diciembre 1988; p. 266; Starck, Christian; *Derechos fundamentales y derecho privado*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 22, Núm. 66; septiembre-diciembre del 2002; p. 65; Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 21.

28. Los derechos fundamentales ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir a la vía judicial para defenderse de las limitaciones a su libertad derivadas de medidas estatales y, en caso necesario, interponer un recurso, pues también un Estado de Derecho está en el peligro de cometer un error que puede conducir a violaciones de los derechos fundamentales. Como señala Schneider: "el Estado de Derecho es equivalente, más bien, a «Estado de derechos fundamentales». Toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta, al mismo tiempo, como una descomposición del carácter de Estado de Derecho[105]".

La dignidad de la persona humana protege al hombre creando una serie de garantías institucionales que son puestas a disposición de las personas a fin de que puedan garantizar la eficacia de los derechos que se le reconocen a través de ciertos procedimientos y reglas[106].

El contenido formal y material del debido proceso como el conjunto de garantías que lo integran tiene una indiscutible relación con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. La protección de la persona humana y de los derechos fundamentales se da en última instancia dentro de un debido proceso. Sin la existencia de un proceso y sin unos derechos elementales que se ejercen la persona quedaría desprovista de tutela jurídica. En efecto, los derechos fundamentales ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir a la vía judicial para defenderse de las limitaciones a su libertad derivadas de medidas estatales y, en caso necesario, interponer acciones de garantía[107].

---

105 Cfr. Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 24.

106 Cfr. Antunes Rocha, Carmen Lúcia; *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*; *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*; Vol. 2; N.º 2; 2001; p. 51.

107 Cfr. Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7;

El sistema de justicia garantiza no sólo la protección jurídica de los individuos, a través de los derechos fundamentales, sino que garantiza también la observancia de los contenidos jurídico-subjetivos ínsitos en los derechos fundamentales[108].

29. El TC peruano sostiene que el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Este dispositivo constitucional 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[109].

La presunción de inocencia es tanto un derecho fundamental como un derecho humano inherente a la dignidad de la persona. Si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo[110].

---

1979; p. 24: "también un Estado de Derecho está en el peligro del fallo de la dominación humana, que puede conducir a violaciones y limitaciones de los derechos fundamentales".

108 Cfr. Stern, Klaus; *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*; en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; N.º 1; Septiembre-diciembre 1988; p. 268.

109 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC; Caso: *Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares*. Toma como referencia esta sentencia del TC la sentencia que resuelve el R.N. N.º 3166-2012 (Ayacucho) del 24 de enero del 2013 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Fund. 1.14).

110 Exp. N.º 1417-2005-AA/TC; Caso: *Manuel Anicama Hernández*

Los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce son derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico[111]. De esta concepción se deriva un especial deber de protección de los derechos fundamentales, lo que impone como tarea del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión[112]. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos. Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El TC peruano ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares[113].

Si bien todo el conjunto de normas que componen la Constitución es vinculante y poseen la misma jerarquía normativa, es el Estado el que debe privilegiar la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44°, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones. En efecto, si se tiene en consideración que los dos principales bloques normativos de la Constitución están compuestos por un catálogo de derechos fundamentales, y por la estructuración del Estado, es el Estado, el que en toda actuación debe preferir y privilegiar los derechos fundamentales, tal como lo exige la propia naturaleza de

111 Exp. N.° 03343-2007-PA/TC; Caso: *Jaime Hans Bustamante Johnson*; Exp. N.° 03574-2007-PA/TC; Caso: *Club Deportivo Wanka representado por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre.*

112 Exp. N.° 03574-2007-PA/TC; Caso: *Club Deportivo Wanka representado por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre.*

113 Exp. N.° 03343-2007-PA/TC; Caso: *Jaime Hans Bustamante Johnson.*

tales derechos, basados en la dignidad del ser humano, y además por disposición de la propia Norma Fundamental, que en su artículo 44º establece como un deber primordial del Estado: "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos", y en su artículo 45º señala que "El poder del Estado emana del pueblo (...)"[114].

La existencia de los diferentes poderes y órganos del Estado se justifica solo en la medida en que estos actúen en defensa de los derechos fundamentales y con preferencia de tales derechos no solo respecto de aquellos otros de naturaleza infraconstitucional sino respecto de aquellas competencias del Estado que pretendan restringirlos de modo irrazonable o desproporcionado. Precisamente, teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales en el sistema constitucional peruano, es pertinente hacer referencia al rol que tienen hoy los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, pues los mismos no solo persiguen la materialización de derechos humanos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, sino también la materialización de un conjunto de garantías judiciales mínimas, entre otros[115].

Al parlamento le corresponde un amplio margen de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta discrecionalidad al momento de realizar la labor de desarrollo normativo. Sin embargo, dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede su-

114 Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 ciudadanos (demandante) C. Congreso de la República (demandado)*; Exp. N.º 00025-2007-PI/TC; *Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (demandante) C. Congreso de la República (demandado).*

115 Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (Demandado)*; Exp. 00025-2007-PI/TC; *Decano Nacional del colegio de Profesores del Perú (demandante) c. Congreso de la República (demandado).*

poner una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste respetando su contenido esencial[116].

30. La presunción de inocencia como derecho fundamental puede tener y de hecho posee distintas formulaciones como la "*presunción de no culpabilidad*" [117], la "*presunción de inculpabilidad*", el "*reputar inocente*" o el "*presumir inocente*"[118] términos que pese a su diferencia semántica expresan un mismo significado valorativo y aluden a un principio que tiende a proteger la dignidad de la persona humana y a tutelar la posición del imputado, tanto a nivel del proceso como fuera de él.

    El planteamiento que sostiene una diferencia entre la presunción de inocencia y la presunción de no culpabilidad carece de toda utilidad práctica y quienes lo sugieren reducen sus diferencias a un mero artificio verbal. La presunción de no culpabilidad no es una fórmula atenuada que permite alcanzar una mayor cobertura lingüística y jurídica en cuanto al contenido de la presunción de inocencia. Insistir en una diferencia entre ambas fórmulas aparece –como señala Illuminati– tan inútil como contraproducente, ya que terminan debilitando el significado político y jurídico del principio sin atribuir un significado claro que favorece una solución arbitraria en el plano aplicativo; de allí que no puede haber

116 Exp. 0013-2014-PI/TC; Caso: *Colegio de Abogados del Callao Auto 1 - Admisibilidad.* La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra varias disposiciones de la Ley N.º 29245, del Decreto Legislativo N.º 1038 y del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR.

117 Véase, el caso de derecho italiano: Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; XXVII, Roma; Treccani; 1991; p. 2. También: Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 118.

118 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 491.

alguna dificultad para encontrar una equivalencia entre las dos expresiones[119].

Por razones históricas y por claridad conceptual es preferible mantener el uso de la presunción de inocencia, tanto como regla de tratamiento como regla de juicio, a fin de evitar posiciones como las que sugieren que el uso del término presunción de no culpabilidad permiten sostener que el imputado no es culpable ni inocente, sino simplemente sospechoso de la comisión de un hecho delictivo. Asimismo, con ello, se evitan innumerables discusiones lexicológicas que pueden llegar a tener trascendencia jurídica cuando se plantea que la presunción de no culpabilidad no exige el trato de la persona como inocente, sino solo reclama que no se la trate como culpable. De igual manera, se evita, por ejemplo, la errada distinción luego del dictado de una sentencia de un imputado que es declarado inocente, del imputado que es declarado no culpable por falta de pruebas o por mandato del principio *in dubio pro reo*[120].

31. La presunción de inocencia no es la única garantía que tiene el imputado en un proceso penal democrático. Junto a ella concurren una serie de derechos y garantías de un profundo valor liberal, como el derecho de defensa en sus diversas manifestaciones (v. gr. el derecho a ser informado de la imputación, el derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para organizar y preparar la defensa, el derecho a probar, a contradecir, a alegar y poder influir de manera relevante en la decisión de la investigación y el proceso penal) el derecho a contar con un juez imparcial, el derecho a contar con una decisión motivada y fundada en derecho.

Sin embargo, la presunción de inocencia es una de las garantías esenciales que tiene el imputado de cuyo respeto, sentido y alcance

119 Cfr. Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; p. 2.

120 Por todos, Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 120 y ss.

depende el ejercicio de los demás derechos y garantías a nivel de la investigación y el proceso penal. De nada vale que se le reconozca al imputado el derecho de defensa, el derecho a contradecir los cargos y las pruebas, a contar con un juez independiente e imparcial si es que no se preserva el derecho a la presunción de inocencia. Los derechos procesales serían al fin de cuentas derechos de las personas culpables o de aquellos que reciben el tratamiento de culpables. Por ello, se trata de una garantía esencial, medular e irrenunciable del imputado y del sistema de justicia, sin cuya concurrencia las demás garantías no pueden desarrollarse legítimamente.

Con todo, el hecho de que la presunción de inocencia sea una garantía basilar del sistema penal no quiere decir que las demás garantías sean meras garantías auxiliares, dependientes y accesorias. En un proceso penal democrático las diversas garantías del proceso penal tienen plena autonomía e independencia conceptual[121], aunque se encuentran profundamente conectadas entre sí al formar el contenido del proceso justo y equitativo.

Las garantías procesales (llamados también derechos fundamentales de índole procesal) recogidas tanto en la Constitución como en los Tratados de Derechos humanos y que se aplican en el proceso penal tienden de manera indiscutible a proteger y a fortalecer la posición del imputado a fin de asegurar un proceso con todas las garantías. Los derechos fundamentales de carácter procesal constituyen un conjunto de garantías mínimas que tienen a dotar de legitimidad y validez los actos del proceso penal y, por tanto, al mismo proceso penal. Asimismo, las garantías mínimas del proceso penal son una condición necesaria para que se pueda alcanzar una decisión justa. Si es que no hay respeto a las garantías del proceso penal no puede haber un proceso penal equitativo y no es posible alcanzar una sentencia justa.

En buena cuenta son una limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado y unos elementos esenciales en el ejercicio de la juris-

121 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 121.

dicción. La actuación del Estado y de cada uno de sus órganos (v. gr. Ministerio Público, Procuradurías especializadas, etc.) a nivel proceso penal está sometida a ciertas limitaciones y restricciones como consecuencia de la necesidad y exigencia, tanto constitucional y convencional, de respetar las garantías que le asisten al imputado[122].

32. El principio de presunción de inocencia como derecho fundamental no genera inmunidad alguna al ciudadano[123] o provee de alguna protección especial que impide realizar una investigación en su contra. Tampoco supone un blindaje a la persona para que no pueda ser investigada o no se le pueda imputar algún delito, falta o cualquier ilícito. La presunción de inocencia no se opone y menos neutraliza la investigación del delito y el ejercicio del *ius puniendi*. Solo se trata de unos de los más importantes límites al poder del Estado en la persecución del delito y de otras infracciones graves que exige a todos los órganos y a los poderes públicos que se trate a una persona como inocente sobre todo cuando media una imputación en su contra.

El TC peruano ha señalado que:

> [L]a realización de una investigación administrativa, como a su turno la realiza el Ministerio Público, no importa un quiebre de esa presunción de no culpabilidad. La presunción de inocencia no garantiza que ante los indicios de la comisión de un delito no se

122 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 121.

123 De modo distinto: San martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 116; Villanueva Turnes, Alejandro; *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*; en: Revista catalana de dret públic, núm 51, 2015; p. 212: "es necesario advertir que el considerar y establecer de forma expresa el derecho a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, supone otorgar inmunidad a sus titulares, ya que este derecho fundamental y cualquier otro supone una inmunidad para su titular cuando este está exento de los efectos de un acto de otro sujeto, de tal manera que este último va a ser incompetente para alterar la situación jurídica del titular con ese acto. Esto implica que, mientras esté vigente la presunción de inocencia, no se podrá alterar la situación jurídica del sujeto.".

> pueda investigar, o que la investigación sobre su perpetración, con miras a formular una denuncia de parte, no se pueda efectuar sino con la presencia de un Juez; en otras palabras, garantiza que no se sancione si no existen pruebas suficientes[124].

Tampoco protege al ciudadano de los ataques indiscriminados de los órganos estatales o de los particulares[125]. La presunción de inocencia como derecho fundamental no puede anular una imputación, pues ello corresponde al ejercicio, por ejemplo, de otros derechos fundamentales como el derecho a ser informado de la imputación, como tampoco puede proteger al ciudadano de imputaciones arbitrarias, dado que dicha función de protección y tutela lo cumple el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el correcto ejercicio del derecho de defensa.

## V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

33. El principio constitucional de la presunción de inocencia tiene una relación estrecha con el ***principio de legalidad de los delitos y de las penas.***

En un Estado Constitucional solo es legítima y válida una imputación que responde de manera estricta a una ley penal (o sancionadora) previa que de manera taxativa y clara regula una conducta como injusto (penal, administrativo o disciplinario). Las imputaciones que no tienen como fundamento la ley penal y la subsunción no reposa en una norma prohibitiva de carácter sancionador no posee una cobertura constitucional y convencional por lo que puede considerarse a dicha imputación como inválida e ilegal.

La conducta que se atribuye a la persona (imputada) no solo debe ser una proposición que recoja un hecho de la vida real y que se sustente en evidencia empírica razonable, sino que debe encon-

---

124 Exp. N.º 1680-2005-PA/TC, Caso: *Jorge Luis Borja Urbano.*

125 De modo distinto: San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 116.

trarse descrita en una ley previa que precise el núcleo de la prohibición. Los órganos de persecución o los jueces no pueden crear y configurar una imputación que no cuente con respaldo legal alguno. En buena cuenta desde el punto de vista constitucional no hay imputación penal válida *ex lege*. Fácticamente puede haber imputación sin ley, pero esta deviene en inconstitucional.

El principio de legalidad de los delitos condiciona la actividad de investigación, de persecución, de procesamiento y de juzgamiento en la medida que delinea y fija los cauces por los cuales transitará de manera seria y adecuada la imputación penal. El objeto de la investigación y del proceso está delimitado por la ley previa que precisa y describe la conducta prohibida.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> La determinación de la responsabilidad penal requiere, necesariamente, la concurrencia de todos los elementos típicos que integran el tipo penal imputado. En sentido contrario, ante la falta de concurrencia de uno de los elementos típicos no es posible pretender la imposición de una pena. Ello se desprende del principio de legalidad, que en su vertiente subjetiva garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en un tipo penal previo, estricto y escrito y también que la sanción se encuentre previamente contemplada como su consecuencia directa[126].

34. El principio de legalidad prohíbe la utilización puramente preventiva del sistema penal a fin de evitar la comisión de delitos futuros que ni se han comenzado a ejecutar y ni siquiera se tiene prueba que se hayan planificado. El Derecho penal de un Estado Constitucional repudia y prohíbe la intervención en los derechos de los ciudadanos que se basan en evitar hechos futuros[127] y no reposa en la ejecución pasada o presente de hechos punibles (delitos o faltas).

---

126 Véase, el R.N. N.º 699-2015 del 29 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Figueroa Navarro).

127 Cfr. Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; pp. 19 y 194.

Se investiga para saber que ha ocurrido en el pasado y para determinar si efectivamente una persona ha cometido un determinado hecho que se le imputa y no para saber conjeturalmente que puede ocurrir en el futuro.

El derecho a la presunción de inocencia, el principio de legalidad penal y las demás garantías procesales (v. gr. el derecho a ser informado de la imputación) proscriben una actividad inquisitiva general e indiscriminada sobre la vida de una persona[128], o que busca investigar de manera genérica los comportamientos de miembros de un grupo social[129]. Asimismo, se opone a la intervención policial, fiscal o judicial como pretexto para conocer las facetas íntimas o privadas de una persona, más allá de si se trata de alguien que ha cometido o no un delito.

Un Estado Constitucional repudia y se opone a la *inquisitio generalis* o la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona que genera persecuciones indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno vinculadas al respeto al principio de legalidad. Existe la proscripción de investigaciones sobre hechos ajenos a lo que es materia de investigación o que no encuentran base legal alguna.

Las diligencias para conocer las actividades de las personas, qué hacen o a qué se dedican constituyen intromisiones injustificadas en un Estado de Derecho y que en última instancia suponen un atentado contra la dignidad de la persona humana. La Fiscalía general del Estado español ha señalado que: "Debe en todo caso partirse de que quedan prohibidas las investigaciones generales so-

128 Cfr. Asencio Mellado, José María; *Derecho Procesal Penal*; p. 65; De la Oliva Santos, Andrés; *Derecho Procesal Penal;* p. 194; Revilla González, José Alberto*; El Interrogatorio del Imputado*; p. 27; Banacloche Palao, Julio; *El Derecho a ser Informado de la Acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable*; en: Cuadernos de Derecho Público; N.º 10; p. 184; Ángulo Arana, Pedro; *La Función Fiscal*; Lima; Jurista Editores; 2007; p. 347.

129 Cfr. De la Oliva Santos, Andrés; *Derecho Procesal Penal;* p. 195; Ángulo Arana, Pedro; *La Función Fiscal*; p. 347.

bre la conducta o actividades de una persona y las investigaciones prospectivas. No deben iniciarse unas diligencias de investigación sino en virtud de la noticia de la comisión de un hecho concreto que revista los caracteres de infracción penal" (Circular 4/2013).

El Tribunal Supremo español en el auto que resuelve el recurso 20225/2014 del 01 de junio del 2014 ha señalado que:

> Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia.

De igual forma, la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español (AATS 14.01.2015; 11.10 2013; 18.06.2012 y 31.05, por todos) ha precisado que:

> [L]a mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal para la investigación de hechos si, adicionalmente, no se ofrece o aporta algún indicio de su comisión que puede ser calificado como accesible y racional.

Las investigaciones y las injerencias en los derechos fundamentales deben apoyarse en hechos y evidencia circunstanciados. No basta la referencia a que con una determinada investigación a una persona se le puede descubrir la comisión de delitos. Al respecto, el TC español ha sostenido que: "el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que

de otro modo se desvanecería la garantía constitucional" (STC N.º 197/2009 de 28-9-2009)[130].

No cabe decretar una diligencia limitativa de derechos para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, otros actos delictivos. El principio de intervención indiciaria proscribe las intervenciones prospectivas o aleatorias, mientras que el principio de proporcionalidad proscribe las intervenciones desproporcionadas al fin perseguido.

La correcta determinación de la imputación preserva la vida y dignidad de la persona frente al Estado en tanto evita que éste pueda indagar en hechos no previamente imputados, indiscriminados y sin límite alguno. No es propio de un Estado de derecho que éste carezca de freno en su labor inquisitiva[131].

En el marco de una investigación fiscal, propia de un Estado de Derecho, el Ministerio Público no debe salir a pescar, no debe ir de cacería para ver que se encuentra. Tampoco está permitido iniciar investigaciones bajo la esperanza de lograr pescas milagrosas[132] o de buscar algo que no se sabe, en realidad, qué es. El criterio de racionalidad de las investigaciones fiscales, como único modelo legítimo de un Estado de Derecho, que debe inspirar y conducir el trabajo de los miembros del Ministerio público es basarse en hipótesis de supuestos de hechos específicos, relacionados a la vigencia del principio de legalidad, y no en elementos genéricos, vagos e indeterminados. Como bien apunta el TC peruano: "el fiscal no debe investigar al azar, para ver que se encuentra, sino

130 Véase, SSTC 49/1999, de 5 de abril, f. j. n.º 8; 166/1999, de 27 de septiembre, f. j. n.º 8; 171/1999, de 27 de septiembre, f. j. n.º 8; 167/2002, de 18 de septiembre, f. j. n.º 2; 259/2005, de 24 de octubre, f. j. n.º 2; 253/2006, de 11 de septiembre, f. j. n.º 2.

131 Asencio Mellado, José María; *La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación*; en: Revista General de Derecho Procesal; N.º 40; 2016; p. 26.

132 Por todos, Bernal Cuellar, Jaime – Montealegre Lynett, Eduardo; *El Proceso Penal*; Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 6 ed.; 2013; p. 248.

se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud[133]".

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

> [E]l contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal[134].

Como ha señalado el voto particular de la sentencia 41/1988 del Tribunal Supremo español:

> No se puede permitir llevar a cabo una inquisición general sobre la actividad de una persona para, posteriormente, en virtud de lo averiguado imputar a la misma unos hechos concretos. Lo procedente y constitucionalmente admisible es que el juzgado investigue los hechos inicialmente delimitados con el fin de conocer su naturaleza y la participación de una determinada persona en los mismos.

La investigación preliminar y el proceso penal se deben iniciar a raíz de la posible comisión de un hecho punible y no por otros factores v. gr. demandas sociales por muy sentidas que sean. Todo proceso o actividad estatal de orden penal debe tener como referencia un objeto preciso que es un delito o falta. La *inquisitio generalis*, también llamada investigación general, no tiene legitimidad constitucional[135] aun cuando se realice con metas de prevención delictiva[136].

---

133 Exp. 3987 – 2010; Caso: *Alfredo Sánchez Miranda y Otros* (Voto en minoría de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).

134 Véase, la sentencia recaída en el Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC, Caso: *Samuel Gleiser.*

135 Cfr. Ángulo Arana, Pedro; *La Función Fiscal*; p. 347.

136 Véase, De la Oliva Santos, Andrés; *Derecho Procesal Penal;* p. 195; Banacloche Palao, Julio; *El Derecho a ser Informado de la Acusación, a no declarar contra uno*

35. El Comité de Derechos Humanos ha estimado que si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, tipificado en el derecho nacional o internacional, la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio de que nadie sea condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no eran delictivos en el derecho nacional o internacional, principio consagrado en el párrafo 1 del artículo 15[137].

La Corte IDH ha señalado que: "incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado"[138]. En efecto, a

---

*mismo y a no confesarse culpable*; en: Cuadernos de Derecho Público; N.º 10; p. 184.

137 Comunicación N.º 1870/2009, *Sobhraj c. Nepal* (Dictamen aprobado el 27 de julio de 2010, 99º Período de sesiones); párr. 7.6; Comunicación N.º 1080/2002, *Nicholas c. Australia*, Dictamen aprobado el 19 de marzo de 2004; párr. 7.5: "En cuanto a la segunda cuestión, el Comité observa que, según el párrafo 1 del artículo 15, es necesario que el acto u omisión por el que se condena a un acusado constituya "delito". Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, según se tipifica en el derecho nacional (o internacional), la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio *nullum crimen sine lege*, así como la seguridad jurídica estipulados en el párrafo 1 del artículo 15".

138 Corte IDH caso: *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 223.

los jueces penales les corresponde juzgar una imputación formulada por el Ministerio Público, en los delitos perseguibles de oficio, y determinar, mediante una evaluación rigurosa, si el órgano encargado de la persecución del delito cumple con la titularidad de la carga de la prueba y si ha ofrecido y ha actuado prueba suficiente que sea capaz de enervar la protección de la presunción de inocencia[139]. La Corte IDH estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar con la certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado[140].

La titularidad de la carga de la prueba no solo supone que quien afirma o sostiene la imputación le debe corresponder acreditar el "hecho" supuestamente cometido por una persona[141], sino que debe probar cada uno de los elementos del injusto típico y culpable. Por ello, no solo basta que se acredite el hecho atribuido (proposición fáctica). Es necesario que se pruebe de manera suficiente y adecuada el hecho punible en todos y cada uno de sus elementos en relación a un autor determinado.

---

139 Cfr. *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 228: "este Tribunal considera que la Corte Suprema no actuó conforme al principio de presunción de inocencia, al exigir al tribunal de instancia "establecer la inocencia o culpabilidad de los acusados". La Corte recuerda que el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad. La Corte Superior de Lima dispuso absolver a la señora J. porque no contaba con prueba suficiente de su culpabilidad. Al no explicar en qué consistió la compulsa inadecuada de la prueba o la indebida apreciación de los hechos la Corte Suprema presumió la culpabilidad de la señora J.".

140 *Ruano Torres y otros c. El Salvador*, 05 de octubre del 2015, párr. 128; *Zegarra Marín c. Perú*, 15 de febrero del 2017, párr. 124.

141 Véase, el R. N. N.º 2282-2010 del 12 de octubre de 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Pariona Pastrana).

36. En el Perú uno de los mecanismos legales que terminan socavando la prohibición de pesquisas indeterminadas a nivel de la Policía Nacional y el Ministerio Público es la investigación que se realiza por la supuesta comisión del delito de lavado de activos. La policía sobre la base de la noticia de que una persona ha tenido relación con un ciudadano implicado en un delito grave lleva a cabo una auditoría económica, financiera y contable para determinar si ésta persona ha cometido algún acto subsumible en la figura penal de blanqueo de capitales a lo largo de su vida. No se parte de un hecho cierto y concreto como medio legítimo para abrir una investigación, sino que se emplea sospechas muchas veces irracionales (v. gr. La persona viajó a México, a Colombia, es proveedor de bienes o servicios de un tercero, etc.) para escrudiñar el pasado económico – financiero de un ciudadano a quien se le pide que aporte toda la documentación que tiene a fin de terminar por vincularlo a un cargo penal por lavado de activos.

No se parte de una causa posible previa o de la existencia de indicios que relacionan a un ciudadano con un hecho determinado, sino que se utiliza la amplia y abierta investigación por el genérico rubro del delito de lavado de activos para emprender una cacería de brujas que por lo general termina en el establecimiento de cargos a fin de aprovechar cualquier irregularidad contable o económica para construir una imputación. Más que tomar como centro y referencia un hecho concreto y determinado se hurga y se busca en la vida de una persona para tratar de encontrar alguna clase de responsabilidad criminal.

La sospecha más que fundar o provocar una intervención policial en realidad solo la legitima a posteriori o avala objetivos previamente definidos como lograr méritos institucionales que permitan ascensos, prestigio o incluso mantener bajo control a ciertos sectores de la población. La construcción de la verdad sigue un camino inverso: de los hechos no se pasa a la culpabilidad, sino de la culpabilidad previa recién se trata de llegar a los hechos[142]. No

142 Cfr. Eilbaum, Lucía; *La Sospecha como fundamento de los procedimientos policiales*; en Cuadernos de Antropología Social; p. 88.

se abre una investigación luego de acopiar indicios o sobre la base de sospechas racionales, sino que se utiliza las investigaciones que desde el origen carecen de cualquier legitimidad constitucional para encontrar algunas operaciones no documentadas o que generan alguna sospecha para fundar imputaciones graves por lavado de activos. En este sentido casi todas las investigaciones por lavado de activos aparecen como grandes auditorías financieras que se sustentan en una sospecha permanente y en la que se escogen determinadas operaciones y actos concretos que se criminalizan sin mayor justificación. No se investiga para determinar si un hecho previo posee relevancia por el delito de lavado de activos, sino que se investiga para ver que se encuentra y determinar cualquier operación irregular que puede ser utilizada en la formulación de cargos de carácter criminal.

Muchas investigaciones por lavado de activos constituyen buenos ejemplos de ***procedimientos fiscales o policiales fraguados*** que se entiende como actuaciones y operativos caracterizados por la escenificación de hechos delictivos y la subsiguiente victimización de personas ajenas al hecho que resultan detenidas, procesadas y encarceladas[143].

## VI. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PROCESO PENAL EFICAZ

37. La presunción de inocencia no se opone ni es un obstáculo para la existencia de un proceso penal eficaz. Tampoco dicho principio se opone o impide el uso de la coerción estatal durante la tramitación del procedimiento[144].

La eficacia del proceso penal no implica renunciar a una serie de garantías procesales, entre ellas, a la presunción de inocencia o al

143 Ampliamente, Eilbaum, Lucía; *La Sospecha como fundamento de los procedimientos policiales*; en Cuadernos de Antropología Social; p. 79.

144 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 511; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 64 y 66.

derecho de defensa. El proceso para que sea justo y pueda ser válido debe cumplir con una serie de garantías procesales. No es posible que haya un proceso penal legítimo y respetuoso de un Estado de Derecho si es que no satisface las exigencias de la presunción de inocencia[145] y de otras garantías y/o derechos procesales.

El proceso penal es el instrumento mediante el cual el Estado ejerce su derecho-deber de punir las infracciones penales. A través de la jurisdicción y en concreto del proceso penal se realiza el Derecho penal. Se reconoce que el Estado y los particulares tienen vedado la auto-ejecución de una determinada sanción, sin el previo establecimiento de un proceso y sin el respeto a unas garantías mínimas. En el proceso penal al mismo tiempo que se afirma el derecho a la sociedad a defenderse se reconoce la necesidad de preservar la libertad de la persona y la tutela de los derechos fundamentales. Junto al derecho de castigar coexiste también el derecho de respeto y de protección de los derechos de la persona (artículo 1 de la Const.).

La presunción de inocencia busca encontrar un equilibrio entre dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del imputado de proteger su libertad, dignidad y los demás derechos fundamentales que le son inherentes; y, por otro lado, el interés del Estado en la persecución y represión de la delincuencia[146]. Por efecto de la presunción de inocencia se compensa la debilidad estructural en la que se encuentra el imputado en el sistema penal (v. gr. investigación y proceso penal), generándole un manto de protección y un soporte adecuado para el ejercicio de sus derechos.

En un Derecho penal y un Derecho procesal penal orientado a la seguridad y a la protección de la colectividad el respeto a los derechos humanos y a los derechos fundamentales no solo es una opción ideológica válida, sino un mandato constitucional y convencional imperativo si es que no se quiere renunciar a las bases

145 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 107.

146 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 120.

políticas y de civilidad de nuestro ordenamiento jurídico[147]. Las demandas de punición, de exasperación punitiva deben necesariamente armonizarse con el respeto de las garantías básicas del debido proceso y con los principios que inspiran, dirigen y potencian nuestro sistema jurídico y los compromisos adquiridos por el Perú al suscribir los diversos Tratados de los derechos humanos.

## VII. TITULARIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

38. La presunción de inocencia es un derecho cuyo titular es la persona a quien, formal o materialmente, se le dirige una imputación[148]. Si bien en el derecho clásico la presunción de inocencia solo podría ser alegada y sostenida por la persona física con el progresivo desarrollo del sistema penal se han ido incorporando otros posibles titulares como son los entes colectivos (v. gr. asociaciones) y las personas jurídicas[149] que registran una imputación penal y que en algunas legislaciones pueden merecer la aplicación de una pena

147 Semejante en el derecho italiano: Orlandi, Renzo; *Diritto individuali e processo penale nell'Italia republicana; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; N.º *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; Milano; 2011; pp. 80 y 78: "Il pensiero securitario –degenerato in vera ossessione anche grazie ai mezzi di comunicazione sociale– rivela elevate capacità di contaminazione e di diffusione ben oltre i limiti del crimine transnazionale. esso nutre modelli di trattamento ispirati a un diritto penale della prevenzione, caratterizzato – sul terreno penale sostanziale – da una marcata anticipazione delle soglie di punibilità e – sul terreno processuale – da un correlativo uso degli strumenti cautelari in funzione di neutralizzazione della pericolosità. ne risulta uno spostamento del confine fra prevenzione e repressione, sul quale sono state calibrate le tradizionali categorie del garantismo penale e della tutela dei diritti individuali".

148 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; p. 270; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 115.

149 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 113; Villanueva Turnes, Alejandro; *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*; en: Revista catalana de dret públic, núm 51, 2015; p. 214. En sentido distinto: Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; pp. 213 y 216.

criminal o tal como ocurre en el caso peruano soportar la aplicación de algunas consecuencias accesorias (art. 105 del CP). Se excluyen de la titularidad de este derecho a las personas jurídicas de derecho público[150].

Los titulares del derecho a la presunción de inocencia son todas las personas, ya sean nacionales o extranjeras que se encuentren dentro del territorio peruano. Como derecho humano la presunción de inocencia no solo rige para los ciudadanos de un determinado país (v. gr. peruanos), sino para todas las personas (naturales o jurídicas), sin excepción alguna. Se comprende aquí a los menores de edad, a las personas inimputables que pueden merecer alguna medida de seguridad[151], entre otros.

No importa la clase de delitos que haya cometido la persona para que reciba el amparo protector de la presunción de inocencia ni tampoco es relevante si pertenece a una determinado grupo o sector de la población v. gr. reincidentes, abusadores sexuales o si es miembro de una organización criminal[152].

La titularidad y el ejercicio de la presunción de inocencia no se supedita al apersonamiento o la notificación formal de la investigación fiscal o del proceso penal en contra de una persona. Puede que no haya aún investigación o proceso penal y el principio de la presunción de inocencia despliegue toda su eficacia en favor de la persona. Incluso, la vigencia de la presunción de inocencia es previa y anterior al ejercicio del derecho de defensa. La persona puede que todavía no haya iniciado su defensa, pero ya se ve beneficiada

150 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 112.

151 En sentido distinto: Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; p. 211 quien considera que los inimputables no pueden ser beneficiados por la presunción de inocencia, sino que a ellos les alcanza las demás garantías del proceso con todas las garantías.

152 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 112.

por el manto protector de la presunción de inocencia. El ejercicio de este principio constitucional no se condiciona a la existencia de la capacidad procesal o de la posibilidad de ser incorporado como sujeto pasivo dentro del proceso penal.

Pese a la paulatina extensión de la presunción de inocencia a otros protagonistas del sistema penal, ello no quiere decir que dicha presunción se extienda a todos los sujetos pasivos del proceso penal[153]. Por ejemplo, el tercero civilmente responsable no puede alegar la protección de la presunción de inocencia.

El hecho de que el titular de la presunción de inocencia sea un determinado sujeto pasivo de una investigación o del proceso penal: el imputado; no quiere decir que la presunción de inocencia sea un derecho meramente pasivo que no produce ni desarrolla alguna fuerza activa y configuradora del proceso penal.

39. Si bien el principio de igualdad de armas obliga a un tratamiento semejante y a que exista igual oportunidades entre los diversos actores del proceso penal (Ministerio Público, parte civil, imputado, tercero civilmente responsables), tal premisa no implica que los diversos derechos y garantías se extiendan y apliquen de idéntica forma a todos los sujetos que intervienen en el proceso penal o que todos los protagonistas del proceso penal tengan los mismos derechos[154]. El principio de igualdad de armas es un derecho que

153 En sentidos distinto: Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 112.

154 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 111: "Las preocupaciones de la víctima en el proceso penal son diferentes a las que tiene el imputado. Es cierto que debe protegerse a la víctima de amenazas y de la violencia, igualmente que debe garantizársele un derecho a la audiencia y que el asunto sea resuelto en un plazo razonable y por un tribunal imparcial e independiente. Sin embargo, los derechos de la víctima en ese sentido no pueden llevar a un quebranto del derecho de la dignidad del imputado, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. En otras palabras, la posición de la víctima es diferente a la del imputado, por lo que los derechos de la víctima no tienen que coincidir exactamente con los del imputado".

reclama las mismas oportunidades de defensa y la posibilidad de utilizar medios semejantes en el proceso penal, según su posición y naturaleza de su derecho –v. gr. la víctima no puede utilizar la excepción de improcedencia de acción- pero no significa que los actores del proceso penal tengan de manera efectiva y real los mismos derechos y facultades.

Por ejemplo, la posición del imputado en el proceso penal es distinta a la de la víctima en atención a que el imputado corre el riesgo a nivel del proceso penal de enfrentar graves afectaciones a sus derechos fundamentales como la privación a la libertad personal a través de la prisión provisional o el arresto domiciliario. Asimismo, puede sufrir otras restricciones a sus derechos fundamentales como al derecho a su intimidad, a la vida privada, a su correspondencia, a su integridad corporal[155], a través de la interceptación de su teléfono o equipos de comunicación, de cacheos personales o la extracción de muestras de sangres o la recopilación de información corporal para efectuar la prueba de ADN[156]. El imputado

155 De manera general, el TC peruano ha señalado en el Exp. N.º 05312-2011-PA/TC; Juan Antonio Jara Gallardo y Otros: "del contenido protegido por el derecho a la integridad física también se deriva una obligación de respetar, es decir, un deber jurídico que tienen los sujetos pasivos [decididamente el Estado y los particulares], consistente en no menoscabar la incolumidad del cuerpo. Se trata, pues, de una obligación de no hacer o de omitir cualquier acción que se encuentre orientada a menoscabar el cuerpo del titular dcl derecho sin su consentimiento. En su seno, esta faceta del derecho a la integridad física alberga posiciones ius fundamentales definitivas [v.gr., la prohibición de tortura] como prima facie".

156 El TC peruano en el EXP N.º 05312-2011-PA/TC; Juan Antonio Jara Gallardo y Otros sostiene: "La orden de tomar una muestra del ADN del recurrente constituye una intervención esta vez del derecho a la intimidad, no tanto por el hecho de la intervención corporal que ello supone [que, como antes se ha señalado, incide sobre el derecho a la integridad física], sino en razón del tipo de información que se puede obtener con la toma del componente químico del núcleo celular, que no comprende solo la información genética reveladora de la identidad de la persona, sino también la relacionada con la información de naturaleza codificante a partir de la cual es posible conocer cualquier otro

desde que es sometido al proceso penal es amenazado de que sí es hallado culpable puede recibir una pena que afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales (libertad personal, ejercicio de los derechos civiles y políticos)[157]. La víctima, en cambio, como afectado del delito no tiene alguna presunción a su favor ni posee una especial protección de sus intereses en el proceso, salvo el hecho de que goza de manera irrestricta del derecho de defensa.

Si bien tanto la víctima como el imputado gozan del respeto a la dignidad de la persona humana hay una especial tutela dentro del proceso penal para el imputado por su especial vulnerabilidad y la amenaza constante a sus derechos fundamentales.

## VIII. LAS MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

40. El TEDH estima que la presunción de inocencia, entendida como una garantía en el contexto del proceso penal en sí, se relaciona, de manera ejemplificativa, con diversos temas y aspectos como:

    i) la carga de la prueba de la culpabilidad en el proceso penal recae en el Estado[158] y que en caso de duda a la hora de adoptar

---

dato o característica genética del sujeto al cual se practica el procedimiento [enfermedades, características, etc.]".

157 Ampliamente, Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 110; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 518.

158 TEDH casos: *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril del 2015, párr. 82; *Kabili c. Grecia*, 31 de octubre del 2008, párr. 24; *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de septiembre de 2007, párr. 39; *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 50; *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, 6 de diciembre de 1988, párr. 77; *Tendam c. España*, 13 de julio de 2010, párr. párr. 37; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 52; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre de 2013, párr. 93; *John Murray c. El Reino Unido*, 8 febrero de 1996, párr. 54; *Telfner c. Austria*, 20 de marzo de 2001, párr. 15; *Janošević c. Suecia*, 23 de julio de 2002, párr. 97; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 125; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 71.

la decisión finalmente en el proceso penal se debe estar a lo beneficioso al imputado[159]. El in dubio pro reo constituye una manifestación específica de la presunción de inocencia[160].

ii) las presunciones legales de hecho y de derecho[161];

iii) el privilegio de la no autoincriminación[162]. Se considera que el derecho al silencio y el derecho a la no autoincriminación, garantizado por el artículo 6 § 1 y la presunción de inocencia consagrado en el artículo 6 § 2 de la CEDH están estrechamente vinculados[163]. El imputado puede negarse a contestar preguntas[164].

iv) la publicidad previa al juicio[165];

---

159 TEDH casos: *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, 6 de diciembre de 1988, párr. 77; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 125; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo 2007, párr. 71; *Telfner c. Austria*, 20 de marzo de 2001, párr. 15.

160 TEDH casos: *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 52; *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre del 2014, párr. 60; *Melich y Beck c. La República Checa*, 24 de julio del 2008, párr. 49; *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de setiembre del 2007, párr. 39.

161 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 50; *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril del 2015, párr. 82; *Salabiaku c. Francia*, 7 de octubre de 1988, párr. 28; *Radio Francia y otros c. Francia*, 30 de marzo de 2004, párr. 24; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre de 2013, párr. 93; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 33.

162 TEDH casos: *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril de 2015, párr. 82; *Krumpholz c. Austria*, 18 de marzo del 2010, párr. 30; *Saunders c. Reino Unido,* sentencia de 17 de diciembre de 1996; párr. 68; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre del 2013, párr. 93; *Heaney y Mcguinness c. Irlanda* del 21 de diciembre de 2000; párr. 40; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 33.

163 TEDH casos: *John Murray c. El Reino Unido*, 8 febrero de 1996, párr. 57 y 58; *Krumpholz c. Austria*, 18 de marzo de 2010, párr. 30.

164 Véase, el Libro Verde sobre la presunción de inocencia emitido por la Comisión de las Comunidades Europeas del 26 de abril de 2006; p. 5.

165 TEDH casos: *Akay c. Turquía*, 19 de febrero de 2002; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2011, párr. 46; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr.

v) las expresiones prematuras realizadas por el tribunal, o alguno de sus miembros, acerca de la culpabilidad de un acusado[166]. También cubre las declaraciones hechas por otros funcionarios públicos sobre las investigaciones penales que alientan al público a creer que el sospechoso es culpable y prejuzgan la apreciación de los hechos por la autoridad judicial competente[167].

---

33; *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril de 2015, párr. 82; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre de 2013, párr. 93.

166 TEDH casos: *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 33; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo del 2014, párr. 125; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio de 2015, párr. 50; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre del 2013, párr. 93; *Zollman c. El Reino Unido*, 27 de noviembre de 2003; *Nešťák c. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007, párr. 88; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Kapetanios y otros c. Grecia*, 03 de abril de 2015, párr. 82; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 47; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto de 2011, 51; *Peša c. Croacia*, 08 de abril del 2010, párr. 138; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril del 2010, párr. 28; Maksim *Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre de 2012, párr. 102; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 207; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 147; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 161.

167 TEDH casos: *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 139; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre de 2012, párr. 102; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril de 2010, párr. 28; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre de 2012, párr. 169; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 147; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 125; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre de 2010, párr. 102; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero de 2014, párr. 41; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 53; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 47; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de 2007, párr. 70; *Popovici c. Moldavia*, 27 noviembre de 2007, párr. 79; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 116; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 92; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 35; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 141.

## IX. EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

41. La presunción de inocencia es un principio que atraviesa transversalmente el derecho a un proceso con todas las garantías y la investigación del delito.

    En el ámbito del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, constituye una regla de tratamiento que exige de quienes llevan adelante la investigación, el proceso y el juzgamiento partir de la idea de que se debe presumir y tratar como inocente al encausado. Y en la realización del mismo juzgamiento reclama que el órgano estatal que tenga capacidad para sancionar sólo lo pueda hacer si es que existen pruebas suficientes que demuestren la culpabilidad del sometido a proceso[168].

42. La presunción de inocencia se mantiene 'viva' y subsiste durante el desarrollo del proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio y de juzgamiento llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla[169].

    La presunción de inocencia rige en todos los procesos penales (v. gr. proceso de menores, ordinarios, especiales) y durante todos los actos del proceso penal con independencia del resultado de la acusación[170]. Dicho principio como garantía procesal protege a todas

---

168 STC peruano: Exp. N.º 1679-2005-PA/TC; Caso: *Guillermo Luis Ángel Otiniano García.*

169 STC de los Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC; Caso: *Noni Cadillo López*; Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: *Mario Gonzales Maruri*; Exp. N.º 02485-2007-PA/TC; Caso: *Arnaldo Roque Kianman Chapilliquén*; Exp. 2915-2004-PHC/TC, f. j. n.º 12.

170 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre de 2013, párr. 141; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 50; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre de 2006, párr. 41; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983; párr. 30; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 37; Wojciechowski C. Polonia, 9 de diciembre de 2008, párr. 53; Kaźmierczak C. Polonia, 10 de marzo 2009, párr. 52; Garycki C. Polonia, 6 febrero de 2007, párr. 67; Finster C. Polonia, 02 de agosto del 2011, 52;

las personas a quienes, se les dirige una imputación por la posible comisión de un hecho punible (delito o falta)[171].

Sus efectos alcanzan a todas las etapas del proceso penal y en los procedimientos que se vinculan a él de manera directa v. gr. extradición[172]. Sin embargo, una vez que un acusado ha sido declarado culpable, el principio deja de aplicarse en relación con las denuncias y alegaciones hechas durante el procedimiento que desencadena la sentencia[173]. Con todo, la presunción de inocencia sigue desplegando su eficacia en caso hubiera otras imputaciones en su contra, distintas a las resueltas de manera definitiva por el órgano jurisdiccional[174].

---

Hajnal C. Serbia, 19 de junio del 2012, párr. 129; Matijašević C. Serbia, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; Nešťák C. Eslovaquia, 27 de febrero de 2007, párr. 88; Geerings C. Los Países Bajos, 1 de marzo de 2007, párr. 43.

171 Véase, TEDH caso: *Cleve C. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 33.

172 TEDH casos: *Gaforov C. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 208; Ergashev C. Rusia, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; Ismoilov y Otros C. Rusia, 24 de abril de 2008, párr. 164 y 167 quien señala que la decisión de extraditar a una persona no supone una afectación a la presunción de inocencia; Khaydarov C. Rusia, 20 de mayo de 2010, párr. 148: "El artículo 6 § 2 de la CEDH es aplicable cuando el procedimiento de extradición es una consecuencia directa, y concomitante, de la investigación penal pendiente contra un individuo en el Estado receptor".

173 TEDH casos: *Dicle y Sadak C. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; Perica Oreb C. Croacia, 31 de octubre del 2013, párr. 141; Phillips C. El Reino Unido, 05 de julio del 2001, párr. 35; Geerings C. Los Países Bajos, 1 de marzo de 2007, párr. 43; Finster C. Polonia, 02 de agosto del 2011, 52; Kaźmierczak C. Polonia, 10 de marzo 2009, párr. 52; Wojciechowski C. Polonia, 9 de diciembre de 2008, párr. 54; Garycki C. Polonia, 6 febrero de 2007, párr. 67; Matijašević C. Serbia, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; Böhmer C. Alemania, 3 de octubre de 2002, párr. 55; Engel y Otros C. Los Países Bajos, 8 de junio de 1976, párr. 90.

174 TEDH casos: *Phillips C. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; Geerings C. Los Países Bajos, 1 de marzo de 2007, párr. 43; Cleve C. Alemania, 15 de enero del 2015, párr. 37.

43. La presunción de inocencia rige también en el campo de las investigaciones del Ministerio público v. gr. indagación preliminar, formalización de la investigación preparatoria o luego de la acusación.

    Sin embargo, la realización de una investigación, como la que realiza y lleva a cabo el Ministerio Público, no importa un quiebre de esa presunción de no culpabilidad. La presunción de inocencia no garantiza que ante los indicios de la comisión de un delito no se pueda investigar, o que la investigación sobre la realización o no del hecho, con miras a formular una denuncia no se pueda efectuar. Dicha presunción garantiza que no se sancione si es que no existen pruebas suficientes[175]. En efecto, la presunción de inocencia no resulta afectada por el solo inicio de una investigación, de un proceso penal o administrativo, puesto que la vigencia de dicha garantía se mantiene durante toda la secuela del procedimiento, hasta el momento en que se emita la resolución que resuelva lo pertinente, de acuerdo con los hechos acreditados a través de los medios probatorios actuados[176].

44. En la doctrina cada vez se reconoce con mayor insistencia la extensión del principio de la presunción de inocencia al ámbito del derecho sancionador[177].

---

175 STC del Exp. N.º 1679-2005-PA/TC, Caso: *Guillermo Luis Ángel Otiniano García.*

176 STC del Exp. N.º 08300-2005-PHC/TC, Caso: *Héctor Yuri Jerónimo Falcón.*

177 Cfr. Vega Torres, Jaime; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; Madrid; La Ley; 1993; pp. 9 y 14; Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 103; Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 246; Vázquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*; p. 300; Villanueva Turnes, Alejandro; *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*; en: Revista catalana de dret públic, núm 51, 2015; p. 2123.
El Tribunal Constitucional español en su sentencia N.º 76/1990, de 26 de abril establece que: "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en

La Corte IDH señala que la presunción de inocencia rige, por ejemplo, en los ***procesos disciplinarios*** de carácter administrativo[178]. De manera amplia se reconoce la vigencia del principio en cualquier clase de procedimiento disciplinario v. gr. penitenciario[179], laboral, etc.

El TC peruano considera que la presunción de inocencia extiende su ámbito de aplicación en el ámbito del derecho administrativo, en especial, en el campo del derecho administrativo sancionador[180]. Toda actuación que se realice en sede administrativa, presumiendo la responsabilidad de un servidor, por la sola existencia de una investigación fiscal o judicial en su contra, es atentatoria de sus derechos constitucionales, sobre todo porque la presunción de inocencia tiene base constitucional, y no puede desvirtuarse por el mérito de una pretendida "*presunción de culpabilidad*"[181].

---

la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio".

178 Corte IDH: López Mendoza C. Venezuela, 1 de septiembre de 2011, párr. 128 a 132; Maldonado Ordóñez C. Guatemala, 03 de mayo del 2016, párr. 85: "La Corte ha establecido que el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención debe respetarse tanto en materia penal como en todas en donde se vean afectados los derechos de las personas. Lo anterior incluye el principio de presunción de inocencia, por lo que es posible analizar el respeto a dicho principio en procedimientos sancionatorios administrativos".

179 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 104.

180 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Caso: *César Humberto Tineo Cabrera.*

181 STC del Exp. N.º 01768-2009-PA/TC, Caso: *Mario Gonzales Maruri.*

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. De esta forma, quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional[182].

No obstante, debe subrayarse el hecho de que según el Comité de DDHH, la regulación de la presunción de inocencia recogida en el artículo 14.2 del PIDCP es aplicable solamente en los procedimientos penales; de tal manera que las actuaciones administrativas quedan fuera de las disposiciones del Pacto[183].

45. La presunción de inocencia extiende sus efectos protectores al ***derecho parlamentario***, en especial, cuando se trata de juicios o antejuicios políticos[184] o en las investigaciones parlamentarias. El TC peruano ha señalado que en caso se trate de las inhabilitaciones a las que hace referencia el artículo 99 de la Constitución por la comisión de delito en el ejercicio de la función, el Congreso

182 Véase, las sentencias T-969/09 del 18 de diciembre del 2009 (MP. María Victoria Calle Correa); C-244 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-1156 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

183 Observación General N.º 32; 90º Período de Sesiones Ginebra, 9 A 27 DE JULIO DE 2007; párr. 30; Comunicación N.º 1572/2007, Mathioudakis C. Grecia (Decisión adoptada el 19 de marzo de 2010, 98º período de sesiones); párr. 4.2.

184 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC; Caso: *César Humberto Tineo Cabrera*. En sentido contrario: Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 105.

no puede imponerlas sin previo juicio y sentencia firme del Poder Judicial que declare la responsabilidad penal del funcionario[185]. A fin de garantizar en sede parlamentaria el derecho a la presunción de inocencia, para inhabilitar hasta por diez años por comisión de delitos, el Congreso está obligado a esperar el pronunciamiento judicial firme de culpabilidad. Una opción distinta implicaría violación del debido proceso y trasgresión del principio de división de poderes, pues el Congreso usurparía la función jurisdiccional de los jueces penales[186].

46. Según una corriente jurisprudencial asumida por el TC peruano la vigencia de la presunción de inocencia inherente al campo penal y administrativo sancionador se amplía al derecho de las ***asociaciones privadas*** cuando imponen sanciones, multas, expulsión o restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de sus asociados por la supuesta comisión de determinados ilícitos. Al respecto, el TC peruano ha establecido que: "dicho derecho opera con relación a los cargos que en el seno de las personas jurídicas de derecho privado se pudieran imputar a uno de sus asociados[187]".

Al respecto, el TC peruano ha sostenido que:

> [E]l primer ámbito del contenido del derecho a la presunción de inocencia no fue respetado por la emplazada en el momento en que sancionó al recurrente con la separación definitiva. En efecto, conforme se puede apreciar en el inciso b) del artículo 26 de los Estatutos, allí se ha contemplado la posibilidad de sancionar con la separación definitiva del Jockey Club del Perú, sin que puedan reingresar como socios de la institución, por ningún motivo ni

185 El Tribunal ratifica su doctrina vinculante recaída en la STC 006-2005-PI/TC en el sentido que el Congreso de la República no puede inhabilitar en el ejercicio de la función pública a ningún funcionario por la supuesta comisión de delitos si es que previamente no hay sentencia firme dictada por el Poder Judicial.

186 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC; Caso: *César Humberto Tineo Cabrera.*

187 Exp. N.º 3312-2004-AA/TC; Caso: *Francisco Vainstein Borrani*; Exp. N.º 3360-2004-AA/TC; Caso: *Luis Guillermo Bedoya De Vivanco.*

> bajo ninguna circunstancia, "Las personas que en forma manifiesta agravien a la institución mediante la comisión de estafas o cualquier otra forma de defraudación o apropiación ilícita, *no siendo necesaria la expedición de sentencia judicial condenatoria*" [cursiva agregada].
>
> A juicio de este Colegiado, si los cargos que se imputan a un asociado no constituyen afectaciones de bienes estatutariamente contemplados, sino que se sustentan en la eventual comisión de ilícitos penales, la posibilidad de expulsar a un asociado sobre la base de ellos constitucionalmente solo puede admitirse si es que judicialmente se ha declarado su responsabilidad penal.
>
> Obrar en el sentido inverso, es decir, en el sentido de que la imputación de la comisión de un ilícito penal es razón suficiente para expulsar a un asociado, aun cuando no exista sentencia condenatoria, constituye una manifiesta inversión del principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad, incompatible, desde luego, con la propia Norma Fundamental[188].

47. En el derecho comparado se plantea la extensión del principio de presunción de inocencia al derecho del trabajo, en especial, en temas tan sensibles como es el ejercicio del poder disciplinario del empresario y la aplicación del despido laboral (derecho al trabajo). Se reconoce que el campo disciplinario laboral es un terreno fértil en el que se pueden imponer graves y duras sanciones al trabajador lo que supone una grave afectación de derechos constitucionales; de tal manera que se hace necesario proyectar los alcances del principio de presunción de inocencia[189].

---

188 STC del Exp. N.º 3312-2004-AA/TC; Caso: *Francisco Vainstein Borrani.*

189 Ampliamente, Alonso Olea, Manuel - Casas Baamonde, María; *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, p. 404; Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; pp. 223, 263: "no cabe olvidar que el art. 24.2 CE consagra todo un conjunto de garantías que son aplicables dentro del proceso en general, y no restringidas exclusivamente al proceso penal, o al proceso sancionador administrativo. Si ello es así, y derechos como el establecido a favor del "juez ordinario", o "a la defensa", o "a un proceso público sin dilaciones indebidas", etc., no se cuestiona que sean aplicables a todo tipo de procesos, no se ve por qué razón el último de los derechos que se

Al respecto, la jurisprudencia constitucional comparada[190] ha sido oscilante y dubitativa en esta materia, pese a que la doctrina laboral se ha pronunciado de manera favorable a la aceptación y aplicación de la presunción de inocencia en áreas tan sensibles del derecho laboral como el despido o el ejercicio del poder disciplinario del empleador[191].

En el Perú la jurisprudencia constitucional se inclina por aceptar la aplicación de la presunción de inocencia al ámbito del Derecho

---

contienen en la enumeración de garantías que reconoce el art. 24.2 CE, tendría que quedar restringido sólo a algún tipo específico de procesos (el penal y, a lo más, el sancionador administrativo), siendo así que en otros ámbitos también se pueden enjuiciar imputaciones de culpabilidad con connotación sancionadora"; Albiol Montesinos, Ignacio; *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*; Deusto; Bilbao; 1990; p. 8.

190 Cfr. Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; p. 248 en la que resume la evolución de la jurisprudencia constitucional española: "la posición del TC al respecto, puede resumirse en cuatro etapas: a) una primera, de admisión implícita de la aplicación de la presunción al ámbito disciplinario laboral (SSTC 24/1984, de 23 de febrero, y 62/1984, de 21 de mayo); b) una segunda, de admisión expresa y efectiva aplicación de la presunción en el referido ámbito (SSTC 36/1985, de 8 de marzo y 37/1985, de 8 de marzo; y también S 13/1986, de 30 de enero, si bien esta última más bien contiene una admisión implícita); c) y una tercera, de revisión crítica de sus planteamientos anteriores {SSTC 6/1988, de 21 de enero, 81/1988 de 28 de abril, y 166/1990 de 29 de octubre); y d) una cuarta en la que se producen expresos pronunciamientos de inaplicabilidad del derecho a la presunción de inocencia al ámbito disciplinario laboral si bien –y la matización es enormemente significativa– previa constatación expresa por parte del Tribunal de que en el caso examinado ha existido actividad probatoria de cargo válida y suficiente (SSTC 30/1992, de 18 de marzo y 27/1993, de 25 de enero".

191 Ampliamente, Alonso Olea, Manuel - Casas Baamonde, María; *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, p. 404; Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, septiembre/diciembre de 1994; pp. 223 y ss; Albiol Montesinos, Ignacio; *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*; p. 8.

laboral y, en concreto, para delimitar si concurre o no el despido arbitrario del trabajador. En un caso el Tribunal Constitucional conoció la demanda de amparo por violación al derecho al trabajo debido a que se había cursado cartas de despido al trabajador en atención a que, entre otras causas, se le imputaba la apropiación de bienes del empleador, hecho que se ventilaba en un juzgado penal, órgano que finalmente determinó la absolución por los cargos imputados.

Al respecto, el TC peruano ha señalado que:

> [E]l derecho fundamental a la presunción de inocencia enunciado en el artículo 2°, numeral 24, literal f), de la Constitución, se proyecta también, a los procedimientos donde se aplica la potestad disciplinaria sancionatoria. Este derecho garantiza, pues, en el ámbito de un proceso la ausencia de toda sanción si no se ha probado fehacientemente la comisión de la infracción imputada. La potestad disciplinaria que detenta la entidad demandada no se puede aplicar sobre una presunción de culpabilidad, sino por el contrario, cuando se ha demostrado con pruebas idóneas la responsabilidad del imputado en la infracción atribuida. De allí que si el hecho imputado a los recurrentes, esto es, el hurto de bienes de propiedad de la empresa demandada, se encuentra siendo dilucidado en un proceso penal, donde hasta el momento, como se aprecia del escrito presentado, los trabajadores imputados han sido absueltos de responsabilidad penal, la sanción de despido deviene ilegítima, pues sobre los recurrentes aún pende la presunción de inocencia. Por otro lado, este Colegiado ha dejado ya establecido en anterior jurisprudencia que sobre un mismo hecho no pueden producirse consecuencias jurídicas disímiles y contradictorias, situación en la cual debe primar lo resuelto y decidido en la jurisdicción sobre lo dispuesto[192].

De igual forma, el TC ordenó reponer a un trabajador en sus labores habituales que desempeñaba hasta antes de efectuarse el despido laboral en atención de que "en los presentes autos, según la Resolución del Fiscal Provincial de Ascope, de fojas catorce, su fecha

192 Exp. N.° 05104-2008-PA/TC; Caso: *Sindicato unificado de trabajadores de Southern Peru Copper Corporation* (Spcc)- Ilo.

dos de octubre de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el reclamante no incurrió en hechos delictuosos en agravio de la empresa Casa Grande S.A. Que, de lo expuesto se estima que si la causa que dio origen al cese de la relación laboral del reclamante fueron hechos que no tenían contenido doloso, debe restablecerse los hechos al estado anterior de la afectación, porque se infringió el respeto al principio constitucional de presunción de inocencia y, en forma conexa, se afectó el derecho al trabajo, preceptuados en los artículos 2°, incisos 24), literal "e" y 22) de la Constitución Política del Estado[193]".

El TC en un caso también destacó que la sanción impuesta a una persona, so pretexto de que la persona con la que contrajo matrimonio cometió un delito, viola el derecho a la presunción de inocencia al considerar que "ni administrativa ni judicialmente, la emplazada (Policía Nacional) ha probado que el accionante haya participado en la comisión de los delitos. Por el contrario, se ha acreditado, a través de diversos medios de prueba, que los actos presuntamente ilícitos fueron presuntamente cometidos por terceros". Se razona que: "se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad[194]". Por ello, la sentencia constitucional concluye, entre otras razones, que la emplazada (Policía Nacional) reincorpore al servicio activo al demandante, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

El TC declaró fundada una demanda de amparo y ordenó la reposición de un servidor público (policía nacional) en atención de que los cargos que se formularon en su contra en la vía administrativa fueron los mismos que dieron lugar al proceso penal en el que finalmente fue absuelto. El TC estimó que: "Conforme fluye de autos el recurrente ha sido absuelto en sede judicial de los

193 Exp. N.° 673-99-AA/TC; Caso: *Miguel Chacón Gonzales.*

194 Exp. N.° 2868-2004-AA/TC, Caso: *Áncash José Antonio Álvarez Rojas.*

mismos cargos imputados en el proceso administrativo instaurado y que motivaron la sanción administrativa; en virtud de ello, ha quedado acreditada la vulneración del principio de presunción de inocencia, prescrita en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución[195]"; de tal manera que: "No puede sostenerse que exista una relación de independencia entre la sanción administrativa impuesta al demandante respecto de su responsabilidad penal, conforme a lo previsto por el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 745, puesto que fueron los mismos hechos los que se ventilaron en ambas vías, negándose judicialmente las conclusiones a las que se llegó en la vía administrativa[196]".

En la doctrina laboral peruana se ha señalado que: "Alguna sentencia ha considerado lesionado el principio constitucional de la «presunción de inocencia» cuando se despide al trabajador imputándole un hecho de contenido doloso sin que previamente se haya establecido su responsabilidad por la justicia penal. En el caso que motiva esta sentencia el trabajador fue acusado de robo sistemático de bienes de la empresa, pero el Fiscal que investigó la denuncia lo exculpó de toda responsabilidad. La sentencia estimó que «se infringió el respeto al principio constitucional de presunción de inocencia y, en forma conexa, se afectó el derecho al trabajo». Es verdad que, generalmente, se considera que la eventual responsabilidad penal del trabajador es independiente de la falta de índole laboral en que pudiera haber incurrido, de modo que la inexistencia de la primera no conlleva, necesariamente, la exoneración de la segunda. No obstante, en situaciones como la que es materia de la sentencia, en que los hechos imputados al trabajador (robo sistemático de bolsas de azúcar) o la conexión entre aquellos y éste no se demuestran en la investigación penal, es evidente que tampoco se le pueden imputar como infracción laboral, pues ello sería equivalente a inventar o atribuirle una falta que no ha come-

195 Exp. N.º 1729-2003-AA/TC, Caso: *Pedro Humberto Ventura Lengua.*
196 Exp. N.º 1729-2003-AA/TC, Caso: *Pedro Humberto Ventura Lengua.*

tido. Por ello, es lógico el criterio de la sentencia, cuando considera que si los hechos que se atribuyen al trabajador deben ser materia de investigación judicial, su despido antes que ésta concluya afecta la «presunción de inocencia» y, por conexión, su derecho al trabajo, en cuanto no se ha establecido la existencia de una causa justa que legitime el despido"[197].

El despido arbitrario puede ser una causal para interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios sobre todo cuando se basa en la sola existencia de un proceso penal en contra del trabajador. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia conoció el caso de un integrante de la Policía Nacional del Perú que demandó el pago de una indemnización por daños y perjuicios dado que fue pasado a la situación de retiro por su incorporación como imputado a un proceso penal del que posteriormente fue absuelto. Al respecto, la máxima instancia del sistema de justicia ordinario estimó que:

> Atendiendo a que, no obstante la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio en dinero, por daño moral, y que las instancias de mérito han expresado que no se ha aportado prueba concluyente respecto a dicho monto, además de que la entidad demandada ha alegado que no ha causado ninguna clase de daños al demandante, sino que ha actuado en ejercicio regular de un derecho, (...) empero por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal de ambas partes en conflicto, debe regularse la indemnización del daño moral con criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo[198].

---

197 Véase, Blancas Bustamante, Carlos; *El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*; en: Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral; Lima; Palestra editores; 2006; pp. 363 y 364. También: Jiménez Coronado, Ludmin Gustavo; *Presunción de Inocencia de un Trabajador*; en: Actualidad Empresarial; Lima; Instituto Pacífico; Segunda quincena de junio 2010; p. VI-8 y 9.

198 Véase, la Casación N.º 1545-3006-Piura del 14 de noviembre de 2006 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

# Capítulo Segundo

# LA DIMENSIÓN EXTRAPROCESAL DE LA REGLA DE TRATAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Sumario: I. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia: su función procesal y extraprocesal. — II. La regulación de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia en el código procesal penal. — III. Las declaraciones informales de culpabilidad y la violación de la regla de tratamiento (extraprocesal) de la presunción de inocencia. El TEDH y la CIDH. — a. Las declaraciones informales de culpabilidad efectuada por los jueces, por los órganos administrativos y la afectación a la presunción de inocencia. — IV. Las declaraciones informales de culpabilidad y las decisiones del comité de derechos humanos. — V. Algunos casos especiales de violación a la regla de tratamiento de la presunción de inocencia. — a. El hecho de que los imputados detenidos que se presentan a los tribunales usen la ropa de la prisión, propia de los condenados. El empleo de grilletes. — b. La aparición en la prensa de fotografías de las personas imputadas de la comisión de un delito. — c. La entrega y difusión de vídeos por parte de las autoridades que afectan la presunción de inocencia. El caso del registro en vídeo de los operativos policiales de captura, de las declaraciones prestadas ante las autoridades y la difusión de una diligencia de reconstrucción de los hechos. — d. La entrega y difusión de conversaciones privadas por parte de las autoridades y la afectación de la vida privada y la intimidad personal. — e. la presentación en público de las personas sospechosas de cometer un delito. El uso de barrotes y trajes a rayas. — VI. Libertad de expresión y las declaraciones informales de culpabilidad. — VII. La presunción de inocencia y la prohibición de malos tratos: el uso de jaulas para las personas privadas de su libertad. — VIII. Indemnización por los daños morales como consecuencia de las declaraciones informales de la culpabilidad.

## I. LA REGLA DE TRATAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: SU FUNCIÓN PROCESAL Y EXTRA-PROCESAL

1. Como ***regla de tratamiento del imputado***, los incisos 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescriben que "[t]oda 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" y que "[h]asta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

   Por el principio de presunción de inocencia se exige que toda autoridad trate y considere a la persona como si fuera inocente, en la medida que la *notitia criminis* y, en especial, la imputación solo constituye una hipótesis a verificar y de la cual no puede extraerse alguna conclusión de culpabilidad[1]. El trato que debe recibir la persona es el mismo que cualquier otro ciudadano; sin el prejuicio de culpabilidad alguna que lo presente como social, moral o jurídicamente disminuido[2]. La presunción de inocencia prohíbe considerar al imputado culpable hasta que no se alcance

---

1 Cfr. UBERTIS, GIULIO; *Sistema di procedura penale*; p. 180.

2 Cfr. TRANCHINA, GIOVANI; *Diritto Processuale Penale*; Vol. I; p. 181; PAULESU, PIER PAOLO; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 9.

una sentencia condenatoria que sea irrevocable o no sea posible interponer alguna impugnación[3]. Aquí no se admiten prejuicios, estigmas, conductas o palabras que presenten a la persona como culpable.

La presunción de inocencia obliga a tratar a la persona como igual, como ciudadano y no como si fuera un ser distinto, marginal, alguien que por registrar una imputación o recaer una sospecha de haber cometido un delito debe ser vista como un enemigo, alguien disminuido y desprovisto de derechos.

2. Todas las personas tienen derecho a la presunción de inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria firme (art. 2, inc. 24, par. E de la Constitución). La presunción de inocencia es ante todo una ***regla de tratamiento*** que impone a todos los poderes del Estado el tratar a una persona como inocente hasta que no haya, de ser el caso, una sentencia condenatoria firme. Diversas normas constitucionales y los Tratados de Derechos Humanos prohíben un trato humano degradante y la humillación personal o pública, al consagrar el respeto a la dignidad de la persona humana como la finalidad del Estado y la sociedad de conformidad con el artículo 1° de la Constitución; lo contrario, implica socavar las bases de un orden jurídico vinculado a los derechos humanos[4].

El Libro verde de la presunción de inocencia destaca que: "el acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable[5]". La presunción de inocencia, según el Comité de DH, exige que

---

3 Cfr. Ferrua, Paolo – Lavarini, Barbara; *Diritto Processuale Penale*; Giappichelli editore; 2011; p. 31.

4 STC del Exp. N.° 5490-2007-HC/TC; Caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez.

5 Véase, el Libro Verde sobre la Presunción de inocencia emitido por la Comisión de las Comunidades europeas del 26 de abril de 2006; p. 5.

las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio[6].

Ha de efectuarse la acotación acerca de que lo relevante de la presunción de inocencia no tanto es la presentación por parte del ente acusador de pruebas suficientes, concordantes y válidas para condenar, sino más bien que ella solo caduca con la expedición de una sentencia condenatoria firme. El ofrecimiento y actuación de pruebas de cargo, incluso cuando puedan ser contundentes, aún no tienen la virtualidad y el poder de hacer a una persona culpable. No es la mayor o menor cantidad de prueba la que desvanece y destruye la presunción de inocencia, sino la culminación formal del proceso penal a través de una sentencia condenatoria.

3. Una de las premisas más aceptadas en el campo de la dogmática procesal es reconocer que uno de los ámbitos de mayor influencia de la presunción de inocencia es el proceso penal y, en general, el proceso sancionador. Tal es su importancia que se la considera de manera general como el principio basilar y estructurante del proceso penal.

   Incluso, la regulación de la presunción de inocencia en los Tratados de Derechos Humanos (v. gr. PIDCP, CADH, CEDH, entre otros) se caracteriza por establecer la presunción de inocencia como una garantía mínima del proceso penal. Se llega a sostener que la presunción de inocencia constituye un principio exclusivo del proceso penal[7]. El contenido esencial de este derecho fundamental está dado por desplegar una función netamente procesal en referencia al papel descollante y protagónico que cumple a nivel del proceso penal.

---

6 Observación General N.º 32; 90º Período de Sesiones Ginebra, 9 al 27 de julio de 2007; párr. 30.

7 Por todos, Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; Lima; Idemsa; T. I; pp. 202, 204 y 205; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista Editores; 2006; p. 147.

4. La presunción de inocencia no solo es una regla de tratamiento procesal sino también una regla de tratamiento extraprocesal[8]. El alcance de la presunción de inocencia desborda los límites estrechos del proceso penal para abrazar determinadas situaciones en las que hay declaraciones o actos materiales en los que se presenta de manera efectiva a una persona como culpable. Este derecho fundamental rige también en casos en los que al margen y fuera de un proceso penal se le imputa a una persona la comisión de un delito y exige que las personas reciban el trato de no culpable o de no autor de un hecho delictivo. Reclama que las autoridades (y también los particulares) no deban formular juicios informales y concluyentes de culpabilidad acerca de la imputación que pueda haber en contra de una persona. Al respecto, la jurisprudencia peruana ha señalado que: "El principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo segundo numeral 24 inciso "e" de nuestra Constitución Política configura una norma directa y vinculante para todos los poderes públicos, que opera tanto en las situaciones extrapenales pero sobre todo en el ámbito procesal" (Exp. N.º 3218-97, 07/09/1998).

---

8 Cfr. Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; p. 194; Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2006; p. 91; Jiménez-Blanco, Gonzalo; *Derecho a la presunción de inocencia*; en: *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid; Centro de estudios Ramón Areces; 1995; p. 32; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 64; Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: *Revista eletrônica de Direito penal e política criminal – UFRGS*; Vol. 1, N.º 1, 2013; p. 58. En la doctrina peruana: Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; Lima; Gaceta Jurídica; 2015; p. 71; Quispe Farfán, Fany; *El derecho a la presunción de inocencia*; Lima; Palestra Editores; 2002; p. 40. De manera crítica: Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 106; Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; Lima; Grijley; 2016; pp. 246 y ss.

Cualquier opinión o discurso que adelante un juicio de culpabilidad de una persona, se encuentre imputada o no de la comisión de un delito, lesiona el núcleo de su personalidad y dignidad, en especial, el derecho a ser tratado y considerado como inocente[9]. La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia reclama que toda persona (varón o mujer, nacional o extranjero) tiene el derecho a recibir el tratamiento de no autor o de no partícipe en los hechos de carácter delictivo, mientras no haya una sentencia condenatoria firme. No se trata solo de un derecho procesal que posee un carácter jurisdiccional. Dicho principio no solo obliga a los jueces o fiscales, sino a todos los funcionarios públicos[10] y a los ciudadanos que forman parte de una sociedad democrática.

Si un periodista de manera concluyente señala en una publicación de un medio de comunicación que una persona es autor de un delito o falta, sin que haya de por medio una sentencia condenatoria firme viola la presunción de inocencia. El periodista por utilizar un lenguaje común a su actividad profesional debe conocer la diferencia elemental entre autor de un delito y presunto autor del mismo[11].

---

9 Cfr. Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: Revista eletrônica de Direito penal e política criminal – UFRGS; Vol. 1, N.º 1, 2013; p. 58.

10 Cfr. Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; p. 92.

11 Véase, la STC N.º 219/1992 (03 de diciembre), f. j. n.º 5: "la exigencia de una información veraz obliga a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 C.E. No es admisible, pues, que una noticia publicada en un medio de información pueda calificar a una persona como 'autor de un delito de estafa' en el momento de la detención de esa persona, como ocurrió en el presente caso, dado que el único acto que puede quebrar la presunción de inocencia del acusado en nuestro ordenamiento es la Sentencia del Tribunal que declara la autoría del delito; y tal resolución judicial, obviamente, no existía en el momento de publicarse la noticia de la detención. Frente a ello, tampoco cabe oponer que el periodista, por utilizar el lenguaje usual, no puede conocer la diferencia entre el autor de un delito o el presunto autor, ya que tal distinción en buena medida ha entrado a formar parte del lenguaje común precisamente por obra de los medios de comunicación, que la

5. En un Estado Constitucional se reconoce la importancia de la libertad de expresión y de información, en especial, cuando se trata de informar a la población de ciertos temas de interés público (v. gr. comisión de delitos, atentados contra la seguridad pública, etc.); sin embargo, junto a la especial relevancia de estos derechos también se reconoce el derecho de la persona de recibir el trato de inocente y de no ser considerado culpable, mientras no exista una sentencia condenatoria firme que así lo declare. El principio de la presunción de inocencia se dirige y aplica también en toda su dimensión a las empresas periodísticas y a cualquier medio de comunicación[12]. Los derechos fundamentales rigen y son exigibles tanto al Estado como a los particulares.

   La obligación (constitucional) de respeto a la dignidad de la persona humana no solo abarca a los poderes públicos. Se extiende a todas las demás personas, a los grupos y colectivos como a la sociedad en su conjunto. También los particulares (y no solo los funcionarios) se encuentran vinculados a la pretensión de respeto. Las normas constitucionales obligan a los poderes públicos y a todos los ciudadanos[13]. Se alude aquí a una ***eficacia horizontal o social*** de los derechos fundamentales[14].

---

emplean habitualmente tras la entrada en vigor de la Constitución Española; de manera que ningún profesional del periodismo puede excusar su ignorancia. Y ello se evidencia, de otra parte, en otra noticia aparecida posteriormente en el 'Heraldo de Aragón' en la que se informa que el Sr. Rivases Ruíz fue 'absuelto de un presunto delito de estafa'".

12 Cfr. Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: *Revista eletrônica de Direito penal e política criminal – UFRGS*; Vol. 1, N.º 1, 2013; p. 59.

13 Cfr. Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; 4/13; p. 123; García de Enterría, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; p. 70.

14 Cfr. Stern, Klaus; *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*; en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; N.º 1; Septiembre-diciembre 1988; p. 266; Starck, Christian; *Derechos fundamentales y derecho privado*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 22, Núm. 66; septiembre-diciembre del 2002; p. 65; Schneider, Hans-Peter;

El derecho constitucional se ha impuesto como verdadero estatuto jurídico de lo político y lo social bajo una doble perspectiva: i) como derecho de las relaciones y organización de los poderes públicos, y ii) como «derecho de los ciudadanos», directamente aplicable no solamente en sus relaciones con los poderes públicos, sino también en las relaciones intersubjetivas privadas[15]. Los derechos fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores, tienen vigencia en todos los ámbitos del Derecho[16].

El fundamento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentra de manera indiscutible en el respeto a la dignidad de la persona humana. El efecto irradiante de este principio no solo comprende a los funcionarios públicos y a las entidades estatales. También alcanza de manera necesaria a los particulares y a todos los miembros de la sociedad[17]. Da lo mismo si la agresión o la violación de la dignidad proviene de una autoridad o de un particular[18].

6. La regla de tratamiento extraprocesal de la presunción de inocencia se relaciona y entronca directamente con el mandato constitucional que dispone que: "Nadie debe ser víctima de violencia

---

*Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; N.º 7; 1979; p. 21.

15 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim; *Derecho, derechos; tribunal, tribunales*; en: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núms. 60-61; abril-septiembre 1988; pp. 820 y 821 quien recuerda el significado de los principios constitucionales: "1) la Constitución es una ley fundamental jerárquicamente superior, vinculante para todos los poderes públicos; 2) las normas y principios constitucionales constituyen derecho directamente aplicable, y 3) la Constitución vale como ley, pudiendo y debiendo ser aplicada como tal en los casos concretos".

16 Cfr. Starck, Christian; *Derechos fundamentales y derecho privado*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 22, Núm. 66; septiembre-diciembre del 2002; p. 67.

17 Cfr. González Pérez, Jesús; *La dignidad de la persona*; p. 77.

18 Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988*; p. 92.

moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes" (art. 2. 24. h). No solo las autoridades estatales pueden someter a una persona a un trato inhumano, cruel y degradante, sino también los particulares, tanto a través de sus actos como a través de sus expresiones y palabras.

En la legislación italiana con el fin de realizar un adecuado equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la presunción de inocencia, la honra y su dignidad personal se dispone, por ejemplo, que el transporte de las personas en situación de prisión preventiva se debe realizar con una adecuada y oportuna cautela a fin de protegerlas de las curiosidades del público y de cualquier otro tipo de acto v. gr. involuntaria exposición a ser filmado y expuesto mediáticamente. En buena cuenta, se prohíbe la publicación de la imagen de una persona cuando se encuentra sometida a un medio de coerción física. La difusión de una imagen en dicha condición genera el riesgo de que la opinión pública se forme un juicio anticipando su culpabilidad[19].

## II. LA REGULACIÓN DE LA REGLA DE TRATAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

7. El artículo II.2 del TPCPP prescribe: "Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

El estatuto procesal penal peruano establece de manera correcta y puntual la prohibición, derivada del contenido de la presunción de inocencia, de que ningún funcionario o autoridad puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

De nada vale rodear al proceso penal y a la investigación del delito de una serie de garantías y derechos fundamentales de carácter

19 Cfr. Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; pp. 413 y 422.

procesal (art. 8 de la CADH, artículo 14 del PIDCP y el artículo 139 de la Const.) si es que se permite y tolera a que ciertos funcionarios y autoridades resquebrajen la garantía de inocencia presentando a las personas (sospechosas de la comisión de un delito) como si fueran culpables. Un proceso penal y una investigación plagada de garantías es inútil y un canto de sirena si es que no viene acompañado de prohibiciones expresas, más allá del proceso penal, que posicionen al imputado como sujeto de derecho (y no objeto) y que recuerde que es portador de una dignidad y de una pretensión de respeto tanto de los poderes públicos como de los demás ciudadanos.

No sirve de mucho permitir que el imputado se pueda defender de manera eficaz dentro de una investigación y un proceso penal si es que se tolera que ciertos funcionarios, vinculados o no a la investigación, que se le sigue lo puedan tratar y presentar como culpable. Un proceso penal nunca será justo y debido si es que al imputado no se le garantice la presunción de inocencia a plenitud dentro y fuera de dicho proceso.

8. El artículo II.2 del TPCPP constituye una norma prohibitiva que se dirige y tiene como destinatarios a todos los poderes públicos que forman parte de la estructura de un Estado Constitucional. No se trata de una simple recomendación, de una pauta o criterio que se deja a la voluntad discrecional del funcionario y que puede incumplirse, según las circunstancias v. gr. de acuerdo a la gravedad del hecho o la condición del sujeto. Se trata de un mandato jurídico obligatorio, de una norma aplicable de manera directa e inmediata a toda situación en la que está involucrado una persona como autor o partícipe de un evento delictivo.

9. El fundamento constitucional del precepto se encuentra de modo último en la exigencia de respeto y prevalencia del principio de la dignidad de la persona humana que tiene un papel configurador del ordenamiento democrático y de las instituciones que forman parte del sistema penal. Si es que la lucha contra el delito y la persecución penal no tendría un límite claro y definido no solo

carecería de sentido las reglas mínimas del juicio justo y del debido proceso, sino que no habría respaldo justificatorio para un precepto que restringe el ámbito de actuación de autoridades y funcionarios.

Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor supremo y el Estado está obligado a protegerla[20].

La dignidad de la persona humana constituye un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dínamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuente* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos[21]. La realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía[22].

Para el Tribunal Constitucional peruano:

> El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia

20 Exp. N.º 02005-2009-PA/TC; Caso: *Ong "Acción de lucha Anticorrupcion"*.

21 Exp. N.º 10087-2005-PA/TC; Caso: *Alipio Landa Herrera*; Exp. N.º 02101-2011-PA/TC; Caso: *Lid Beatriz Gonzales Guerra*.

22 Exp. N.º 02101-2011-PA/TC; Caso: *Lid Beatriz Gonzales Guerra*.

> en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada. Bajo este principio, el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención –obligaciones de no hacer–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer-. Por ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares[23].

El legislador democrático ha creído necesario relacionar la prohibición del artículo II.2 del TPCPP con el principio de presunción de inocencia al establecer que ningún funcionario puede presentar a una persona como si fuera culpable o brindar información en el mismo sentido.

Si bien la prohibición en comentario se encuentra directamente relacionada con el respeto de la dignidad de la persona humana y la vigencia del principio de presunción de inocencia resulta claro que también se entronca con otros derechos fundamentales a los que brinda cobertura y protección como el derecho al honor o el mismo derecho a la intimidad que no se pierden, como regla, cuando una persona es sospechosa de la comisión de un delito.

Los funcionarios –y, en general, todos los poderes públicos– tienen una posición de garante respecto a la protección de los derechos humanos. El artículo 44 de la Constitución establece que: "son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; *garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad".

La ley fundamental establece como un deber primordial, esencial y principal del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su

23 Exp. N.° 2016-2004-AA/TC; Caso: *José Luis Correa Condori.*

seguridad[24]. El hecho de que se trate de una obligación básica y primordial descarta que estemos ante un deber renunciable, condicionado o sujeto a una valoración subjetiva.

El garantizar la plena vigencia de los derechos no debe entenderse solo como un mandato genérico, sino como una obligación específica que da sentido a la declaración de que el Perú es una República: "*democrática*, social, independiente y soberana" (artículo 43). La plena vigencia de los derechos humanos es una condición y un presupuesto de la democracia, dado que no hay democracia sin respeto pleno a los derechos humanos.

La vigencia de los derechos humanos se logra con la adopción de una serie de políticas y medidas, tanto de carácter legislativo, administrativo y judicial. La vigencia de los derechos humanos no es un mandato que se dirige al legislador, sino a todos los poderes públicos, sin excepción alguna. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que la obligación de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica su deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[25].

Dentro de las medidas que se pueden adoptar para garantizar la vigencia de los derechos humanos se encuentra la adopción de me-

---

24 Sobre la problemática de los deberes en el campo del derecho constitucional: Díaz Revorio, Francisco Javier; *Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978*; en: Pensamiento Constitucional Año XVI; N.º 16; pp. 55 y ss.; Rubio Llorente, Francisco; *Deberes constitucionales*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001; pp. 11 y ss.; Goig Martínez, Juan Manuel; *La constitucionalización de deberes*; en: *Revista de derecho*; UNED, Núm. 9, 2011; pp. 111 y ss.

25 *Ríos y Otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 137; *Perozo y otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 149; *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 26 de junio de 1987, párr. 166; *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párr. 92; *Almonacid Arellano y Otros c. Chile*, 26 de setiembre del 2006; párr. 110.

didas legislativas (leyes formales o leyes materiales) que promueven el respeto o fomentan simplemente su no violación.

10. El artículo II.2 del TPCPP alude de manera genérica a la prohibición de que un funcionario o una autoridad pueda presentar a una persona como culpable, sin mencionar la clase de funcionario o de autoridad.

    Una primera interpretación podría considerar que los destinatarios de la norma prohibitiva son todos aquellos funcionarios relacionados de manera directa con el sistema penal y a los que el Código Procesal penal hace referencia a lo largo de sus disposiciones: la policía, los fiscales y los jueces penales. Se trata en buena cuenta de los usuarios y protagonistas regulares del sistema penal, los que con sus decisiones y actos pueden presentar a una persona como culpable o brindar una información en dicho sentido.

    Sin embargo, una segunda lectura interpretativa, a la cual nos afiliamos, considera que no solo los actores del sistema penal (Fiscal, policía y Poder judicial), sea a nivel de la investigación, del proceso penal o del juicio deben considerarse como destinatarios de la norma. También se ha de incorporar aquí a todo funcionario o autoridad pública que con su poder se encuentra en condiciones de presentar a una persona como culpable o brindar información en sentido perjudicial o incriminatorio. El espectro de funcionarios y autoridades se amplía notablemente alcanzado, por ejemplo, a altos funcionarios del Ministerio del interior, entidad de la que depende las fuerzas policiales (v. gr. Ministerio del interior, viceministro, secretario general) como también otro cuerpo de funcionarios tales como el mismo Presidente de la República, ministros de Estado (v. gr. Ministro de Justicia), Congresistas de la República o cualquier otra autoridad (v. gr. miembros del servicio de inteligencia, miembros del Instituto Nacional penitenciario, etc.).

    Creemos que una interpretación amplia que extienda los alcances de la prohibición a todo funcionario público que pueda presentar (y tratar) a una persona como culpable es más compatible y ar-

moniza con la protección adecuada que se debe articular de los derechos fundamentales y, en especial, es acorde con el sentido de la presunción de inocencia, tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos: la Corte IDH, el Comité de Derechos Humanos y el TEDH (ut infra).

11. La prohibición del artículo II.2 del TPCPP recoge dos modalidades típicas, claramente diferenciadas entre sí como es: i) que se pueda presentar a una persona como culpable o; ii) que se pueda brindar información en tal sentido. Ambas formas de actuación funcionarial fijan el sentido de la prohibición y la cobertura del mandato normativo.

12. La modalidad típica referida a que se pueda presentar a una persona como culpable requiere determinar el sentido del verbo "presentar".

    Un primer giro hermenéutico supone entender el término presentar en un sentido físico como si la persona fuera trasladada, conducida y presentada ante el público, tal como ocurre con la organización de una conferencia de prensa en donde la policía (o cualquier autoridad) expone a una persona como si fuera culpable (autora o cómplice) de haber cometido un delito. Se trata aquí de una presentación pública en donde se explica a terceros (v. gr. a los medios de comunicación) la intervención de la persona en cualquier acto criminal, haya o no investigación en curso, se encuentre o no privada de su libertad, esté o no esposada, o use o no traje a rayas. Se utilizan las imágenes (fotos o video) y un discurso determinado para señalar ante un grupo de personas (los medios de comunicación) que una persona es autora de la comisión de un delito. Los casos que han merecido un pronunciamiento expreso de condena de la Corte IDH dan cuenta de una muy diversa tipología, en especial, del Estado peruano que en la lucha contra el terrorismo presentaba a las personas como culpables, sindicándolas de integrar cualquier organización terrorista, se las vestía con un traje a rayas o se las colocaba en una jaula.

Un segundo giro hermenéutico, más amplio y de mayor cobertura, entiende por presentar como el "hacer manifestación de algo o poner en la presencia de alguien" un bien, un objeto o en este caso a una persona. No es necesario el traslado o el desplazamiento físico de una persona a un determinado lugar (v. gr. conferencia, sala de exposición, etc.) como tampoco es indispensable que haya imágenes de ella (v. gr. fotografías, video, etc.) que la señalen como autora de un hecho delictivo. La persona ausente o cuyo paradero se desconoce también puede ser presentada como si fuera culpable de la comisión de un delito. Basta que se la señale y se la identifique de alguna forma, sea por su nombre, por su alias o por cualquier otro signo, presentándola como culpable para que se entienda que se ha violado la presunción de inocencia y el artículo II.2 del TPCPP.

Ha de quedar claro que la norma no solo prohíbe los casos más graves y patológicos de la presentación ante los medios de comunicación de las personas como si fueran culpables de la comisión de un delito, sino también otras formas comisivas como las presentaciones no públicas de una persona en las que se la expone como si fuera autora de un hecho.

El desvalor de la conducta reside no tanto en presentar a los inocentes como culpables, sino presentar a una persona (culpable o inocente) como si fuera culpable de un hecho, sin que haya sentencia firme y definitiva.

Asimismo, la prohibición rige al margen de la gravedad del delito, de la repercusión social del mismo o de la notoriedad de las personas involucradas. No interesa si se trata de una persona privada de su libertad o no, de si es prófugo o no de la justicia, si posee o no antecedentes penales, si tiene o no procesos penales abiertos, si está cumpliendo reglas de conducta. Tampoco es necesario que la persona tenga al momento de su presentación una investigación abierta formalmente, se haya dirigido contra él un acto de imputación concreta o exista en su contra una orden de captura.

La condición de sospechoso y que haya cometido un delito muy grave no quiere decir que la garantía de la presunción de inocencia se debe relajar y flexibilizar. Por el contrario, debe desplegar su pleno efecto protector de todo ciudadano y evitar el trato como si fuera culpable como también las estigmatizaciones sociales derivadas de la (posible) condición de autor o partícipe de un hecho punible, afianzando con ello el respeto a la dignidad de la persona humana.

13. La segunda modalidad típica de la prohibición contenida en el artículo II.2 del TPCPC se refiere a "brindar información" de una persona como si fuera culpable.

Uno de los aspectos más comunes de cómo se manifiesta la violación a la presunción de inocencia resulta de las declaraciones informales de culpabilidad que realizan ciertos funcionarios o autoridades cuando explican, informan o dan cuenta de que hay una persona sospechosa de la comisión de un delito y se brinda datos, más o menos minuciosos, como si ella fuera realmente autor o participe de la comisión de un determinado delito. La utilización de un discurso incriminatorio, el trato a una persona como culpable y el empleo de ciertos y graves calificativos en contra de una persona supone la violación del núcleo esencial de la presunción de inocencia.

El brindar información de una persona implica muchas veces que el funcionario o autoridad aporta y entrega datos o hechos a terceros, generalmente a la prensa, que lo que hace es terminar por presentar a la persona como culpable. Por ejemplo, ello ocurre cuando el funcionario (v. gr. policía, fiscal o juez, etc.) entrega información reservada de la investigación o del proceso penal que esta en giro a los medios de comunicación (v. gr. actas, documentos, vídeos, declaraciones, etc.) y con ello se genera una opinión de que la persona es culpable del hecho.

En el Perú, y en muchos países de América latina, sobre la base de la develación de casos de corrupción como consecuencia del

escándalo del caso ODEBRECHET y LAVA JATO es común ver cómo circulan con total libertad, amplitud e impunidad en la prensa, tanto escrita como televisiva, las delaciones de aspirantes a colaboradores eficaces sin ningún tipo de rubor y control que por regla están sometidas a la más estricta reserva.

La entrega subrepticia de información fiscal o judicial que realiza algún funcionario o autoridad a un tercero o a un periodista en contra de una persona que la hace presentar como culpable ante la sociedad, o un grupo determinado de personas, supone de manera clara e inobjetable no solo la vulneración de la obligación fiscal de reserva de la investigación (art. 324 del CPP), sino implica la violación de la presunción de inocencia que todo ciudadano, y en especial, el imputado tiene por mandato constitucional y convencional[26].

La reserva de la investigación no solo es una obligación de carácter legal dispuesta por el artículo 324.1 del CPP al establecer que: "la investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos", sino que representa una garantía y deber instrumental que busca proteger principios básicos del juicio y de la investigación justa como la preservación del principio de inocencia[27], la garantía institucional de independencia e imparcialidad que se predica tanto de los órganos jurisdiccionales como de los órganos encargados de la investigación.

Las filtraciones efectuadas por los funcionarios o autoridades (fiscales, policías o jueces) –mejor dicho, las entregas de información dirigidas a ciertos periodistas amigos y a ciertos medios que se eligen de manera deliberada y por móviles inconfesables– erosio-

26 Al respecto, Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 66.

27 Cfr. Verger Grau, Joan; *Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado*; en: La Criminalidad organizada ante la justicia; 1996; p. 223.

nan no solo el contenido mínimo de la presunción de inocencia entendida como regla de tratamiento del imputado, sino que socavan las garantías estructurales de todo proceso e investigación justa como son los principios de independencia e imparcialidad.

Debe recordarse la Corte IDH ha señalado que: "todas las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8.1 de la Convención, así como criterios de independencia e imparcialidad, se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial" y que "sin el cumplimiento de estas exigencias, el Estado no podrá posteriormente ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere[28]".

También ha sostenido respecto al rol de los órganos encargados de la investigación y del proceso penal que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana[29].

14. Debe destacarse que en la presentación pública de una persona como culpable y el brindar información en el mismo sentido no requiere verificar la intención o ánimo del funcionario o autoridad que lo realiza. Puede tratarse de una conducta plenamente intencional, deliberada o también que se realiza por descuido, por exageración o se emplea un discurso poco prudente o escasamente mesurado.

---

28 *Favela Nova Brasilia c. Brasil*, 16 de febrero de 2017, párr. 185; *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c. Perú*, 10 de julio de 2007, párr. 133; *García Ibarra y otros c. Ecuador*, 17 de noviembre de 2015, párr. 135.

29 *Favela Nova Brasilia c. Brasil*, 16 de febrero del 2017, párr. 183; *Yatama c. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 149; *Flor Freire c. Ecuador*, 31 de agosto de 2016, párr. 166.

El elemento subjetivo puede graduar la magnitud de la lesión a los derechos del imputado y de la intensidad de la afectación a la presunción de inocencia, pero para que se constate y declare una violación a un derecho fundamental no se requiere determinar el elemento interno de un comportamiento.

15. El respeto de la presunción de inocencia exige que una persona sea tratada como inocente hasta que no medie una sentencia firme y consentida.

Sin embargo, aun en los casos en que se declare una sentencia condenatoria como firme no se tiene habilitación constitucional o convencional para presentar a la persona, por ejemplo, ante los medios o en conferencia de prensa, como culpable v. gr. usando traje a rayas. La cobertura eventual de un hecho noticioso referido de que una persona ha sido condenada a través de una sentencia penal firme no quiere decir que se tenga permitido para presentarla ante los medios como condenada o que se la exhiba públicamente como tal. El hecho de que la presunción de inocencia sea enervada o ceda en su eficacia protectora no quiere decir que se pierdan otros derechos fundamentales (v. gr. el derecho al honor, a la privacidad, etc.).

La expedición de una sentencia condenatoria, sea privativa de libertad (efectiva o suspendida) o restrictiva de otros derechos, no significa que la persona condenada puede ser tratada de manera indigna por el sistema penal quebrantándose sus demás derechos humanos o que se le prive de otros derechos.

Una condena por más grave que sea no supone la desaparición ni el aniquilamiento para la persona de los demás derechos fundamentales de los que es titular y que no han sido limitados por dicha decisión. Incluso, la presunción de inocencia sigue intacta para el caso de que haya otras imputaciones en contra de la persona y no medie una sentencia firme.

## III. LAS DECLARACIONES INFORMALES DE CULPABILIDAD Y LA VIOLACIÓN DE LA REGLA DE TRATAMIENTO (EXTRAPROCESAL) DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL TEDH Y LA CIDH

16. La presunción de inocencia prohíbe cualquier declaración de culpabilidad al margen de los procedimientos penales seguidos ante el tribunal competente y no cede su importancia ante razones de oportunidad o conveniencia[30].

El principio de presunción de inocencia no se limita a ser una garantía del procedimiento en materia penal: su alcance es más amplio y requiere que ningún representante del Estado declare que una persona es culpable de un delito antes de que su culpabilidad sea establecida por un tribunal[31] con las garantías propias del debido proceso.

El principio garantiza a toda persona a no ser tratado como culpable de un delito antes de que su culpabilidad haya sido determina-

30 TEDH caso: *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 67.

31 TEDH casos: *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 55; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35 – 36; *Moullet c. Francia*, 13 de septiembre de 2007; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 37; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre de 2006, párr. 42; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 138; *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 60; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril del 2011, párr. 33; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Neagoe C. Rumanía*, 21 de julio de 2015, párr. 41; *Teodor c. Rumanía*, 04 de junio de 2013, párr. 36; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo del 2010, párr. 88; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 70; *Samoilă y Cionca C. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 91; *Viorel Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 156; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 70; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 43; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 125; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 59; *Mosinian c. Grecia*, 31 de octubre de 2013, párr. 21; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 32; *Hrdalo c. Croacia*, 27 de setiembre de 2011, párr. 52; *Vanjak c. Croacia*, 14 de enero de 2010, párr. 67; *Šikić c. Croacia*, 15 de julio de 2010, párr. 52; *Çelik (Bozkurt) c. Turquía*, 12 de abril de 2011, párr. 29.

da por un tribunal[32]. La presunción de inocencia se aplica, incluso, a situaciones en las que la persona no es objeto de una imputación penal formalizada[33]. Se entiende que una persona puede recibir el tratamiento de culpable al margen de si existe una imputación en su contra o si se han planteado cargos, ya sea por la policía o la fiscalía. Si bien la regla de juicio de la presunción de inocencia requiere que haya un proceso penal o, por lo menos una investigación, la regla de tratamiento como contenido de la presunción de inocencia supone que una persona no puede recibir el trato de culpable, formal o informalmente, haya o no imputación estatal dirigida en su contra. Por ejemplo, la presentación de una persona en rueda de prensa como culpable quebranta la presunción de inocencia, pese a que no exista aún una denuncia del Ministerio Público interpuesta en su contra ni tampoco un proceso penal. Igual ocurre cuando un funcionario público (v. gr. jefe de la policía, ministro del interior) se refiere a una persona como culpable de haber cometido un delito grave (v. gr. asesinato), pese a que no tiene abierto ni siquiera una investigación en su contra.

El TEDH ha señalado que puede haber una violación del principio de presunción de inocencia si se realizan afirmaciones que son perjudiciales a una persona relativas a su participación en la comisión de un delito y que son hechas por los funcionarios públicos en un momento en que las investigaciones están pendientes y se plantean antes de que haya sido acusado formalmente del delito en cuestión[34].

17. La Corte IDH ha resaltado que el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opi-

32 TEDH caso: *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 42.

33 TEDH casos: *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre de 2012, párr. 58.

34 TEDH casos: *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero de 2014, párr. 41.

nión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal[35].

La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada[36].

La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable[37].

18. La regla de tratamiento que forma parte del contenido esencial de la presunción de inocencia puede ser violada por cualquier autoridad pública[38] (o personalidad pública[39]), tales como los jue-

---

35 Corte IDH casos: *Acosta y otros c. Nicaragua*, 25 de marzo del 2017, párr. 190; Ru*ano Torres y otros c. El Salvador*, 05 de octubre del 2015, párr. 127; *J. C. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 235; *Pollo Rivera c. Perú*, 21 de octubre del 2016, párr. 177; *Lori Berenson Mejía c. Perú*, 25 de noviembre de 2004, párr. 160; *Cantoral Benavides c. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. 120; *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 153.

36 Corte IDH casos: *Zegarra Marín c. Perú*, 15 de febrero del 2017, párr. 121; *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 157; *Ruano Torres y otros c. El Salvador*, 05 de octubre del 2015, párr. 126; *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) *c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 310.

37 Corte IDH: *Cabrera García y Montiel Flores c. México,* 26 de noviembre de 2010, párr. 184.

38 Expresamente TEDH casos: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero del 2015, párr. 115; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 91; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre del 2013, párr. 193; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre del 2014, párr. 31; *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 51; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 139; *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 60; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35; *Moullet c. Francia*, 13 de septiembre de 2007; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 227; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28

ces[40], el portavoz de un órgano de justicia[41], los fiscales[42], la poli-

---

de junio del 2011, párr. 38; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre de 2012, párr. 185; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 32; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 59; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 102; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 161; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 116; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 89; *Viorel Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 157; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 92; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo de 2008, párr. 69; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 71; *Zollman c. El Reino Unido*, 27 de noviembre de 2003; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 138.

39 TEDH casos: *Butkevičius C. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 53; *Lizaso Azconobieta C. España*, 28 de junio de 2011, párr. 38.

40 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 51; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 139; *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 60; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre de 2014, párr. 31; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 116; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 89; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de 2007, párr. 70; *Matijasevic c. Serbia*, 19 de setiembre de 2006, párr. 49; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 127; *Nešťák c. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007, párr. 89; *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 43; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre de 2012, párr. 185.

41 TEDH caso: *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio del 2015, párr. 45 y 46.

42 TEDH casos: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero del 2015, párr. 115; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 193 y 197; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 91; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre del 2014, párr. 31; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 127; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 227; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre de 2012, párr. 185; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre de 2000, párr. 42; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre de 2012, párr. 102; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 95; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 120; *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 159; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 56; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 95; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 70.

cía[43], el Jefe de Interpol[44], el abogado del estado[45], un Primer Ministro[46], el Presidente del Parlamento[47], el Presidente de la República[48], el Jefe administrativo del Departamento de la Presidencia de la República[49], la Secretaría del Presidente de la República[50], el Ministro del interior[51] (o cualquier Ministro[52]), el viceministro del

---

43 TEDH casos: *Papon c. Francia*, 19 de noviembre de 2001; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre del 2004, párr. 48; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 102 y 104; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 95; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 227; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre del 2012, párr. 51; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 116; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 92 y 96; *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero del 2009, párr. 47; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero del 2015, párr. 116; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 91.
Ver también: Comité de Derechos Humanos; Comunicación N.º 1520/2006, *Mwamba c. Zambia* (Dictamen aprobado el 10 de marzo de 2010, 98º Período de sesiones); párr. 6.5.

44 TEDH caso: *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre de 2012, párr. 171.

45 TEDH casos: *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 144.

46 TEDH casos: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 38; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 144; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 194.

47 TEDH casos: *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 49, 53; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 193; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 115; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 91.

48 TEDH casos: *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 144. El Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1940/2010; Venezuela, 29 de octubre de 2012; párr. 7.4.

49 TEDH casos: *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 105.

50 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1421/2005; Filipinas, 24 de julio de 2006; párr. 3.4.

51 TEDH casos: *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 127; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 227; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 39 a 41; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 56; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 193 y 198; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 116.

interior[53], un gobernador civil[54], el Procurador Público en delitos de terrorismo[55], entre otros. Ello se debe a que la presunción de inocencia sirve principalmente para garantizar los derechos de la defensa y al mismo tiempo ayuda a preservar el honor y la dignidad de los acusados[56].

19. El alcance de la presunción de inocencia abarca las declaraciones que cualquier funcionario público puede brindar sobre el ámbito o desarrollo de las investigaciones penales que alientan al público a creer que el sospechoso es culpable[57]. Su radio de acción no requiere que se determine de manera contundente e inconfundible la cuestión de la culpabilidad de la persona[58] v. gr. basta que se afirme que una persona es culpable de un delito de tráfico de influencias[59], que se trata de un narcotraficante internacional[60], de tráfico de antigüedades[61], que la acción es dolosa y, además, premeditada[62]. Es suficiente, por ejemplo, declaraciones cómo que

52 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 38.

53 TEDH caso: *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 229.

54 TEDH caso: *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 40.

55 Corte IDH: *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 121 y 242.

56 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 32.

57 TEDH casos: *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero de 2014, párr. 41; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 116; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Ismoilov y otros c. Rusia,* 24 de abril de 2008, párr. 161; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Lizaso Azconobieta c. España,* 28 de junio de 2011, párr. 43; *Allenet de Ribemont c. Francia,* 10 de febrero de 1995, párr. 41; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre de 2000, párr. 42; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 49; *Zollman c. El Reino Unido*, 27 de noviembre de 2003; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 92; *Peša c. Croacia,* 08 de abril de 2010, párr. 138; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre de 2010, párr. 207; *O.L. c. Finlandia*, 5 de julio de 2005.

58 TEDH caso: *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35.

59 TEDH caso: *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 70.

60 TEDH caso: *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 147.

61 TEDH caso: *Nerattini c. Grecia*, 18 de diciembre del 2008; párr. 25.

62 TEDH caso: *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero del 2009, párr. 48.

la persona debe ir a juicio a responder por los cargos que se les formula, que "hay un 99% de posibilidades que el imputado sea enviado a juicio[63]", que: "lo que hicieron es una maquinación desarrollada durante varios años[64]" o cuando un fiscal afirma que la condena contra una persona es inevitable[65]. Ocurre lo mismo cuando la policía sostiene ante la prensa que un imputado mató a las personas mayores de edad y "robó la pasta y la misma tarde estaba comiendo esta pasta con su familia" y otro policía por el mismo suceso sostiene que el imputado era un "maniaco terrible" y que "ha matado a [los ancianos] por una moneda de diez centavos"[66].

Se viola la presunción de inocencia cuando, por ejemplo, el Ministro del Interior organiza una conferencia de prensa, un día después de la detención de una persona en la que informa específicamente de la operación policial de desmantelamiento de un grupo de presuntos ladrones y en la que sostuvo que una persona detenida "había colaborado y facilitado información sobre la sucursal del banco" lo que demuestra que dicha persona era una importante fuente de información de los presuntos ladrones y colaboró con la actividad de un grupo criminal que cometió robos de bancos y otros establecimientos comerciales. El TEDH destacó que dado el poco tiempo que había transcurrido desde la detención de la persona y el interés mostrado por los medios de comunicación respecto a este caso penal, las declaraciones del ministro fueron susceptibles de crear en el público en general la impresión de que el imputado fue uno de los miembros más influyentes de un grupo criminal que había cometido varios robos. Se resalta también que el ministro del interior estaba obligado a tomar las precauciones necesarias para evitar cualquier confusión

63 TEDH caso: *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 58.
64 TEDH caso: *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre del 2013, párr. 200.
65 TEDH caso: *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 120.
66 TEDH caso: *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 103.

en cuanto al alcance de sus comentarios y en los resultados de la operación[67].

Se quebranta también la presunción de inocencia cuando un viceministro del Interior afirma, por ejemplo, que los manifestantes habían cometido "actos delictivos terribles" bajo órdenes directas de una persona y de otros dos líderes de la oposición, todos los cuales fueron claramente identificados por su nombre. El funcionario aludió también a todas las personas supuestamente involucradas que habían supervisado las "acciones de carácter criminal" y que habían cometido los hechos con intención "radical", "reaccionaria" y "destructiva" dirigida a usurpar el poder del Estado por medios ilícitos. Incluso, cuando se hace referencia a otros intervinientes sin indicar su nombre, en la medida que solo hay cuatro personas involucradas se entiende que con esta alusión se afecta la presunción de inocencia[68].

También se viola la presunción de inocencia en los casos en que en apariencia se describe un hecho, pero lo que en realidad se hace es vincular a una persona como concreto autor o partícipe. Por ejemplo, ello ocurre cuando a través de un comunicado de prensa se sostiene que un imputado: "hizo un llamamiento a los residentes locales..., como llamadas a resistir a la policía, a fin de que no obedezcan a los funcionarios y bloqueen las carreteras". Dicha descripción de los acontecimientos supone un prejuzgamiento de los hechos y en donde se transmite a la opinión pública la conclusión de que efectiva y realmente la persona había participado en los disturbios y había desempeñado un rol concreto, haciendo ver que se encontraba involucrado en actos ilegales[69].

Si varios funcionarios públicos se refieren a un caso penal y a un conjunto genérico de personas no quiere decir que todas las decla-

67 TEDH caso: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero del 2015, párr. 116 a 119.

68 TEDH casos: *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 230 y 231. También: *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 49.

69 TEDH caso: *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 127.

raciones supongan una clara e inequívoca violación del derecho a la presunción de inocencia[70]. Se debe realizar un examen individualizado y por separado de cada declaración en la medida que no se hayan prestado declaraciones de manera conjunta y estas hayan tenido el mismo sentido. Por ejemplo, puede que un funcionario (vice Ministro de Hacienda) termine por vulnerar la presunción de inocencia al señalar que quienes se encuentran sometidos a un proceso penal son "ladrones", "que incluso se roban entre sí"; sin embargo, otro funcionario (Primer Ministro) sea más cauto para referirse al tema señalando que se trata de un escándalo sin precedentes. En el primer caso se está ante una violación a la presunción de inocencia, pues se hizo más que una simple referencia a la culpabilidad de una persona; mientras que en el segundo no[71].

Incluso, en un contexto determinado y en función de la persona que realiza las declaraciones públicas (v. gr. Ministro de Justicia) algunas palabras aparentemente inofensivas como señalar que los jueces al condenar a un grupo de personas en primera instancia actuaron con "valentía y determinación" pueden afectar el principio de presunción de inocencia en la medida que deja la impresión de que el Ministro de Justicia se muestra satisfecho con la condena alcanzada en el juicio y busca, con ello, mantener el veredicto de culpabilidad en segunda instancia. En el caso de declaraciones efectuadas por el Ministro de Justicia sobre procesos penales en giro el TEDH llama la atención, en particular, respecto al cargo político tan particular y específico de este ministro del gobierno, ya que dicho órgano encarna, *por excelencia*, la autoridad política responsable de la organización y el buen funcionamiento de los tribunales; por lo que él debería ser especialmente cuidadoso de no decir nada que pudiera dar la impresión de que quiere influir en el resultado de un procedimiento pendiente ante el Tribunal de Apelación. Su posición le exige mostrar particular moderación en sus

70 *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 196 a 199; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 41 y 42.

71 *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 41 y 42.

comentarios sobre las decisiones judiciales. Con un comentario en el que da respaldo a una condena en primera instancia supone que está prejuzgando la decisión del Tribunal y, con ello, influyendo en la decisión del Poder Judicial[72].

Sin embargo, no toda declaración de un alto funcionario público sobre procesos en trámite y casos judiciales de relevancia debe entenderse como una violación a la presunción de inocencia. En caso se aluda solo a una declaración de sospecha del imputado v. gr. apertura de proceso penal, la detención del mismo, o el inicio de una investigación preliminar; y no exista una referencia a la presunta o concluyente culpabilidad de la persona no se afecta a este principio constitucional y convencional[73].

20. La violación a la presunción de inocencia puede producirse por declaraciones directas de los funcionarios públicos efectuadas a los medios de comunicación (conferencias de prensa[74], entrevis-

---

72 *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 43.

73 *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 196 y 197: "La Corte observa que en la conferencia de prensa, el fiscal regional de Varna anunció que la policía había arrestado a un número de personas, entre ellas el demandante, que la policía había llevado a cabo varias redadas en los hogares y oficinas de estas personas y que los procesos penales se habían abierto en su contra. El fiscal luego enumeró los cargos en que los investigadores estaban trabajando, indicando para cada hecho una calificación jurídica y las sanciones previstas en el Código Penal. A diferencia del demandante, el Tribunal no considera que estas observaciones han socavado la presunción de inocencia. Los elementos divulgados por el fiscal se referían a la apertura de un proceso penal contra el demandante y sus presuntos cómplices, y la naturaleza de los cargos contra estos individuos y las multas si es declarado culpable. El Tribunal reconoció que las declaraciones en cuestión se limitan a describir un estado de sospecha vis-à-vis el demandante, que estaba entre los arrestados ese día y que, por tanto, no era probable que afecte su presunción de inocencia".

74 TEDH casos: *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 126; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 141; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 50 a 52; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 140 y 144; *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 60; *Y.B. y otros c. Turquía*,

tas[75], etc.), mediante comunicados de prensa[76] o mediante un programa de televisión que recrea la comisión de los hechos (v. gr. asesinato) en el que participa el investigador del caso[77].

No es necesario que el funcionario que realiza la declaración refiera de manera expresa y directa el nombre o la identificación, concreta y específica, de la persona presuntamente culpable v. gr. se hace referencia al escándalo de un caso determinado que tiene un círculo limitado de sospechosos que se encuentran sometidos a un proceso penal[78].

También se afecta la presunción de inocencia cuando, por ejemplo, un fiscal declara ante la prensa y señala que los imputados habían tratado de influir en los testigos del caso, razón por la cual se solicitó su detención que finalmente se concede por los jueces. Si el fiscal de la causa indica claramente que los imputados eran culpables de incitación al falso testimonio, anima al público a creer en su culpabilidad y prejuzga la evaluación de los hechos que pueden efectuar los jueces competentes. En la medida que las declaraciones se brindan en un contexto independiente de los procedimientos penales, es decir, durante una entrevista transmitida en el noticiero se afecta el derecho a la presunción de inocencia[79].

De igual manera, un fiscal quebranta la presunción de inocencia si luego de un fallo absolutorio en primera instancia, en una confe-

---

28 de octubre de 2004, párr. 49; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 92.

75 TEDH casos: *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo del 2010, párr. 91; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril del 2010, párr. 30.

76 TEDH casos: *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 77 y 78; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 228.

77 TEDH caso: *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 61.

78 TEDH casos: *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 144; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 49; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 40.

79 TEDH casos: *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 93 a 95; *Borovský C. Eslovaquia*, 06 de febrero del 2009, párr. 45.

rencia de prensa señala que ningún magistrado podrá convencerlo de que el imputado es inocente. Dichas palabras se produjeron en un contexto posterior a la absolución y cuando estaba pendiente el recurso de apelación presentado por la fiscalía. Si los medios de comunicación dan una amplia cobertura al caso el fiscal no podía ignorar este hecho por lo que debía brindar declaraciones mesuradas y prudentes[80].

21. En la evaluación de las declaraciones informales de culpabilidad y la afectación del derecho a la presunción de inocencia no se requiere comprobar que el funcionario haya actuado, con premeditación, con una especial intención de perjudicar a una persona o que quiera obtener un determinado resultado o que actúe con un abuso consciente de poder[81]. También las declaraciones imprudentes, ligeras o las que constituyen exabruptos en el discurso en la medida que supongan una violación a la presunción de inocencia poseen relevancia jurídica.

22. El TEDH realiza una distinción entre las declaraciones que reflejan la opinión de que el interesado es culpable, en ausencia de una condena firme, y las declaraciones que se limitan a describir "un estado de sospecha". La primera infringe la presunción de inocencia, mientras que la segunda ha sido considerada como permitida, desde la perspectiva de esta garantía[82]. Una cosa es la declaración

---

80 TEDH caso: *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 92 a 95.

81 TEDH caso: *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre del 2013, párr. 201: "La evidencia disponible a la Corte no le permite concluir si se trata de un acto premeditado del ministro. Sin embargo, recuerda que la ausencia de intención de perjudicar la presunción de inocencia no se opone a la constatación de una violación del artículo 6 § 2 de la Convención. Por consiguiente, el Tribunal concluye que el ministro del Interior había vulnerado la presunción de que el solicitante de la inocencia".

82 TEDH casos: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 114; *Gutsanovi c. Bulgaria,* 15 de octubre del 2013, párr. 192; *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 52; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre del 2014, párr. 32; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo del 2014, párr. 126; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 226;

que una persona es sospechosa de la comisión de un delito y otra muy distinta es la declaración inconfundible de que una persona ha cometido un delito, sin que haya una condena previa. Por ejemplo, se viola la presunción de inocencia cuando determinadas autoridades en sus declaraciones a un canal de televisión no se limitan a describir el estado de la investigación o reflejan siquiera un "estado de sospecha" de los imputados, sino que presentan el hecho como un suceso debidamente establecido, sin ninguna mesura o reserva, y afirman la participación en la comisión de los delitos, sin siquiera mencionar que los imputados negaron su intervención[83].

---

*Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 57; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 39; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 30; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre del 2012, párr. 186; *Del Latte c. Los Países Bajos*, 9 de noviembre de 2004, párr. 31; *Leutscher c. Los Países Bajos*, 26 de marzo de 1996, párr. 31; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 103; *Fedorenko c. Rusia*, 20 de setiembre del 2011, párr. 88; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 210; *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio del 2015, párr. 42; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 38; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 149; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril de 2010, párr. 29; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 166; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 59 y 66; *A.L. c. Alemania*, 28 de abril de 2005, párr. 34; *Englert c. Alemania*, 25 de agosto de 1987, párr. 39; *Nölkenbockhoff c. Alemania*, 25 de agosto de 1987, párr. 39; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 53; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 63; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 64; *Lutz c. Alemania*, 25 de agosto de 1987, párr. 62; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre del 2012, párr. 48; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto del 2011, 53; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero de 2007, párr. 67; *Leutscher c. Los Países Bajos*, 26 de marzo de 1996, párr. 31; *Hrdalo c. Croacia*, 27 de setiembre del 2011, párr. 50; *Peša c. Croacia*, 08 de abril del 2010, párr. 141 y 147; *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero del 2009, párr. 46; *Mulaj y Sallahi c. Austria*, 27 de junio de 2002.
La Corte IDH: *J. c. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 246.

83 TEDH casos: *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 96: "Además, el fiscal de la ciudad Sr. Zinterekov se refirió a los antecedentes penales de los solicitantes, presentándolos como criminales, e hizo una afirmación de que la comisión del "delito" había sido el resultado de sus "cualidades personales", de la "la crueldad y la brutalidad sin sentido". En el discurso de clausura

El Libro Verde de la presunción de inocencia destaca que: "ningún órgano jurisdiccional ni funcionario público puede declarar que el acusado es culpable de una infracción por la que no ha sido juzgado ni condenado. La presunción de inocencia se vulneraría si el acusado no hubiera sido previamente declarado culpable según la ley y no hubiera tenido la oportunidad de ejercitar sus derechos de defensa, y una decisión judicial sobre él reflejara la opinión de que es culpable. No obstante, las autoridades pueden informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado, y se manifieste con discreción y prudencia[84]".

Es particularmente importante que en la fase primera de la investigación (v. gr. antes del inicio del proceso penal formal), no se formulen alegaciones públicas que pudieran ser interpretadas como una confirmación de que el imputado ha sido considerado culpable o responsable de un determinado hecho punible[85].

23. Los criterios que se han de tomar en cuenta para apreciar si hay una declaración informal de culpabilidad por parte de una autoridad a modo ejemplificativo son:

---

también mencionó que la única opción del tribunal es imponer una sentencia condenatoria de larga duración, presentando así la condena de los demandantes como el único resultado posible de los procedimientos judiciales. La Corte considera que las declaraciones de los funcionarios públicos implicaron una declaración de culpabilidad de los demandantes y prejuzga la evaluación de los hechos por la autoridad judicial competente. Los funcionarios que ocupan altos cargos deberían haber tenido especial cuidado en la elección de las palabras para describir los procesos penales pendientes contra los solicitantes. Sin embargo, teniendo en cuenta el contenido de sus declaraciones, la Corte considera que algunas de sus declaraciones podrían animar al público a creer que los solicitantes son culpables antes de que se hubiera probado su culpabilidad conforme a la ley. En consecuencia, la Corte considera que hubo una violación de la presunción de inocencia de los demandantes". Semejante: *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 98.

84 Véase, el Libro Verde sobre la Presunción de inocencia emitido por la Comisión de las Comunidades europeas del 26 de abril del 2006; p. 6.

85 TEDH caso: *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 42.

i) Si el funcionario público identifica a una persona por su nombre[86];

ii) el número de ocasiones en que hace referencia de la persona considerada autora o cómplice de los hechos;

iii) si lo hace de manera voluntaria o a raíz de una pregunta de un periodista o un tercero;

iv) la posición jerárquica que ocupa el funcionario público al momento de brindar las declaraciones v. gr. fiscal superior[87];

v) si se refiere a le persona, sin matices ni reservas[88], como uno de los autores del hecho punible o por pertenecer a una organización criminal v. gr. grupo terrorista;

vi) si la investigación fiscal o policial ha terminado al momento de realizar, por ejemplo, la conferencia de prensa o la presentación a los medios; o si el caso se encuentra en segunda instancia en espera de sentencia[89];

vii) si se señala que las fuerzas policiales o los funcionarios encargados de la investigación han llegado a la convicción que determinada persona o grupo de personas es autora de los hechos[90];

---

86 TEDH caso: *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 228.

87 TEDH caso: *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 92 y 96.

88 TEDH caso: *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 228; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 108.

89 TEDH caso: *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 92.

90 TEDH caso: *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 40 a 43: "Tomadas en su conjunto, las declaraciones del Gobernador civil, en la medida en que reflejan una apreciación previa de los cargos que pueden ser imputados al demandante y proporcionan a la prensa la identificación de este último, no se concilian con el respeto a la presunción de inocencia. La rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes".

viii) la amplia cobertura que brindan de los medios de prensa a las declaraciones de las autoridades[91];

ix) el tiempo transcurrido entre las declaraciones de las autoridades y la fecha de la sentencia[92]. Sin embargo, este factor no es determinante ni decisivo ya que si se le otorga un valor excesivo se puede llegar a considerar que mientras más tiempo transcurra de las declaraciones informales de culpabilidad, y más alejado se encuentre de la sentencia, el valor de la presunción de inocencia puede llegar a minimizarse, de tal manera que es posible aceptar cualquier declaración[93].

24. Las frases que pueden acompañar los documentos internos de un fiscal en la formulación de las imputaciones, o en determinados actos de ofrecimiento de prueba, deben distinguirse de las declaraciones públicas que pueden brindar en el transcurso de las investigaciones. Mientras las declaraciones públicas pueden importar una declaración de culpabilidad y, por ello, una afectación a la presunción de inocencia, los documentos internos de la fiscalía no deben entenderse como un acto que puede influir en la opinión pública respecto a que una persona se encuentra relacionado con un acto delictivo[94].

**a. Las declaraciones informales de culpabilidad efectuada por los jueces, por los órganos administrativos y la afectación a la presunción de inocencia**

25. El TEDH recuerda que la presunción de inocencia consagrada en el artículo 6 § 2 de la CEDH, supone que los miembros de un Tribunal en cumplimiento de sus funciones no deben partir de la idea preconcebida de que el imputado cometió el acto denuncia-

91 TEDH caso: *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 92 a 95.

92 TEDH casos: *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 166; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 74.

93 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 42.

94 TEDH caso: *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 67 y 68.

do[95]. También la Corte IDH, siguiendo las líneas argumentales del TEDH, ha destacado que el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa[96].

26. De todos los funcionarios públicos las declaraciones de los jueces están sujetas a un mayor escrutinio y reserva dada su marcada obligación de independencia e imparcialidad[97]. Los jueces deben limitarse a comunicar una mera información relativa a ciertos actos procesales, ya que cuando anticipan a los medios, o a terceros, que se ha realizado la evaluación de la culpabilidad de un imputado indicando, por ejemplo, que era probable que se imponga una sentencia condenatoria queda claro que se viola la presunción de inocencia. Una declaración de este tipo alienta al público a creer en la culpabilidad de los procesados, a pesar de que el tribunal aún no ha dictado sentencia. Incluso, el empleo de términos como "*es probable*" o "*supongo*" puede indicar un juicio de culpabilidad anticipado[98].

27. Se viola la presunción de inocencia si un juez en una entrevista ante la prensa declara que aún no está convencido del sentido del fallo: de si será condena o absolución parcial. Una declaración semejante muestra claramente que el juez ya estaba convencido de la

---

95 *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 42; *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, 6 de diciembre de 1988, párr. 77; *Janošević c. Suecia*, 23 de julio de 2002, párr. 97; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 125; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 71; *Telfner c. Austria*, 20 de marzo de 2001, párr. 15

96 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo de 2014, párr. 171; *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 233; *López Mendoza c. Venezuela,* 1 de septiembre de 2011, párr. 128; *Cabrera García y Montiel Flores c. México,* 26 de noviembre de 2010, párr. 184.

97 TEDH casos: *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 43; *Kampanellis c. Grecia*, 21 de junio de 2007, párr. 27.

98 *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio de 2015, párr. 46.

culpabilidad del imputado, por lo menos, en uno de los puntos de la acusación, y, con ello, excluye la posibilidad de declararlo completamente inocente[99]. Igual ocurre cuando un juez encargado de la instrucción realiza una serie de declaraciones en el diario de mayor circulación nacional, refiriéndose a una manifestación de una persona efectuada en el marco de la instrucción que se seguía por la muerte de su esposo y la señaló como encubridora del homicidio de su esposo[100].

Las declaraciones que brinda un funcionario, más aún si se trata de un funcionario que pertenece a la rama judicial, puede terminar afectando, junto al principio de presunción de inocencia, al principio de imparcialidad, pieza cardinal de la administración de justicia y del Estado de Derecho. El TEDH ha señalado que se requiere que las autoridades judiciales ejerzan la máxima discreción respecto a los casos que se ocupan con el fin de preservar su imagen como jueces imparciales. Esta discreción debería disuadirlos de hacer uso de la prensa, incluso cuando se les provoca e interroga sobre un caso en particular. Se trata de las mayores exigencias de la justicia y el carácter elevado de la función judicial las que imponen dicha obligación[101]. Por ejemplo, el hecho de que el presidente de un Tribunal de justicia haya utilizado públicamente

99 *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 127.

100 *Acosta y otros c. Nicaragua*, 25 de marzo de 2017, párr. 191: "De este modo, tales manifestaciones de un juez indudablemente hacen alusión al procedimiento penal en curso en ese momento y revelan una animadversión de su parte hacia la señora Acosta. Este Tribunal estima que, sumada a la falta de imparcialidad del juez ya señalada, tales manifestaciones públicas pudieron propiciar, en el referido contexto, una creencia o prejuicio sobre su culpabilidad, además de revelar un posible prejuicio sobre la evaluación de los hechos por parte de la propia autoridad judicial que conocía el caso y la juzgaba en ausencia, independientemente del hecho de que al día siguiente dictaría un sobreseimiento a su favor".

101 *Buscemi c. Italia*, 16 de setiembre de 1999; párr. 67; *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 59; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 118.

expresiones que implicaba que él ya se había formado una opinión desfavorable respecto a los argumentos de uno de los litigantes antes de presidir el tribunal que tenía que resolver, constituye una conducta claramente incompatible con la imparcialidad requerida de cualquier tribunal, tal como se establece en el artículo 6 § 1 del Convenio. En este caso las declaraciones hechas por el Presidente de un tribunal eran tales como para justificar objetivamente el temor respecto a su imparcialidad[102].

28. El TEDH conoció un caso en el que un ex - Presidente de una Corte Suprema de un país (Croacia) cuestionaba la imparcialidad de tres miembros del Consejo Nacional de Justicia en razón de que durante el procedimiento disciplinario dirigido en su contra dieron entrevistas, publicadas en dos periódicos nacionales donde expresaron una opinión en cuanto a su presunta responsabilidad[103]. Por ejemplo, un miembro del Consejo Nacional de Justicia declaró a un diario de circulación nacional señalando que había votado en contra del nombramiento del demandante como Presidente del Tribunal Supremo y el mismo había sido mencionado como un posible candidato para el puesto, al mismo tiempo que el investigado. También comentó sobre los resultados de la investigación al afirmar que "los cargos por los cuales el Dr. Olujic fue declarado responsable son claros en los hechos", de igual manera expresó puntos de vista negativos sobre la defensa de la demandante en el procedimiento[104]. El TEDH destacó que dicho miembro reveló públicamente que había votado en contra de la designación del solicitante, aspecto que junto con el hecho de que él había sido un candidato potencial para el mismo cargo en el momento en que fue designado el solicitante, crea una situación según la cual era capaz de levantar dudas legítimas sobre su imparcialidad[105].

---

102 *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, 7 de agosto de 1996, párr.. 59 y 60; *Buscemi c. Italia*, 16 de setiembre de 1999; párr. 67.

103 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 61.

104 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 62.

105 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 63.

Otro miembro del Consejo Nacional de Justicia brindó declaraciones a la prensa cuando el asunto aún se encontraba pendiente de resolverse señalando que el demandante había cometido actividades indecentes, en el que había utilizado su influencia personal y los contactos con el fin de proteger los intereses y ganancias de dos personas con antecedentes penales. También comentó que las alegaciones de la defensa de que el caso se instauró por motivos políticos eran falsas[106].

El TEDH destacó que el hecho de que el miembro y Presidente del Consejo Nacional de Justicia utilizara públicamente expresiones que implicaban que él ya se había formado una opinión desfavorable de los argumentos del solicitante antes de que el caso se decida finalmente y critique las declaraciones de la defensa aparece claramente incompatible con su posterior participación en el procedimiento después de que el Tribunal Constitucional anuló la decisión inicial del Consejo Nacional de la Judicatura. Las declaraciones hechas por el Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura eran tales como para justificar objetivamente los temores del demandante respecto de su imparcialidad[107]. Finalmente, otro miembro del Consejo dio una entrevista que fue publicada en un diario de circulación nacional cuando el caso estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional, y, por lo tanto, aún no había concluido de forma definitiva. En la entrevista, afirmó que consideraba que al solicitante le faltaba independencia como juez y lo describió como una persona que carece de la experiencia y el conocimiento, y era un *alienum corpus* (cuerpo extraño) en el Poder judicial croata[108]. En este caso el TEDH consideró que las expresiones utilizadas por dicho funcionario mostraron claramente su sesgo en contra del demandante y que, por tanto, su participación en el procedimiento después de la publicación de la entrevista en

106 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 64.
107 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 65.
108 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 66.

cuestión era incompatible con el requisito de imparcialidad con arreglo al artículo 6 § 1 de la Convención[109].

## IV. LAS DECLARACIONES INFORMALES DE CULPABILIDAD Y LAS DECISIONES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

29. El Comité de DH ha sostenido que el principio de presunción de inocencia exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado[110]. Los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia[111].

30. El Comité de DH consideró que se afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando los agentes públicos brindan declaraciones públicas acerca de que una persona es culpable. Por ejemplo, se condenó a Rusia debido a que el 9 de diciembre de 1989 el jefe de policía anunció que estaba seguro de que una persona era el asesino, lo que fue difundido por televisión y que los investigadores afirmaron su culpabilidad en sesiones públicas previas a la vista

109 *Olujic c. Croacia*, 05 de febrero del 2009, párr. 67.

110 Comité de Derechos Humanos; Comunicación N.º 1520/2006, *Mwamba c. Zambia* (Dictamen aprobado el 10 de marzo de 2010, 98º Período de sesiones); párr. 6.5.

111 Observación General N.º 32; Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia; 90º período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, párr. 30; Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 2120/2011; Dictamen aprobado por el comité en Su 106º Período de sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012); párr. 11.4.

judicial[112]. En este caso, el Comité tomó en cuenta que las autoridades no practicaron el comedimiento que exige el párrafo 2 del artículo 14, y que, así, fueron violados los derechos del firmante de la comunicación.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en casos de declaraciones prestadas por funcionarios públicos estimó que se había violado el principio de presunción de inocencia. Por ejemplo, en el caso *Francisco Juan Larrañaga C. Filipinas* ha señalado que:

> En cuanto a las declaraciones formuladas públicamente por altos funcionarios que consideraban culpable al autor, todas las cuales recibieron una amplísima cobertura en los medios, el Comité se remite a su Observación general N.º 13 sobre el artículo 14, en la que afirma que todas las autoridades públicas tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar de los resultados de un juicio. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades no guardaron la compostura que exige de ellas el párrafo 2 del artículo 14, especialmente si se tienen en cuenta las reiteradas intimaciones formuladas mientras proseguía el juicio al tribunal de primera instancia en el sentido de que el autor debía ser condenado a muerte. Dadas las circunstancias, el Comité concluye que en el juicio del autor no se respetó el principio de la presunción de inocencia, por lo que se violó el párrafo 2 del artículo 14[113].

El Comité de Derechos Humanos en el caso *Lyubov Kovaleva y Tatyana Kozyar c. Belarús* ha precisado que:

> El Comité observa además las afirmaciones de las autoras de que no se respetó el principio de presunción de inocencia, ya que varios funcionarios del Estado hicieron declaraciones públicas acerca de la culpabilidad del Sr. Kovalev antes de que el tribunal dictara sentencia condenatoria y los medios de difusión dieron a conocer a la opinión pública elementos del expediente de la investigación preliminar antes de que el tribunal examinara el asunto[114].

---

112 Comunicación N.º 770/1997; *Dimitry L. Gridin c. Rusia*, 20 de julio del 2000; párr. 8.3.

113 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1421/2005; Filipinas del 24 de julio del 2006; párr. 7.4.

114 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 2120/2011; Dictamen aprobado por el comité en su 106º Período de sesiones 15 de octubre a 2 de noviembre de 2012; párr. 11.4.

De igual modo, el Comité de DDHH en el caso *Engo c. Camerún* ha sostenido que:

> En cuanto a las alegaciones de violación del artículo 14 y en concreto de su párrafo 2, el Comité observa en primer lugar que el autor afirma que se ha violado su derecho a la presunción de inocencia. Para sostener tal afirmación menciona la información difundida sobre su caso por los medios de comunicación del Estado. El autor envió cartas a las autoridades competentes para que impidiesen que se siguiera difundiendo esa información, pero no se hizo nada al respecto. El Estado parte no lo niega. El Comité recuerda que el Pacto garantiza el derecho a la presunción de inocencia del acusado mientras no sea declarado culpable por un tribunal competente. En el presente caso, el hecho de que los medios de comunicación del Estado hicieran pasar varias veces por culpable al autor antes de que fuese juzgado y publicaran artículos de prensa a este efecto constituye de por sí una violación del párrafo 2 del artículo 14 del Pacto[115].

En el caso *Eligio Cedeño C. Venezuela* el Comité de Derechos Humanos ha destacado que:

> En relación con la posible violación del artículo 14, párrafo 2, el Comité toma nota de las alegaciones del autor de que no se respetó su derecho a la presunción de inocencia, toda vez que fue privado de su libertad preventivamente a pesar de no concurrir ninguno de los supuestos de ley para ello, y que el proceso seguido en su contra obedeció a motivaciones políticas. El Comité toma nota igualmente de que, después de ordenarse la libertad del autor, el Presidente de la República, en un programa de radio y televisión de alcance nacional se refirió al autor llamándolo "bandido" e insinuando que su liberación había sido ilegalmente coordinada por sus abogados y la jueza del Juzgado 31°, sin que estas declaraciones del Presidente de la República hayan sido refutadas o explicadas por el Estado parte frente al Comité. Al respecto, el Comité recuerda que la denegación de la libertad bajo fianza no afecta la presunción de inocencia. Sin embargo, en general, todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos

115 Comunicación N.º 1397/2005, *Engo c. Camerún*, dictamen aprobado el 22 de julio de 2009, 96º Período de sesiones; párr. 7.6.

> en que se declare la culpabilidad del acusado. En consecuencia, no existiendo sentencia alguna sobre la responsabilidad penal del autor, el Comité considera que la referencia directa al caso del autor por parte del Presidente de la República y la forma en que fue realizada vulneró el principio de presunción de inocencia, recogido en el artículo 14, párrafo 2 del Pacto, que acompaña a todo acusado en tanto no exista sentencia en sentido distinto[116].

También se destacó la violación a la presunción de inocencia en virtud de la amplia y adversa cobertura de los medios de información controlados por el Estado antes del juicio, de la persona y los otros inculpados que aparecían como criminales, lo cual influyó negativamente en los posteriores actos del proceso[117].

Sin embargo, en un caso semejante en que el Presidente de la República había empleado calificativos duros y graves contra unas personas el Comité no encontró violación alguna al derecho de la presunción de inocencia. Así, sostuvo:

> El Comité toma nota de las declaraciones del Presidente de la República pidiendo la destitución de los conjueces; que el 26 de enero de 2010, la Asamblea Nacional emitió una resolución rechazando al fallo de los conjueces y pidiendo la investigación de su actuación; y que los conjueces fueron destituidos y enjuiciados por la Corte Nacional por prevaricato, aunque finalmente la causa fue sobreseída.
>
> El Comité observa que los hechos que condujeron al procesamiento de los autores tuvieron una gran repercusión en la situación económica y financiera del país cuyas consecuencias se prolongaron en el tiempo. El Comité toma nota de que en este marco las más altas autoridades del país se expresaron públicamente e hicieron declaraciones exhortando a que los responsables de esos hechos, personas que habían estado al frente de Sin embargo, esto no implica que la manera como se llevó a cabo el proceso penal contra los autores y el resultado final de la investigación hayan obedecido o hayan sido la consecuencia de esas manifestaciones públicas de representantes

116 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 1940/2010; del 29 de octubre de 2012; párr. 7.4.

117 *Barno Saidova c. Tayikistán*, Comunicación N.º 964/2001, U.N. DOC. CCPR/C/81/D/964/2001 (2004), párr. 6.6.

de los poderes ejecutivo y legislativo, o que dichas manifestaciones hayan constituido una violación de alguna norma del Pacto[118].

## V. ALGUNOS CASOS ESPECIALES DE VIOLACIÓN A LA REGLA DE TRATAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

31. La presunción de inocencia como regla de tratamiento extraprocesal de la persona presenta una serie de casos problemáticos en los que se discute de manera particular si dichas conductas pueden subsumirse o no dentro de su alcance y contenido. Veamos:

### a. El hecho de que los imputados detenidos que se presentan a los Tribunales usen la ropa de la prisión, propia de los condenados. El empleo de grilletes

32. Se viola el derecho a la presunción de inocencia si las personas privadas de su libertad, aun no condenadas, son obligadas a utilizar la ***ropa de la prisión***, que es propia de los condenados, en su presentación ante los Tribunales. La afectación es mayor si solicitan el uso de su propia vestimenta y el presidente del Tribunal, por ejemplo, lo deniega sin justificación alguna. La obligación de llevar puesta la ropa de prisión fortalece en el público el sentimiento de que los imputados son culpables[119].

El TEDH considera que el artículo 6 § 2 de la CEDH no impone la obligación a los Estados de someter a diferentes regímenes a los condenados y a los que están en prisión preventiva[120], sin embargo, debe garantizarse que las medidas adoptadas contra las personas privadas de su libertad de manera provisional no vulneren el principio de la presunción de inocencia. El carácter público

118 Comunicación N.º 2244/2013; *Roberto Isaías Dassum y William Isaías Dassum c. Ecuador*, 30 de marzo del 2016; párr. 7.10.

119 TEDH caso: *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 99 y 100.

120 TEDH casos: *Peers c. Grecia*, 19 de abril de 2001, párr. 78; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 100.

de la medida en este caso constituye un factor relevante a tener en cuenta[121]. Además, el TEDH concede especial importancia a las circunstancias de cada caso y señala que se debe examinar la necesidad de aplicar dicha medida fuera de la prisión[122].

La violación de la presunción de inocencia en estos casos no se produce cuando en el manejo de la prisión y a fin de preservar el orden y la disciplina se obliga a las personas privadas de su libertad a utilizar una determinada indumentaria y vestimenta, sino cuando se obliga su uso en la presentación ante los Tribunales o cuando se produce su exposición pública.

33. El uso de ***esposas o grilletes*** normalmente no se encuentra prohibido por los Tratados internacionales de Derechos humanos y no afecta la presunción de inocencia, sobre todo cuando no implica el uso de la fuerza o la exposición pública, más allá de lo que se considera razonablemente necesario en las circunstancias concretas. En este sentido, es importante saber, por ejemplo, si hay razones para creer que la persona en cuestión se puede resistir al arresto, puede intentar escapar, causar lesiones o daños como si puede suprimir pruebas[123].

**b. La aparición en la prensa de fotografías de las personas imputadas de la comisión de un delito**

34. Se discute si la exposición pública de una persona a través de **fotografías** se considera como una violación al principio de la presunción de inocencia. El parecer mayoritario considera que la presentación de fotografías (o vídeos) de una persona imputada de

121 TEDH casos: *Gorodnichev c. Rusia*, 24 de mayo de 2007, párr. 100; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 100.

122 TEDH caso: *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 100.

123 TEDH casos: *Gorodnichev c. Rusia*, 24 de mayo de 2007, párr. 101; *Raninen c. Finlandia*, 16 de diciembre de 1997, párr. 56; *Kazakova c. Bulgaria*, 22 de junio de 2006, párr. 51; *Hénaf c. Francia*, 27 de noviembre de 2001, párr.48; *Mouisel c. Francia*, párr. 14 de noviembre de 2002, párr. 47.

la comisión de un delito por parte de los medios de comunicación no representa una afectación directa de la presunción de inocencia y que dicha acción se encuentra protegida por los alcances de la libertad de información y el derecho a lograr una determinada cobertura de ciertos hechos que revisten interés público.

El aspecto problemático de la cuestión aparece cuando se debe determinar si las fotografías o videos entregados a la prensa por las propias autoridades estatales, como a veces ocurre con la policía o el propio Ministerio Público, representan una afectación a la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad o a la vida privada (artículo 11 de la CADH).

Consideramos que constituye una violación a la presunción de inocencia en aquellos casos en que las autoridades estatales en el marco de una investigación y/o proceso penal entregan fotografías a la prensa que obran, por ejemplo, en los archivos policiales de una persona que se considera sospechosa de la comisión de un evento delictivo. No obstante, en todo caso se requiere acreditar de manera efectiva que la policía, el Ministerio Público o los órganos judiciales, han entregado de manera deliberada la fotografía a la prensa para su difusión. En este sentido, el TEDH ha declarado que el hecho de que aparezcan fotografías en la prensa de una persona imputada de cometer un delito, en la medida que no hay ninguna prueba que ha sido proporcionada por alguna autoridad pública no supone una violación al principio de presunción de inocencia[124].

Sin embargo, la entrega de las fotografías que muestran o buscan presentar a una determinada persona como culpable o autor de un hecho punible debe distinguirse del caso en el que con fines de ayuda a la identificación de la persona, o por tratarse de un prófugo de la justicia o de una persona peligrosa se entrega a la prensa una fotografía a fin de obtener de la comunidad una ayuda

124 TEDH casos: *Kiratli c. Turquía*, 02 de setiembre del 2008; *Sciacca c. Italia*, 4 de septiembre de 2003.

con fines de identificación o la búsqueda para su eventual captura. Con todo, debe haber razones materiales y hechos que justifiquen la exposición y entrega de la fotografía de una persona v. gr. debe tratarse de delito grave, de una persona altamente peligrosa, etc. No basta que se busque por parte de las autoridades estatales el obtener la colaboración de la población en cualquier clase de investigación, al margen de una razón objetiva y justificada.

- **La libertad de prensa y la vida privada de una persona. La toma de fotografías**

35. La libertad de prensa no es un derecho absoluto por lo que no debe sobrepasar determinados límites, en particular, el respecto a la protección de la reputación y los derechos de los demás[125] y la

125 TEDH casos: *Axel Springer Ag c. Alemania [Gc],* 7 de febrero de 2012, párr. 79; *Mcvicar c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2002; párr. 72; *Haldimann y otros c. Suiza*, 24 de febrero de 2015; párr. 45; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 143; *Lombardo y otros c. Malta*, 24 de abril del 2007, párr. 53; *Pedersen y Baadsgaard c. Irlanda [Gc],* 17 de diciembre de 2004, párr. 71; *Ruokanen y otros c. Finlandia,* 06 de abril del 2010, párr. 39; *Saaristo y otros c. Finlandia*, 12 de octubre de 2010; párr. 58; *Flinkkilä y otros c. Finlandia,* 06 de abril del 2010, párr. 73; *Niskasaari y otros c. Finlandia*, 6 de julio de 2010, párr. 69; *Soila c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 58; *Tuomela y otros c. Finlandia*, 06 de abril de 2010, párr. 45; *Karhuvaara y Iltalehti c. Finlandia*, 16 de noviembre del 2004, párr. 40; *Jokitaipale y otros c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 61; *Selistö c. Finlandia*, 16 noviembre de 2004, párr. 48; *Pedersen y Baadsgaard c. Irlanda [Gc]*, 17 de diciembre del 2004, párr. 78; *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, párr. 31; *Egeland y Hanseid c. Noruega*, 16 de abril del 2009, párr. 49; *Karsai c. Hungría*, 01 de diciembre de 2009, párr. 28; *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, 20 de mayo de 1999, párr. 59; *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, 02 de mayo de 2000; párr. 49; *De Haes y Gijsels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, párr. 37; *Petrina c. Rumania*, 14 de octubre del 2008, párr. 38; *Du Roy y Malaurie c. Francia*, 03 de octubre del 2000, párr. 27; *Tourancheau y July c. Francia*, 24 de noviembre de 2005, párr. 65; *Fressoz y Roire c. Francia*, 21 de enero de 1999, párr. 45; *Dupuis y otros c. Francia*, 07 de junio del 2007; párr. 34; *Radio Francia y otros c. Francia*, 30 de marzo de 2004, párr. 33; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July C. Francia [GC]*, 22 de octubre del 2007, PÁRR 62; *Colombani Y Otros c. Francia*, 25

necesidad de evitar la divulgación de información confidencial. El deber de la prensa de impartir información e ideas sobre todos los asuntos de interés público[126] encuentra su limitación en el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

---

de junio del 2002, párr. 56; *Busuioc c. Moldavia*, 21 de diciembre del 2004, párr. 56; *Publico - Comunicacao Social, Sa y otros c. Portugal*, 07 de diciembre de 2010, párr. 46; *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, 28 de setiembre del 2000; párr. 30; *Campos Dâmaso c. Portugal*, 24 de abril del 2008; párr. 30; *Colaço Mestre And Sic – Sociedade Independente de Comunicação, Sa c. Portugal*, 26 de abril del 2007; párr. 23; *Gutierrez Suarez c. España*, 01 de junio del 2010, párr. 25; *Polanco Torres y Movilla Polanco c. España*, 21 de septiembre de 2010, párr. 42; *Ukrainian Media Group c. Ucrania*, 29 de Marzo del 2005, párr. 38; *Scharsach y Noticias Verlagsgesellschaft c. Austria*, 13 de noviembre de 2003, párr. 30; *Pfeifer c. Austria*, 15 noviembre de 2007, párr. 43; *Petrina c. Rumania*, 14 de octubre de 2008, párr. 38; *Sabou y Pîrcălab c. Rumania*, 28 de setiembre de 2004; párr. 33; *Dalban c. Rumania*, 28 de setiembre de 1999, párr. 49; *Hrico c. Eslovaquia*, 20 de julio de 2004, párr. 40; *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre de 2006, párr. 51; *Karman c. Rusia*, 14 de diciembre del 2006, párr. 34; *Aleksey Ovchinnikov c. Rusia*, 16 Diciembre del 2010, párr. 41; *Dyuldin Y Kislov c Rusia*, 31 de julio de 2007, párr. 38; *Grinberg c. Rusia*, 21 de julio del 2005, párr. 24; *Thoma c. Luxemburgo*, 29 de marzo de 2001, párr. 45; *Abeberry c. Francia*, 21 de septiembre de 2004; *Rumiana Ivanova C. Bulgaria*, 14 de febrero de 2008, párr. 58; *Ernst y otros c. Bélgica*, 15 de julio del 2003, párr. 92; *Cumpănă y Mazăre c. Rumania*, 17 de diciembre de 2004; párr. 93; *Vides Aizsardzības Klubs c. Letonia*, 27 de mayo de 2004; párr. 40; *Standard Verlags Gmbh c Austria* (N.º 2), 04 de junio del 2009; párr. 44; *Anguelov C. Bulgaria*, 14 de diciembre de 2004.

126 TEDH casos: *White c. Suecia*, 19 de septiembre de 2006, párr. 21; *Haldimann y otros c. Suiza*, 24 de febrero del 2015; párr. 45; *Polanco Torres y Movilla Polanco c. España*, 21 de septiembre de 2010, párr. 42; *Gutierrez Suarez c. España*, 01 de junio del 2010, párr. 25; *Karman c. Rusia*, 14 de diciembre del 2006, párr. 34; *Aleksey Ovchinnikov c. Rusia*, 16 Diciembre del 2010, párr. 41; *Dyuldin y Kislov c. Rusia*, 31 de julio del 2007, párr. 38; *Hrico c. Eslovaquia*, 20 de julio del 2004, párr. 40; *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre del 2006, párr. 51; *Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca [Gc]*, 17 de diciembre de 2004, párr. 71; *Ruokanen Y Otros c. Finlandia*, 06 de abril del 2010, párr. 39; *Niskasaari y otros c. Finlandia*, 6 de julio de 2010, párr. 69; *Tuomela y otros c. Finlandia*, 06 de abril de 2010, párr. 45; *Soila c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 58; *Jokitaipale y otros c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 61; *Flinkkilä y otros c. Finlandia*, 06 de abril del 2010, párr. 73; *Selistö c. Finlandia*, 16 noviembre de

El apartado 2 del artículo 10 de la CEDH, y el artículo 13.2 a de la CADH, reconocen que la libertad de expresión puede estar sujeta a ciertas restricciones, a fin de proteger la reputación de los demás. Por otra parte, la noción de "derechos de los demás" (CEDH) y a "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" (CADH) de estas disposiciones abarca el derecho a la integridad personal y permite justificar una restricción a la libertad de expresión, siempre que la infracción para proteger la privacidad sea proporcional[127].

El concepto de la vida privada cubre la información personal que los individuos legítimamente pueden esperar y que no debe ser publicada sin su consentimiento e, incluye, elementos relacionados con el derecho de la persona a su imagen[128]. Por ejemplo, la publicación de una fotografía ingresa dentro de los alcances de

---

2004, párr. 48; *Busuioc c. Moldavia*, 21 de diciembre de 2004, párr. 56; *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, 20 de mayo de 1999, párr. 59; *Egeland y Hanseid c. Noruega*, 16 de abril del 2009, párr. 49; *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, 02 de mayo de 2000; párr. 49; *Petrina c. Rumania*, 14 de octubre de 2008, párr. 38; *Lombardo y otros c. Malta*, 24 de abril de 2007, párr. 53; *Standard Verlags Gmbh c. Austria (N.º 2)*, 04 de junio del 2009; párr. 44; *Pfeifer c. Austria*, 15 noviembre de 2007, párr. 43; *Scharsach y Noticias Verlagsgesellschaft c. Austria*, 13 de noviembre de 2003, párr. 30; *Ernst y Otros c. Bélgica*, 15 de julio del 2003, párr. 92; *Thoma c. Luxemburgo*, 29 de marzo del 2001, párr. 45; *Dupuis y otros c. Francia*, 07 de junio de 2007; párr. 34; *Du Roy y Malaurie c. Francia*, 03 de octubre de 2000, párr. 27; *Tourancheau y July c. Francia*, 24 de noviembre de 2005, párr. 65; *Fressoz y Roire c. Francia*, 21 de enero de 1999, párr. 45; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July c. Francia [GC]*, 22 de octubre de 2007, párr. 62; *Colombani y otros c. Francia*, 25 de junio del 2002, párr. 55; *Campos Dâmaso c. Portugal*, 24 de abril del 2008; párr. 30; *Dalban c. Rumania*, 28 de setiembre de 1999, párr. 49; *Rumiana Ivanova c. Bulgaria*, 14 de febrero del 2008, párr. 58; *Armoniene c. Lituania*, 25 de noviembre del 2008, párr. 39; *Vides Aizsardzības Klubs c. Letonia*, 27 de mayo de 2004; párr. 40.

127 *Polanco Torres y Movilla Polanco c. España*, 21 de septiembre de 2010, párr. 41; *Karako c. Hungría*, 28 de abril de 2009, párr. 25.

128 *De la Flor Cabrera c. España*, 27 de mayo de 2014, párr. 30; *Flinkkilä y otros c. Finlandia*, 06 de abril de 2010, párr. 75; *Saaristo y otros, c. Finlandia*, 12 de octubre de 2010; párr. 61.

la vida privada[129]. La publicación de una foto interfiere desde ese mismo momento en la vida privada de una persona, incluso si esta persona es un personaje público[130], sobre todo cuando las imágenes contienen "información" muy personal e íntima acerca de un individuo y, por ejemplo, se toman en locales privados y de modo clandestino a través del uso de dispositivos de grabación secretas[131]. A mayor abundamiento, el TEDH es de la opinión que la grabación de imágenes de video constituye igualmente una injerencia en la vida privada de un individuo[132].

La publicación de una fotografía se considera una injerencia más grave y relevante en el derecho al respeto de la vida privada que la mera comunicación del nombre de la persona. Tal como ha sostenido el TEDH: "a pesar de la libertad de expresión también se extiende a la publicación de las fotos, esta es un área en la que la protección de los derechos y la reputación de los demás adquiere especial importancia"[133].

Algunos países europeos mantienen una prohibición de fotografiar personas acusadas o condenadas en relación con los procedimientos judiciales, tal como ocurre en la legislación interna de

---

129 *Axel Springer Ag c. Alemania [GC]*, 7 de febrero de 2012, párr. 83; *Von Hannover c. Alemania*, 24 de junio del 2004, párr. 50-53; *Mgn Limited c. El Reino Unido*, 18 de enero de 2011, párr. 142; *Saaristo y otros, c. Finlandia*, 12 de octubre del 2010; párr. 61; *Soila c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 60; *Jokitaipale y otros c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 63; *Tuomela y otros c. Finlandia*, 06 de abril de 2010, párr. 47; *Flinkkilä y otros c. Finlandia*, 06 de abril de 2010, párr. 75; *Eerikäinen y otros c. Finlandia*, 10 Febrero de 2009, párr. 61.

130 *De La Flor Cabrera c. España*, 27 de mayo de 2014, párr. 30; *Mosley c. El Reino Unido*, 10 de mayo del 2011, párr. 115.

131 *Mosley c. El Reino Unido*, 10 de mayo de 2011, párr. 115; *Von Hannover c. Alemania*, 24 de junio del 2004, párr. 59; *Mgn Limited c. El Reino Unido*, 18 de enero 2011, párr. 143; *Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, 14 de junio de 2007, párr. 47.

132 *De La Flor Cabrera c. España*, 27 de mayo del 2014, párr. 30; *Schüssel c. Austria*, 21 de febrero 2002.

133 *Eerikäinen y otros c. Finlandia*, 10 febrero del 2009, párr. 70.

Noruega, Chipre, Inglaterra y Gales y las restricciones legales se aplican también en Austria y Dinamarca. Mientras que en algunos otros países estas cuestiones se dejan a la autorregulación por la prensa[134].

El mero hecho que una persona haya sido sometida a un proceso penal no supone que se pierda el derecho a la vida privada y a la buena reputación[135].

El TEDH ha considerado que la toma y publicación de algunas fotografías, aún si son tomadas en un lugar público y en relación con un acto público, representa un retrato particularmente intrusivo que afecta la vida privada, más aún cuando la persona no ha dado su consentimiento para la toma de las fotografías o para su publicación[136]. En dicho caso se trataba de la toma de imágenes de una persona en situación de vulnerabilidad, mientras salía de Palacio de Justicia, después de haber sido condenado por un triple asesinato cometido junto con otras tres co-acusados. El TEDH discrepó de la alegación de los demandados respecto a que la ausencia de consentimiento de la persona fotografiada era irrelevante en vista de su cooperación anterior con la prensa. Dicha circunstancia no puede ser asimilada a la de una persona que se expone voluntariamente a sí mismo en virtud de su papel como un político o como participante en un debate público sobre una cuestión de interés público. En consecuencia, el hecho de que la persona haya cooperado con la prensa en ocasiones anteriores no podía servir como argumento para privarla de la protección con-

134 *Egeland y Hanseid c. Noruega*, 16 de abril del 2009, párr. 54.

135 *Flinkkilä y otros c. Finlandia,* 06 de abril del 2010, párr. 82; *Jokitaipale y otros c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 70; *Eerikäinen y otros c. Finlandia*, 10 febrero del 2009, párr. 66; *Tuomela y otros c.* Finlandia, 06 de abril del 2010, párr. 55; *Sciacca c. Italia*, 11 de enero de 2005, párr. 28 a 29; *Soila c. Finlandia*, 6 de abril de 2010, párr. 67.

136 *Egeland y Hanseid c. Noruega*, 16 de abril de 2009, párr. 61. También *Peck c. El Reino Unido*, 28 de enero del 2003; PÁRR 57 a 63.

tra la publicación por la prensa de las fotografías en cuestión[137]. El TEDH estimó que la necesidad de proteger la privacidad de la persona era tan importante como la de salvaguardar el debido proceso. Los intereses en la restricción de la publicación de las fotografías superan los de la prensa para informar al público sobre un asunto de interés público[138].

36. La Corte IDH sostiene que la protección que otorga la Convención Americana a la vida privada se extiende a otros ámbitos además de los que específicamente enumera dicha norma[139]. Aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada[140].

    Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto[141].

---

137 *Egeland c Hanseid c. Noruega*, 16 de abril de 2009, párr. 62.

138 *Egeland y Hanseid c. Noruega*, 16 de abril del 2009, párr. 63.

139 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 114; *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 65; *Tristán Donoso c. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009; párr. 55.

140 *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 67.

141 *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 67.

La Corte IDH considera que no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada. Esto resulta aún más claro cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una imagen del Presidente de la Nación. Por ello, la alegada ausencia de autorización de un Presidente tampoco transforma a las imágenes publicadas en violatorias de su privacidad[142].

Las fotografías se encuentran protegidas por la libertad de expresión cuando, por ejemplo, los artículos que acompañan las fotografías se refieren a la máxima autoridad electiva del país y son de interés público y las imágenes estaban fundamentalmente dirigidas a respaldar la existencia de la relación entre el Presidente de la República, una mujer y su hijo, apoyando la credibilidad de la nota escrita y, de tal modo, llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos así como la eventual existencia de otros favores y gestiones, por parte del entonces presidente en beneficio de quienes aparecen retratados en las imágenes publicadas. De esta forma, las imágenes representan una contribución al debate de interés general y no están simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto de la vida privada del presidente[143].

---

142 *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 70 y 71: "Este Tribunal considera que las publicaciones realizadas por la revista Noticias respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada".

143 *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 68.

Uno de los aspectos importantes en este ámbito es el modo y el procedimiento en que se obtienen las fotografías. Por ejemplo, resulta sumamente relevante el hecho de que las fotografías que se cuestionan fueron tomadas con consentimiento de la persona (funcionario público) y que ninguna de las fotografías fue tomada por la revista sino que fueron entregadas al medio de comunicación por la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación. Por ello, la Corte IDH no encontró algún elemento que indique que las fotografías en cuestión fueron obtenidas en un clima de hostigamiento o persecución respecto del demandante o de cualquier otro modo que le hubiera generado un fuerte sentimiento de intrusión, tales como el ingreso físico a un lugar restringido o el uso de medios tecnológicos que posibiliten la captación de imágenes a distancia o que hayan sido tomadas de cualquier otra manera subrepticia[144].

**c. La entrega y difusión de vídeos por parte de las autoridades que afectan la presunción de inocencia. El caso del registro en vídeo de los operativos policiales de captura, de las declaraciones prestadas ante las autoridades y la difusión de una diligencia de reconstrucción de los hechos**

37. En el caso de la entrega para su difusión de vídeos de la escena del crimen o de la vida personal de una persona acusada de un delito tal hecho puede representar según las circunstancias y la gravedad de la conducta la violación al principio de presunción de inocencia e, incluso, de otros derechos fundamentales.

Por ejemplo, el TC peruano ha reconocido que se infringe la presunción de inocencia como regla de tratamiento cuando la Policía detiene a una persona, consecuencia de una investigación policial sin control ni dirección del representante del Ministerio Público, desplegando un operativo acompañado por la movilización de diversos medios de comunicación que desatan un desproporcional

144 *Fontevecchia y D'amico c. Argentina* de 29 de noviembre de 2011; párr. 69.

e inusual campaña periodística, afectando con ello, además, el derecho al honor y a la buena reputación[145]. Sin embargo, este

145 Exp. N.º 5490-2007-HC/TC; Caso: *Elvito Alimides Rodríguez Domínguez*: "En este sentido, el trato humano y digno a la persona que es detenida es una obligación que todo policía debe cumplir por respeto a la dignidad inherente a la persona humana, conducta básica que fue inobservada por el personal policial que ejecutó la detención del demandante con un despliegue de fuerzas o mise en scéne propio o adecuado para la captura de un avezado criminal pero no para quien, como el demandante, ostenta buena reputación como así se pudo apreciar de la cobertura periodística televisada de un canal insólitamente presente al momento de la intervención policial. Basta pensar el daño –casi irreparable– que sufre una persona a la que se le imputa la comisión de un delito mediante una sensacionalista cobertura televisiva o con singular destaque en la prensa nacional con términos indubitablemente denigratorios (f. 102, Cuadernillo del Tribunal), como así se hizo con el accionante, a la sazón reconocido profesor universitario, Notario Público de Lima y candidato en ese entonces a la más alta magistratura de la justicia constitucional de nuestro país. Este Tribunal considera que poco sirve que más tarde se informe que el agraviado en definitiva fuera declarado inocente o fuera sobreseído. El impacto de la primera noticia espectacular que generó su captura permanecerá en la memoria y acompañará al afectado por muchos años, o quizás por el resto de su vida".
Si bien se puede estar de acuerdo con la ***ratio decidendi*** del TC y muchos de los razonamientos expuestos en la sentencia resulta, creemos, objetable que se enlace la protección de la presunción de inocencia –aunque expresamente no se lo advierta– y el derecho al honor y a la buena reputación con el hecho de que la persona: "*sea profesor universitario, Notario Público de Lima y candidato en ese entonces a la más alta magistratura de la justicia constitucional de nuestro país*". Consideramos, que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir el mismo trato sin discriminación alguna (art. 2 inc. 2 de la Const.) de las autoridades, en especial la Policía Nacional o el Ministerio Público; de tal manera que la regla de tratamiento de la presunción de inocencia debe regir y aplicarse al margen y sin distinción de las cualidades personales, méritos y virtudes de una persona o profesional. En tal sentido, el tratamiento como inocente que se predica de una persona debe estar al margen de su posición social, de los méritos individuales, de sus características profesionales o de su condición de postulante a un alto cargo funcionarial, en la medida que no hacerlo supone en buena cuenta infringir la igualdad de tratamiento ante la ley. También las personas de dudosa reputación, los ciudadanos de a pie, los que no son profesionales, los marginados y desposeídos deben recibir el trato de inocentes.

criterio tendencialmente correcto no se sigue ni se asume en todos los casos por parte de la justicia constitucional peruana[146].

38. Se viola, además, la presunción de inocencia en los casos de filtración de videos a la prensa en los que se registra y graba a una persona cuando rinde su declaración y admite su culpabilidad a las autoridades, ya sea que se trate de declaraciones policiales, judiciales o las prestadas ante el Ministerio Público. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

> 10.6 En cuanto a las alegaciones de que se infringió el párrafo 2 del artículo 14, el Comité toma nota de la reclamación del autor de que se violó su derecho a la presunción de inocencia, ya que se emitieron varias secuencias del interrogatorio en la televisión de Belarús con comentarios falsos y degradantes sobre el autor en los que se daba a entender que éste era culpable. El autor afirmó que la televisión pública de Belarús había publicado información distorsionada aun antes de que concluyera la investigación. El Estado parte no rebatió estas acusaciones. El Comité recuerda que el Pacto garantiza el derecho del acusado a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad sea demostrada por un tribunal competente. El hecho de que, en este asunto, los medios de comunicación del Estado presentaran al autor como culpable antes de que concluyera el juicio constituye en sí mismo una violación del párrafo 2 del artículo 14 del Pacto[147].

---

146 Exp. N.º 08089-2013-PHC/TC; Caso: *Niña Iris Vargas Herrera Representada Por Reynaldo Giancarlo Echeandia Arevalo y otra*: "Refieren que siendo las 3:00 horas del 20 de julio de 2013 la favorecida fue trasladada por personal del INPE desde la ciudad de Moyobamba, donde se encontraba cumpliendo prisión preventiva hacia la ciudad de Tarapoto, y finalmente a la DIVINCRI de la ciudad de Lima, donde fue presentada ante la prensa nacional, obligándola a usar una vestimenta inadecuada y mostrándola como integrante de un grupo delictivo pese a no existir sentencia firme, consentida ni ejecutoriada, por lo cual habría sido víctima de escarnio familiar y afectada en su entorno social por las publicaciones y exposiciones en la prensa escrita, hablada y televisiva". En este caso se declaró improcedente la demanda debido a que los hechos alegados que habían motivado la presentación del hábeas corpus se habrían tornado en irreparables.

147 Comunicación N.º 1502/2006, *Marinich c. Belarús* (Dictamen aprobado el 16 de julio de 2010, 99º Período de sesiones).

39. De igual forma, se afecta la presunción de inocencia cuando se filtra a la prensa una grabación de la reconstrucción de los hechos. El TEDH condenó a un Estado por la violación al principio de presunción de inocencia en el caso en que en un programa de televisión un policía que había participado en la investigación de un crimen sale brindando declaraciones respecto a cómo se cometió el hecho (asesinato) y, además, aparece en el programa los posibles disparos que hizo la persona y que fue filmado al momento de realizar la reconstrucción de los hechos, diligencia que fue organizada por la policía. El TEDH destacó que sobre la base de estas imágenes se pudo constatar que la prensa no sólo podía filmar la reconstrucción de los hechos, escuchar y grabar lo que el imputado conversa con la policía, sino también se podía relacionar a la persona con la comisión del delito imputado. Se estimó, además, que el gobierno no había proporcionado alguna explicación acerca de las circunstancias en que la prensa tuvo acceso a la escena del crimen y a la reconstrucción de los hechos[148].

No todo registro fílmico o de video, y su posterior entrega a la prensa, supone la afectación de manera directa a la presunción de inocencia, pues para que ello ocurra es necesario que la difusión de dicho material suponga materialmente que se revele un anticipo de culpabilidad o una declaración en la que se refleje de que una persona es autora de un hecho punible. Con todo, la difusión de ciertas diligencias, de actos de investigación o de documentos del proceso supone la violación al principio de la reserva de la investigación (art. 324 del NCPP). No toda divulgación de información del proceso penal o de la investigación implica una inmediata violación al principio de presunción de inocencia. Para que ello ocurra debe anticiparse y sostenerse de manera explícita o implícita la culpabilidad de una persona.

148 TEDH caso: *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 63 y 64.

**d. La entrega y difusión de conversaciones privadas por parte de las autoridades y la afectación de la vida privada y la intimidad personal**

40. La Corte IDH ha señalado que aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada[149].

El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla[150]. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación[151].

La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor ries-

149 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 114; *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009; párr. 55.

150 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 114. En el mismo sentido, Cfr. *Echr Halford c. The United Kingdom*, judgement of 27 May 1997, Reports 1997-III, párrs. 44 y 45.

151 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 114.

go debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada[152].

41. Se ha señalado que la divulgación de una conversación privada (v. gr. ante autoridades de la Iglesia Católica y algunos directivos del Colegio Nacional de Abogados), y las manifestaciones utilizadas por un ex funcionario público violan los derechos a la vida privada y a la honra y reputación[153]. En efecto, las expresiones de un funcionario público (ex Procurador) al realizar la divulgación de una conversación privada pueden considerarse como una afectación a la honra y reputación incompatible con la Convención, toda vez que la calificación de las expresiones contenidas en el casete como "un plan de difamación", o como "una confabulación en contra de la cabeza del Ministerio Público" por parte de la máxima autoridad del órgano encargado de perseguir los delitos, ante dos auditorios relevantes para la vida de la presunta víctima, implicaban la participación de ésta en una actividad ilícita con el consecuente menoscabo en su honra y reputación[154]. La Corte IDH estimó, en este caso, que la conversación telefónica entre dos personas era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional[155].

152 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 115.

153 *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009; párr. 83.

154 *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009; párr. 82.

155 *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009; párr. 75.

La Corte IDH considera que se viola el principio de legalidad cuando se pone en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona un "monseñor" en atención de que no es el procedimiento previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas. De igual manera, la divulgación de la grabación a ciertos directivos del Colegio Nacional de Abogados tampoco constituye el procedimiento que la legislación de un país establece ante una eventual falta a la ética de los abogados. En este caso, el ex Procurador debió interponer la denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, el cual debía revisar si los hechos denunciados se encuadraban en alguna de las faltas de ética previstas en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Por lo expuesto, la Corte concluye que la forma en que se realizó la divulgación de la conversación telefónica en el presente caso no estaba basada en la ley[156].

42. La Corte IDH analizó el caso en el que fragmentos de grabaciones obtenidas por medio de las interceptaciones telefónicas fueron exhibidos en un noticiero nacional. La Corte estimó que el Estado no implementó alguna una investigación por la entrega a la red de televisión del material probatorio que se encontraba bajo custodia estatal y protegido por el secreto de justicia en el cual se basó la nota periodística mencionada. Ante la ausencia de investigación por parte del Estado para determinar lo sucedido, la información ilegítimamente entregada y los agentes estatales responsables, no es posible determinar con exactitud el contenido del material llevado al conocimiento de terceros, en este caso, de las personas que decidieron publicar y que elaboraron dicha noticia en el canal de televisión[157].

La Corte IDH frente a la divulgación de las conversaciones concluyó que el funcionario público que aparece en una conferencia

156 *Tristán Donoso c. Panamá*, 27 de enero de 2009; párr. 85.

157 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 150.

de prensa no se limitó a comentar el material presentado anteriormente en el noticiero. Por el contrario, el funcionario llevó al conocimiento de otras personas fragmentos de las grabaciones, con base en los cuales fueron elaborados diversos materiales para la prensa escrita y televisiva, incluso, también podría haber divulgado nuevos fragmentos de las grabaciones. Asimismo, la Corte IDH destacó que en ningún momento se alegó o probó que dicha divulgación ocurrió con autorización judicial o que el objetivo de dicha divulgación estuviera autorizado por la ley. La divulgación de las conversaciones determina que hay una injerencia en la vida privada, en la honra y la reputación de las víctimas. En efecto, la Corte IDH considera que las conversaciones telefónicas de las víctimas y las relacionadas con las organizaciones que integraban eran de carácter privado y ninguno de los interlocutores autorizó que fueran conocidas por terceros. De ese modo, la divulgación de conversaciones telefónicas que se encontraban bajo secreto de justicia por agentes del Estado implicó una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de las víctimas[158].

43. Por todo ello, la Corte IDH considera que guardar secreto de las conversaciones telefónicas interceptadas durante una investigación penal es un deber estatal: a) necesario para proteger la vida privada de las personas sujetas a una medida de tal naturaleza; b) pertinente para los efectos de la propia investigación, y c) fundamental para la adecuada administración de justicia. La información reservada debe permanecer sólo en conocimiento de un reducido número de funcionarios policiales y judiciales y el Estado no debe fallar en su obligación de mantenerla con el resguardo debido[159].

44. Distinto es el caso de la divulgación de una conversación entre funcionarios públicos (aparentemente consecuencia de una interceptación de las comunicaciones) que dialogan sobre temas generales y cuyo contenido es difundido por un medio de comuni-

158 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 156 a 158.

159 *Escher y otros c. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 162.

cación. La pregunta aquí es ¿Puede un medio de comunicación difundir una conversación que es consecuencia de un acto ilegal de interceptación?.

Al respecto, el TEDH ha señalado que la libertad de expresión autoriza la publicación de conversaciones privadas entre funcionarios públicos sobre un tema de interés general. No interesa si dicha conversación se ha obtenido por acción de terceros (no los periodistas) de manera ilegal[160]. El TEDH ha señalado que no está convencido que el mero hecho de que la grabación haya sido obtenida por un tercero, en contra de la ley, pueda privar a la empresa periodística de la protección del artículo 10 de la CEDH, referida a la libertad de expresión[161].

En el caso concreto se analizaba la difusión por un medio de comunicación de la conversación telefónica entre dos altos funcionarios del gobierno: el Secretario del Ministerio de Justicia, por un lado, y el Primer Ministro y Ministro de Hacienda, por el otro. El diálogo trataba acerca de la lucha por el poder en junio de 1996 entre dos grupos, cada uno con respaldo político, que tenían interés en la privatización de una empresa importante que era proveedor de seguros. El contexto y el contenido de la conversación era claramente política y no había un indicador objetivo que permita establecer que se trataba de un aspecto de la vida privada de las personas involucradas[162].

Los Tribunales nacionales, en dos niveles de su jurisdicción, incidieron en la importancia decisiva de que la emisión de la grabación de audio se había obtenido por medios ilícitos. Llegaron a la conclusión de que la transmisión de una grabación obtenida ilegalmente constituye de por sí una violación del derecho del demandante a la protección de su integridad personal.

160 *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre de 2006, párr. 58 a 62.

161 *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre de 2006, párr. 62.

162 *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre de 2006, párr. 58.

Sin embargo, el TEDH en el análisis del caso destacó que en ningún momento se alegó por parte del gobierno, o las autoridades nacionales, que la empresa periodística, sus empleados o agentes, eran en modo alguno responsables de la grabación o de que sus periodistas transgredieron la ley penal al obtener o difundirlo. También destacó que respecto a las circunstancias en que se realizó la grabación nunca existió alguna investigación sobre dicho asunto en el ámbito interno, lo cual resultaba sorprendente, teniendo en cuenta que la grabación se refería a una conversación telefónica entre dos altos funcionarios del gobierno y por la sospecha de que la grabación había sido hecha mediante el abuso de un poder[163]. Asimismo, se resaltó que no se ha establecido ante los tribunales nacionales que la grabación contenía alguna información falsa o distorsionada o que la información y las ideas expresadas en relación con el mismo por el periodista del medio de comunicación generó algún daño a la integridad personal de una persona o causó un perjuicio a su reputación. De igual manera no había alguna indicación de que los periodistas de la empresa solicitante actuaran de mala fe o que se hubieran perseguido fines distintos a la presentación de informes sobre los asuntos que se sentían obligados a poner a disposición del público[164].

45. El TEDH analizó y amparo el planteamiento de la persona que alegaba la violación al derecho a la intimidad debido a que luego de una audiencia judicial la prensa publicó de manera extensa conversaciones privadas que había mantenido con su esposa, su abogado, con un antiguo colega y un miembro de un partidario político. El contenido de las conversaciones tenían poca o ninguna conexión con los cargos penales presentados en su contra[165].

    En la solución del caso el TEDH destaca que la libertad de prensa constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad

163 *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre de 2006, párr. 60.

164 *Radio Twist, As c. Eslovaquia*, 19 de diciembre del 2006, párrs. 61 y 63.

165 *Craxi c. Italia*, 17 de julio del 2003, párrs. 60 a 76.

democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y la realización personal de cada individuo[166]. De igual forma, en cuanto a la publicación de informes y noticias por la prensa de las noticias relativas a los procedimientos penales pendientes, señala que hay un reconocimiento general al hecho de que los tribunales no pueden operar en un vacío. Si bien los tribunales son el foro para la determinación de la culpabilidad de una persona o su inocencia frente a la imputación de haber cometido una infracción penal, ello no quiere decir que no puede haber ninguna discusión previa o contemporánea de la materia de la que trata los procesos penales en otros lugares, ya sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público, en general[167]. La publicación de información, incluyendo comentarios, en los procedimientos judiciales contribuye a su publicidad y es por lo tanto perfectamente compatible con el requisito previsto en el artículo 6 § 1 del Convenio respecto a que las audiencias sean públicas. No sólo los medios de comunicación tienen la tarea de impartir dicha información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlos[168] . Lo dicho es tanto más cierto cuando se trata de una figura pública, como por ejemplo un hombre político y ex primer ministro. Tales personas

166 TEDH casos: *Drakšas c. Lituania*, 31 de julio del 2012; párr. 61; *Thoma c. Luxemburgo*, 29 de marzo del 2001, párr. 43; *Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986, párr. 41; *Radio Francia y otros c. Francia*, 30 de marzo del 2004, párr. 32; *Fressoz y Roire c. Francia*, 21 de enero de 1999, párr. 45; *Anguelov c. Bulgaria*, 14 de diciembre de 2004.

167 TEDH casos: *Sunday Times (N.º 1) c. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, párr. 65; *Söylemez c. Turquía*, 21 de septiembre de 2006, párr. 141; *Papon c. Francia*, 19 de noviembre de 2001; *Craxi c. Italia*, 5 diciembre de 2002, Párr. 99.

168 TEDH casos: *News Verlags Gmbh & Cokg c. Austria*, 11 de enero del 2000, párr. 56; *Drakšas c. Lituania*, 31 de julio del 2012; párr. 61; *Worm c. Austria*, 29 de agosto de 1997, párr. 50; *Chauvy y otros c. Francia*, 29 de junio del 2004, párr. 67; *Fressoz y Roire c. Francia*, 21 de enero de 1999, párr. 45 y 51; *Radio Francia Y Otros c. Francia*, 30 de marzo del 2004, párr. 32; *Thoma c. Luxemburgo*, 29 de marzo del 2001, párr. 45; *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, 20 de mayo de 1999, párr. 62; *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992, párr. 63.

inevitablemente se exponen a un mayor escrutinio de los periodistas y el público en general[169] .

Pese a la importancia de la libertad de expresión el TEDH reconoce al mismo tiempo que las figuras públicas tienen derecho al disfrute de las garantías establecidas en el artículo 8 de la CEDH sobre la misma base que cualquier otra persona. En particular, el interés público en la recepción de la información sólo cubre hechos que están relacionados con los cargos penales presentados contra los acusados[170]. Ello debe tenerse en cuenta por los periodistas al informar sobre los alcances de un proceso penal, asimismo, la prensa debe abstenerse de publicar información que es probable que genere prejuicios en la población, ya sea intencionalmente o no, y afecte el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia de los acusados[171].

El TEDH remarcó que como las conversaciones publicadas por la prensa eran estrictamente privadas dicha publicación no correspondía a una necesidad social imperiosa. Por lo tanto, la interferencia con los derechos del demandante en virtud del artículo 8 § 1 de la Convención no fue proporcional a los objetivos legítimos que podrían haber sido perseguidos y, en consecuencia, no era "necesaria en una sociedad democrática" en el sentido del párrafo segundo de esta disposición[172].

Uno de los problemas que se analizó en este caso fue si la injerencia a la vida privada podía imputarse al Estado y, por tanto, comprometía la responsabilidad del Estado (Italia) ante los órga-

---

169 TEDH casos: *Lingens V. Austria*, 8 de julio de 1986, párr. 42; *Craxi c. Italia*, 5 diciembre de 2002, párr. 100.

170 *Craxi c. Italia*, 17 de julio del 2003, PÁRR 65.

171 TEDH casos: *Worm c. Austria*, 29 de agosto de 1997, párr. 50; *News Verlags Gmbh & Cokg c. Austria*, 11 de enero de 2000, párr. 56; *Pullicino c. Malta*, 15 de junio de 2000; *Craxi c. Italia*, 5 diciembre de 2002, párr. 100; *Papon c. Francia*, 19 de noviembre de 2001.

172 *Craxi c. Italia*, 17 de julio de 2003, párr. 65.

nos de la Convención. El tema revestía especial interés debido a que la publicación fue hecha por algunos periódicos privados que no actuaban de alguna manera bajo el control de las autoridades públicas.

El TEDH llegó a la conclusión de que la divulgación de las conversaciones a través de la prensa no era una consecuencia directa de un acto de la Fiscalía, pero destacó que era probable que dichas conversaciones se hayan filtrado bien por un mal funcionamiento del Registro judicial o fiscal o por que fueron proporcionadas por una de las partes del litigio o de sus abogados. Con todo, el TEDH recordó que, si bien el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de este compromiso negativo, hay también obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. En efecto, el respeto a la vida privada no solo obliga al Estado de abstenerse de efectuar una interferencia, además, en ocasiones se establecen exigencias tendientes a que se adopten acciones positivas inherentes en un efectivo respeto de la vida privada o familiar[173]. Estas obligaciones pueden implicar la determinación y fijación de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos

173 *Von Hannover c. Alemania*, 24 de junio de 2004, párr. 57; *Kutzner c. Alemania*, 26 de febrero de 2002; párr. 61; *A, B y C c. Irlanda*, 16 de diciembre de 2010 párr. 245; *Keegan c. Irlanda*, 26 de mayo de 1994, párr. 49; *Evans c. El Reino Unido*, 10 de abril de 2007; párr. 75; *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. El Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 67; *Znamenskaya c. Rusia*, 02 de junio de 2005, párr. 28; *Horych c. Polonia*, 17 de abril de 2012, párr. 124; *Schüssel c. Austria*, 21 de febrero de 2002; *Taliadorou Y Stylianou c. Chipre*, 16 de octubre de 2001, párr. 49; *Pfeifer c. Austria*, 15 noviembre de 2007, párr. 37; *White c. Suecia*, 19 de septiembre de 2006, párr. 20; *Anguelov C. Bulgaria*, 14 de diciembre de 2004; *I. c. Finlandia*, 17 de julio del 2008, párr. 36; *Armoniene c. Lituania*, 25 de noviembre del 2008, párr. 36; *Köpke c. Alemania*, 5 de octubre de 2010; *Benediktsdóttir c. Islandia*, 16 de junio de 2009.

entre sí[174]. Un Estado puede violar la Convención, ya sea por un acto o una omisión[175].

El TEDH ha destacado que debe haber salvaguardias apropiadas para prevenir revelaciones a la prensa de conversaciones privadas a fin de respetar los alcances de las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención[176]; además, cuando tal divulgación ha tenido lugar, la obligación positiva, inherente al respeto efectivo de la vida privada, implica la obligación de llevar a cabo investigaciones eficaces con el fin de rectificar la situación en la medida posible.

Con base a las consideraciones anotadas el TEDH concluyó que una vez que las transcripciones fueron depositadas bajo la responsabilidad del registro, las autoridades no cumplieron con su obligación de proporcionar custodia adecuada y efectiva a fin de garantizar el derecho del demandante al respeto de su vida privada. A ello se agrega que en el caso concreto no hubo una investigación efectiva con el fin de descubrir las circunstancias en las que los periodistas tenían acceso a las transcripciones de las conversaciones

174 *De la Flor Cabrera c. España*, 27 de mayo de 2014, párr. 32; *Saleck Bardi c. España*, 24 de mayo de 2011, párr. 50; *Dickson c. El Reino Unido*, 04 de diciembre del 2007, párr. 70; *Evans c. El Reino Unido*, 10 de abril de 2007; párr. 75; *Stubbings y otros c. Reino Unido*, 22 de octubre de 1996, párr. 62; *Von Hannover c. Alemania*, 24 de junio de 2004, párr. 57; *Gurgenidze c. Georgia*, 17 de octubre de 2006, párr. 37; *X. E Y c. Los Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, párr. 23; *Stjerna c. Finlandia*, 25 de noviembre de 1994, párr. 38; *I. c. Finlandia*, 17 de julio del 2008, párr. 36; *Armoniene c. Lituania*, 25 de noviembre del 2008, párr. 36; *Verliere c. Suiza*, 28 de junio del 2001; *Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, 16 de octubre del 2001, párr. 49; *Tysiąc c. Polonia*, 20 de marzo del 2007, párr. 110; *Pfeifer c. Austria*, 15 noviembre de 2007, párr. 37; Söderman c. Suecia [GC], 12 de noviembre del 2013, párr. 78; *White c. Suecia*, 19 de septiembre de 2006, párr. 20; *Gross c. Suiza*, 14 de mayo del 2013, párr. 62; *Köpke c. Alemania*, 5 de octubre de 2010; *Benediktsdóttir c. Islandia*, 16 de Junio de 2009.

175 *Gnahoré c. Francia*, 19 de setiembre de 2000, párr. 50; *Kutzner c. Alemania*, 26 de febrero del 2002; párr. 61; *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párr. 32, *Gaskin c. El Reino Unido*, 07 de julio 1989; párr. 41; *Gurgenidze c. Georgia*, 17 de octubre de 2006, párr. 38.

176 *Z. c. Finlandia*, 25 de febrero de 1997, párr. 95.

de la demandante y, en su caso, sancionar a los responsables de las deficiencias que se habían producido. De hecho, en razón de su fracaso para iniciar investigaciones efectivas en la materia, las autoridades italianas no estaban en condiciones de cumplir con su obligación alternativa de proporcionar una explicación plausible de cómo las comunicaciones privadas de la demandante fueron liberadas al dominio público[177].

46. En otro caso, el TEDH encontró una violación a la vida privada y al secreto de las comunicaciones cuando dos canales de televisión difundieron una conversación grabada entre dos personas. Al respecto, no interesó que la grabación fuera desclasificada, pues se mantenía la obligación de confidencialidad frente al público en general. La regla es que las diligencias y actuaciones propias de la investigación preliminar deben estar presididas por la reserva y la confidencialidad. Si bien se reconoce que el público tiene derecho a la información sobre uno de sus funcionarios, el TEDH, sin embargo, considera que el Estado era responsable de mantener la información confidencial. También destacó que las autoridades del país demandado no han descubierto quién filtró la conversación a los medios de comunicación. Por ello, se concluyó que la falta de protección ejercida en relación con la conversación telefónica de la persona no estaba de acuerdo con la ley[178].

**e. La presentación en público de las personas sospechosas de cometer un delito. El uso de barrotes y trajes a rayas**

47. La Corte IDH encontró una violación a la presunción de inocencia en el caso en que una persona (el señor Cantoral Benavides) fue exhibida ante los medios de comunicación, vestida con un traje a rayas, como autor del delito de traición a la patria (terrorismo) cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado[179].

177 *Craxi c. Italia*, 17 de julio de 2003, párr. 75.

178 *Drakšas c. Lituania*, 31 de julio del 2012; párr. 60.

179 *Cantoral Benavides c. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. 63.i y 119.

De igual manera, se estimó que se violaba la presunción de inocencia en el caso en que una persona (la señora Lori Berenson) fue presentada y exhibida por una división de la Policía Nacional (DINCOTE) ante los medios de comunicación como autora del delito de traición a la patria, pese a no estar legalmente procesada y condenada[180].

La Corte IDH también condenó al Perú por la violación a la presunción de inocencia al considerar que quedó demostrado que una persona (la señora J.) fue presentada ante los medios de comunicación el 23 de abril de 1992, en una conferencia de prensa realizada por el entonces Ministro del Interior, junto con otras personas detenidas durante el Operativo Moyano, incluyendo la hermana menor de la persona imputada[181]. En este caso, la accionante fue presentada "ante los medios de prensa (televisión y prensa escrita) como 'terrorista', como miembro de Sendero Luminoso, del 'aparato de propaganda' del Diario". Se destacó que la referida conferencia de prensa constituye un hecho que se llevó a cabo bajo absoluto control del Estado y que el video respectivo constituye prueba enteramente en poder del Estado. También se

180 *Lori Berenson Mejía c. Perú*, 25 de noviembre de 2004, párr. 158.

181 *J. c. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 237 y 238: "El audio original de la referida conferencia de prensa no fue presentada por el Estado. En su escrito de 24 de junio de 2013, el Perú indicó que había solicitado la información a las autoridades estatales correspondientes, en particular a la DINCOTE y al Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú, pero las mismas le habían indicado que "no tenían en su poder un video oficial que registrara en imagen y audio la [referida] presentación". No obstante, el Estado presentó cuatro videos que contienen reportajes periodísticos donde se puede apreciar algunos segundos de la presentación a la prensa de la señora J., sin el audio correspondiente. Al respecto, esta Corte toma nota de lo alegado por la representante en el sentido de que, en la época de los hechos, el Estado también utilizó estas imágenes sin sonido para señalar que, cuando la señora J. se defendió de forma indignada de las acusaciones del Ministro del Interior y señaló que las acusaciones en su contra eran falsas, el Estado lo utilizaba para decir que se comportaba como la "típica terrorista" "con un comportamiento bastante enérgico y agresivo", y que había "sal[ido] agitando consignas senderistas"".

estimó que durante la referida conferencia de prensa la señora J. fue señalada como "*terrorista*" y "*senderista*", sin que se hicieran las debidas precisiones para salvaguardar su derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de que aún no había sido juzgada por el delito que se le imputaba. La Corte IDH constata que dicha presunción se ve reforzada por las reseñas recogidas en artículos periodísticos y notas aportadas al expediente del presente caso, tanto por el Estado como la representante que revelan que los medios de comunicación entendieron que la señora J. era una "terrorista" miembro de Sendero Luminoso, sin precisiones o reservas[182].

La Corte IDH, tomando las conclusiones de la Comisión de la Verdad de Perú, recordó que:

> [L]a Policía estableció una práctica que consistía en presentar públicamente, ante los medios de comunicación, y con traje a rayas, a todas las personas investigadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria, señalándolos como integrantes de los grupos terroristas. Esto ocurría al final de la investigación preliminar. No cabe duda que esta práctica, que no tenía ningún tipo de sustento o fundamento legal y que constituye un trato degradante, fue violatoria del principio de la presunción de inocencia y afectó los derechos de aquellas personas sometidas a dicha práctica, así como su condición en el curso de los procesos judiciales seguidas en su contra. A inicios de 1995 se promulgó el Decreto Supremo N.º 01–95 por el cual se prohibió la presentación pública de los detenidos con motivo de la comisión de cualquier delito con excepción de los implicados en el delito de traición a la patria. Posteriormente, se publicaron distintos artículos periodísticos en el Perú, particularmente de 2007, 2008 y 2012, donde se recogen declaraciones de altas autoridades estatales sobre la señora J. y el proceso penal seguido en su contra[183].

Por todo ello, la Corte considera que la presentación de la señora J. ante la prensa por la DINCOTE, donde fue señalada como miembro de Sendero Luminoso relacionada con la redacción de El Diario, así como las declaraciones de distintos funcionarios

182 *J. c. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 239 y 240

183 *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 121 y 242.

estatales, sin calificaciones o reservas en distintos momentos, ha fomentado una creencia en la sociedad peruana sobre su culpabilidad, cuando no ha sido condenada por los delitos por los cuales se le acusa, y ha prejuzgado la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente, por lo cual el Estado violó la presunción de inocencia de la señora J., consagrada en el artículo 8.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma[184].

En sentido semejante, la Corte IDH consideró que la presentación de una persona ante la prensa por parte de funcionarios de la DINCOTE, esposado y con un traje a rayas, donde fue señalado como miembro de Sendero Luminoso y médico personal del cabecilla de esa organización terrorista, cuando aún no había sido procesado y condenado, pudo propiciar, en el referido contexto, una creencia o prejuicio sobre su culpabilidad, lo que pudo, además, prejuzgar la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima (el señor Pollo Rivera)[185].

De igual forma, se afecta el derecho al honor y la reputación cuando se presenta a unas personas (v. gr. sacerdotes) a la opinión pública del país como peligrosos delincuentes, como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz en una región (Chiapas), sin haber probado en lo más mínimo las acusaciones[186].

48. La presentación pública de personas como posibles autores o partícipes de la comisión de un delito constituye un acto material que por sí mismo representa una clara violación a la presunción de inocencia se utilice o no un traje especial (a rayas) o al margen de si las palabras que se emplean buscan presentar a una persona como culpable (autor o partícipe de un hecho punible). El acto

184 *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 248.

185 *Pollo Rivera C. Perú*, 21 de octubre de 2016, párr. 177.

186 Informe N.º 49/99; Caso 11.610; *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz C. México*; 13 de abril de 1999; párr. 95 y 96.

material de presentación en público constituye un hecho concluyente y definitivo que viola los derechos humanos de la persona (la presunción de inocencia, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen). Incluso, creemos que dicha violación se patentiza aun cuando en la conferencia de prensa o la presentación pública de las personas se utilice un lenguaje comedido o solo se afirme que la persona se considera sospechosa de la comisión de un evento delictivo. La infracción al principio de presunción de inocencia se configura a partir del acto material de la presentación y exposición pública de la persona como posible autora de un delito, al margen del lenguaje empleado o de las palabras que se utilicen.

El hecho es mucho más grave si la presentación en público de la persona va acompañada de una coacción (aún si es moderada) para concretar y lograr, por ejemplo, su traslado físico, adopte una determinada postura en la conferencia de prensa, utilice una cierta ropa o permanezca un tiempo ante las cámaras. Normalmente, los traslados de las personas a los escenarios preparados para las presentaciones públicas no se realizan con la anuencia del sospechoso, ni con la voluntad del imputado. Todo ello ocurre en un contexto coactivo, de intimidación y de degradación de la dignidad de la persona humana.

## VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS DECLARACIONES INFORMALES DE CULPABILIDAD

49. Se ha reconocido que en los casos en que, por ejemplo, el imputado es una figura política importante en el momento de la supuesta infracción, los funcionarios públicos (v. gr. el fiscal general) pueden mantener al público informado de la supuesta infracción y los procedimientos penales que se generan. Sin embargo, esta circunstancia no puede justificar cualquier uso de las palabras por los funcionarios en sus entrevistas con la prensa[187]. El TEDH ha

187 TEDH casos: *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 228; *Arrigo y Vella c. Malta*, 10 de mayo del 2005; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de

enfatizado la importancia de la elección de las palabras por parte de los funcionarios en sus declaraciones antes de que una persona fuera juzgada y encontrada culpable de un delito en particular[188]. Se hace notar que el artículo 6 § 2 de la CEDH está destinado a evitar el debilitamiento de un juicio justo por las declaraciones perjudiciales realizadas contra personas por hechos que se encuentran relacionados con dicho procedimiento[189]. Con las declara-

---

2007, párr. 70; Craxi c. Italia, 5 diciembre de 2002, párr. 103; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 50.

188 TEDH casos: *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 113; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 191; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 90; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre de 2012, párr. 170; *Fedorenko c. Rusia*, 20 de setiembre de 2011, párr. 88; *Vulakh y otros c. Rusia*, 10 de enero de 2012, párr. 32; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 149; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 166; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre de 2010, párr. 210; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril de 2010, párr. 29; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 103; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 61; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 103; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 226; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 39; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 43; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 142; Karakaş y Yesilirmak c. Turquía, 28 de junio de 2005, párr. 51; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre de 2000, párr. 41; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 89; *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 157; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 55; *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 119; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 69; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo 2007, párr. 71; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 63; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 56; *Popovici c. Moldavia*, 27 noviembre de 2007, párr. 78; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 48; *Kampanellis c. Grecia*, 21 de junio de 2007, párr. 26; *Paraponiaris c. Grecia*, 25 de septiembre de 2008, párr. 30; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 141; *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero de 2009, párr. 46.

189 TEDH casos: *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo de 2014, párr. 125; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Karaman C. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 93;

ciones brindadas por las autoridades es posible que se quebranten también el principio de imparcialidad de los poderes públicos[190].

Se distingue aquí entre las declaraciones de funcionarios que tienen alguna participación en las investigaciones, y que informan acerca del avance y los detalles (v. gr. Fiscal General o Ministro del Interior); de aquellas declaraciones de políticos que brindan apreciaciones sobre los hechos y que su punto de vista forma parte de un debate político legítimo, lo que podría posiblemente permitir un cierto grado de exageración y el uso de los juicios de valor en relación con los hechos vinculados a sus rivales políticos[191].

50. Ciertamente, las autoridades (v. gr. policiales, fiscales o judiciales) no pueden ser declarados responsables de los actos de la prensa[192]. La policía al informar a la opinión pública quiere sin duda demostrar la eficacia de la acción policial contra el crimen. Del mismo modo, el TEDH reconoce que la libertad de expresión y de comunicación incluye el derecho a informar acerca de los procedimientos judiciales, y por lo tanto, la posibilidad de que las autoridades hagan públicos los objetivos de los actos que forman el procedimiento, sin embargo, considera que dicha información debe estar libre de cualquier apreciación o perjuicio acerca de la culpabilidad de una persona[193]. Por ejemplo, se viola la presunción de inocencia

---

*Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 146; *Mokhov c. Rusia*, 03 de abril del 2010, párr. 28; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 160; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 138; *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero del 2009, párr. 45; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre del 2012, párr. 47.

190 TEDH caso: *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre de 2012, párr. 102.

191 TEDH caso: *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 59.

192 TEDH casos: *Pavalache c. Rumania*, 18 de octubre de 2011, párr. 119; *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 165; *Papon c. Francia*, 19 de noviembre de 2001; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 141; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre del 2004, párr. 48.

193 TEDH casos: *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre del 2004, párr. 48; *Kiratli c. Turquía*, 02 de setiembre del 2008; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 39; *Jiga C. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 90.

si la policía informa que una determinada persona es integrante de una organización criminal y que los detenidos habían cometido varios delitos en diferentes partes de una región[194].

El TEDH ha afirmado la importancia del respeto a la presunción de inocencia durante las conferencias de prensa por parte de funcionarios estatales[195]. Sin embargo, si una declaración de un funcionario público termina violando el principio de presunción de inocencia, ello debe ser determinado en el contexto de las circunstancias particulares en que se realizó la declaración[196]. Por lo tanto, lo que importa a los efectos de esta disposición es el sentido real de

194 TEDH caso: *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 48.

195 TEDH casos: *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 50-52; *Karakaş y Yesilirmak c. Turquía*, 28 de junio de 2005, párr. 51; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 122; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 49-51.

196 TEDH casos: *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 55; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 63; *A.L. c. Alemania*, 28 de abril de 2005, párr. 31; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo del 2014, párr. 126; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 226; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 103; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 61; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 149; *Fedorenko c. Rusia*, 20 de setiembre del 2011, párr. 88; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 210; *Pandy c. Bélgica*, 21 de septiembre de 2006, párr. 43; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo del 2012, párr. 75; *Adolf c. Austria*, 26 de marzo de 1982, párr. 36-41; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 39; *Marchiani c. Francia*, 27 de mayo de 2008; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Caraian c. Rumania*, 23 de junio del 2015, párr. 74; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 55; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 69; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo del 2010, párr. 89; *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 163; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo del 2002, párr. 49; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre del 2000, párr. 43; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero del 2007, párr. 70; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 142; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 44; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 33; *Kampanellis c. Grecia*, 21 de junio del 2007, párr. 27; *Peša c. Croacia*, 08 de abril del 2010, párr. 141; *Vanjak c. Croacia*, 14 de enero de 2010, párr. 67; *Šikić c. Croacia*, 15 de julio del 2010, párr. 52; *Yassar Hussain c. El Reino Unido*, 07 de marzo de 2006, párr. 19; *Ashendon y Jones c. El Reino Unido*, 15 de diciembre de 2011, párr. 42;

las declaraciones en cuestión y no su forma literal[197]. En cualquier caso, las opiniones expresadas no deben constituir declaraciones de un funcionario público acerca de la culpabilidad de un imputado que aliente al público a creer que él (o ella) son culpables y prejuzgar, así, la apreciación de los hechos por la autoridad judicial competente[198]. Incluso, el hecho de que las declaraciones se lleven a cabo en una forma de interrogación o dudosa, no quiere decir que dichas expresiones queden fuera del alcance del artículo 6 § 2; de otro modo dicha disposición carecería de eficacia[199].

51. Por su parte, la Corte IDH señala que si bien en el marco del proceso penal en sí mismo, los señalamientos de culpabilidad por parte de funcionarios tales como fiscales y procuradores no constituyen una violación a la presunción de inocencia, las declaraciones de estos funcionarios a la prensa, sin calificaciones o reservas, infringen la presunción de inocencia en la medida en que fomenta que el público crea en la culpabilidad de la persona y prejuzga la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente.

---

*Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 48; *Grabchuk c. Ucrania*, 21 de septiembre de 2006, párr. 42.

197 TEDH casos: *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio de 2015, párr. 43; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 71; *Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 157; *Samoilă yCionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 97; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 67; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 126; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 49; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 39; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 33; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre del 2013, párr. 191; *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 113; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 90.

198 TEDH casos: *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo del 2002, párr. 53; *Poncelet c Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de 2007, párr. 70; *Popovici c. Moldavia*, 27 de noviembre de 2007, párr. 79; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 54; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 92; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 35; *Peša c. Croacia*, 08 de abril del 2010, párr. 141.

199 TEDH caso: *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 126.

La Corte IDH advierte que la presunción de inocencia puede ser violada tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada[200].

Es legítimo, y en ocasiones constituye un deber, de que las autoridades estatales se pronuncien sobre cuestiones de interés público. No obstante, las declaraciones públicas emitidas por funcionarios públicos deben guardar una especial cautela, a efectos de no infringir los derechos de las personas, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población, así como para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos[201].

La Corte IDH reitera que las autoridades estatales deben tener en cuenta que los funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocerlos[202]. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política –tales como la lucha contra el terrorismo en el Perú– precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado[203].

---

200 Corte IDH: *Acosta y otros c. Nicaragua*, 25 de marzo del 2017, párr. 190; *J. c. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 244; *Pollo Rivera c. Perú*, 21 de octubre del 2016, párr. 177.

201 Corte IDH: *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela,* 5 de agosto de 2008, párr. 131; *Ríos y Otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 139; *Perozo y otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 151; *J. c. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 245.

202 *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela,* 5 de agosto de 2008, párr. 131; *Ríos y otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009; *Perozo y otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 151; J. c. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 247.

203 *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela,* 5 de agosto de 2008, párr. 131; *Ríos y otros c. Venezuela,* 28 de enero de 2009, párr.

La presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, pero requiere que cuando lo hagan, guarden la debida discreción y circunspección necesaria para garantizar la presunción de inocencia de los posibles involucrados[204].

## VII. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PROHIBICIÓN DE MALOS TRATOS: EL USO DE JAULAS PARA LAS PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD

52. El empleo de una jaula de metal en los Tribunales y la exposición pública, a través de la transmisión de la audiencia en vivo a nivel nacional, en la que se coloca a las personas procesadas supone en la mayoría de casos una clara violación al principio de presunción de inocencia, a la prohibición de malos tratos y a la dignidad de la persona humana. Al respecto, el TEDH ha sostenido que:

> Comparte la preocupación de los demandantes de que un ambiente de apariencia tan duro y hostil de un procedimiento judicial podría llevar un observador promedio a creer que "los delincuentes de alta peligrosidad" están en juicio. Además de socavar el principio de la presunción de inocencia, el tratamiento en disputa en la sala del tribunal supone la humillación de los demandantes en sus propios ojos y a los ojos del público. La Corte también acepta la afirmación de los demandantes de que las fuerzas especiales en el palacio de justicia despertaron en ellos sentimientos de temor, angustia e inferioridad. Tan duro fue el tratamiento que podría fácilmente haber tenido un impacto en la capacidad de concentración y la alerta mental durante los procedimientos. La Corte observa que la condición del demandante como figuras públicas, la falta de condenas anteriores y su conducta ordenada durante el proceso penal, el Gobierno no ha proporcionado ninguna justificación para su inclusión en un recinto enjaulado durante las audiencias públicas y el uso de las "fuerzas especiales" en el palacio de justicia. No hay nada en el expediente que señale el más mínimo riesgo de

---

139, *Perozo y otros c. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 151; *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 151 y 247.

204 *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 247.

> que los demandantes, conocidos y personas aparentemente bastante inofensivos, podrían fugarse o recurrir a la violencia durante su traslado a la corte o en las audiencias[205].

Se considera que la colocación injustificada de un imputado en una jaula durante las audiencias públicas también constituye un factor que contribuye a la constatación de una violación a la prohibición de malos tratos[206]. Sin embargo, incluso en ausencia de publicidad, un determinado tratamiento puede ser considerado como degradante si la víctima puede ser humillada de manera directa y ante sus propios ojos, incluso aunque no se encuentre expuesta a que sea vista por los demás[207]. Por ello, la aplicación de medidas de restricción a un solicitante en un lugar privado dio lugar a que se declare una violación del artículo 3 de la CEDH (prohibición de malos tratos), máxime si no se identificaban riesgos graves para la seguridad que justifique la medida[208].

53. En el análisis de un caso concreto el TEDH frente al hecho de que un imputado en una sentencia de apelación fuera mantenido en una jaula de metal que mide alrededor de 3 metros cuadrados durante la totalidad del procedimiento, encontró la violación de la prohibición de los malos tratos debido a que no había ninguna razón objetiva que justificara el tratamiento v. gr. por medidas de seguridad, el poder poner en peligro la seguridad en la sala de audiencias. No se tomó en cuenta que no hay nada en la conducta del solicitante o en su personalidad que pueda haber justificado

---

205 *Ramishvili y Kokhreidze c. Georgia* del 27 de enero de 2013; párr. 98 a 101. También véase las sentencias: *Ashot Harutyunyan c. Armenia* del 15 de junio de 2010; párr. 125 a 128; *Sarban c. Moldova* del 04 de octubre 2005; párr. 88 y 89; *Khodorkockiy y Lebedev c. Rusia*, del 25 de julio de 2013; párr. 485; *Sarban c. Moldavia*, 04 de octubre de 2005; párr. 77; *Khudobin c. Rusia*, párr. 93.

206 *Ashot Harutyunyan c. Armenia* del 15 de junio de 2010; párr. 125; *Sarban c. Moldavia*, 04 de octubre de 2005; párr. 88 a 90.

207 *Sarban c. Moldavia*, 04 de octubre de 2005; párr. 77; *Ashot Harutyunyan v. Armenia* del 15 de junio de 2010; párr. 125; *Tyrer V. El Reino Unido*, 25 de abril de 1978, párr. 32.

208 *Ashot Harutyunyan c. Armenia* del 15 de junio de 2010; párr. 125.

esta medida de seguridad. Por ejemplo, el imputado presentó un comportamiento ordenado y no se registraron incidentes. Además, la demandante no tenía antecedentes penales, no contaba con un registro de una conducta violenta y fue acusado de un delito no violento[209].

54. El Comité de Derechos Humanos ha precisado que los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos[210]. En este sentido, ha precisado que se viola la presunción de inocencia en el caso que una persona haya estado encerrada en una jaula de metal durante todo el proceso judicial (juicio) y los medios de prensa locales publicaron fotografías suyas tras los barrotes en la sala de vistas del Tribunal[211].

## VIII. INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS MORALES COMO CONSECUENCIA DE LAS DECLARACIONES INFORMALES DE LA CULPABILIDAD

55. El TEDH considera que teniendo en cuenta la violación constatada de la presunción de inocencia la persona puede y debe gozar de una indemnización por el daño moral[212]. Las cifras que se imponen como indemnizaciones por la afectación de la presunción de inocencia no son uniformes ni siempre iguales. Por ejemplo, se

---

209 *Ashot Harutyunyan c. Armenia* del 15 de junio del 2010; párr. 126 y 127.

210 Observación General N.º 32; Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia; 90º Período de sesiones, Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, párr. 30.

211 Comité de Derechos Humanos: Comunicación N.º 2120/2011; Dictamen aprobado por el comité en su 106º Período de sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012); párr. 11.4.

212 *Del Latte c. Los Países Bajos*, 9 de noviembre de 2004; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011; *Baars c. Los Países Bajos*, 28 de octubre de 2003, párr. 46; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 70; *Diamantides c. Grecia (N. ° 2)*, 19 de mayo de 2005, párr. 57.

puede llegar a conceder al demandante 15.000 EUR[213], 12.000 EUR por perjuicio moral[214], 3,660 EUR[215], 1.220 euros[216] y en otras ocasiones 2,000 euros[217]. A veces se impone pagos (v. gr. 6,400 euros) a título de gastos y costas, más cualquier importe que pueda ser debido en concepto de impuesto sobre dichas cantidades[218].

Se insiste en el hecho de que no basta la simple declaración de que el derecho se ha violado para que se entienda la afectación suficientemente compensada[219]. Debe haber una reparación equitativa en la determinación del daño[220].

56. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante sólo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentre acreditada su realidad, la necesidad y el carácter razonable de su cuantía. Además, el artículo 60 § 2 del reglamento de la CEDH prevé que cualquier pretensión presentada al amparo del artículo 41 del Convenio debe ser cuantificada, firmada y acompañada por los comprobantes necesarios, por lo que el TEDH puede rechazar la demanda, en todo o en parte[221].

Por otra parte, el TEDH recuerda que cuando constata una vulneración del CEDH no sólo puede conceder a un demandante el pago de sus costas y gastos ante el Tribunal, sino también aquellos soportados ante las jurisdicciones nacionales a fin de que éstas co-

213 *Diamantides c. Grecia (N. ° 2)*, 19 de mayo de 2005, párr. 57.

214 *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 48.

215 *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio de 2015, párr. 54.

216 *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero de 2009, párr. 58.

217 *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 108; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 70.

218 *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011.

219 De otra opinión: *Kampanellis c. Grecia*, 21 de junio del 2007, párr. 33.

220 *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo de 2008, párr. 108; *Borovský c. Eslovaquia*, 06 de febrero de 2009, párr. 58

221 *Zubani c. Italia*, 16 de junio de 1999, párr. 23; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 48.

rrijan dicha vulneración. Por ejemplo, se concedió a este respecto las cantidades reclamadas en concepto de honorarios de abogado ante el Tribunal Constitucional[222].

222 *Perote Pellon c. España*, 25 de julio de 2002, párr. 59; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 48.

# Capítulo Tercero

# LA DIMENSIÓN PROCESAL DE LA REGLA DE TRATAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Sumario: I. La presunción de inocencia y su influencia en las medidas cautelares. — II. La presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal y el principio de la excepcionalidad de la prisión provisional. a. Regulación normativa. b. La libertad personal como regla en un estado constitucional. c. La privación cautelar de la libertad personal como extrema ratio. d. La regla de tratamiento y el menor sacrificio de la libertad personal. El principio de la adecuación de la medida. e. El fundamento del principio de excepcionalidad de la prisión provisional. f. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del comité de derechos humanos y de la corte IDH. g. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del TC peruano. h. La excepcionalidad extrema de la privación cautelar de la libertad de los niños. i. Las consecuencias de la excepcionalidad de la privación cautelar de la libertad. j. La prima ratio y la posición preferente de otras medidas menos lesivas a la libertad personal. — III. La regla de tratamiento procesal de la presunción de inocencia y su influencia en la prisión provisional. a. La regla de tratamiento y los fines procesales legítimos de la prisión provisional: el aseguramiento procesal. b. La prisión provisional no debe perseguir fines procesales ilegítimos. c. La prohibición de que la prisión provisional sea considerada como una pena anticipada y se busque alcanzar fines preventivos (generales o especiales). d. Los requisitos materiales del peligro procesal: la realidad, la gravedad y la inminencia del riesgo. e. La presunción de inocencia, el derecho de defensa y la obligación convencional de pronunciarse sobre las alegaciones planteadas por el imputado afectado con la prisión provisional. f. La regla de tratamiento y la ejecución de la prisión provisional. g. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia y la obligación periódica de revisión de la prisión provisional. h. La regla de tratamiento exige el abono del tiempo de la privación de la

libertad (la prisión provisional o el arresto domiciliario) al tiempo de la pena. i. La indemnización por la detención o prisión arbitraria. — IV. Los límites temporales de la regla de tratamiento procesal de la presunción de inocencia.

## I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INFLUENCIA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. La configuración legislativa de las medidas cautelares debe garantizar la eficacia del proceso penal y sus fines instrumentales. Dichas medidas han de servir como instrumentos para lograr los fines legítimos del proceso penal desde la perspectiva constitucional y legal.

   La dimensión procesal de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia tiene, entre otros aspectos, una incidencia directa en la configuración de las medidas cautelares del proceso penal, en especial, en la prisión provisional[1]. Como regla de tratamiento procesal la presunción de inocencia reclama:

   i) La proscripción de un sistema de medidas cautelares o de una concreta medida cautelar que suponga el tratamiento jurídico de la persona como culpable.

   ii) La excepcionalidad y la aplicación como último recurso de aquellas medidas que afectan el núcleo de los derechos fun-

---

1 Por todos, LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 119, 135 y 141; MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 512; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 116; DEL RÍO LABARTHE, GONZALO; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; Lima; Instituto Pacífico; 2016; pp. 115 y ss; VILLEGAS PAIVA, ELKY ALEXANDER; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 77.

damentales, en especial, cuando se trata de la restricción de la libertad personal. La presunción de inocencia incide en la configuración legislativa y en la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal, en especial, las de carácter personal. Es un error restringir el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia a la prisión provisional[2];

iii) La afectación de los derechos fundamentales (libertad, intimidad, patrimonio, etc.) solo debe llevarse a cabo en circunstancias en que sea necesario asegurar el desarrollo y la realización de los fines constitucionales del proceso penal. Si es que no hay necesidad de imponer una medida cautelar ella debe evitarse. Una medida solo resulta compatible con la Constitución si los fines que busca lograr no pueden ser alcanzados por otros medios alternativos menos gravosos al sacrificio del derecho fundamental[3]. Hay una obligación jurídica constitucional de evitar lesiones graves a los derechos fundamentales que no sean necesarias y que se pueden conjurar empleando medios menos lesivos. La presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal exige que las medidas cautelares que se imponen sean proporcionales y adecuadas. En un Estado Constitucional se prohíben las medidas coercitivas desproporcionales y arbitrarias. No se trata a una persona como inocente si la medida que se le aplica es excesiva[4].

---

2 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 119.

3 Cfr. Queiroz, Cristina; *Os conceitos de "restrição", "configuração" e "delimitação" de direitos fundamentais à luz da Constituição da república;* en: Faculdade de Direito Universidade de Lisboa; 2016; p. 8.

4 En sentido distinto: Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; p. 104: "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

iv) Las medidas cautelares solo se deben adoptar para alcanzar fines cautelares legítimos. Se deben excluir y estimar como inconstitucionales los objetivos no procesales. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia exige que en la configuración legislativa de los presupuestos de las medidas cautelares solo se admitan aquellos que buscan alcanzar fines procesales constitucionalmente legítimos[5]. El mandato al legislador ordinario de la regla de tratamiento se extiende también a los diversos órganos del sistema de justicia en cuanto a las prácticas que deben asumirse respecto al dictado de las medidas cautelares en el proceso penal.

v) La presunción de inocencia exige que el legislador democrático adopte una serie de medidas cautelares que actúen como alternativas idóneas y adecuadas a la prisión provisional. Es contrario a la presunción de inocencia que en una legislación procesal la prisión provisional sea la única medida cautelar que se regula para asegurar los fines del proceso. Por ello, se exige que se establezca legislativamente medidas cautelares alternativas que sean opciones efectivas a la privación de la libertad.

vi) Las medidas cautelares, entre las que se cuenta la prisión provisional, deben cumplir de manera paradigmática con el principio de legalidad en su variante de taxatividad por la que se exige una regulación minuciosa y adecuada que haga previsible al ciudadano las condiciones de restricción del derecho fundamental involucrado, fijando los presupuestos formales y materiales de la medida como su plazo de duración[6]. Las

---

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".

5 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 144.

6 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; Cuenca;

medidas cautelares sean personales o reales deben ser típicas[7]. Sin embargo, no solo la medida debe encontrase prevista en la ley (*principio de reserva de ley*). También es necesario que los requisitos y presupuestos se encuentren regulados de manera taxativa y detallada[8]; de tal manera que garanticen una adecuada previsibilidad y seguridad en la orientación al ciudadano.

vii) La prisión provisional como medida cautelar extrema debe ser adoptada siempre que se compruebe previamente y de manera precisa una situación de necesidad en el caso concreto. Aquí entran en discusión y se ponderan determinados intereses y objetivos (legítimos) del proceso penal con la libertad personal del imputado. La prisión provisional nunca debe ser la primera opción (prima ratio) para asegurar los fines del proceso y el normal desenvolvimiento del mismo. Se trata de una medida extrema para casos y situaciones extremos.

viii) La duración de la prisión provisional debe ser razonable, situación que debe entenderse como un plazo imprescindible para

---

Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha; 1997; p. 144: "El primer presupuesto que ha de cumplir todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de legalidad. A él se refiere el art. 8.2 del CEDH al requerir que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar "prevista en la ley", lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales actos de prueba"; Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; Murcia; 2016; p. 8; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 11. En la doctrina peruana: San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 454.

7 Cfr. Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; Barcelona; Atelier; 2011; p. 257.

8 Por todos, Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; Cuenca; p. 144 para quien la prisión provisional: "sólo pueda ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental (STC 12711984, 14011986, 3411987, 24111994)".

el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo que persiga la prisión: evitar la fuga y la obstrucción de la investigación[9]. El mantenimiento de la prisión provisional más allá de lo estrictamente necesario *"es un acto de auténtica tiranía cuando cesan las mencionadas razones"* (Carrara).

ix) La interpretación y aplicación de las medidas cautelares dado que restringen derechos constitucionales debe ser objeto de una interpretación estricta, no ampliativa y menos analógica. Rige aquí el principio *favor libertatis*[10] que es una expresión del principio *pro homine*[11]. Toda interpretación que se realice en el proceso penal debe ser en favor y en beneficio del derecho fundamental involucrado, hecho que se potencia por la vigencia del principio de presunción de inocencia. En caso de duda en la interpretación o aplicación del derecho siempre debe primar la opción menos perjudicial al derecho fundamental v. gr. la libertad personal, el derecho a la intimidad. En materia de derechos fundamentales y de derechos humanos las disposiciones legales deben ser interpretadas en la forma

---

9 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 17: "En este baremo ha de tomarse en cuenta peculiarmente la complejidad de la causa, porque la prisión no es sólo razonable porque, por ejemplo, perviva el riesgo de fuga y no se haya celebrado aún el juicio, sino porque esa falta de celebración del juicio – con el coste correspondiente en moneda de libertad para el imputado – sea a su vez "razonable": con que se trate de un tiempo necesario para el adecuado desarrollo del procedimiento".

10 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 454.

11 Por todos, Henderson, Humberto; *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*; en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica; n. 39, 2004; pp. 220 y ss.; Pinto Mónica; *El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales; Buenos Aires; Ediciones del Puerto; 1997; pp. 163-171; Montoya Chávez, Víctorhugo – Feijóo Cambiaso, Raúl; *El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos*; en: Revista ius et Veritas, N.º 50; Julio 2015; pp. 341 y ss.

más favorable a la efectividad y cumplimiento del derecho fundamental[12]. Por ejemplo, una manifestación del principio *pro libertatis* es que debe tener preferencia una sentencia absolutoria sobre una decisión que declara la prescripción del delito[13].

2. Si se entiende a la presunción de inocencia desde una perspectiva literal y aislada debería llevar a prohibir las medidas cautelares en el proceso penal[14]. Sin embargo, si se la comprende dentro del esquema de los demás valores y bienes constitucionales su vigencia debe armonizarse de manera adecuada con la vigencia de otros intereses públicos relevantes (v. gr. lucha contra la criminalidad, la persecución penal eficaz, etc.).

   La presunción de inocencia como principio y derecho fundamental no es incompatible con la configuración y aplicación de las medidas cautelares personales o reales en el proceso penal[15]. Dicho principio no se opone a la eficacia del proceso penal y a la adopción de las medidas procesales. Desde una perspectiva histórica se confirma la compatibilidad de la presunción de inocencia con la prisión provisional y se reconoce la profunda incidencia del prin-

---

12 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 457.

13 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; São Paulo; Editora Revista dos Tribunais - Coimbra Editora; 4 ed.; 2007; Vol. I; p. 518.

14 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; Vol. I; p. 518.

15 Cfr. Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 259; Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 10; Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; p. 19; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 456; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 117; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista Editores; 2006; pp. 121; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 77 y 101.

cipio constitucional en la regulación de las medidas cautelares, en especial, con la prisión provisional[16].

La presunción de inocencia no es irreconciliable con la prisión provisional ya que de ser así tanto los Tratados Internacionales (artículo 9 de la DUDH, artículo 7 de la CADH y el artículo 9 del PIDCP) y las Constituciones Políticas que reconocen y autorizan la detención y la privación cautelar de la libertad serían portadoras de antinomias irresolubles. En realidad, la presunción de inocencia es un límite a la actividad persecutoria del Estado y al ejercicio del ius puniendi que restringe drásticamente la configuración y aplicación de medidas cautelares, entre las que se cuenta la prisión provisional.

El TC peruano ha reconocido la constitucionalidad de la privación cautelar de la libertad al considerar que: "si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma no es inconstitucional en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado[17]".

---

16 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 135; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 101.

17 Exp. N.º 04334-2014-PHC/TC; Caso: Gaby Marcela Ramos Díaz de Montoya, representada por César Gonzalo Rodríguez Rojas (Abogado); Exp. N.º 02386-2014-PHC/TC; Caso: Jorge Quinto Mallma; Exp. N.º 01267-2012-PHC/TC; Caso: Nataly Juliana Torres Cervantes a favor de Hugo Melquiades Pulache Aponte; Exp. N.º 01036-2011-PHC/TC; Caso: Yon Núñez Velásquez; Exp. N.º 03798-2011-PHC/TC; Caso: Juan Ramón Sánchez Díaz a favor de Jessica Carolina Vélez Asenjo; Exp. N.º 02128-2011-PHC/TC; Caso: Wilson Añazco Bazán a favor de Ricardo Marco Antonio Vicente Anderson Campos Ruiz; Exp. N.º 02636-2011-PHC/TC; Caso: Elías Manuel Ponce Feijoo; Exp. N.º 00663-2007-PHC/TC; Caso: Fidel Augusto Torres Ramírez; Exp. N.º 02122-2011-PHC/TC; Caso: Marcelina Candiotti Cusi a favor de Leonardo Candiotti Cusi; Exp. N.º 01413-2010-PHC/TC; Caso: Exp. N.º 03900-2010-PHC/TC; Caso: Eva Lorena Bracamonte Fefery Otra; Exp. N.º 4378-2005-PHC/TC; Caso: María Gladis Jiménez Saavedra: Exp. N.º 05765-2009-PHC/TC; Caso:

No es posible prescindir en casos extremos de la prisión provisional si es que se pretende garantizar y asegurar el éxito de los procesos penales sobre todo en los casos en que el imputado decide huir y no afrontar los cargos que se formulan en su contra o cuando busca entorpecer la actividad probatoria[18]. Dicha medida es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique[19].

---

Giselle Mayra Giannotti Grados); Exp. N.º 2800-2008-PHC/TC; Caso: Juan De Dios Achahuanco Muriel; Exp. N.º 2675-2008-PHC/TC; Caso: Víctor Incacutipa Incacutipa; Exp. N.º 3453-2008-PHC/TC; Caso: Alfredo Sauñe López; Exp. N.º 3559-2008-PHC/TC; Caso: ALEJANDRO BALLARTA ALARCÓN; Exp. N.º 02669-2008-PHC/TC; Caso: Nestor Yampasi Jihuaña; Exp. N.º 04520-2008-PHC/TC; Caso: Edwin Sánchez Sillo; Exp. N.º 03741-2007-PHC/TC; Caso: Víctor Díaz Apaza; Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa.

18 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 9; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 139 y 140: "La prisión preventiva también es una injerencia legítima en el derecho a la libertad personal, siempre que se respeten los requisitos materiales y formales de la misma y que reúna un carácter procesal. Ello es conforme, como se dijo, a la teoría de los derechos fundamentales, sin que se pueda afirmar por ello que se trata de una expresión de una concepción autoritaria. El reconocimiento de los derechos fundamentales en el orden interno y de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es más bien propia de los regímenes que siguen los principios del Estado de Derechos y que tienen una conformación democrática. Una concepción en la cual los derechos fundamentales y los derechos humanos no tuvieran límite alguno, llevaría al libertinaje, propio del anarquismo político, lo que debe reconocerse que es una posición cercana al abolicionismo penal propiamente dicho"; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 84; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 97.

19 Cfr. Hernández Gómez, Isabel; *Prisión provisional y garantías*; en: Revista de la Facultad de ciencias jurídicas; N.º 16/17; Año 2011/12; p. 58; Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; p. 20.

Con todo, como señala Moreno Catena: "la prisión provisional refleja, más que ninguna otra institución jurídica -más incluso que en la propia pena-, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento"[20].

3. La influencia configuradora de la presunción de inocencia a nivel del proceso penal se extiende también sobre diversas instituciones procesales como la actividad probatoria[21]:

   - Se exige que la carga de la prueba repose en quien imputa o acusa;
   - Se deben excluir aquellas pruebas que violan derechos fundamentales (ut infra);
   - Se debe respetar derechos constitucionales básicos como el principio de no autoincriminación y el derecho al silencio;
   - Si no hay prueba suficiente y plena de la culpabilidad del imputado del mismo modo que si hay una duda razonable y no se ha probado la responsabilidad penal del acusado se debe dictar una sentencia absolutoria[22].

## II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

### a. Regulación normativa

4. La Declaración Universal de los derechos del hombre (26 de agosto de 1789) en su artículo 9 prescribe: "puesto que todo hombre

---

20 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 148.

21 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier; *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*; Madrid; Marcial Pons; 2012; pássim; Vega Torres, Jaime; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; pp. 47 y ss; Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; pp. 112; Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; pp. 162 y ss.

22 Desde la perspectiva constitucional: Gómes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; Vol. I; p. 519.

se presume inocente mientras no sea declarado culpable, *si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley*".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 9 inc. 3 consagra de manera clara que: "La prisión provisional de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".

El principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece: "Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención[23]".

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas ha elaborado y expedido unas Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) que consagran el principio de la excepcionalidad de la detención:

> 6. La prisión provisional como último recurso.
>
> 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad [....].

Asimismo, ha recomendado a que:

> 2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, **el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad**, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la

23 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173 (9 de diciembre de 1988).

libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

### b. La libertad personal como regla en un Estado Constitucional

5. La libertad personal, reconocida en el artículo 2°, inciso 2), apartado 24, de la Constitución Política, se constituye como el derecho de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo y siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima[24]. El derecho a la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido en el artículo 2, inciso 24), de la Constitución Política del Perú y, al mismo tiempo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado constitucional de derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos fundamentales a la vez que justifica la propia organización constitucional[25]. La libertad personal no solo

---

24 Exp. N.° 0871-2003-HC/TC; Caso: Santos Walter O Juan Carlos Quispe Ramos; Exp. N.° 0842-2003-HC/TC; Exp. N.° 2985-2004-HC/TC; Caso: Carlos Iván Derenzin Cabello; Caso: Jesús Pascual Ramos Ticona; Exp. N.° 1084-2003-HC/TC; Caso: Richard Quea Ccama; Exp. N.° 00983-2008-PHC/TC; Caso: Enrique Euclides Julca Vicente; Exp. N.° 0032-2004-HC/TC; Caso: José Luis Ardiles Elguera; Exp. N.° 0807-2003-HC/TC; Caso: Enrique Ernesto Jaramillo Torres.

25 Exp. N.° 02431-2013-PHC/TC; Caso: William Alexander Plasencia Escobar; Exp. N.° 08095 2013-PHC/TC; Caso: Jaime Máximo Ochoa Valdez; Exp. N.° 6489-2005-PHC/TC; Caso: José Páucar Timoteo; Exp. N.° 4378-2005-PHC/TC; Caso: María Gladis Jiménez Saavedra; Exp. N.° 02485-2013-PHC/TC; Caso: Guillermo Ramírez López Representado(a) por Miguel Antonio Torres More; Exp. N.° 2096-2004-HC/TC; Caso: Eleazar Jesus Camacho Fajardo; Exp. N.° 02429-2009-PH/MC; Caso: Máximo Ali Solaligue Jara; Exp. N.° 2663-2003-HC/TC; Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca; Exp. N.° 03325-2008-HC/TC; Caso: Paula Orfelinda Arévalo Ortíz; Exp. N.° 02539-2009-PHC/TC; Caso: César Raúl Vargas Flores; Exp. N.° 05423-2008-HC/TC; Caso: Segundo Miguel López Aybar; Exp. N.° 1084-2005-PHC; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.° 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.° 2289-2004-HC/TC; Caso: Elesván Eduardo Bello Vásquez; Exp. N.° 251O-2005-HC/TC; Caso: César Javier Chávez Berrocal; Exp. N.° 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa; Exp. N.°

es un derecho fundamental, sino también un valor superior del ordenamiento jurídico[26].

En cuanto derecho subjetivo, el derecho a la libertad personal garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad se extienden a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen y de la autoridad o persona que la haya ordenado. Garantiza, por tanto, la libertad personal ante cualquier restricción arbitraria[27], esto es, protege a la libertad locotomora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias[28] (artículo 9.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2°, inciso

---

0332-2005-PHC/TC; Caso: Leonilda Castro Herrera; Exp. N.° 5184-2005-PHC; Caso: Carlos Alberto Hernández Vásquez.

26 Exp. N.° 3305-2005-PHC/TC; Caso: Dalia Santander Salvador; Exp. N. 09038-2005-PHC/TC; Caso: Luis Alejandro Miranda Moscol; Exp. N.° 0617-2006-PHC/TC; Caso: Óscar Vargas Palomino; Exp. 1905-2005-PHC/TC; Caso: Jorge Alf Aro Velásquez; Exp. N.° 3393-2005-PHC/TC; Caso: Raúl Andrés Arias Condori.

27 Exp. N.° 02485-2013-PHC/TC; Caso: Guillermo Ramírez López, representado(a) por Miguel Antonio Torres More; Exp. N.° 2663-2003-HC/TC; Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca; Exp. N.° 2663-2003-HC/TC; Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca; Exp. N.° 08095 2013-PHC/TC; Caso: Jaime Máximo Ochoa Valdez; Exp. N.° 251O-2005-HC/TC; Caso: César Javier Chávez Berrocal; Exp. N.° 1084-2005-PHC; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.° 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa; Exp. N.° 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.° 4378-2005-PHC/TC; Caso: María Gladis Jiménez Saavedra; Exp. N.° 2289-2004-HC/TC; Caso: Elesván Eduardo Bello Vásquez.

28 Exp. N.° 4570-2005-PHC; Caso: Juan Carrión Huarca; Exp. N.° 0032-2004-HC/TC; Caso: José Luis Ardiles Elguera; Exp. N.° 1084-2003-HC/TC; Caso: Richard Quea Ccama.

24, de la Constitución) garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales; a la vez que justifica la propia organización constitucional[29].

El derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no sólo a las denominadas "detenciones judiciales preventivas", sino, incluso, a una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso. A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva[30].

La facultad de locomoción o de desplazamiento espacial no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancia tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.[31].

Sin embargo, el TC peruano ha señalado que como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad personal tampoco es un de-

29 Exp. N.º 9068-2005-PHC/TC; Caso: Carlos Yupanqui Pánez.

30 Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa; Exp. N.º 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau.

31 Exp. N.º 2663-2003-HC/TC; Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca.

recho absoluto, pues como lo establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, puede ser restringido o limitado mediante ley[32]. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que puede imponérseles son intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales[33].

Dicho enunciado constitucional permite inferir que no existen derechos absolutos e irrestrictos, pues la norma suprema no ampara el abuso del derecho[34].

---

32 Exp. N.° 1084-2005-PHC; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.° 6489-2005-PHC/TC; Caso: José Páucar Timoteo; Exp. N.° 03325-2008-HC/TC; Caso: Paula Orfelinda Arévalo Ortíz; Exp. N.° 0617-2006-PHC/TC; Caso: Óscar Vargas Palomino; Exp. N.° 3305-2005-PHC/TC; Caso: Dalia Santander Salvador; Exp. N. 09038-2005-PHC/TC; Caso: Luis Alejandro Miranda Moscol; Exp. N.° 3393-2005-PHC/TC; Caso: Raúl Andrés Arias Condori; Exp. N.° 05423-2008-HC/TC; Caso: Segundo Miguel López Aybar; Exp. 1905-2005-PHC/TC; Caso: Jorge Alf Aro Velásquez.

33 Exp. N.° 1084-2005-PHC; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.° 4570-2005-PHC; Caso: Juan Carrión Huarca; Exp. N.° 2096-2004-HC/TC; Caso: Eleazar Jesus Camacho Fajardo; Exp. N.° 1084-2005-PHC; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.° 2985-2004-HC/TC; Caso: Carlos Iván Derenzin Cabello; Exp. N.° 0842-2003-HC/TC; Caso: Jesús Pascual Ramos Ticona; Exp. N.° 00983-2008-PHC/TC; Caso: Enrique Euclides Julca Vicente; Exp. N.° 0617-2006-PHC/TC; Caso: Óscar Vargas Palomino; Exp. N.° 0032-2004-HC/TC; Caso: José Luis Ardiles Elguera; Exp. N.° 1084-2003-HC/TC; Caso: Richard Quea Ccama; Exp. N.° 0871-2003-HC/TC; Caso: Santos Walter O Juan Carlos Quispe Ramos; Exp. N.° 0807-2003-HC/TC; Caso: Enrique Ernesto Jaramillo Torres; Exp. N.° 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa; Exp. N.° 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.° 4378-2005-PHC/TC; Caso: María Gladis Jiménez Saavedra; Exp. N.° 02539-2009-PHC/TC; Caso: César Raúl Vargas Flores; Exp. N.° 2289-2004-HC/TC; Caso: Elesván Eduardo Bello Vásquez.

34 Exp. N.° 5184-2005-PHC; Caso: Carlos Alberto Hernández Vásquez; Exp. N.° 2096-2004-HC/TC; Caso: Eleazar Jesus Camacho Fajardo; Exp. N.°

### c. La privación cautelar de la libertad personal como extrema ratio

6. Una de las exigencias derivadas de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia en el ámbito del proceso es la afectación excepcional de la libertad personal, en especial, cuando se trata de la aplicación de la prisión provisional o de otra medida cautelar gravosa. La privación de la libertad en un proceso penal orientado a la Constitución y al cumplimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos debe ser vista y considerada como una posibilidad residual, como la extrema ratio y siempre cuando la aplicación de otras medidas menos gravosas sean inútiles e ineficaces para alcanzar los fines del proceso[35].

   En un Estado Constitucional respetuoso de los derechos fundamentales la privación de la libertad de una persona sin condena ha de verse como el último recurso que la ley y la Constitución pone en manos del juez[36]. Siempre que haya la necesidad de aplicar una

---

05423-2008-HC/TC; Caso: Segundo Miguel López Aybar; Exp. N.º 0332-2005-PHC/TC; Caso: Leonilda Castro Herrera; Exp. N.º 6489-2005-PHC/TC; Caso: José Páucar Timoteo; Exp. N.º 03325-2008-HC/TC; Caso: Paula Orfelinda Arévalo Ortíz.

35 Cfr. Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; Milano; Giuffrè Editore; 13 ed.; 2012; p. 403; Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; Padova; Cedam; 2012; 6 ed.; p. 406.

36 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; Vol. I; p. 518; Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 257; Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; p. 145: "en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifican"; Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; p. 18: "En todas las Constituciones democráticas, la libertad individual es un derecho fundamental, así se plantea en la española, del ciudadano reconocido y amparado que no puede ni debe ser limitado ni anulado, sino en casos muy excepcionales y especialmente justificados, específicamente contenidos en la ley".

medida cautelar dentro del proceso penal el juez en la elección de la medida deberá tomar en cuenta como mandato obligatorio la aplicación de la medida menos gravosa y solo podrá utilizar otras medidas más graves cuando en el caso concreto las medidas menos aflictivas devengan en una ineficacia comprobada[37]. La prisión provisional solo puede ser dispuesta cuando otra medida cautelar, o la posibilidad de combinar algunas otras, deviene en inadecuada.

El principio de necesidad postula que de dos medidas que acaso favorezcan igual de bien a un fin se debe elegir a aquella que afecte menos intensamente a un derecho fundamental. En buena cuenta, como señala Alexy: "si existiera una medida con injerencia de menor intensidad e igualmente idóneo, entonces puede ser mejorada una posición, sin que se ocasionen costes para la otra[38]".

Una práctica y jurisprudencia atenta al respeto a la regla de tratamiento de la presunción de inocencia debería llevar a asumir una ***presunción de no necesidad*** de la prisión provisional o del encarcelamiento preventivo. Solo cuando se haya desvirtuado de manera objetiva, con hechos y pruebas suficientes y se acredite que la prisión provisional es una medida necesaria e indispensable, al haber fracasado las demás medidas cautelares, se la debe aplicar. Es posible implantar la regla de que se debe optar por una medida cautelar diversa (a la prisión preventiva) a fin de garantizar la vinculación del imputado al proceso, de tal manera que solo se puede

37 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; p. 145: "El cumplimiento del subprincipio de necesidad exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad".

38 Cfr. Alexy, Robert; *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*; p. 5.

optar por el encarcelamiento preventivo siempre que subsista un peligro procesal de excepcional relevancia y gravedad.

### d. La regla de tratamiento y el menor sacrificio de la libertad personal. El principio de la adecuación de la medida

7. El imputado no debe ser equipado a un culpable dentro del proceso penal, por tanto, no puede ni debe recibir un tratamiento ni peor ni semejante al de una persona condenada. Durante el proceso penal y antes de la expedición de una sentencia condenatoria jurídicamente no existe aún un culpable, un reo, sino solo un imputado que no pierde de forma alguna su dignidad y condición de inocente.

   La regla de tratamiento se refiere a la condición del imputado en el curso de la investigación y el proceso penal y, en particular, al tratamiento de su libertad personal[39], y su afectación a través de la prisión provisional o del arresto domiciliario[40]. La presunción de inocencia representa un criterio esencial que marca y delinea la relación entre el individuo y la autoridad en el ámbito del proceso penal[41]. Aquí se presenta un claro conflicto de intereses entre el imputado que tiene el derecho a preservar su libertad personal y el Estado a lograr mantener la seguridad, la paz social[42].

---

39 Cfr. Scaparone, Metello; *Procedura Penale*; Torino; Giappichelli editore; 3 ed.; 2013; Vol. I; p. 57; Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; p. 3; Ferrua, Paolo – Lavarini, Barbara; *Diritto Processuale Penale*; p. 31; Mazza, Oliviero; *Procedura Penale*; p. 115; Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Vol. I; p. 181.

40 Cfr. Chiavario, mario; *Diritto Processuale Penale. Profilo instituzionale*; p. 205; Ferrua, Paolo – Lavarini, Barbara; *Diritto Processuale Penale*; p. 31; Scaparone, Metello; *Procedura Penale*; Vol. I; p. 57; Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; p. 3; Mazza, Oliviero; *Procedura Penale*; p. 115; Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Vol. I; p. 181; Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 120.

41 Cfr. Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 10.

42 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 126 y ss.

Si algún sentido tiene la regla de tratamiento de la presunción de inocencia es que limita de manera drástica el empleo de la prisión provisional a los casos indispensables y necesarios[43], pues solo así se logra afirmar que a una persona en el proceso penal se la considera inocente y no culpable. Esta regla de tratamiento llevar a sostener el criterio del ***menor sacrificio de la libertad personal***[44] o la menor afectación de los derechos fundamentales en el proceso penal. Carece de sentido de que se consagre como principio básico del Derecho penal el principio de intervención mínima y este mismo principio no se extienda al ámbito del proceso penal cuando se afecta la libertad del imputado (u otro derecho fundamental), sin que exista una sentencia condenatoria firme. El principio de intervención mínima es un principio del sistema penal y no solo tiene su órbita de acción a nivel del Derecho penal sustantivo. En el campo del Derecho procesal penal lleva a sostener que la afectación de un derecho fundamental (v. gr. libertad personal, vida, intimidad domicilio, etc.) solo debe producirse de manera legítima cuando se realiza de modo extrema y excepcional, siempre que sea necesario y proporcional en el caso concreto.

La libertad del imputado es un derecho fundamental de la persona que a nivel del proceso penal solo puede ser restringida dentro de los límites indispensables a fin de alcanzar los fines constitucionales y convencionales[45]. Una de las consecuencias de este principio es que no debe concederse la prisión provisional en aquellos casos en los que es probable que de dictarse una condena la pena a

43 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 148.

44 Cfr. Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; p. 422; Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; p. 410.

45 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 148; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 98.

imponer sea una pena suspendida de la privación de la libertad[46]. Otra de las consecuencias es que no debe dictarse la prisión preventiva de manera obligatoria en los casos de delitos graves (v. gr. robo agravado, asesinato, TID, etc.) o de alta repercusión social. Si la libertad es la regla no es correcto consagrar la privación de la libertad como medida cautelar obligatoria en ciertos casos y para ciertos delitos[47]. Asimismo, no es compatible con la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos (CADH y PIDCP) la ley que consagra que la prisión provisional que se dicta en determinados delitos genere la prohibición de excarcelación, pues tan importante es reconocer que ninguna prisión provisional es obligatoria como que toda prisión provisional está en condiciones de retroceder y lograr la recuperación de la libertad de la persona[48].

8. La regla del menor sacrificio y afectación de la libertad personal se encuentra recogido en diversas disposiciones del CPP peruano del 2004. Por ejemplo, el artículo 253.3 dispone que: "La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando **fuere indispensable**, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva". El artículo 254.2.b del CPP prescribe, bajo sanción de nulidad del auto judicial: "**La exposición de las específicas finalidades perseguidas** y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable". Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar del CPP establece que: "la orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a ***la naturaleza y finalidad de la medida*** y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad".

---

46 Cfr. Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; p. 404.

47 Cfr. Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 146.

48 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 527.

La regla de tratamiento de la presunción de inocencia, junto con el principio de proporcionalidad, exige de la mano del menor sacrificio necesario de la libertad personal que el legislador configure un adecuado sistema de medidas cautelares según un modelo respetuoso de la mínima intervención en los derechos fundamentales. Para ello debe haber una pluralidad de medidas alternativas a la prisión provisional que deben graduarse según su intensidad y el nivel de afectación de la libertad personal (*modelo de la pluralidad graduada*)[49].

La prisión provisional, como señala Lascuraín: "es una amarga necesidad y que, porque es amarga, el Estado democrático queda obligado a reducirla a lo imprescindible, a hacerla previsible para los ciudadanos, a rodearla de plenas garantías: a hacerla decente"[50].

9. Las medidas cautelares menos lesivas tienen preferencia sobre otras medidas cautelares más graves. Ello significa:

   i) La afectación de los derechos fundamentales para que sea legítima requiere respetar el principio de gradualidad heterogénea, esto es, se debe preferir la afectación de un determinado derecho de menor entidad (v. gr. patrimonio) que la afectación de un derecho de mayor valor en la axiología constitucional (v. gr. libertad personal);

   ii) En caso no sea aplicable el principio de gradualidad heterogénea se debe aplicar el principio de gradualidad homogénea, esto es, se debe preferir la menor lesión a un derecho funda-

---

49 Cfr. Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; p. 410; Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; p. 406.

50 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; pp. 9 y 10: "La decencia de la prisión provisional, su soportabilidad democrática, pasa, expresado ahora con más rigor, por el tamiz que procuran los principios que condicionan la justificación de la actividad pública de restricción de derechos fundamentales. Y esos principios son, en lo material, el de legalidad y el de proporcionalidad; y, en lo procedimental, las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación".

mental de una determinada clase (v. gr. la libertad) que una afectación de máxima intensidad;

iii) Es posible conjugar la gradualidad heterogénea y homogénea en la afectación de los derechos fundamentales (v. gr. se puede imponer restricciones a la libertad de movimiento junto a medidas patrimoniales) a fin de evitar una afectación máxima e intensa de un derecho fundamental.

10. Como consecuencia del principio de presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad la ley procesal establece el ***principio de adecuación*** de la medida al prescribir que el auto judicial, bajo sanción de nulidad, contendrá: "La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que ***justifican en concreto la medida dispuesta***, con cita de la norma procesal aplicable" (artículo 254,2,b) y, además, las medidas, deben adoptarse: "en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad" (artículo VII del TPCPP). Por mandato del principio de adecuación el juez debe individualizar, de manera específica e idónea, cuál medida debe ser dispuesta en relación a las circunstancia y necesidades del caso concreto y cuáles son los fines que legitiman su aplicación.

El principio de adecuación no es un principio que inspire propiamente de manera exclusiva a la prisión provisional, sino que se trata de un principio general que rige la aplicación de toda medida cautelar, ya sea personal o real. El principio de adecuación permite elegir la medida cautelar más idónea y adecuada –que no siempre será la prisión provisional- según los elementos de convicción y la clase de peligro procesal que concurre en el caso concreto.

La adopción de la medida más idónea y adecuada debe tomar en cuenta una serie de factores como la naturaleza de la medida, los elementos de convicción que vinculan a la persona al hecho, el peligro procesal, su intensidad, la gravedad del hecho, la pena a imponer, el comportamiento anterior del imputado en relación al proceso, entre otros factores.

Es incorrecto sostener como realiza el TC peruano que: "el sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física del procesado, dado que mientras no exista sentencia condenatoria, se presume que éste es inocente, sólo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria[51]". Creemos que la obligación de buscar y elegir la medida cautela más idónea y necesaria procede aun en los casos en que la persona haya pretendido rehuir de la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

### e. El fundamento del principio de excepcionalidad de la prisión provisional

11. El fundamento de la excepcionalidad de la prisión provisional es variado y plural.

En primer lugar, se encuentra el respeto al principio de ***presunción de inocencia*** que como regla de tratamiento obliga a preservar la libertad personal en el seno del proceso penal, salvo que haya razones o motivos fundados de que la persona pueda evadir, en concreto, el sistema de justicia, ya sea huyendo o entorpeciendo la actividad probatoria. La presunción de inocencia y el respeto a la dignidad de la persona humana que obliga a tratar al imputado como sujeto de derecho dentro del proceso penal lleva a consagrar la regla de la libertad y la privación de la libertad como

51 Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa. También: Exp. N.º 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.º 2560-2004-HC/TC; Caso: Jaime García Marca.

su excepción. A partir del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, 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[52]. Si es que no cumple con este mandato se viola, además, del principio de presunción de inocencia el derecho a no ser sometido a detención arbitraria consagrado en el artículo 7.3 de la Convención[53].

En segundo lugar, se encuentra el ***principio de proporcionalidad*** que sobre la base de que se trata de la medida cautelar más severa, extrema y radical no solo del sistema penal, sino del ordenamiento jurídico exige un uso restringido, limitado a cuando la conservación de los fines del proceso se haga indispensable y las circunstancias del caso, luego de la comprobación de los requisitos legales, tanto formales y materiales, así lo aconseje. En efecto, al constituir la medida cautelar más lesiva de la libertad personal que se puede imponer al imputado, su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática[54].

En tercer lugar, se destaca la necesidad de reconocer y garantizar el principio ***pro homine***, por el cual toda limitación a los derechos humanos –la prisión provisional, lo es– debe ser interpretada y aplicada de manera restrictiva a fin de favorecer la vigencia y efectividad del derecho a la libertad personal. Tal como lo ha reconocido la Comisión IDH:

---

52 *Argüelles y otros c. Argentina* 20 de noviembre del 2014, párr. 130; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo de 2014, párr. 326; Instituto de Reeducación del menor c. Paraguay de 02 de setiembre de 2004, párr. 228.

53 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 326.

54 *Instituto de reeducación del menor c. Paraguay*, 02 de setiembre de 2004, párr. 228.

> Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada[55].

12. Tal como lo ha establecido la Corte IDH, en el proceso penal la regla general debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal o no[56], ya que este goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad que impone la regla de que el imputado debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de ***persona no condenada***[57]. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de privación preventiva de la libertad a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso, esto es, para asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia[58]. En este sentido, se podrá or-

---

55 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; párr. 75.

56 *Barreto Leiva c. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 121; *Argüelles y otros c. Argentina,* 20 de noviembre del 2014, párr. 130; *Tibi c. Ecuador*, 07 de setiembre de 2004, párr. 106; *López Álvarez c. Honduras* de 01 de febrero de 2006, párr. 67; *Acosta Calderón c. Ecuador* de 24 de junio de 2005, párr. 74; *Barreto Leiva c. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 67; *Palamara Iribarne c. Chile*, 25 de noviembre de 2005, párr. 196.

57 *Ruano Torres y otros c. El Salvador*, 05 de octubre del 2015, párr. 126; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 310); *Argüelles y otros c. Argentina,* 20 de noviembre del 2014, párr. 130; *J. C. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 157.

58 *Argüelles y otros c. Argentina,* 20 de noviembre del 2014, párr. 122; *Barreto Leiva c. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 111; *Suárez Rosero c. Ecuador* de

denar la prisión preventiva solo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio[59].

La Corte IDH reiteradamente ha señalado que para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática[60]. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención[61].

La Comisión IDH ha destacado que:

> 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 de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. 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

---

20 de noviembre de 1997, párr. 77; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 312.a; *Usón Ramírez c. Venezuela* de 20 de noviembre de 2009, párr. 144.

59 *Tibi c. Ecuador* de 07 de setiembre de 2004, párr. 106; *Usón Ramírez c. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, párr. 144.

60 Véanse, los casos: *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, 08 de julio de 2004, párr. 97; *Servellón García y otros c. Honduras*, 21 de setiembre de 2006, párr. 88; *López Álvarez c. Honduras*, 01 de febrero de 2006, párr. 66; *Palamara Iribarne c. Chile*, 25 de noviembre de 2005, párr. 197; *Familia Barrios c. Venezuela* de 24 de noviembre de 2011, párr. 53; *Torres Millacura y otros c. Argentina*, 26 de agosto de 2011, párr. 71.

61 *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, 25 de noviembre de 2005, párr. 128; *Vélez Loor c. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 166.

al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa[62].

## f. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del Comité de Derechos Humanos y de la Corte IDH

13. El Comité de DH ha sentado la doctrina que:

> El Comité reafirma su jurisprudencia en el sentido de que la prisión preventiva debe ser la excepción y la fianza debe ser concedida, salvo en situaciones en que haya posibilidades de que los acusados puedan esconderse o destruir pruebas, influir en los testigos o huir de la jurisdicción del Estado Parte[63]. El mero hecho de que el acusado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera de juicio. El Estado Parte ha sostenido en realidad que había un temor bien fundado de que los autores saliesen de la jurisdicción española si se les concedía la libertad bajo fianza. Sin embargo, no ha comunicado los motivos de ese temor, ni por qué no pudo hacerle frente fijando la fianza en un monto apropiado o estableciendo otras condiciones para la puesta en libertad. La mera conjetura de un Estado Parte de que un extranjero pueda salir de su jurisdicción si se le concede la libertad bajo fianza no justifica una excepción a la regla establecida en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto. En esas circunstancias, el Comité considera que se ha violado este derecho de los autores[64].

Asimismo, el Comité ha destacado que:

> Los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto[65].

---

62 Informe N.º 12/96; Caso 11.245, *Jorge A. Giménez V. Argentina*, 1 de marzo de 1996, párr. 84; Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 94.

63 Comunicación N.º 1085/2002; *Abdelhamid Taright, Ahmed Touadi, Mohamed Remli y Amar Yousfi c. Argelia*; párr. 8.3; Comunicación N.º 526/1993, *Hill c. España*, dictamen aprobado el 2 de abril de 1997, párr. 12.3; Comunicación: 1178/2003, *Smantser c. Belarús*, párr. 10.3.

64 *Michael y Brian Hill c. España*, Comunicación N.º 526/1993, 02 de abril de 1997; párr. 12.3.

65 Observación General N.º 35; Artículo 9 (libertad y seguridad personales); aprobada por el comité en su 112º Período de sesiones (desde el 7 hasta el 31 de

14. La Corte IDH en la solución de un caso concreto enfatizó, por ejemplo, de que en la jurisdicción militar chilena, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción, de tal modo que razonó que:

> [D]e las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando "el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo". Es decir, la libertad condicional es un "beneficio" que el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla. La interpretación de la normativa interna realizada por las autoridades militares en el presente caso, supuso que dicha medida cautelar restrictiva de la libertad personal, no revistiera, como lo exige la Convención, carácter excepcional. Por el contrario, al dictar prisión preventiva sin tener en cuenta los elementos legales y convencionales para que esta procediera, el Estado no respetó el derecho a la presunción de inocencia del señor Palamara Iribarne, debido a que, tal como surge de los hechos del caso, no desvirtuó dicha presunción a través de la prueba suficiente sobre la existencia de los requisitos que permitían una restricción a su libertad[66].

### g. La excepcionalidad de la privación de la libertad y la posición del TC peruano

15. Por su parte, el TC peruano ha prescrito:

> La prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado constitucional de derecho, pues en la defensa de su pleno ejercicio subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y es allí donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención

---

octubre de 2014); párr. 38. También: Comunicación: 1178/2003, *Smantser C. Belarús*, párr. 10.3.

66 *Palamara Iribarne c. Chile* de 25 de noviembre de 2005 párr. 212 y 213).

> provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional[67].

16. Asimismo, el propio TC peruano ha declarado que:

> Al tratarse la detención judicial preventiva de una medida excepcional, el principio favor libertatis impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado[68]. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera 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 de la detención judicial preventiva[69].

El TC peruano ha sostenido que: "si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta 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 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 sólo

---

67 Exp. N.º 4107-2004-HC/TC; Caso: Leonel Rlchi Villar De La Cruz; Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC; Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 0020-2004-HC/TC Lima Iván Calderón Dávila; Exp. N.º 1634-2003-HC/TC; Caso: Wilmer Reyes Tejeda; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC: Caso: Loza Munárriz; Exp. N.º 1567-2002-HC/TC; Caso: Rodríguez Medrano; Exp. N.º 289-2002-HC/TC; Caso: Pizarro De La Cruz; Exp. N.º 3357-2003-HC/TC Caso: Huamán Córdova.

68 Exp. N.º 1260-2002-HC/TC, Caso: Amadeo Domínguez Tello.

69 Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa; Exp. N.º 2560-2004-Hc/Tc; Caso: Jaime García Marca; Exp. N.º 791-2002-HC/TC; Caso: Grace Mary Riggs Brousseau.

en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general"[70].

El TC ha señalado que: "en atención a la incidencia que tiene en la libertad física de una persona a la que se presume inocente, sólo cabe apelar a ella, ya para adoptarla, ya para mantenerla. Ello significa que su aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal. En ese sentido, la regla general debe ser que los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena[71].

### h. La excepcionalidad extrema de la privación cautelar de la libertad de los niños

17. En el caso de privación de libertad de niños, o jóvenes la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad y en sentido reforzado, ya que aquí lo que debe prevalecer es la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad

70 Exp. N.º 03223-2014-PHC/TC; Caso: Pedro Omar Alfredo Rodríguez Molina Representado Por Percy Omar Rodríguez Aguilar; Exp. N.º 9809-2006-PHC/TC; Caso: Fernando Melcíades Zevallos Gonzalez; Exp. N.º 5100-2006-PHC/TC; Caso: Marco Antonio Narváez Natividad; Exp. N.º 3308-2005-Phc/Tc; Caso: Abimael Guzmán Reynoso Y Otros; Exp. N.º 3914-2004-HC/TC Lima Florencio Tomateo Espinoza; Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa.

71 Exp. N.º 1091-2002-HC/TC; Caso: Vicente Ignacio Silva Checa.

vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. Este precepto está regulado en diversos instrumentos y reglas internacionales[72].

Cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de los niños, esta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque:

> Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda [...].

### i. Las consecuencias de la excepcionalidad de la privación cautelar de la libertad

18. La excepcionalidad de la prisión provisional emerge de la valoración positiva del derecho a la libertad de locomoción de la que goza toda persona y la prohibición de aplicar una pena anticipada a un ciudadano sobre quien no recae todavía una sentencia firme y ejecutoriada, dado que le asiste la garantía a la presunción de inocencia[73].

La prisión provisional genera en el imputado una serie de perjuicios de carácter personal familiar, profesional y social. Es, incluso, más grave que el cumplimiento de la pena misma, ya que el imputado más allá de no definir su situación jurídico y de no saber

72 Instituto de reeducación del menor c. Paraguay, 02 de setiembre de 2004, párr. 230).

73 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 522; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; T. I; p 206.

si será condenado o absuelto desconoce el tiempo real que estará en prisión[74].

Las consecuencias que se derivan del principio de la ***excepcionalidad*** de la prisión provisional es que:

i) Se prohíbe que solo se pueda dictar una sola y exclusiva medida cautelar tan grave como la prisión provisional;

ii) Se debe dictar la privación de la libertad cuando hay graves y fundados elementos de convicción de que una persona ha cometido el delito a título de autor o partícipe. Se trata de un juicio de conocimiento que consiste en un juicio de probabilidad positiva[75];

iii) Solo se debe imponer la prisión provisional por fines procesales legítimos como es el evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria. Están proscritos fines sustantivos o el cumplimiento de otros fines procesales v. gr. confesión del imputado, colaboración con la justicia;

iv) La aplicación de la medida cautelar es legítima siempre que se demuestre que no hay otras medidas menos aflictivas que pueden ayudar alcanzar la finalidad cautelar. Si otros instrumentos procesales permiten conseguir el objetivo legítimo deben tener preferencia y ser la prima ratio de la intervención en la libertad personal[76].

v) La privación cautelar de la libertad personal solo se debe producir en casos absolutamente necesarios e indispensables para

74 Cfr. González – Cuellar Serrano, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*; p. 204.

75 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 523.

76 Cfr. Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 98; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 137.

lograr un fin cautelar (procesal) legítimo[77]. Debe acreditarse la necesidad de dictar la privación de la libertad para lograr alcanzar los fines del proceso[78].

vi) La privación de la libertad no puede constituir un mandato obligatorio para cierto tipo de delitos por más graves, perjudiciales u horrendos que sean v. gr. Terrorismo, tráfico de drogas, abuso sexual de menores, secuestro, etc. y que abarca todo el procedimiento hasta la sentencia.

vii) Lo mismo ocurre cuando no habiendo dicha obligación general se prohíbe que una vez dictado el dictado del encarcelamiento preventivo se pueda obtener la libertad provisional o bajo caución. En estos casos es evidente la finalidad del legislador de imponer una pena antes de la sentencia. [*delitos no excarcelables*][79].

viii) Solo se pueda dictar prisión provisional en caso los delitos establezcan una determinada clase de pena v. gr. pena privativa de libertad y se fije de manera inequívoca un determinado marco mínimo sobre el cuál no procede dictar la medida v. gr. cuatro años de pena privativa de libertad.

19. El carácter indispensable de la medida cautelar, en especial, cuando se decreta la prisión preventiva, ha sido destacada por la Comisión IDH al señalar:

> Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas

77 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 148.

78 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 524; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 129.

79 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Derecho Procesal Penal*; p. 526; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*; T. I; p. 525; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 146.

a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan[80].

El TEDH ha destacado que la prisión provisional es una medida excepcional que se puede utilizar sólo en casos en los que resultaría estrictamente necesario[81].

### j. La *prima ratio* y la posición preferente de otras medidas menos lesivas a la libertad personal

20. De haber otras medidas procesales que aseguren de manera confiable la presencia del imputado en el proceso se debe optar de manera preferente por las medidas menos lesivas y perjudiciales a la libertad personal. El principio de la excepcionalidad de la detención –que no es una exigencia académica, un trato deferente, pero prescindible, con el imputado, sino un mandato obligatorio, dada su consagración explícita en el artículo 9.3 del PIDCP– obliga:

    i) Al legislador a implementar y adoptar en la legislación procesal vigente una serie de medidas alternativas distintas a la prisión provisional, las mismas que deben ser adecuadas y eficaces, tendientes a asegurar la presencia del imputado en el proceso;

    ii) Es un mandato directo, de ejecución inmediata, al juez a fin de que dote de contenido y aplique la obligación que forma parte de un Tratado de DDHH. El juez debe contar con la posibilidad de elegir entre las medidas menos gravosas y perjudiciales a la libertad personal, de tal manera que solo cuando no exista en el caso concreto una medida menos dañina y de semejante eficacia a la prisión provisional que asegure la sujeción del imputado al proceso, se debe optar recién por esta última. Como ha señalado el TEDH: "la privación de la libertad es una me-

80 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009.

81 *Dinler c. Turquía*, 31 de mayo de 2005, párr. 51; *Contrada c. Italia*, 14 de enero de 1997, Decisión de la Comisión EDH.

> dida grave que sólo se justifica cuando se han considerado otras medidas menos severas y estas aparecen como insuficientes para salvaguardar el interés individual o público, de tal manera que se exige la detención. No es suficiente que la privación de libertad sea conforme con la legislación nacional, ella debe ser necesaria en las circunstancias del caso"[82].

El juez no solo debe hacer un examen mental, interno, íntimo acerca de la posibilidad de la excepcionalidad de la prisión provisional en el caso concreto. Por el contrario, debe justificar de manera expresa y abierta dicho razonamiento a fin de validar su decisión a la luz de las exigencias convencionales y constitucionales básicas que legitiman la imposición de la afectación más intensa a la libertad personal. Dicho razonamiento explícito, autosuficiente, ha de precisar no solo por qué se opta y elige la aplicación de la prisión provisional, sino fundamentalmente por qué se desecha y deja de lado otras medidas menos gravosas contempladas en la legislación procesal. No se trata de pedir al juez que efectúe un examen de conveniencia o de preferencia personal acerca de la aplicación de la prisión preventiva respecto a las otras medidas, sino de exigirle un razonamiento meticuloso acerca de la ***necesidad*** y ***proporcionalidad*** de la medida en el caso concreto.

A las partes (*función endoprocesal de la motivación*) y a los ciudadanos (*función extraprocesal de la motivación*) no les interesa saber las preferencias ideológicas, formativas del juez, ni su especial predisposición por alguna medida cautelar, en especial la prisión preventiva. Lo que se busca aquí es exigir, como consecuencia de un mandato jurídico obligatorio contenido en un Tratado de DH (PIDCP) y de una serie de reglas mínimas en las que existe consenso internacional, que el juez efectúe una operación racional y un razonamiento específico y claro acerca de la necesidad de la prisión preventiva en el caso concreto y el rechazo explícito de otras medidas no privativas de la libertad que pueden resultar por-

82 *Ambruszkiewicz c. Polonia*, 4 de mayo de 2006, párr. 31.

tadoras de igual e, incluso, de mayor eficacia a la hora de lograr la sujeción del imputado al proceso. En buena cuenta, lo que se le reclama y exige a los Tribunales de justicia, como una obligación legal inexorable, no es tanto que justifiquen el por qué sí de la prisión provisional, sino el ***por qué no*** se opta por otras medidas menos lesivas.

## III. LA REGLA DE TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INFLUENCIA EN LA PRISIÓN PROVISIONAL

### a. La regla de tratamiento y los fines procesales legítimos de la prisión provisional: el aseguramiento procesal

21. La presunción de inocencia como regla de tratamiento en el proceso tiene una especial incidencia en la configuración del instituto de la prisión provisional, lo que obliga a prohibir a que ella sea utilizada como la ejecución anticipada de una sanción penal[83] o se tenga una visión sustancialista de la misma vinculado a fines del Derecho penal material[84]. En un Estado de Derecho se repugna el anticipar una pena al imputado durante el proceso penal[85]. La

---

83 Cfr. Tonini, Paolo – Conti, Carlotta; *Il diritto delle prove penali*; Milano; Giuffrè; 2 ed.; 2014; p. 68; Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; p. 3; Ubertis, Giulio; *Sistema di procedura penale*; p. 189; Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; pp. 235 y 400; Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Vol. I; p. 182; Mazza, Oliviero; *Procedura Penale*; p. 115. En la doctrina latinoamericana: Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 142; San martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 116; Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; T. I; p 206; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 77 y 92.

84 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 140; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 94.

85 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 513; Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*;

prisión preventiva tanto en sus fines como es su sentido no puede ser equiparada formal y materialmente a la pena[86]. Dicha medida es inevitablemente aflictiva y se distingue de la pena tanto desde el plano estructural, en su finalidad como en su duración[87]. La imposición de una pena requiere la realización de un proceso (*nullum pena, sine iudicio*), el agotamiento de una actividad probatoria, el respeto a las garantías mínimas del proceso penal, tanto constitucional como convencional, y en el que el veredicto de culpabilidad se alcance más allá de una duda razonable por medio de una sentencia condenatoria. En la prisión provisional hay un proceso penal en estado incipiente, no se ha agotado la actividad probatoria, las diversas garantías del proceso penal recién comienzan a desplegarse (derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a contradecir, etc.) y su dictado no obedece ni se equipara a una sentencia condenatoria.

Una medida cautelar como la prisión provisional no puede perseguir cualquier interés o fin, sino que debe tender a proteger y realizar un bien o interés constitucionalmente protegido que justifique la afectación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad personal[88].

Una medida cautelar tan grave e intensa como la prisión provisional solo puede justificarse cuando exista un peligro en el concreto

---

en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 147: "Desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de anticipar la pena, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad -de que el inculpado sea, sin más, culpable- se puede justificar su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo".

86 Cfr. Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 120; Ubertis, Giulio; *Sistema di procedura penale*; p. 189.

87 Cfr. Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 122.

88 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; Madrid; Civitas; 2012; p. 569.

y específico proceso penal[89] v. gr. riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. Si en el proceso penal no exista un riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, o éste ha cesado, carece de justificación ordenar o mantener la prisión provisional. Desde el punto de vista terminológico es discutible la configuración del peligro de fuga como un presupuesto de la prisión provisional, pues como señala Jordi Ferrer: "un inocente no se fuga, sino viaja"[90]; de tal manera que debe hablarse mejor de una falta de vinculación al proceso o de la necesidad de evitar que el imputado se desvincule o no se sujete a las reglas del proceso.

Las medidas cautelares personales deben tender a lograr fines procesales como es el asegurar la presencia del imputado en el curso del proceso penal o al propósito de evitar que el imputado pueda suprimir o alterar los elementos de prueba[91]. El fin de la prisión

89 Cfr. Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; p. 400. En la doctrina latinoamericana: Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; pp. 514 y 516; Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; p. 151; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 147; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 118; él mismo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Lima; Fondo Editorial de la PUCP; 2009; p. 100; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; pp. 157, 185; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; Lima; Idemsa; 1 Reimp.; 2008; p. 136.

90 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 255.

91 Cfr. Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Vol. I; p. 182. En la doctrina española: Asencio Mellado, José María; *La Prisión* provisional; Madrid; Civitas; 1987; p. 30 y ss; Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; pp. 126 y 138; Moreno Catena, Víctor; en: *Derecho Procesal Penal*; Valencia; Tirant lo Blanch; 6 ed.; 2012; p. 268. En Latinoamérica: Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 146; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 118; Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso

provisional es la tutela del proceso y de su resultado[92]. Dicha institución cumple la función de ***aseguramiento procesal***[93].

La presunción de inocencia puede ceder a nivel del proceso penal y en concreto en la configuración y aplicación de las medidas cautelares siempre que se pretenda alcanzar un fin constitucional legítimo[94].

Por ello, se sostiene que la justificación de la prisión provisional solo puede encontrarse en un fundamento de carácter procesal.

Desde el punto constitucional y convencional se aceptan como fines legítimos de la prisión provisional dos clases de peligros[95]:

---

penal; Lima; Fondo Editorial de la PUCP; 2012; p. 94; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 94; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 136.

92 Cfr. Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; p. 123; Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; p. 400.

93 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; p. 151; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 14; Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 10; Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; p. 20; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 146 y 148; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 514. En la doctrina peruana: Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 117, 199 y 121; Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 95; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 89 y 99; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 143.

94 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 10.

95 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 459 quien alude a la adopción en nuestro derecho procesal penal de la teoría de los dos peligros.

i) La evitación del riesgo de fuga del imputado que se logra con el aseguramiento de su disponibilidad física a lo largo del proceso penal. Se denomina también peligro de fuga o de no comparecencia al proceso[96]. Hay un interés constitucional y público legítimo de evitar que el proceso pueda suspenderse por el hecho de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia. Independientemente del resultado del proceso (absolución o condena) el imputado tiene una obligación legal de comparecer -que es distinto del derecho a declarar o no- y de cumplir con las reglas del proceso penal.

Se trata de una función autónoma y no subordinada a otras funciones de las medidas cautelares, en especial, de la prisión provisional[97].

El peligro de fuga o de incomparecencia no se puede presumir, sino que debe ser acreditado de manera rigurosa por la fiscalía mediante hechos concretos y la evidencia que la respalda.

En la consideración de si existe o no peligro de fuga debe tomarse en cuenta una serie de factores. Por ejemplo, ha de analizarse si el imputado conocía y fue informado de la investigación oportunamente. Si la investigación fue reservada o simplemente nunca se le notificó válidamente no puede inferirse objetivamente el peligro de fuga. También se debe tomar en cuenta la vinculación del imputado a la investigación v. gr. sí concurrió o no a las citaciones que se le notificaron válidamente[98], sí mostró mediante actos objetivos su predisposición

96 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 12; San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 627.

97 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 78.

98 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre

de apersonarse, defenderse y colaborar en la investigación, sí atendió o no los requerimientos que se le hizo (v. gr. entrega de documentos, etc.). De igual modo, debe ponderarse si tiene otros procesos penales u otras investigaciones y cuál fue su comportamiento procesal.

En el ámbito personal debe evaluarse si el imputado tiene arraigo familiar, laboral, domiciliario y social; si ofrece o no una caución como forma de sujetarse al proceso penal[99].

ii) La evitación de la destrucción, modificación, supresión o falsificación de las fuentes de prueba relevantes para el esclarecimiento del caso y que, en concreto, se relaciona con la imputación penal formulada por el Ministerio Público. Aquí se prohíbe la conducta ilegal del imputado, ya sea como autor o instigador, de destruir o alterar las fuentes de prueba o afectar su autenticidad o veracidad v. gr. se influye en los testigos para que declaren de tal o cual manera faltando a la verdad[100] o se altera la autenticidad de un documento. Lo que se busca es que el imputado no intervenga directamente, o a través de terceros, por ejemplo, destruyendo pruebas, altere la escena del crimen o ciertos documentos que lo vinculen con los hechos materia de imputación o que intimide a los testigos, peritos a otros coimputados para que declaren en un determinado sentido y no en otro.

---

del 2002; p. 12: "el principal indicio de peligro de sustracción del imputado de la acción de la justicia es la incomparecencia injustificada a un llamamiento del órgano jurisdiccional".

99 Ampliamente, San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 460.

100 Debe tomarse en cuenta que no constituye entorpecimiento de la actividad probatoria el hecho de que el imputado se reúna con los testigos, el que converse con ellos (formal o informalmente) o que les sugiera declarar en un determinado sentido, sino el declarar faltando a la verdad. Por ejemplo, no puede considerarse como obstaculización probatoria el hecho de que el imputado pida a los testigos hablar con la verdad o declarar cómo sucedieron los hechos.

El peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria no se puede presumir, sino que debe ser acreditado de manera rigurosa por la fiscalía mediante hechos concretos y la evidencia que la respalda. Este riesgo debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otras medidas de coerción[101].

Debe valorarse si el imputado fue notificado e informado oportunamente de la investigación. Por ejemplo, la Corte IDH ha señalado que si en una investigación se ordena el secreto del sumario, queda claro que la persona no puede obstruir dichas diligencias[102].

El imputado debe encontrarse en poder de las pruebas (v. gr. documentos, huellas del delito, etc.) que puede suprimir, modificar o falsificar o también, sin que ello ocurra, dicha evidencia puede encontrarse a su disposición y merced. De igual forma, en el caso de la prueba personal el imputado por su posición o capacidad puede encontrarse de manera decisiva en capacidad de influir en testigos, coimputados, peritos[103], entre otros.

Las fuentes de prueba que se destruyen, modifican, suprimen o falsifican deben incidir de manera relevante en el esclarecimiento de la imputación, ya sea para fortalecerla o ponerla en entredicho[104]. La incidencia sobre fuentes de prueba irrelevantes o que no ayudan de modo alguno en la averiguación de la verdad no puede tener importancia en la determinación de si existe o no entorpecimiento de la actividad probatoria. De

101 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 462.

102 *Palamara Iribarne c. Chile*, 25 de noviembre de 2005, párr. 161 y 162.

103 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 17; San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 627.

104 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; p. 632.

igual modo, si el imputado solo incide en fuentes de prueba que acreditan la responsabilidad civil, y no la responsabilidad penal, no puede hablarse jurídicamente de obstaculización probatoria que justifique la prisión provisional[105].

Si los órganos de persecución pueden asegurar las pruebas desde el inicio de la investigación neutralizando con ello cualquier acción del imputado no es posible asumir con rigor constitucional que hay un riesgo serio y grave de entorpecimiento de la actividad probatoria y que, por tanto, deba dictarse la prisión provisional. La inercia o la poca diligencia de la fiscalía para asegurar las fuentes de prueba empleando diversos mecanismos y procedimientos legítimos no puede ser descargado luego en los hombros del imputado. La inseguridad e incertidumbre de la prueba provocada por la deficiente investigación fiscal o la falta de un adecuado control no puede ni debe generar un requerimiento de prisión provisional. Quien debe asegurar la prueba es el Ministerio Público; no el imputado.

Creo que es necesario distinguir el aseguramiento de la prueba[106] del peligro grave de entorpecimiento de la actividad probatoria. La necesidad de asegurar la prueba como regla no siempre debe conducir a pedir o a dictar la prisión provisional, pues muchas fuentes de prueba no dependen, no son controladas o no están a disposición del imputado. La finalidad de asegurar los medios de prueba muchas veces requiere la adopción de medidas provisionales de carácter real o patrimonial, y no tanto de la prisión provisional. Solo el peligro real y grave de entorpecimiento de la actividad probatoria por parte del

105 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; p. 632; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 87.

106 Véase, Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 16.

imputado, o que se lleva a cabo a instancia suya, legitima la prisión provisional.

No constituye un fin legítimo de la prisión provisional el buscar que el imputado colabore en el esclarecimiento de los hechos, que confiese su participación en los hechos[107], etc. De igual modo, no puede considerarse como función legítima de la prisión provisional el que sea una fuente de "aseguramiento de prueba" o de aseguramiento de disponibilidad física del imputado con el fin de satisfacer necesidades probatorias[108].

Resulta absolutamente discutible desde la perspectiva constitucional y convencional de que se estime como riesgo de obstaculización el hecho de que el imputado pueda ocultar elementos o fuentes de prueba, sobre todo si no tiene ninguna obligación constitucional o legal alguna de descubrir o entregar evidencia que le pueda incriminarle. El imputado no tiene obligación de colaborar con la aportación de información que luego pueda perjudicar su posición jurídica[109].

Por ello, en el Perú, la prisión provisional se legitima si persigue conjurar cualquiera de los dos riesgos: el de fuga o la destrucción de pruebas. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes (v. gr. España), la prisión provisional no busca evitar la comisión de delitos[110].

---

107 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 14: "No se trata con este tipo de prisión de obligar al sujeto a declarar o a aportar pruebas contra sí mismo, en una sutil forma de tortura ("o hablas o no sales"), sino de evitar que impida que él o su entorno sea investigado".

108 En sentido distinto: Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 80.

109 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 85.

110 Véase, Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 14.

22. El TC peruano ha señalado que "se debe reiterar que la detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional"[111].

La prisión provisional también es una seria restricción del derecho a la libertad personal, la misma que constituye un valor fundamental para la preservación del Estado de Derecho, base de la democracia[112], pues tras la defensa de su pleno ejercicio subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional[113].

La única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo no responde a una decisión arbitraria del juez, es observar o analizar detenidamente los elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de los indicios o medios proba-

111 Exp. N.º 3014-2006-PHC, Caso: Raimundo Figueroa Lucana; Exp. N.º 02737-2006-PHC/TC, Caso: César Augusto Romero Reyes; Exp. N° 5310-2005-Phc, Caso: Alex Bill Aguilar Robles; Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC, Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 0020-2004-HC/TC Lima, Iván Calderón Dávila; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC, Loza Munárriz; Exp. N.º 1567-2002-HC/TC, Caso: Rodríguez Medrano; Exp. N.º 1774-2005-PHC/TC, Caso: Wilfredo Arana Gutiérrez; Exp. N.º 0808-2002-HC/TC, Caso: Tello Díaz; Exp. N.º 3357-2003-HC/TC, Caso: Huamán Córdova; Exp. N.º 1634-2003-HC/TC, Caso: Wilmer Reyes Tejeda; Exp. N.º 289-2002-HC/TC, Caso: Pizarro De La Cruz; Exp. N.º 0171-2005-HC/TC, Caso: Aviot Miranda Roque; Exp. N.º 1814-2005-PHC/TC, Caso: Christyan Jesús Salas Rueda; Exp. N.º 4107-2004-HC/TC, Caso: Leonel Rlchi Villar de la Cruz.

112 Exp. N.º 3380-2004-HC/TC, Caso: Aranda Baltazar; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC, Loza Munárriz; Exp. N.º 1567-2002-HC/TC, Caso: Rodríguez Medrano.

113 Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC, Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 0020-2004-HC/TC, Caso: Iván Calderón Dávila; Exp. N.º 289-2002-HC/TC, Caso: Pizarro De La Cruz.

torios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y del *quántum* de la eventual pena a imponerse, existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que en doctrina se denomina peligro procesal[114].

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que: "el principal elemento a considerarse con 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. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia[115]".

---

114 Exp. N.º 0320-2006-PHC/TC, Caso: Caciano Ccari Mamani; Exp. N.º 1567-2002-HC/TC, Caso: Alejandro Rodríguez Medrano; Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC, Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 0020-2004-HC/TC, Caso: Iván Calderón Dávila; Exp. N.º 289-2002-HC/TC, Caso: Pizarro De La Cruz; Exp. N.º 5490-2007-HC/TC, Caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez; Exp. N.º 1634-2003-HC/TC, Caso: Wilmer Reyes Tejeda; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC, Loza Munárriz; Exp. N.º 3357-2003-HC/TC, Caso: Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro.

115 Exp. N.º 01514-2011-PHC/TC, Caso: Sebastián Rojas Córdova a favor de Luis Abel Arcos Lazo; Exp. N.º 01397-2009-PHC/TC, Caso: Félix Joaquín Palomino y otros; Exp. N.º 02266-2009-PHC/TC, Caso: Javier Ttito Villasante; Exp. N.º 03593-2008-PHC/TC, Caso: Marvin Piero Mayorga Medina; Exp. N.º 03206-2008-PHC/TC, Caso: Juan José Ordaya Mantari; Exp. N.º 3390-2005-PHC/TC, Caso: Jacinta Margarita Toledo Manrique; Exp. N.º 1260-2002-HC/TC, Caso: Amadeo Domínguez Tello; Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, Caso: Silva Checa; Exp. N.º 1565-2002-HC/TC, Caso: Chumpitaz Gonzáles; Exp. N.º 376-2003-HC/TC, Caso: Bozzo Rotondo; Exp. N.º 2712-2002-HC/TC, Caso: Alex Wolfenson Woloch; Exp. N.º 1753-2003-HC/TC, Caso: José Julio Dellepiani Massa; Exp. N.º 2560-2004-HC/TC, Caso: Jaime García Marca; Exp. N.º 7928-05-PHC/TC, Caso: José Mercedes Meregildo Reyes; Exp. N.º 2305-2004-HC/TC, Caso: Alberto Luis Peralta Uatuco; Exp. N.º 1805-2005-HC/TC, Caso: Máximo Humberto Cáceda Pedemonte; Exp. N.º 791-2002-HC/TC, Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.º 2712-2002-HC/TC, Caso: Alex Wolfenson Woloch.

El TC ha señalado que la detención preventiva no constituye una pena, sino una medida cautelar, la que, en tal sentido, debe obedecer a la concurrencia de dos requisitos básicos, como son la apariencia de derecho (fumus boni iuris) y el peligro procesal, siendo este último el elemento más importante[116]. En efecto, el peligro procesal es el presupuesto indispensable por la propia configuración de toda medida cautelar y que, en puridad, es la regla más importante que fundamenta la legitimidad de la detención judicial[117].

La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, a las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y cualquier otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en tomo a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrario por no encontrarse razonablemente justificado[118].

---

116 Exp. N.º 02357-2008-PHC/TC, Caso: Abel Antonio Sánchez Chacón.

117 Exp. N.º 1753-2003-HC/TC, Caso: José Julio Dellepiani Massa; Exp. N.º 7928-2005-PHC/TC, Caso: José Mercedes Meregildo Reyes en el voto en discordia del magistrado Gonzales Ojeda.

118 Exp. N.º 01514-2011-PHC/TC; Caso: Sebastián Rojas Córdova a favor de Luis Abel Arcos Lazo; Exp. N.º 5490-2007-HC/TC; Caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez; Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC; Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 1567-2002-HC/TC, Caso: Alejandro Rodríguez Medrano; Exp. N.º 0020-2004-Hc/Tc; Caso: Iván Calderón Dávila; Exp. N.º 289-2002-Hc/Tc; Caso: Pizarro De La Cruz; Exp. N.º 02357-2008-Phc/Tc; Caso: Abel Antonio Sánchez Chacón; Exp. N.º 03206-2008-PHC/TC, Caso: Juan José Ordaya Mantari; Exp. N.º 03324-2008-Phc/Tc, Caso: Pedro Jorge

La limitación del derecho a la libertad locomotora no responde a juicios de responsabilidad, sino a criterios de índole preventivo o cautelar, orientados, fundamentalmente, a asegurar el éxito del proceso penal[119]. Por tanto, será la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad de estos criterios los que deberán ser evaluados por la justicia constitucional[120].

Si es que se justifica la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los imputados y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes[121].

Si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues esta parte de una presunción consti-

---

Eslava Ipenza; Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, Caso: Silva Checa; Exp. N.º 1260-2002-Hc/Tc, Caso: Amadeo Domínguez Tello; Exp. N.º 0872-2007-Phc/Tc; Caso: Angelica Maribel Malpica Lopez; Exp. N.º 3357-2003-HC/TC, Caso: Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro; Exp. N.º 3629-2005-PHC/TC, Caso: David Aníbal Jiménez Sardón; Exp. N.º 3380–2004–HC/TC, Caso: Feliciano Aranda Baltazar; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC: Loza Munárriz; Exp. N.º 1800-2003-HC/TC; Caso: Gerardo Alexander León Siguas.

119 Exp. N.º 9834-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro; Exp. N.º 3409-2004-HC/TC, Caso: Dienemann Schrader; Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, Caso: Bozzo Rotondo.

120 Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, Caso: Bozzo Rotondo.

121 Exp. N.º 1260-2002-HC/TC, Caso: Amadeo Domínguez Tello: "el Tribunal Constitucional considera que no se justifica la detención judicial arbitraria por el hecho de que el delito por el cual se les instruye a los recurrentes tenga previsto una pena superior a los 4 cuatro años. Si de lo que se trata es de evitar que en el caso se produzca una sustracción de la acción de la justicia por parte de los recurrentes (por lo demás, no expresada en la resolución recurrida y tampoco amparada en razones objetivas y razonables que permitan prever de manera cierta que ello ocurrirá), para ello el juez penal cuenta con una serie de medidas previstas en nuestro ordenamiento procesal penal menos aflictivas sobre la libertad individual de los recurrentes a los cuales puede apelar".

tucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación[122].

23. Para la Corte IDH el único fin legítimo que puede amparar el dictado de una medida cautelar es el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de

122 Exp. N.º 1567-2002-HC/TC; Caso: Alejandro Rodríguez Medrano: "Tal como se manifiesta en el Informe de la Subcomisión Investigadora del Congreso de la República de la Denuncia Constitucional N.º 11, de fojas 49 a 62, el accionante, a lo largo del proceso de investigación, cuestionó permanentemente la legalidad del encargo otorgado por la Comisión Permanente a la Subcomisión, teniendo, en cada oportunidad, que declarar la improcedencia de los pedidos, por carecer de base alguna. Del mismo modo, tal como se aprecia en el Informe de la Subcomisión Investigadora de la Denuncia Constitucional N.º 88, de fojas 63 a 85, el imputado, lejos de brindar argumentos de fondo para su defensa, insistió en perturbar el correcto desarrollo de la investigación, pretendiendo obstruirla con recurrentes argumentos de forma, señalando que la subcomisión no ha respetado el procedimiento establecido en la ley, que no se le ha dado a conocer el contenido de una serie de documentos conexos, que no se han adjuntado a las denuncias los documentos sustentatorios y deduciendo, en general, una serie de nulidades formales. Por último, tampoco se puede perder de vista que el recurrente no se presentó a la audiencia que se programó en la investigación que se le siguió en el Congreso de la República. Es particularmente ilustrativa, la observación que realiza la subcomisión al señalar "que el doctor Alejandro Rodríguez Medrano, lejos de presentar argumentos de hecho o de derecho que contribuyan a demostrar su posición respecto de las imputaciones que le han formulado, se ha limitado mayormente a agredir a los miembros de la Subcomisión Investigadora con frases, adjetivos o palabras. Por tal motivo, en una de nuestras últimas sesiones, nos hemos visto precisados a testar la palabra "cacareando" por exceder todo límite de tolerancia y, asimismo, lo hemos requerido para que guarde la debida compostura en sus recursos" (a fojas 70 del expediente)".

la justicia[123]. La Corte estima, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, que los requisitos que se requieren para la emisión de un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado[124].

La Comisión Interamericana de DH entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin[125].

---

123 Ampliamente, las sentencias de los casos: *Argüelles y otros c. Argentina,* 20 de noviembre del 2014, párr. 130; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile,* 29 de mayo del 2014, párr. 312.a; *J. c. Perú* de 27 de noviembre de 2013, párr. 159; *Chaparro Álvarez Y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; *Barreto Leiva c. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 113; *Servellón García y otros c. Honduras* de 21 de setiembre de 2006, párr. 90.

124 *Palamara Iribarne c. Chile* de 25 de noviembre de 2005, párr. 206 y 207: "En la referida orden de prisión preventiva de 12 de julio de 1993, el Fiscal no hizo referencia alguna a los elementos que la ley interna exigía para que procediera la privación de la libertad del señor Palamara Iribarne y no acreditó la obstaculización de la investigación por su parte. El Fiscal fundamentó una orden de prisión preventiva solamente con base en los elementos para emitir un auto de procesamiento y, como consecuencia de ello, el señor Palamara Iribarne permaneció privado de libertad cuatro días, del 12 al 15 de julio de 1993".

125 Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos; 2013; párr. 144; Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 81; La CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, *Jorge A. Giménez V. Argentina*, 1 de marzo de 1996, párr. 84: "El objetivo de la detención

En efecto, el artículo 7.5 prescribe: "Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Del tenor literal del precepto convencional se entiende que de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del proceso o del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.

24. La Corte IDH ha establecido en diversos fallos que la no precisión de los fines de la prisión provisional ni de la necesidad de la medida en el caso concreto conlleva a que la decisión sea considerada como contraria a la CADH, al constituir una ***decisión arbitraria*** (violación al art. 7.3). Con ello, se consagra la regla convencional obligatoria en la que, además, de la determinación de los requisitos fijados en cada legislación, la validez de una decisión judicial de prisión provisional se supedita a:

    i) La determinación específica de los ***fines de la prisión provisional*** que se entiende deben ser de naturaleza cautelar a fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso o neutralizar el riesgo actual de entorpecimiento de la actividad probatoria;

    ii) Debe establecerse, de manera expresa y clara, la ***necesidad de la medida*** en el caso concreto como consecuencia y mandato derivado del principio de proporcionalidad.

    Por ejemplo, la Corte IDH en el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile,* ha razonado:

---

preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial". También se anota: "En vista de que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo" (párr. 89).

> La prisión preventiva de Víctor Ancalaf Llaupe tampoco fue dispuesta para alcanzar un fin legítimo, pues en el auto de procesamiento no se hizo referencia a la necesidad de la privación de libertad ni al fin que se buscaba en el caso concreto con ella. La finalidad perseguida con la prisión preventiva quedó clara cuando se denegaron todas las solicitudes de libertad provisional formuladas por el señor Ancalaf Llaupe, lo mismo que las correspondientes apelaciones. La única motivación de las resoluciones denegatorias fue la de que ello se hacía "por estimarse peligrosa para la seguridad de la sociedad", "[t]eniendo presente el número de delitos que se imputan al procesado [y] el carácter de los mismos". Las apelaciones fueron desestimadas de plano y sin motivación[126].

En dicho fallo, además, se apuntó, respecto a otras personas a las que se les había privado injustamente de su libertad:

> La decisión relativa a Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Troncoso Robles no se refirió a si la medida cautelar perseguía algún fin procesal y era necesaria en relación con la investigación, sino que se limitó a ordenarla fundándose en que los imputados estaban sometidos a ese tipo de medida en relación con otros procesos. Tal razonamiento no sustenta la necesidad de la medida en relación con la investigación y procesamiento en el caso concreto[127].

En este caso la Corte IDH, correctamente advirtió que no se cumple con sustentar y justificar la ***necesidad*** de la medida cautelar con el solo hecho de afirmar que el imputado se encontraba sometido a otro tipo de medidas en otro proceso, ya que no se aborda en la decisión cuestionada el carácter indispensable de la prisión provisional en el caso concreto. El que una persona sujeta a un proceso penal con prisión provisional deba merecer una nueva prisión provisional en otro proceso que se abre constituye no solo un argumento insuficiente al no analizar el caso, sino porque lleva a considerar irracionalmente que todos los procesos posterio-

126 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c.* Chile, 29 de mayo del 2014, párr. 321.

127 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c.* Chile, 29 de mayo del 2014, párr. 337.a.

res al dictado de una medida cautelar tan extrema deben correr la misma suerte y merecer también el dictado de un mandato de detención.

La Corte IDH en el caso *Barreto Leyva Vs. Venezuela* reconoció la violación a la libertad personal debido a que:

> [L]a orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hizo mención a **la necesidad de dictar la prisión preventiva, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia.** Lo anterior, sumado al hecho de que la legislación interna únicamente requería de "fundados indicios de la culpabilidad", sin hacer alusión al fin legítimo que la medida cautelar debe buscar, llevan al Tribunal a concluir que la prisión preventiva en el presente caso se aplicó como la regla y no como la excepción. En consecuencia, se declaró que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención[128].

Asimismo, la Corte IDH al resolver un caso contra el Estado peruano ha identificado como una violación a la CADH el hecho de que una resolución judicial que dictó la prisión provisional no haya incluido motivación alguna sobre la necesidad de dictar la medida cautelar con base en alguno de los fines legítimos permitidos, esto es, asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo del procedimiento o que no eludirá la acción de la justicia. La resolución judicial que decretó la prisión provisional no precisó, por ejemplo, un razonamiento que demuestre que existiera la necesidad de detener preventivamente, en circunstancias objetivas y ciertas, en relación al caso concreto[129]. Al respecto razonó:

> [A]l analizar la fundamentación general incluida en la Resolución, es necesario destacar que la misma no incluyó motivación alguna sobre la necesidad de dictar la medida cautelar con base en alguno de los fines legítimos permitidos, esto es, asegurar que el procesado

128 *Barreto Leiva c. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 117 y 118.

129 *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 161.

> no impedirá el desarrollo del procedimiento o que no eludirá la acción de la justicia (...).La Corte advierte que la evaluación de la necesidad de la detención centrada única y exclusivamente sobre la base del criterio de la gravedad del delito, expresado en la pena en abstracto contemplada en la legislación, desnaturaliza la finalidad eminentemente procesal del instituto de la prisión preventiva y la convierte en una pena anticipada[130].

En efecto, debe tomarse en cuenta al momento de dictar prisión provisional la necesidad de la medida. Por ejemplo, si en una investigación se decreta el secreto del sumario, queda claro que la persona no puede obstruir dichas diligencias[131].

La sustentación explícita del *fin legítimo* de la prisión provisional y la *necesidad* de la misma se extiende también a los casos de las ***decisiones denegatorias de las solicitudes de revisión o cese de la medida***[132]. Así se ha señalado en un caso concreto:

> Las decisiones judiciales denegatorias de las solicitudes de revisión no cumplieron adecuadamente la función de analizar si era pertinente mantener las medidas privativas de libertad. Las afirmaciones de que "no hay nuevos antecedentes que revisar" y que "no existen antecedentes que permitan presumir que han variado las circunstancias que hicieron aconsejable la prisión preventiva", denotan una concepción errónea que parte de que tendría que comprobarse que las circunstancias iniciales variaron, en lugar de entender que es tarea del juez analizar si subsisten circunstancias que hagan que la prisión preventiva deba mantenerse y sea una medida proporcional para alcanzar el fin procesal perseguido. Las decisiones judiciales desconocieron la necesidad de justificar de manera motivada el mantenimiento de la medida cautelar impuesta y no se refirieron a ningún fin procesal que hiciera necesario que se mantuviera la misma. Inclusive en algún caso la resolución de mantener la prisión preventiva se adoptó sin motivación alguna[133].

---

130 *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 161 y 162.

131 *Palamara Iribarne c. Chile*, 25 de noviembre de 2005, párr. 161 y 162.

132 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c.* Chile, 29 de mayo del 2014, párr. 340.

133 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c.* Chile, 29 de mayo del 2014, párr. 340 y 341: "En cuanto a la

### b. La prisión provisional no debe perseguir fines procesales ilegítimos

25. Una de las principales consecuencias de asumir la regla de tratamiento de la presunción de inocencia en el proceso penal es que permite delinear y configurar los presupuestos legales de la prisión provisional, asumiendo solo los requisitos que son compatibles con los fines procesales y excluyendo aquellos fines que se alejan de las finalidades procesales legítimas[134] v. gr. se excluye la reiteración delictiva, la defensa social o la confesión.

La prisión provisional si bien tiende a evitar el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria no debe utilizarse como un ***instrumento de la investigación penal***, como si el ordenamiento jurídico a través del juez penal le instruyera al imputado que

---

decisión judicial de 23 de junio de 2003 que mantuvo la prisión preventiva de Jaime Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Juan Patricio Marileo y Patricia Troncoso Robles, la misma no contiene una explicación respecto a cuáles antecedentes se refería que "no hacen variar las circunstancias que hicieron aconsejable la prisión preventiva", y desconoció que la revisión de la prisión preventiva impuesta implica justificar de manera motivada la necesidad del mantenimiento de la misma. Ello resulta particularmente grave en este caso puesto que la adopción inicial de la medida cautelar no cumplió con ninguno de los requerimientos convencionales para su adopción". También en dicho se señaló: "En ninguna de las decisiones judiciales adoptadas en relación con las solicitudes de revisión del mantenimiento de la prisión preventiva de los señores Norín Catriman y Pichún Paillalao se efectuó un análisis de la necesidad de justificar de manera motivada el mantenimiento de la medida cautelar impuesta. Tampoco se hizo referencia a ningún fin procesal legítimo que hiciera necesario dicho mantenimiento. En ninguna de las decisiones judiciales se realizó una valoración de factores o criterios que pudieran conectarse con la búsqueda de un fin legítimo y justificaran la necesidad de la medida en el caso concreto" párr. 353).

134 Cfr. Asencio Mellado, José María; *La Prisión* provisional; p. 30 y ss; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 144; Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; pp. 126 y ss. En la doctrina peruana: Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 121.

el dictado de esta medida coercitiva se supedita a la actitud que muestre en el proceso o esté condicionado a la predisposición de colaborar[135]. La prisión provisional busca neutralizar el peligro de obstaculización de la prueba, pero no debe entenderse como un medio o una fuente de prueba. Por tanto, no debe verse como un mecanismo para el descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones a modo de un procedimiento legal de coacción sobre el imputado, pues de ser así se acercaría el proceso penal a la tortura indagatoria[136].

La prisión provisional tiene como meta evitar o neutralizar los peligros que comprometan la buena y correcta marcha del proceso penal: peligro de fuga y entorpecimiento de la actividad probatoria; pero su finalidad no es mejorar los medios y métodos del mismo, cubriendo sus vacíos y limitaciones. No constituye un paliativo de la ineficiencia del sistema penal o en concreto no ayuda a la producción de pruebas. Su misión es correctiva, no promocional. Esta medida coercitiva pretende impedir que las pruebas desaparezcan o se destruyan por acción del imputado, pero no busca ser un medio para obtenerlas[137].

26. La prisión provisional y su compatibilidad con la teleología tanto constitucional como legal no buscan bajo ninguna razón que los ciudadanos colaboren con la administración de justicia o que confiesen los delitos o que declaren conforme a las necesidades del proceso o la gravedad de los hechos imputados[138]. Una comprensión en sentido distinto pervierte la finalidad de la institución

---

135 Cfr. Hernández Gómez, Isabel; *Prisión provisional y garantías*; en: Revista de la Facultad de ciencias jurídicas; N.º 16/17; Año 2011/12; p. 69.

136 Por todos, Moreno Catena, Víctor; *Derecho Procesal Penal*; p. 524; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 136.

137 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 625.

138 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; p. 632; San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional

convirtiéndola en resabio inquisitorial y en un producto autoritario, antidemocrático que termina por menoscabar los derechos fundamentales. La satisfacción de las necesidades probatorias están lejos de la función estrictamente cautelar asignada a la prisión provisional[139].

El hecho de que la prisión provisional busque obtener fines procesales no quiere decir que sea legítimo imponer la prisión provisional con el objeto de que la persona confiese ser autor o partícipe de un delito; o simplemente se auto incrimine. El hecho de que la fiscalía se sienta más cómoda y tranquila para investigar teniendo al imputado privado de su libertad no quiere decir que se justifique la aplicación de la prisión provisional. El deseo y la voluntad de los órganos de persecución no pueden derogar ni estar por encima de los fines constitucionales de la prisión provisional[140].

Desde una perspectiva constitucional y convencional no todo fin procesal de la prisión provisional es legítimo.

Por ejemplo, es ilegítimo constitucional y convencionalmente que se pretenda utilizar la prisión preventiva con el fin de que el imputado pueda tener una activa colaboración con la administración de justicia[141] v. gr. colaboración eficaz, delación premiada en cualquier de sus formas. Ni la confesión del imputado ni la colaboración activa con el esclarecimiento de los hechos puede ser un fin legítimo de la prisión provisional. Por ello, se ha insistir que no todo fin procesal de la prisión provisional es un fin legítimo y respetuoso de los principios y reglas constitucionales.

---

Latinoamericano; 2004; p. 625; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 85.

139 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 624.

140 Cfr. Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 274.

141 Cfr. Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; p. 632; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 86.

Es incorrecto fundar y legitimar la prisión provisional cuando se afirma que el imputado ha querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal como es por ejemplo, no informar algunos pagos que recibía[142]. El no informar determinados sucesos vinculados a la imputación es parte del derecho a no autoincriminarse y a no empeorar su posición jurídica[143].

Pese a que la confesión judicial no es un fin legítimo de la prisión provisional, ello no impide a que el juez valore de manera adecuada la confesión de los hechos que realiza un imputado privado de su libertad, a fin de excluir y desechar la subsistencia de una

142 Por ejemplo, el TC peruano en el Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, Caso: Vicente Ignacio Silva Checa, ha convalidado una prisión provisional al razonar que: "al hecho de haber querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal, como son no informar que, por asesoramiento en materia de comunicaciones, recibía la suma de ocho mil dólares americanos; que sumados al importe por gastos de mantenimiento, hacían un aproximado entre veinte a veinticinco mil dólares mensuales y que recibió cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10 de televisión.".

143 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 462; Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; p. 117 quien crítica la sentencia del TC (ver nota anterior) al sostener: "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 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, 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 persona" .

medida cautelar tan gravosa, dictando con ello la cesación de la prisión preventiva[144].

En la realidad peruana y latinoamericana, la prisión provisional es utilizada muchas veces como una institución inquisitorial que lo único que busca es constreñir al imputado a *confesar* o a *colaborar* en el esclarecimiento de la comisión del delito[145]. Se trata de provocar situaciones para la incriminación del imputado[146]. Frente al fracaso en el acopio de la prueba, para cubrir las miserias o limitaciones de la investigación es que se opta por acudir a la prisión provisional. Ella potencia la sensación de seguridad, mejora la percepción de la justicia penal por la población y ayuda al [supuesto] acopio de pruebas.

Contra ello se recuerda que la presunción de inocencia exige un cambio no solo del modelo procesal e implica el pleno respeto de la persona humana, sino que supone la adopción de técnicas de investigación legítimas que requieren de planes, estrategias y ejecución de actos para descubrir hechos delictivos[147]. Desde el momento que se abandonó los métodos inquisitivos la finalidad de la investigación y el proceso penal no es más el buscar obtener a toda costa la confesión del imputado.

La prisión provisional es empleada en la práctica como un medio de coacción, presión o en el mejor de los casos de inducción para que el imputado colabore o confiese la comisión de delitos. No es raro que muchas veces la adopción o mantenimiento de la medida cautelar tienda a lograr la confesión del imputado ya que no se tiene otro medio de prueba convincente que acredite su presunta responsabilidad penal o busque a toda costa la delación de otros

144 Cfr. Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; p. 402.

145 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 627.

146 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 67.

147 Cfr. Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 275.

autores o partícipes con el fin de levantarle la medida, convirtiendo su esencia de medio de protección de la prueba a medio de obtención de la prueba[148].

Una comprensión semejante de la prisión provisional no haría más que legitimar el reemplazo asolapado de la tortura como medio para la obtención de la confesión y de la verdad por esta clase de medida coercitiva, incurriéndose en una estafa de etiquetas y en una profunda perversión de los medios de actuación del proceso penal en un Estado de Derecho. El principio del Estado constitucional de que la verdad no puede ser obtenida por cualquier precio se relaja notablemente, toda vez que ahora se obtiene a costa de la privación de la libertad temporal.

En muchas ocasiones la prisión provisional aparece como uno de los instrumentos más letales y peligrosos que comprometen la vigencia de los derechos fundamentales como el derecho de defensa, el derecho a guardar silencio o a no autoincriminarse. Incluso, las declaraciones contradictorias prestadas por el imputado no deben conducir a una valoración negativa y justificar la adopción de medidas cautelares[149].

Por otro lado, del comportamiento pasivo del imputado no se puede obtener ni alcanzar consecuencias negativas o perjudiciales en la determinación de sus derechos. No es correcto, por ejemplo, que de una conducta de no colaboración en el esclarecimiento de los hechos, de evasión en las respuestas o de simple pasividad se pueda concluir que hay razones para dictar una medida coercitiva grave como es una prisión provisional o la detención domiciliaria. Por ello, debe criticarse severamente la sentencia del TC que razonó que:

> 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

148 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 629.

149 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 462.

> pasividad 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[150].

Creemos, en primer lugar, que no se pueda fundar una medida cautelar tan grave como la prisión provisional (o el arresto domiciliario) en el solo hecho de realizar actos positivos que desvíen la actividad de investigación del aparato estatal ya que con ello se está imponiendo para el ciudadano una obligación de colaboración activa y en un solo sentido dentro del proceso penal, quebrantando la esencia de la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la garantía de no autoincriminación[151].

La persona sujeta a un proceso penal o a una investigación tiene determinadas obligaciones procesales pero ninguna relacionada a declarar la verdad o a colaborar en el esclarecimiento de los hechos en la misma línea que el Ministerio Público. No tiene ninguna obligación ni constitucional ni legal de colaborar a su propia condena. Tampoco puede plantearse una prohibición jurisprudencial, al margen de cualquier previsión legal, consistente en no desviar el curso de las investigaciones.

---

150 Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, Caso: Bozzo Rotondo.

151 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; p. 119: "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".

Tampoco existe una obligación de colaboración activa en el inicio del proceso, en el desarrollo del mismo o en la realización de ciertos y determinados actos procesales. Si bien el imputado debe vincularse al proceso o a las investigaciones en el sentido de no rehuir la acción de la justicia, ello no quiere decir que tenga un deber o una obligación de colaborar de manera activa, decidida y adecuada en la marcha y configuración de cada acto procesal y en el proceso en general. La conducta obstruccionista, dilatoria tendrá relevancia en la determinación del plazo razonable de la investigación y del proceso, pero no en la existencia del peligro procesal que solo aparecerá cuando hay riesgo de fuga o se obstaculiza el acopio y actuación de los medios de prueba.

Aquí deben distinguirse dos cuestiones relevantes. En principio, la mentira del imputado por sí sola carece de efectos jurídicos y de trascendencia jurídica en el proceso cuando consiste en una mera declaración. Incluso, no tiene relevancia cuando viene acompañada de ciertos actos materiales que tienden a desviar la línea de investigación asumida por los órganos persecutores o, en general, del sistema penal. En puridad, dichos actos materiales solo tienen relevancia jurídica si es que inciden de manera directa sobre la actividad probatoria o los actos de investigación que los recogen, siempre que los afecten de manera grave e intensa. En todo caso, se tiene que establecer y acreditar una relación causal entre los actos materiales realizados por el imputado y su incidencia y repercusión en la actividad probatoria que genera un clara obstaculización o entorpecimiento. Ni siquiera la mentira debe tener influencia en la dinámica del proceso, sino que debe ejercer su dominio y esfera de influencia en la distorsión de la prueba recogida o que se está acopiando.

En segundo lugar, la mentira basada en las declaraciones del imputado por sí misma carece de virtualidad y efectos jurídicos, como regla general, para distorsionar la selección y acopio de la evidencia y, por tanto, para fundar la existencia del peligro procesal. Solo la mentira que se revela en actos materiales y que supone

una puesta en escena será relevante y tendrá repercusión jurídico-procesal si es que se presenta como una distorsión, obstaculización y entorpecimiento de la actividad probatoria.

Asimismo, el TC peruano yerra y se equivoca palmariamente al fundar el peligro procesal en las *declaraciones contradictorias* que el imputado registra en la investigación o en el proceso penal. Veamos:

> En el caso *sub exámine* es posible reconocer el grado de objetividad utilizado por la judicatura para dictar el mandato de detención en contra del recurrente. En efecto, tal como se aprecia en el auto apertorio de instrucción, a fojas 100 del cuaderno del Tribunal Constitucional, el Juzgado Mixto de Huamalíes ha concluido que existen "serias contradicciones de los denunciados, quienes por ocultar los hechos que se denuncian han dado versiones contradictorias que agravan su situación jurídica". Este Tribunal Constitucional considera que tal apreciación constituye un elemento razonable y objetivo que permite presumir que el inculpado tiene vocación por perturbar la actividad investigadora, dato constitutivo de peligro procesal[152].
>
> Mediante Resolución de fecha 29 de agosto de 2008 (a fojas 53), emitida por la Sala Penal de Sullana, se evidencia que el recurrente viene siendo investigado en el proceso penal N.° 06-2008 por la comisión del delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, y se le impuso mandato de detención, pronunciamiento judicial que fue impugnado y confirmado mediante Resolución de fecha 16 de setiembre de 2008 (a fojas 75), advirtiéndose de aquella debida motivación respecto al peligro procesal, esto es, la concurrencia del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, pues el actor, en su manifestación policial, "esboza versiones contradictorias", así como "disimilitud de sus declaraciones (...) [que] no hacen sino tratar de perturbar la actividad probatoria". En tal sentido se aprecia que el mandato de detención cumple con la instrucción de las resoluciones judiciales conforme al artículo 135° del Código Procesal Penal[153].

152 Exp. N.° 1994-2002-HC/TC; Caso: Rudecindo Adriano Huanca Céspedes.

153 Exp. N.° 00164-2009-PHC/TC; Caso: Miguel Marciano Espinoza Rodríguez.

Uno de los aspectos más criticables de la jurisprudencia ordinaria y constitucional radica en decretar y convalidar las prisiones preventivas sobre la base de las declaraciones contradictorias que presta el imputado a nivel de la investigación o el proceso penal[154]. Se trata de una práctica común, sumamente extendida en la que lamentablemente no se alzan ni se plantean voces críticas sobre temas de cardinal importancia y que terminan perjudicando derechos fundamentales sobre la base de un mal uso de las categorías procesales.

Las objeciones que puedan plantearse son diversas:

En primer lugar, si se parte como aquí que las declaraciones que presta el imputado a nivel de la investigación preliminar o durante el proceso penal tienen un carácter eminentemente defensivo –y no probatorio- queda claro que se desnaturaliza su sentido si un medio de defensa (declaración) se le asigna una función que no posee y se sostiene de manera implícita que las declaraciones defensivas pueden presentar un peligro procesal grave y concreto respecto a la actividad probatoria.

En segundo lugar, no hay de por medio una suficiente justificación de por qué se considera que de manera autónoma las meras declaraciones contradictorias que plantea el imputado pueden considerarse como un entorpecimiento de la actividad probatoria o pueden representar un riesgo de fuga.

No hay siquiera un desarrollo elemental, o por lo menos una sugerencia, de cómo las declaraciones contradictorias pueden terminar afectando de manera seria, grave y manifiesta los actos de investigación de carácter probatorio dentro del proceso o pueden dar lugar a un riesgo de fuga. Las palabras por sí mismas, que son los medios por las que el imputado se defiende y rinde su declaración indagatoria, no tienen la entidad suficiente ni representan el mecanismo idóneo para generar un peligro procesal de entidad

154 Cfr. San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 462.

que sustente la imposición de una medida tan grave e intensa en la afectación de los derechos fundamentales. Un esfuerzo argumentativo básico desde la perspectiva constitucional debe explicar cómo y de qué manera hay una relación de causalidad, capaz de acreditarse, entre las declaraciones que presta el imputado que se consideran contradictorias y la configuración en el caso concreto de un específico peligro procesal. En este sentido, debe por lo menos ponerse en evidencia y justificarse la conexión que existe entre las contradicciones en las que incurre el imputado en sus declaraciones y la existencia de un entorpecimiento de la actividad probatoria dentro del proceso o el riesgo de fuga. Si ello no ocurre ha de descartarse que las simples contradicciones puedan dar pie a la creación de un peligro procesal.

Incluso, creemos que las simples declaraciones no bastan ni son suficientes para fundar o descartar el peligro procesal; de tal modo que mal se hace al utilizarlas como indicadores autónomos capaces y de entidad cómo para sostener el peligro procesal, columna vertebral de la prisión preventiva. En buena cuenta creemos que desde un punto de vista racional y normativo las declaraciones, sean contradictorias o coherentes, no pueden ser tomadas como indicadores útiles para dictar una prisión preventiva, ya que dichas manifestaciones defensivas poco o nada tienen que ver con la configuración del peligro procesal.

En realidad, lo que tiene aptitud e idoneidad para crear peligro procesal (riesgo de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria) no son las declaraciones defensivas, sino la realización y ejecución de actos concretos en el proceso que revelan de manera inequívoca la creación de un riesgo de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria grave, serio e inminente. Son los actos materiales o el conjunto del comportamiento procesal lo que determina la existencia de peligro procesal y no las declaraciones que se prestan a nivel del proceso. En efecto, que una persona quiera fugarse no depende de si lo afirma o no en su manifestación, sino si desarrolla actos concretos que revelen la pronta ejecución de dicha intención v. gr. obtención de un pasaporte, de una visa, la compra

de un pasaje aéreo o terrestre. De igual manera, el entorpecimiento de la actividad probatoria no depende de si la persona declaró o no en el proceso, sino si de manera efectiva y real ha tratado de influenciar en algún testigo, perito o ha destruido un documento.

El uso del indicador (equivocado) de las declaraciones contradictorias como criterio para dictar la prisión provisional no distingue entre contradicciones graves y las declaraciones cuya contradicción es leve o insignificante o que no afecta de manera esencial el relato que presta la persona sobre los hechos materia de investigación.

En tercer lugar, no se toma en cuenta que lo que revela y demuestra las declaraciones contradictorias o incoherentes no tanto es la existencia y la expresión de alguna forma de peligro procesal, sino más bien refleja una deficiente, mala o pobre estrategia defensiva, ya sea desde el plano de la defensa material o, incluso, de la defensa técnica. De ello fluye que se vulnera el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia si es que de una pobre o deficiente defensa que se refleja en las declaraciones contradictorias se pretende obtener la conclusión de que hay peligro procesal. El mal o inadecuado uso de la defensa material no puede llevar a asumir que la persona tiene algún tipo de peligro procesal.

En cuarto lugar, el emplear el criterio de las declaraciones contradictorias como un indicador del peligro procesal en un determinado caso despliega un pernicioso efecto político criminal en el esclarecimiento de los hechos al promover el silencio y el mutismo procesal a la vez que implícitamente promueve que se pueda brindar explicaciones acerca de los hechos falsas o mendaces pero coherentes como única forma de librar la prisión preventiva.

En quinto lugar, más allá de la constitucionalidad o no del indicio de mala justificación[155], resulta claro que se afecta el derecho de defensa cuando de una declaración del imputado se

155 Ampliamente, Cafferata Nores, Jorge; *¿Es constitucionalmente aceptable el indicio de "mala justificacion"?. Entre el "vuelo de la golondrina" y el "vuelo del murciélago")*; pássim.

pretende obtener una información que en la práctica sustituye un acto material y que es el único hecho que con precisión pueden revelar la concurrencia o no en el caso concreto de peligro procesal, además, que la sola declaración es un medio inidóneo e inadecuado para sostener y justificar por sí misma una prisión provisional.

Finalmente, en el razonamiento del TC se encuentra una violación al principio lógico de razón suficiente, en atención a que alude a que las serias contradicciones en las que incurre el imputado se debe a que se quiere ocultar los hechos que se denuncian, sin que se aporte de modo algunas premisas fácticas o los presupuestos que sustenten dicha conclusión. Asimismo, desde el punto de vista jurídico penal se infringe la garantía de no autoincriminación cuando se afirma que: "*se han dado versiones contradictorias que agravan su situación jurídica*", pues de las versiones contradictorias no pueden inferirse una posible situación de agravación de la responsabilidad penal o un mayor injusto, del mismo modo que las versiones coherentes y uniformes del imputado no pueden llevar a sostener que concurre un menor injusto o circunstancias genéricas de atenuación.

27. Uno de los planteamientos comunes en el campo de la dogmática procesal penal considera que un fin legítimo de la prisión provisional es asegurar la ejecución de la pena[156], toda vez que el proceso penal debe asegurar las consecuencias que produce[157].

---

156 Al respecto: Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; p. 557: "las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia"; González – Cuellar Serrano, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*; p. 162; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 149; Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 12; Barona Villar, Silvia; *Prisión provisional y medidas alternativas*; Barcelona; Bosch; 1988; p. 20; Hernández Gómez, Isabel; *Prisión provisional y garantías*; en: Revista de la Facultad de ciencias jurídicas; N.º 16/17; Año 2011/12; p. 58: "El Juicio penal puede desembocar (salvo los supuestos de sentencia absolutoria) en la

Un sector de la doctrina distingue entre función cautelar final que busca asegurar el cumplimiento de la condena y la función cautelar instrumental que pretende asegurar la presencia del imputado durante el proceso como la conservación del material probatorio. La prisión provisional cumpliría ambos fines[158].

En dicha línea, el TC peruano ha señalado que la prisión provisional, anteriormente llamada detención judicial preventiva, constituye una medida cautelar cuyo objeto es asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria a dictarse en futuro[159] o que distintos

---

imposición de una pena criminal, y, por ello, interesa a la sociedad entera que el responsable de una conducta tipificada como delito, cumpla efectivamente con la pena impuesta. Precisamente para lograr esta finalidad pueden adoptarse, desde el inicio del proceso, una serie de medidas cautelares, que restringen, en alguna medida, la libertad de la persona sujeta al juicio penal".

157 Cfr. Hassemer, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy*; p. 115.

158 Cfr. Asencio Mellado, José María; *La Prisión provisional*; p. 34 Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 146; En el Perú: San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 624; él mismo; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 453; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 67 y 75; Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 95: "En el proceso penal, necesariamente se deben tomar ciertas precauciones para asegurar el éxito del mismo, en relación con la eventual ausencia del imputado en el proceso o sus actos tendientes a obstaculizar la investigación y así perjudicar la actividad probatoria. En otras palabras, para asegurar que emita una sentencia judicial firme y que esta sea efectivamente ejecutada. Y como ya lo hemos adelantado, la prisión preventiva, como medida cautelar de carácter personal, cumple esta función de aseguramiento".

159 Exp. N.º 0617-2006-PHC/TC; Caso: Óscar Vargas Palomino; Exp. N.º 251o-2005-HC/TC; Caso: César Javier Chávez Berrocal; Exp. N.º 1084-2005-Phc; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.º 00889-2008-PHC/TC; Caso: Roberto Neptalí Solano Sandoval; Exp. N.º 02141-2007-PHC/TC; Caso: Franz Solon García Céspedes; Exp. N.º 7550-2005-Phc/Tc; Caso: Julio Flavio Zevallos Urmeneta.

elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores 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**[160] (las negritas son nuestras).

Sin embargo, y con razón, un sector de la doctrina critica como fin ajustado a la Constitución el hecho que con la prisión preventiva se busque asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria. La razón estriba en dicha postura infringe la presunción de inocencia al tratar al imputado como culpable y constituir un juicio anticipado de culpabilidad[161], máxime si la prisión provisional no asegura la expedición de una sentencia condenatoria ni que ella se ejecute; del mismo modo que la conservación del estado de libertad en el proceso penal no asegura la expedición de una sentencia absolutoria.

El sostener que la prisión provisional garantiza la ejecución de la pena supone violar el núcleo de la presunción de inocencia debido a que se está realizando un juicio anticipado acerca de cómo culminará el proceso penal que no será de otro modo que con la expedición de una sentencia condenatoria. Con ello, se está realizando una conclusión anticipada acerca de la culminación del proceso penal independientemente del estado de su desarrollo y la etapa en la que se encuentre.

Tal como ha señalado el TC peruano "la prisión provisional no puede justificarse únicamente en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplique a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el

160 Exp. N.º 01397-2009-Phc/Tc; Caso: Félix Joaquín Palomino y otros.

161 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 133.

de criminalidad"[162] y que "resulta inconstitucional que la medida de detención únicamente sea sustentada en la pena conminada a imponerse"[163]; de tal manera que también el aseguramiento de la pena no puede desempeñar ningún papel ni función constitucional legítima a nivel de la prisión provisional.

**c. La prohibición de que la prisión provisional sea considerada como una pena anticipada y se busque alcanzar fines preventivos (generales o especiales)**

28. Las medidas cautelares, especialmente la prisión provisional, no persiguen alcanzar fines preventivos [generales o especiales] sino asegurar los fines del proceso[164]. La prisión provisional no es la solución a la inseguridad ciudadana ni el mejor medio para calmar la alarma social producida por el delito. No se justifica por la gravedad de los hechos, ni por demandas sociales de justicia[165], menos

---

162 Exp. N.º 0617-2006-Phc/Tc; Caso: Óscar Vargas Palomino; Exp. N.º 7550-2005-Phc/Tc; Caso: Julio Flavio Zevallos Urmeneta; Exp. 7550-2005-Phc/Tc Lima Julio Flavio Zevallos Urmeneta; Exp. N.º 1084-2005-Phc; Caso: Artemio Ramírez Cachique; Exp. N.º 8323-2005-Phc; Caso: Francisco Ibáñez Romero; Exp. N.º 8068-2005-Hc/Tc La Libertad Yoni Edgard Álvarez Bustamante; Exp. 3200-2005-Phc/Tc; Caso: Ruth Elizabeth Aleman Chávez; Exp. N.º 4378-2005-Phc/Tc; Caso: María Gladis Jiménez Saavedra.

163 Exp. N.º 01413-2010-Phc/Tc; Caso: Exp. N.º 03900-2010-Phc/Tc; Caso: Eva Lorena Bracamonte Fefery Otra.

164 Cfr. Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 257; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 148; Moreno Catena, Víctor; *Derecho Procesal Penal*; Madrid; Colex; 3 ed.; 1999; p. 522; Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 88; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 455; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 124; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 94.

165 Cfr. Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 259; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 18: "La punición no es un fin legítimo de la prisión provisional, como tampoco lo es la mitigación o eliminación de la alarma social que ha generado el hecho delictivo. La inquietud que genera un hecho

busca calmar sentimientos colectivos de indignación, enojo o de inseguridad[166]. Si la pena supone una reacción proporcional al delito que busca alcanzar metas preventivas, la prisión provisional no es una reacción[167], sino más bien una medida que busca cumplir con los fines del procedimiento.

En caso la prisión provisional pretendiera realizar fines preventivos o retributivos no significaría más que la aplicación de una pena anticipada. Solo entendiendo la prisión provisional como medio preventivo se la puede considerar como una pena o, por lo menos, como un mecanismo de penalización inmediata[168]. La pena y la prisión provisional tienen un fundamento distinto y responden a finalidades disímiles: mientras la pena busca prevenir o retribuir la prisión provisional pretende asegurar los fines del proceso penal. La prisión preventiva sencillamente no es una pena[169].

---

delictivo no se contrarresta con cualquier castigo infligido a cualquier persona, sino únicamente con la sanción impuesta a aquel cuya autoría y culpabilidad respecto a aquel hecho han quedado fehacientemente probadas"; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 455; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 67, 121 y 124; En sentido distinto: Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 84.

166 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; pp. 17 y 18; Gimeno Sendra, Vicente; *La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; p. 151; él mismo; *Derecho Procesal penal*; p. 569; Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; p. 259; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 88.

167 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 516.

168 Cfr. Andrés Ibáñez, perfecto; *Presunción de inocencia y prisión sin condena*; en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica; p. 5.

169 Cfr. Beling, Ernest; *Derecho Procesal Penal*; [Trad. y notas por Miguel Fenech]; Barcelona; Editorial Labor; p. 379; Andrés Ibáñez, Perfecto; *Presunción de inocencia y prisión sin condena*; en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica; p. 8; Asencio Mellado, José María; *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*; en: Derecho

La presunción de inocencia como regla de tratamiento impide que la prisión provisional pueda ser considerada como un castigo o una sanción[170], sea sustantiva o de carácter procesal.

Los fines preventivos o retributivos, por otro lado, solo se pueden alcanzar cuando hay una sentencia firme y ejecutoriada, habiéndose demostrado fehacientemente la culpabilidad de la persona[171]. No hay prevención sin pena. La prisión provisional solo busca asegurar los fines del proceso. No representa de forma alguna una

---

Procesal Penal. Estudios Fundamentales; Lima; Inpeccp; 2016; p. 786; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 89, 102 y 124; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 18: "La prisión provisional no es una pena ni puede servir para penar. Los fines de prevención general y especial que persigue la pena sólo pueden perseguirse racionalmente mediante la aflicción del sujeto que ha realizado probadamente el hecho delictivo, pero no mediante la aflicción del sospechoso"; Muñoz Conde, Francisco; *Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional*; Cuenca; Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; p. 225: "la prisión preventiva en ningún caso puede perseguir metas preventivas, generales o especiales, propias de la pena que pueda imponerse en su día. El restablecimiento del Orden jurídico violado, o de la confianza y la seguridad ciudadana; la prevención de futuros delitos o de la reincidencia; la eliminación de la alarma social; la ejemplaridad o la intimidación general, etc., son fines, más o menos discutibles, pero que en todo caso solo pueden perseguirse con la pena que se imponga en su día (si se impone), no con la prisión provisional. En pocas palabras: la prisión provisional nunca puede ser una "pena a cuenta" y mucho menos una pena anticipada".

170 Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; p. 100.

171 Cfr. Hassemer, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy* [Trad. de Patricia Ziffer]; Buenos Aires; Ad-Hoc; p. 118; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 102 y 124; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 102; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 136.

medida de seguridad que busca neutralizar a los agentes criminales peligrosos[172].

La prisión provisional no se configura a partir de la idea de *alarma social* o de la gravedad de los hechos cometidos, por más vinculación que dicha alarma tenga con los criterios preventivo generales[173], que muchas veces se produce por un especial manejo e interés de los medios de comunicación en el tratamiento sensacionalista de la noticia, bien por el protagonismo del actor o de la víctima; o sencillamente por un morboso seguimiento de la noticia.

La alarma social ha sido utilizada históricamente por los regímenes autoritarios para perseguir a los disidentes políticos[174], a las personas hostiles a sus propósitos, para combatir a la delincuencia común y para enviar a la población un mensaje de aparente paz y tranquilidad cuando su fin era otro o se buscaba mantener las bases de dicho régimen.

La prisión provisional no puede responder a cuestiones de alarma social, a las olas punitivistas que siempre están presentes en las sociedades complejas y que son propias, por ejemplo, de las cruzadas de la lucha anticorrupción, de la violencia a la mujer, la violación de derechos humanos, etc. No constituye un instrumento de política criminal que busca neutralizar el peligro que representa cualquier forma de comisión de delitos[175].

---

172 Cfr. Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; p. 22; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 97.

173 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 147: "Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación de libertad en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del inculpado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito"; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 89.

174 Cfr. González – Cuellar Serrano, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*; p. 259.

175 Asencio Mellado, José María; *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*; en: Derecho Procesal

La prisión provisional no tiene asignada la función de satisfacer las demandas sociales de justicia y de castigo a los culpables, no responde a la lógica de la convulsión social, a la mitigación de situaciones de escándalo público y menos a la urgencia de dar respuesta rápida a los grandes problemas sociales que tienen que ver con la comisión de delitos graves. De igual forma, la prisión provisional no es un sedativo y un placebo para calmar los reclamos sensacionalistas de los medios de comunicación que ven en el pedido de prisión y la audiencia que se desarrolla un espectáculo morboso, circense en el que se debate ante las cámaras y los medios la vida y el destino de una persona a propósito de una imputación penal y el requerimiento de la prisión provisional.

La inconstitucionalidad de los aludidos fines y funciones de la prisión provisional tiene que ver en el hecho que la adopción de una medida tan grave y drástica es ajena a la conducta del imputado, ya sea en la investigación o en el proceso[176]. Puede que el imputado no quiera huir de la acción de la justicia, que no obstaculice la averiguación de la verdad, pero se exponga a una prisión provisional por cuestiones externas en las que poco o nada tiene que ver su conducta procesal[177]. Como señala Lascuraín: "Lo que no podemos permitirnos es combatir la alarma y los disturbios con la prisión de un inocente que no sirva además para evitar su fuga o su reiteración delictiva. No podemos utilizar la libertad de un ciudadano para combatir los riesgos que generan otros. Acaso "¿conviene que muera un hombre por el pueblo?"[178]". La alarma social

---

Penal. Estudios Fundamentales; p. 786; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 95.

176 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 18.

177 Por todos, Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 88.

178 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 18.

depende de factores tan aleatorios como la cobertura mediática del hecho, la notoriedad de los autores, la fama de la víctima o de diversas circunstancias que nada tiene que ver con el comportamiento procesal[179].

29. La prisión provisional no debe ser empleada con fines distintos a los fines estrictamente procesales v. gr. la prisión provisional no puede ser empleada con fines sancionatorios, retributivos, preventivo generales o preventivo especiales v. gr. para evitar la reincidencia de la persona[180]. La medida cautelar de prisión provisional debe ser utilizada a nivel del proceso penal como: i) una medida excepcional y extrema; ii) solo cuando sea necesaria e indispensable; ii) debe buscar un fin estrictamente procesal v. gr. asegurar el resultado definitivo del proceso.

    La prisión provisional no puede perseguir fines ejemplarizantes, moralizadores como tampoco debe fundarse en un determinado juicio de peligrosidad del sujeto v. gr. la persona puede volver a cometer un nuevo delito[181]. Si ello ocurre se viola de manera abierta el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal.

---

179 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 18.

180 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 255; Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 147; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 124; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; pp. 94 y 201; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 136.

181 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 515; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 124; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 95.

En un Estado de Derecho queda proscrita cualquiera forma de privación de la libertad que no sea la impuesta a través de una sentencia condenatoria. Resulta inconstitucional imponer una pena anticipada o un castigo previo a pesar de la gravedad del hecho cometido[182]. La aplicación de una consecuencia jurídica sobre una persona (v. gr. pena) requiere la realización previa de un proceso penal con todas las garantías en el que se corrobora más allá de toda duda razonable la hipótesis acusatoria. Una persona es culpable no desde que se inicia el proceso penal o se dicta la prisión provisional, sino desde el momento que hay una sentencia condenatoria firme como corolario de un proceso penal con todas las garantías.

La presunción de inocencia obliga a tratar a una persona como no culpable y a resguardar su libertad, no imponiéndole penas anticipadas que menoscaben sus derechos fundamentales[183]. La prisión preventiva no es un medio de lucha contra la criminalidad y quien así lo sostiene no respeta el contenido esencial del principio de presunción de inocencia[184].

30. La Corte IDH señala que la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena[185] y menos en criterios retributivos. Los fines de la pena poco o nada tienen que ver con el dictado de una medida cautelar de carácter personal.

---

182 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 142; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 124.

183 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 88; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; p. 124.

184 Cfr. Hassemer, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy*; p. 119.

185 Ampliamente las sentencias de los casos: *J. C. Perú* de 27 de noviembre de 2013 párr. 159); *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 311; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; *Barreto Leiva C. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 113.

Los fines de la pena son completamente extraños y ajenos a la naturaleza estrictamente cautelar de la prisión preventiva, sea que se trate de criterios preventivo generales, positivos o negativos. Por ejemplo, los criterios de alarma social, la reafirmación de la confianza en las normas, la necesidad de evitar que se repitan delitos semejantes, o cuestiones de justicia, formal o material, que supongan una adecuada respuesta a la gravedad de los hechos, son afirmaciones y referencias que afectan el carácter de medida cautelar de la prisión provisional y que nada tiene que ver con su finalidad netamente procesal, constitucional y convencionalmente reconocida. Si bien se admite que los Estados, sometidos a la jurisdicción de la CAHD pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia –ya sea una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas– también se sostiene con rotundidad que la tarea de prevención y las medidas para contrarrestar la delincuencia no es función de la prisión preventiva[186].

El traslado de los fines de la pena a la prisión provisional supone violar los alcances de la presunción de inocencia como regla de tratamiento en cuanto prohíbe equiparar a un imputado con un condenado como también supone la palmaria consagración de esta medida cautelar como un caso de pena anticipada, situación que se encuentra proscrita por la jurisprudencia de la Corte IDH[187].

En un caso la Corte IDH estableció que la expresión contenida en una decisión judicial que ordena la prisión preventiva de que la libertad del imputado puede resultar peligrosa para "*la seguridad de*

186 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 361.

187 *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; *Barreto Leiva c. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 121; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile,* 29 de mayo del 2014, párr. 311; *Suárez Rosero vs. Ecuador* de 20 de noviembre de 1997, párr. 77; *J. c. Perú* de 27 de noviembre de 2013, párr. 159.

*la sociedad*" tiene un sentido abierto que puede albergar y permitir fines no acordes con la Convención[188]. Su empleo no permite sostener que los únicos fines que se esconden tras la referencia a la "*seguridad de la sociedad*" son estrictamente cautelares, sino también de carácter sustantivo. El significado propio y autónomo de la frase no posibilita concluir que se hace referencia exclusiva a un fin procesal de la medida. Hay que destacar que la Corte en este caso no consideró que dicha frase fuera incompatible del todo con la CADH, y con su jurisprudencia uniforme, sino que se analizó, de manera especial, si dicha afirmación estuvo acompañada en el caso concreto de otros factores o indicadores que permitan identificar la naturaleza cautelar y procesal de la medida. No es que el uso de la frase aludida esté proscrito. Lo que ocurre es que hay que analizar si se ha tomado en cuenta otros parámetros de valoración a fin de descartar, o confirmar, si de su empleo puede derivarse fines incompatibles con las reglas de la CADH[189]. De allí que en caso la referencia a la "***la seguridad de la sociedad***" se base en

188 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 322, 323 y 337,b.

189 Véase, *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 322 y 323: "La Corte considera que el referido fin de impedir que la libertad del imputado resultara peligrosa "para la seguridad de la sociedad" tiene un sentido abierto que puede permitir fines no acordes con la Convención. Al respecto, el perito Duce, propuesto por CEJIL, explicó que dicha causal tiene un carácter abierto a diferentes interpretaciones que pueden comprender no solo fines procesales y legítimos, pero también fines que la Corte en su jurisprudencia ha considerado ilegítimos para ordenar y mantener la prisión preventiva. Ello hace indispensable verificar si en el caso concreto la referencia a impedir que la libertad del imputado resultara "peligrosa para la seguridad de la sociedad" estuvo acompañada de un factor o criterio que pudiera considerarse que busca un fin cautelar y que justifica la necesidad de la medida en el caso concreto. En este sentido, en el caso al referirse a la peligrosidad sólo se aludió a dos de los criterios que el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal disponía que debían ser tenidos "especialmente" en cuenta: "la gravedad de la pena asignada al delito" y "el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos". La Corte reitera que no alcanza con la utilización de esos criterios, por sí solos, para justificar la prisión preventiva".

criterios tales como el "*número de delitos investigados*", la "*gravedad de la pena*", la "*gravedad del delito investigado*" y los "*antecedentes personales del imputado*", dichos factores y elementos no justifican por sí mismos la prisión preventiva, peor aun cuando ni siquiera se los enlaza en el contexto de la evaluación de la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto[190].

31. No solo los fines preventivo generales, de la pena ya sean positivos o negativos, son incompatibles con las medidas cautelares en el proceso penal, en especial, con la prisión provisional. También son ajenos los criterios humanitarios y más benignos de la ***prevención especial*** que se relacionan con la reinserción de la persona en la sociedad, con la resocialización y la reeducación (art. 139 inc. 22 de la Const.). Por ejemplo, basar la prisión provisional en la reincidencia y habitualidad de la persona, en sus defectos de carácter, la personalidad proclive a la comisión de delitos graves, los antecedentes, constituyen elementos no solo parasitarios de la prisión preventiva, sino son afirmaciones –que de hacerse de manera exclusiva– invalidan la argumentación constitucional y convencional de la medida.

Desde el punto de vista constitucional y convencional es contrario a los fines legítimos de la prisión provisional el que se pretenda evitar la reiteración delictiva[191]. La inocuización y neutralización

190 Véase, *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 352.

191 Cfr. San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 625; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*; pp. 96, 102 y 124; Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 103. Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 97 afirma acríticamente: "Es de señalar que el legislador introduce un nuevo objetivo de naturaleza preventiva al prever que también se les aplicará cuando sea necesario evitar el peligro de reiteración delictiva; lo que exige la evaluación judicial para conocer de la posibilidad de

de la peligrosidad de la persona puede ser un objetivo del programa preventivo especial, pero no de una medida cautelar como la prisión provisional. Una medida cautelar como la privación de la libertad no puede ser entendida como una medida de seguridad o como un acto de incapacitación del autor del delito. Una cosa es la peligrosidad criminal que da lugar a una medida de seguridad predelictual y otra muy distinta es el fundamento constitucional de la prisión provisional que descansa en la peligrosidad procesal. La peligrosidad criminal desde el punto de vista constitucional y convencional no puede ser equiparada, bajo forma alguna, con el peligrosismo procesal, razón de ser de las medidas cautelares. Es posible que haya peligrosidad criminal, sin peligro procesal; del mismo que puede haber peligro procesal sin que de por medio exista peligrosidad criminal alguna.

La finalidad de la reiteración delictiva no cumple una función cautelar o instrumental, sino de carácter sustantiva vinculada a la tutela y protección de la sociedad de la comisión de delitos, lo que resulta abiertamente inconstitucional[192].

Si bien el algún momento la Comisión IDH estimó que la prisión provisional podía ser compatible con la evitación de la reite-

---

la comisión de un nuevo delito que involucre al imputado". Sin embargo, en España: Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 15 reconoce de manera expresa que: "la prisión provisional que evita la reiteración delictiva tiene una naturaleza bien distinta: es una medida de seguridad. Una medida de seguridad penal que muestra, a mi juicio, que existen medidas de seguridad predelictivas legítimas, por mucho que la predelictividad sea aquí sui generis: la medida es anterior a la constatación judicial firme de un delito, pero posterior a la comisión probable del mismo. Expresado de otro modo: no se impone a un condenado, pero sí a un imputado".

192 Cfr. San Martín Castro, César; *La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004; p. 626.

ración delictiva[193] luego de manera correcta abandonó dicho criterio[194].

Bajo ningún aspecto la prisión provisional, u otra medida cautelar, pueden asumir criterios preventivo especiales[195] (v. gr. de readaptación social, de reinserción, de resocialización, etc.), ya sea como fin legislativo o como meta práctica y menos puede tratar de imponerse dicho programa de manera obligatoria a la persona privada de su libertad. Solo la pena, y no la prisión provisional, puede cumplir metas preventivo especiales o resocializadoras. Sin embargo, ello no impide que la persona privada de su libertad solicite de manera voluntaria sujetarse a un determinado tratamiento de integración social o que participe de manera libre de actividades resocializadoras[196].

---

193 Informe N.º 2/97 De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 11 de marzo de 1997, párr. 32: "Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad".

194 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge Y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 84.

195 Cfr. Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 147: "Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea -probable comisión de «otros» o «ulteriores» delitos- deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. La privación de libertad se entiende, así como un remedio frente a la temida peligrosidad del inculpado, si bien no cabe perder de vista que la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa".

196 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 160.

Pese a ello diversos órganos jurisdiccionales decretan la prisión preventiva sobre la base de los antecedentes de la persona o deniegan la excarcelación fundándose en el pasado criminal del imputado. Dichos criterios se amparan en el análisis de la peligrosidad social del individuo, el riesgo de reincidencia o de habitualidad que de manera constante pone en peligro los bienes jurídicos, sea personales o colectivos. Desde el punto de vista material se utilizan muchas veces los criterios de peligrosidad individual y social del imputado, sea que se trate de reincidencia o de habitualidad (art. 46 – B, 46 – C del CP) para fundamentar el peligro procesal y decretar la prisión provisional.

Sin embargo, una lectura convencional y constitucional permite sostener que los antecedentes criminales, penológicos del imputado no deben ser valorados a la hora de fijar la prisión preventiva –o no, por lo menos, como único factor determinante– dado que la reincidencia "constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal" (art. 46 – B) o la habitualidad que constituye una circunstancia cualificada agravante que permite aumentar "la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo pena". Siempre que la reincidencia y la habitualidad son estimadas en nuestra legislación como circunstancias agravantes específicas que determinan una exasperación de la respuesta punitiva, incluso por encima del límite máximo de la pena, no es posible que puede ser considerado como un factor a tener en cuenta a la hora de imponer la prisión preventiva a una persona. Ello si se quiere dotar de sentido a la posición absolutamente uniforme en la jurisprudencia de la Corte IDH de que los criterios preventivos, de mayor o menor gravedad de la infracción o de la supuesta peligrosidad criminal de la persona no guardan conexión alguna con la prisión provisional[197]. Al respecto, la Comisión IDH ha sostenido:

197 La CIDH en el Informe12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996: "90. Otra razón utilizada por los tribunales internos para

> La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido (presunción de inocencia), así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles. Por tanto, la Comisión considera que el fundamento para mantener la prisión preventiva del señor Giménez era ilegítimo porque vulneró directamente el principio de presunción de inocencia protegido en la Convención. Los antecedentes criminales del señor Giménez no son un criterio suficiente para justificar la extensión de la prisión preventiva por un período de cinco años[198].

---

denegar la excarcelación es la historia criminal del señor Giménez. Este tipo de consideración se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad. 91. La Comisión considera que en la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad. Dado que el encarcelamiento previo constituye la privación de la libertad de un individuo que todavía se beneficia de la presunción de su inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que dicha libertad pueda resultar en algún riesgo significativo. 92. El interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Para tal efecto, deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculpado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación. 93. En virtud del transcurso del tiempo de detención los tribunales deben realizar un adecuado balance de aquellos criterios que miran al interés particular del individuo por sobre aquellos que miran al orden publico general de la sociedad, a la hora de decidir sobre la excarcelación del inculpado. En el caso sub-examine, la Comisión considera que no se ha demostrado la existencia de hechos que indiquen que el tipo de delito imputado al señor Giménez alteró gravemente el orden público".

198 La CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996; párr. 97 y 98.

Las circunstancias que forman parte del injusto o de la culpabilidad y que agravan el hecho no pueden ser consideradas como elementos e indicadores fiables de la prisión provisional, al ser ajenas a ella y al no incidir en el fin procesal, concretamente en la finalidad cautelar de la prisión como es lograr la sujeción de la persona al proceso o evitar el grave entorpecimiento de la actividad probatoria.

Con todo, se ha de precisar que una cosa es que no se deba valorar el pasado criminal del imputado y otra muy distinta es que no se pueda y deba tomar en cuenta el comportamiento procesal del imputado en otros procesos penales, llevados a cabo con anterioridad o en orden simultáneo, al proceso en el que se promueve la prisión provisional. Al respecto, el art. 269.4 del NCPP prescribe que para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: "*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*". El comportamiento procesal del imputado en cualquier otro proceso penal, poco o nada tiene que ver, con el hecho de si posee o no antecedentes criminales, es reincidente o registra habitualidad en la comisión de delitos. Creemos, que es absolutamente legítimo utilizar como un valioso indicador la conducta procesal del imputado en otros procesos ya que nos permite inferir de manera razonable cuál será posiblemente la conducta en el proceso penal actual que se sigue. En todo caso, la referencia legal a los antecedentes debe interpretarse conforme a la Constitución y a la CADH como si se refiriera a los *antecedentes procesales* del imputado, más que a sus antecedentes penales o pasado criminal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que es contrario al art. 7.5 y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. Este punto

de vista se rechaza en atención de que se apoya en criterios de derecho penal material, propios de la respuesta punitiva; y no en criterios procesales de sujeción de la persona al proceso o la no perturbación de la actividad probatoria[199].

### d. Los requisitos materiales del peligro procesal: la realidad, la gravedad y la inminencia del riesgo

32. No basta con exigir que la prisión provisional cumpla con fines procesales legítimos (evitar el riesgo de fuga y el entorpecimiento de la actividad probatoria). También es necesario que la regulación del peligro procesal en cualquiera de sus formas cumpla con las exigencias del principio de taxatividad, abandonando fórmulas excesivamente vagas, abiertas y se respete el principio de proporcionalidad y excepcionalidad de la privación de la libertad[200].

Los diversos criterios legales que conforman el riesgo de fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria deben ser auténticos criterios que identifiquen y revelen el peligro procesal y no, por ejemplo, manifiesten el fin preventivo de la pena (v. gr. antecedentes penales) o la obtención de una confesión judicial. De igual manera, en la medida que haya otros medios eficaces que puedan ayudar a conjurar el riesgo de fuga (impedimento de salida del

199 Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 2013; párr. 144. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge Y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 84, sostiene que los puntos de vista basados en criterios de Derecho penal sustantivo: "son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal".

200 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 133.

país, grilletes electrónicos, etc.) es ilegítimo e inconstitucional decretar la prisión provisional.

El peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria requiere no solo una regulación minuciosa y adecuada, sino que, además, exige como causal legítima de la prisión provisional de que si existe un mecanismo idóneo para conjurar el riesgo probatorio (v. gr. prueba anticipada u otro modo de aseguramiento de la prueba) se debe optar por el empleo efectivo antes que por la adopción de una medida tan dura[201]. Asimismo, si el riesgo de obstrucción o de entorpecimiento de la actividad probatoria desaparece por cualquier causa (v. gr. cierre del período de investigación, práctica de prueba anticipada, o debido a que se demuestra que ninguna fuente de prueba corre peligro) la necesidad de la prisión provisional decae y debe decretarse su cese inmediato.

33. La doctrina y jurisprudencia tanto constitucional como procesal está de acuerdo en señalar que la prisión provisional debe cumplir con ciertos requisitos formales y materiales. Los requisitos materiales son la exigencia de pena probable, prueba suficiente y peligro procesal.

El peligro procesal –ya sea en cuanto al riesgo de fuga o al entorpecimiento de la actividad probatoria– debe estar acreditado de manera suficiente y acabada, es decir, debe sustentarse sobre la base de medios de prueba suficientes o indicadores objetivos. No bastan las simples afirmaciones, sospechas, suposiciones o referencias genéricas acerca de la existencia del riesgo procesal. En buena cuenta el requisito del peligro procesal debe encontrarse sustentado y demostrado con prueba idónea y adecuada; de tal manera que si el concreto riesgo procesal no tiene respaldo probatorio, no se sustenta en pruebas objetivas (testimoniales, documentales o en la misma conducta procesal del imputado) o en indicios racionales de indiscutible valor y de peso inequívoco no puede hablarse que

201 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 135.

la prisión provisional se encuentre justificada y legitimada desde el punto de vista constitucional y convencional.

34. A fin de que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas o privativas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la concurrencia de los indicios suficientes y la existencia del peligro procesal que son los requisitos materiales exigidos por la CADH[202]. La aplicación en este ámbito de las reglas derivadas del principio de presunción de inocencia, como es la titularidad de la carga de la prueba, obliga a que quien afirma la existencia del peligro procesal no solo debe invocarlo, sino que lo debe acreditar (probar) rigurosamente y de manera suficiente en el caso concreto[203]. Una persona acusada de un delito debe ser liberado en espera de juicio a menos que el Estado pueda demostrar que hay razones "pertinentes y suficientes" para justificar la privación de la libertad[204]. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia[205].

La Comisión Interamericana de DH sostiene que corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa, acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios del riesgo de fuga o de obstaculiza-

---

202 Ampliamente, las sentencias de los casos: *Servellón García y otros c. Honduras* de 21 de setiembre de 2006, párr. 90; *Usón Ramírez c. Venezuela* de 20 de noviembre de 2009, párr. 144; *Palamara Iribarne c. Chile*, 25 de noviembre de 2005, párr. 198.

203 TEDH casos: *Mamedova c. Rusia*, 1 de junio de 2006; párr. 75; *Rokhlina c Rusia,* 07 de abril de 2005; párr. 67; *Olstowski c. Polonia*, 15 de noviembre 2001; párr. 78; *Ilijkov c. Bulgaria*, 26 de julio 2001; párr. 84.

204 TEDH casos: *Khudobin c. Rusia*, 26 de octubre del 2006, párr. 103; *Wemhoff c. Alemania*, 27 de junio 1968, párr. 12; *Yagci y Sargin c. Turquía*, 8 de junio de 1995, párr.52.

205 *Usón Ramírez c. Venezuela* de 20 de noviembre de 2009, párr. 144.

ción de la investigación. Además, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al criterio de excepcionalidad, aun cuando se esté en presencia de una eventual causal legítima de justificación, la aplicación de la prisión preventiva debe ser considerada y ejecutada conforme a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad[206].

Es contrario a la presunción de inocencia el hecho de que vía legislativa o jurisprudencial se elaboren una serie de presunciones, iuris tantum o iure et de iure, acerca del peligro procesal o de criterios que su sola afirmación conduzca automáticamente a estimar que concurre bien el riesgo de fuga o el riesgo de entorpecimiento de la actividad probatoria[207]. Una cosa es la evaluación de los indicadores objetivos que se presentan en un caso concreto –y que pueden tener un determinado signo, a favor o en contra del peligro procesal– y otra muy distinta es que a dichos indicadores se los pretenda hacer pasar como presunciones acerca de la concurrencia de cualquier clase de riesgo procesal v. gr. la gravedad de la pena no puede actuar como una presunción en el sentido que la imputación de haber cometido un delito grave siempre lleva a sostener que el imputado tratará de huir.

---

206 Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos; 2013; párr. 145.

207 Cfr. Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 222; Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; p. 135. De manera distinta: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 85: "las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad".

Si bien es posible sostener que la existencia de un riesgo de huida o de entorpecimiento de la actividad probatoria, no puede demostrarse con el mismo grado de certeza como la existencia de un hecho que ya se ha producido[208], creemos que no puede tener un peso decisivo y desequilibrante en la privación de la libertad el hecho, por ejemplo, que el imputado sea una de las personas más ricas del país y, además, una persona políticamente influyente. Asimismo, el hecho de que al inicio de una investigación penal las autoridades, tanto fiscales y judiciales, posean menos información sobre el sospechoso, sus conexiones, las circunstancias del caso, etc., -lo que explica muchas veces el carácter flexible y genérico del razonamiento- dicha descripción de lo que en la realidad ocurre en la práctica no debe llevar a olvidar que el Ministerio Público como titular de la carga de la prueba debe cumplir con su rol, constitucional y legal, de suministrar hechos y evidencia que sustente de manera fidedigna que la persona desarrolla de manera grave e inminente un peligro tal que puede rehuir de la acción de la justicia o entorpecer la actividad probatoria[209].

Por ejemplo, resulta una argumentación inconstitucional el afirmar que: "los apelantes no han acreditado, ni sustentado con pruebas indubitables que ameriten ser compulsadas y valoradas por el Colegiado que hagan prever que no rehuirán su juzgamiento y no perturbarán la actividad probatoria". Al respecto, el TC ha señalado que: "atribuir el peligro procesal a la gravedad de los hechos imputados y exigirle al procesado la obligatoriedad de recabar con pruebas indubitables que no rehuirá o perturbará su juzgamiento -como señalan textualmente las resoluciones discutidas-, supone invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad"[210].

---

208 Así: *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párr. 189.

209 De otra opinión: *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párr. 190

210 Exp. N.º 3014-2006-PHC; Caso: Raimundo Figueroa Lucana.

35. El peligro procesal no se puede presumir, sino que debe estar sujeto a una verificación en cada caso en concreto y fundado en circunstancias objetivas y ciertas[211].

El peligro procesal debe cumplir con ciertos **requisitos materiales** en el sentido de que el riesgo debe ser: i) cierto y real; ii) grave; iii) inminente:

i) La exigencia de que el peligro procesal debe ser **cierto y real** se refiere a que debe existir en la realidad procesal o procedimental[212].

El peligro procesal en cualquiera de sus formas se ha de acreditar con los medios de prueba admitidos[213] o a través de indicios externos racionales[214]. La decisión judicial a favor de la prisión provisional debe cumplir con un alto estándar de prueba. Dicho estándar probatorio es el segundo estándar más exigente y riguroso del proceso penal. Solo es superado por el estándar probatorio de la sentencia condenatoria[215].

---

211 Al respecto, las sentencias de los casos: *J. C. Perú* del 27 de noviembre del 2013, párr. 159; *Barreto Leiva C. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 115.

212 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 14: "En todos los casos la prisión se justifica por tales riesgos y mientras esos riesgos existen"; Catalina Benavente, María Ángeles; *Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos?; Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005*; en: Indret: Revista para el análisis del derecho; 2005; n. 4; p. 7. En la doctrina peruana: San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 453 alude a un peligro concreto y fundado.

213 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 85: "el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito".

214 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 12.

215 Ampliamente, Castillo Alva, José Luis; *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*; en: Revista Ius Puniendi. Sistema Penal

No basta argumentar el peligro, sostenerlo e invocarlo. Los jueces penales no deben crear o inventar el peligro procesal. No debe estar solamente en la cabeza del juez, de las partes o en la visión muchas veces unilateral del Ministerio Público. El peligro procesal no debe construirse con base en afirmaciones que no posean sustento en la realidad.

El riesgo procesal en cualquiera de sus variantes es un presupuesto de carácter objetivo, que debe ser materia de acreditación rigurosa en el proceso y en especial en la fase de la audiencia de prisión provisional[216]. El peligro procesal debe ser valorado objetivamente con datos ciertos que aparezcan de los propios actuados, pues si permitimos que un Juez pretenda justificar el peligro procesal como mejor le parezca, se da tribuna a que se convierta en el primer violador de los derechos fundamentales en el proceso penal, puesto que con razonamientos subjetivos como caprichosos termina por violentar la libertad ambulatoria de un ser humano[217].

---

Integral; Año I, N.º 3, Lima, julio - agosto de 2017; pp. 93 y ss: "cuando se producen actos o medidas sumamente graves que afectan los derechos fundamentales de las personas, tal como ocurre con la medida cautelar de la prisión provisional es necesario establecer un estándar de prueba bastante alto a fin de evitar las injerencias injustificadas a tan importante derecho. No basta cualquier evidencia o caudal de prueba para enviar sin más a una persona a la cárcel, privándole de su libertad. Es necesario contar con el suficiente soporte fáctico y probatorio que justifique en un Estado Constitucional una decisión tan grave".

216 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre 2012; p. 23: "La prioridad de la libertad y la concurrencia de la presunción de inocencia requieren la solidez de ese juicio de peligro -peligro de fuga, de destrucción de pruebas, de comisión de delitos- y tal solidez pasa por la aportación de datos fácticos concretos que sustenten tales peligros. La Constitución exige esmero judicial frente a quien demanda algo tan trascendente como es la libertad.".

217 Véase, la STC peruano en el Exp. N.º 2915–2004 – HC/TC; Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio, donde se señala "(...) Cabe enfatizar que cada una

El riesgo procesal (de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria) es cierto o real en la medida que se verifique con hechos y medios de prueba suficientes, de forma tal que suponga elementos de convicción de envergadura[218] y de calidad. Se destaca que el peligro de que el imputado pueda obstaculizar el buen desarrollo del procedimiento no se puede determinar *en abstracto* y que tiene que ser acompañada de pruebas objetivas[219] en el caso concreto (evidencia fáctica).

No basta suponerlos ni hacer una referencia genérica, sin precisar los elementos de convicción que lo respalden. Quien afirma el peligro procesal, lo debe probar rigurosamente (*titularidad de la carga de la prueba del peligro*). Si se establece que la titularidad de la carga de la prueba recae en el imputado no solo se afecta la presunción de inocencia, sino el principio de igualdad de armas[220].

No solo hay que probar que existe peligro procesal, en cualquiera de sus dos formas, también es necesario acreditar de manera rigurosa que la autoría de dicho peligro corresponde al imputado o que en todo caso el riesgo procesal fue provocado, creado por él o cuanto menos tuvo una influencia decisiva en su generación o desarrollo.

Las conductas referidas al riesgo de fuga o al entorpecimiento de la actividad probatoria deben estar adecuadamente individualizadas y se les debe atribuir puntualmente al imputado a quien se solicita la prisión provisional.

---

de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta automáticamente deviene en ilegítima".

218 TEDH caso: *Łachowski c. Polonia*, 05 de diciembre del 2006, párr. 40.

219 TEDH casos: *Becciev c. Moldavia*, 4 de octubre de 2005, párr. 59; *Trzaska c. Polonia*, 11 de julio 2000, párr. 65; *Calmanovici c. Rumania*, 1 de julio de 2008, párr. 94.

220 TEDH casos: *Michalko c. Eslovaquia*, 21 de diciembre de 2010, párr. 163; *Patsuria c. Georgia*, 6 noviembre 2007, párr. 73.

La existencia del peligro procesal no se presume, no basta alegarlo sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que dada determinada circunstancia, por ejemplo, el imputado evadirá la justicia. El Tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas, que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la probable existencia de un peligro que a su vez genere la necesidad de una medida cautelar.

Tal y conforme lo tiene establecido la doctrina: "*la valoración respecto al entorpecimiento de las investigaciones o de la actividad probatoria debe ser real, no es posible presumirla, lo mínimo que se exige son indicios concomitantes que acrediten el peligro de entorpecimiento, ya que lo contrario, se atenta contra el principio de presunción de inocencia y contra el principio de debido proceso*"[221]. En esta línea, se ha llegado a precisar que: "*para determinar la existencia de una perturbación probatoria* (como los casos en que se influye para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente e inducir a otros a realizar tales comportamientos) *no es suficiente presunciones generales basadas en la naturaleza del delito o en las circunstancias genéricas del imputado*"[222].

La determinación del peligro procesal no se puede fijar al amparo de un criterio abstracto, sino concreto sobre la base de las circunstancias del caso; de otro modo se estaría consagrando

221 Cfr. Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 195; Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*; Lima; Ara editores; 2008, p. 53 quien precisa: "La doctrina señala que para fundamentar el peligro de obstaculización las conductas requieren que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso), lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba".

222 Cfr. Asencio Mellado, José María; *La prisión provisional*; Madrid; 1987, p. 104.

una presunción de riesgo procesal a partir del marco penal impuesto por el legislador lo que es contrario a las bases y principios constitucionales de un Estado de Derecho[223]. No es compatible con la presunción de inocencia crear supuestas máximas de la experiencia (generales o ad hoc) que sin una base fáctica y probatoria suficiente permitan construir inferencias espurias a favor del riesgo de fuga o el riesgo de entorpecimiento. Por ejemplo, no puede tener amparo constitucional los meros criterios estadísticos de tipo sociológico de fundar el peligro de fuga en el hecho de que la persona cuenta con medios económicos. Un criterio semejante además de afectar el principio de igualdad y ser discriminatorio revela un prejuicio generalizante de que las personas de clase media o acomodadas siempre rehúyen la acción de la justicia. Asimismo, no basta con la mensuración del marco de la pena o la sanción que (probablemente) recibiría el imputado en el caso concreto para inferir la existencia del peligro procesal[224]. Es necesario tomar en cuenta la situación particular que atraviesa el imputado, la personalidad, el arraigo, las pruebas de cargo existentes, si las mismas se han asegurado o no, entre otros factores. Es indispensable verificar el ***peligro procesal concreto*** según las especiales circunstancias del imputado[225] [autor o partícipe].

La prueba y acreditación del peligro procesal es un elemento distinto a los graves y fundados elementos de convicción que vinculan a la persona con la comisión del hecho punible.

Constituye un caso de falta de motivación (motivación aparente) cuando se sostiene un supuesto peligro procesal, pero dicho riesgo no se encuentra escoltado con prueba disponi-

223 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; p. 129.

224 Cfr. Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal*; p. 260.

225 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 190 y ss.

ble ni se encuentra justificado con indicios racionales serios y graves.

El Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido que:

> La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, **con un alto grado de objetividad**, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. **La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión del procesado, termina convirtiendo el dictado de la detención preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados**[226].

En otros casos, el TC peruano en vez de aludir a la ausencia de un criterio razonable alude en su lugar a la inexistencia de un indicio razonable al remarcar que: "**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 termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la

226 Exp. N.º 02357-2008-PHC/TC, Caso: Abel Antonio Sánchez Chacón; Exp. N.º 0020-2004-HC/TC, Caso: Iván Calderón Dávila; Exp. 7282-2005-PHC/TC, Caso: Víctor Fernando Huarca Usca; Exp. N.º 3357-2003-HC/TC, Caso: Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro; Exp. N.º 3629-2005-PHC/TC, Caso: David Aníbal Jiménez Sardón; Exp. N.º 8068-2005-HC/TC, Caso: Yoni Edgard Álvarez Bustamante; Exp. N.º 9809-2006-PHC/TC, Caso: Fernando Melcíades Zevallos Gonzales; Exp. N.º 0298-2003-HC/TC, Loza Munárriz; Exp. N.º 0872-2007-PHC/TC, Caso: Angélica Maribel Malpica López; Exp. N.º 1800-2003-HC/TC, Caso: Gerardo Alexander León Siguas; Exp. N.º 289-2002-HC/TC, Caso: Pizarro De La Cruz; Exp. N.º 2194-2005-PHC/TC, Caso: Manuel Coronel Cieza; Exp. N.º 1567 – 2002 – HC/TC, Caso: Alejandro Rodríguez Medrano; Exp. 3380 – 2004 – HC/TC, Caso: Feliciano Aranda Baltazar.

detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada[227]".

La justificación del peligro procesal no debe estar basado en conjeturas, hipótesis o apreciaciones subjetivas, puesto que el Juez en su resolución debe analizar y explicitar datos ciertos, objetivos y fehacientes, que sean reales y se encuentren suficientemente acreditados y que le generen la convicción de que el procesado se sustraerá a la persecución penal, en caso se le ordene su libertad.

La realidad del peligro procesal se debe discutir en la audiencia de la prisión provisional sobre la base de la concreta y específica imputación que realiza el Ministerio en el requerimiento escrito de prisión provisional. El Ministerio público debe de postular de manera detallada, minuciosa y clara los enunciados fácticos (los hechos) que considera sustentan el específico riesgo procesal: sea de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

Por ejemplo, si se alega un riesgo de fuga tanto el fiscal y las autoridades judiciales deben mencionar sobre qué base objetiva y de que conductas concretas se infiere dicha conclusión[228].

Si bien se reconoce que en la evaluación del peligro procesal hay un margen de discrecionalidad por parte del juez[229], dicha

227 Exp. N.º 01397-2009-PHC/TC; Caso: Félix Joaquín Palomino y otros; Exp. N.º 03206-2008-PHC/TC; Caso: Juan José Ordaya Mantari; Exp. N.º 02266-2009-PHC/TC; Caso: Javier Ttito Villasante; Exp. N.º 03324-2008-PHC/TC, Caso: Pedro Jorge Eslava Ipenza; Exp. N.º 03593-2008-PHC/TC; Caso: Marvin Piero Mayorga Medina; Exp. N.º 2560-2004-HC/TC, Caso: Jaime García Marca; Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, Caso: Silva Checa; Exp. N.º 1260-2002-HC/TC, Caso: Amadeo Domínguez Tello; Exp.N.º 791-2002-HC/TC, Caso: Grace Mary Riggs Brousseau; Exp. N.º 5490-2007-HC/TC, Caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez.

228 TEDH caso: *Tomasi c. Francia*, 27 de agosto de 1992, párr. 95.

229 Cfr. Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; p. 193; Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en:

actividad para que no sea arbitraria debe seguir parámetros objetivos, racionales y de análisis imparcial de los hechos y la evidencia presentada tanto por el Ministerio Público como la defensa. La discrecionalidad en la evaluación del peligro procesal es una discrecionalidad guiada que debe respetar los principios, valores y reglas constitucionales vigentes, así como los hechos y los elementos de convicción ofrecidos y actuados por las partes legitimadas. Resulta inadmisible sostener que: "el peligro procesal, en sus dos manifestaciones reguladas en el CPP de 2004, tiene carácter esencialmente subjetivo"[230].

ii) El peligro procesal es una entidad graduable que no siempre concurre en el caso concreto en una misma magnitud. Así, como todo riesgo no tiene la misma entidad, sino que depende del contexto y de las circunstancias, el peligro procesal no siempre reviste la misma magnitud y gravedad, ya que depende de una serie de factores que pueden ser analizados de forma objetiva.

La exigencia de que el peligro procesal que justifica la prisión provisional debe ser ***grave*** implica sostener que dicho peligro debe ser de gran magnitud y entidad. No basta la existencia de cualquier clase de peligro procesal en cuanto a su relevancia y entidad para que se entienda cumplido este requisito al momento de dictar la prisión provisional. La sospecha razonable o la sola existencia de un peligro procesal, al margen de su entidad, es insuficiente para justificar la prisión provisional[231].

---

Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 100 quien alude a un amplio margen de discrecionalidad al juez.

230 Así: Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 100.

231 En contra: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 88 al señalar: "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha

Solo la existencia comprobada de un peligro procesal grave o de máxima intensidad está en condiciones de legitimar el requerimiento de prisión provisional como la aplicación de dicha medida. El peligro procesal de mediana gravedad debe llevar a dictar una medida de comparecencia con restricciones, así como un peligro procesal de baja intensidad debe conducir a dictar una comparecencia simple.

La condición de que la prisión provisional solo se puede amparar en un peligro intenso, máximo o de gran magnitud se relaciona con la vigencia a nivel del proceso penal del principio constitucional de ***proporcionalidad***[232]. La afectación drástica de un derecho fundamental (libertad personal) debe basarse en un peligro procesal grave e intenso, de tal manera que se justifique la medida. Un peligro procesal débil, escaso, endeble o nimio, o incluso un peligro procesal de mediana gravedad, no está en condiciones de justificar la prisión provisional. En este caso solo puede aplicarse una medida alternativa, distinta y menos lesiva que la prisión provisional v. gr. comparecencia con restricciones.

La magnitud del peligro procesal, su escasa relevancia o su máxima intensidad, tiene que ser valorado según las circunstancias del caso e implica el análisis de una serie de pruebas, indicios o factores que lo respalden.

La entidad del riesgo procesal no depende de la pena probable, de la gravedad del delito, del impacto mediático del caso o del

---

razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"; La CIDH en el Informe N.º 12/96; Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 84.

232 Cfr. Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; p. 97: "La medida de prisión preventiva debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal existente, puesto que ello es lo que fundamenta su adopción".

seguimiento de los hechos que hacen los medios de comunicación.

El TEDH subraya que la existencia de un riesgo particular que el imputado puede obstaculizar el buen desarrollo del procedimiento (incluso si se ha establecido suficientemente ese riesgo) no significa necesariamente que el sospechoso deba ser detenido. Las autoridades nacionales deben considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas menos graves e intrusivas, o, "por lo menos, tratan de explicar en sus decisiones por qué dichas alternativas no han asegurado de que el juicio siga su curso adecuado"[233].

iii) El requisito de que el peligro procesal debe ser ***inminente*** supone que el riesgo debe existir, pero, además, debe haber el pronóstico de que dicho riesgo subsista, se prolongue en el tiempo o que exista la eventualidad de su repetición. El peligro procesal debe tener la naturaleza de **inminente o ser de ejecución inmediata**, en tanto que una vez verificada su existencia puede permanecer o seguir ejecutándose.

Desde el punto de vista convencional y constitucional no tiene el mismo peso y relevancia el peligro procesal inminente (v. gr. que se está ejecutando o es de inmediata realización) que el peligro procesal lejano, remoto (posible) que de modo eventual puede producirse y que se puede neutralizar y controlar con la adopción de medidas procesales idóneas y adecuadas (v.gr custodia de documentos, protección de testigos) o con la intervención estatal oportuna. Es más, no tiene ni encierra la misma gravedad y correspondencia valorativa el peligro procesal posible (remoto o lejano) que el peligro procesal que tiene una real inminencia. Todo ello nos indica que el peligro procesal para que cumpla con el principio constitucional de

233 TEDH casos: *Mishketkul y otros c. Rusia*, 24 de mayo de 2007, párr. 57; *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párr. 186; *Sulaoja c. Estonia*, 15 de febrero del 2005; párr. 64; *Jabłoński v. Polonia,* 21 de diciembre de 2000, párr. 83.

proporcionalidad no le basta con el requisito de ser un peligro procesal grave, sino que debe tratarse de un peligro procesal grave e **inminente**.

**e. La presunción de inocencia, el derecho de defensa y la obligación convencional de pronunciarse sobre las alegaciones esenciales planteadas por el imputado afectado con la prisión provisional**

36. La determinación y acreditación objetiva del peligro procesal requiere que se efectúe una evaluación objetiva tanto de los indicadores que lo establecen como también de los elementos de convicción que lo descartan, o simplemente lo hacen decaer[234]. En la medida que el peligro procesal grave, cierto e inminente debe acreditarse en cada caso concreto, no es compatible con la presunción de inocencia y el derecho a la prueba el hecho que solo se tome en cuenta los elementos o indicios que corroboran la existencia del peligro procesal y no aquellos que lo descartan v. gr. se deja de lado la evidencia que convierte al peligro procesal grave en un peligro procesal leve o insignificante.

37. El TEDH ha subrayado que el artículo 5.4 (similar al artículo 7.6 de la CADH) no impone la obligación de que el juez aborde en detalle todos los argumentos contenidos en las alegaciones del imputado; sin embargo, el derecho del detenido se vería afectado si el juez, basándose en la legislación y la práctica nacionales, trata como irrelevante, o con desprecio, determinados hechos concretos invocados por el detenido y que son capaces de poner en duda la existencia de las condiciones esenciales para la "legalidad" de la privación de libertad en el sentido del artículo 5.1[235].

---

234 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 86.

235 TEDH casos: *Svipsta c. Letonia*, 09 de marzo 2006, párr. 129; *Nikolova v. Bulgaria*, 25 de marzo de 1999; párr. 61; *Sarban c. Moldavia*, 04 de octubre 2005, párr. 99.

Los tribunales de justicia no deben pasar por alto los argumentos de la defensa, en la medida en que se refieren a los "hechos concretos que son capaces de poner en duda la existencia de las condiciones esenciales acerca de la legalidad de la privación de libertad"[236]. El TEDH considera que una decisión judicial, al no abordar los hechos específicos del caso o cuando no considera "medidas preventivas" alternativas y solo se apoya, por ejemplo, en la gravedad de los cargos, no puede considerarse como una motivación "suficiente"[237].

38. Una de las causas de mayor arbitrariedad en el dictado de la prisión provisional reside en que los órganos jurisdiccionales solo prestan atención y cuidado a los elementos de convicción que acreditan el peligro procesal y que es sustentado por el Ministerio público; y omiten ponderar los indicios, datos y hechos que abonan bien el decaimiento del peligro procesal, o, simplemente, en algunos casos su inexistencia; y que normalmente son ofrecidos por el imputado o su defensa[238]. Hay una violación a las garantías convencionales

---

236 *Khodorkovskiy c. Rusia*, 31 de mayo de 2011, párr. 222.

237 *Moskovets c. Rusia*, 23 de abril de 2009, párr. 87.

238 TEDH casos: *Smirnova c Rusia*, 24 de julio del 2003, párr. 63; *Rokhlina c. Rusia* de 07 de abril de 2005; párr. 68: "La Corte considera que las decisiones de los tribunales nacionales no se basaron en un análisis de todos los hechos pertinentes. Ellos no tomaron nota de los argumentos del abogado del demandante de que no tenía antecedentes penales, que tenía una residencia permanente en Moscú, los lazos familiares, una forma estable de vida y gozaba de gran estima social"; *Nikolov c. Bulgaria*, 30 de enero del 2003; párr. 74: "el Tribunal reitera que no es su tarea tomar el lugar de las autoridades nacionales que decidieron sobre la detención del solicitante. Compete a ellos examinar todos los hechos argumentando a favor o en contra de la detención y fijarlos en sus decisiones" *Ilijkov c. Bulgaria*, 26 de julio 2001; párr. 83: "Las autoridades consideran como irrelevantes las alegaciones del imputado de que nunca había sido condenado, que tenía una familia y una forma estable de vida, y que tras el paso del tiempo cualquier posible peligro de colusión y fuga había retrocedido"; *Nechiporuk y Yonkalo c. Ucrania*, 21 de abril del 2011; párr. 197: "Por otra parte, los tribunales no hicieron alguna evaluación de los argumentos presentados por el solicitante en favor de su liberación en espera de juicio, como

si la decisión judicial refleja la ausencia de un examen eficaz de las observaciones planteadas por las partes[239].

El principio de igualdad de armas -y su influencia directa en el deber de motivar las decisiones judiciales- obliga a reparar tanto en los elementos que acreditan la presencia del peligro procesal como de aquellos indicios o elementos que lo descartan de manera convincente.

El TEDH consideró que se viola las reglas de la presunción de inocencia y la justificación de las decisiones judiciales si es que los Tribunales nacionales no otorgan algún peso ni se pronuncian acerca de las alegaciones del imputado respecto a que posee un lugar estable de residencia, que era un estudiante y que a causa de su enfermedad requiere un tratamiento médico constante[240]. De igual manera, en la prolongación de la detención no es correcto hacer referencia genérica a ciertas acciones de investigación que necesitan llevarse a cabo y están pendientes de realización, sin la identificación y concreción de alguna de ellas. Los Tribunales deben evaluar de manera adecuada, en todo caso, la diligencia o no de las autoridades en la realización de la investigación[241].

39. Los Tribunales nacionales deben tomar en cuenta una serie de factores como que los cargos constituyen un delito no violento, el imputado no intentó fugarse después de iniciada la investigación por la comisión de un delito contra el patrimonio, no tenía antecedentes penales, tenía una esposa, un hijo de dos meses de edad y había devuelto el dinero robado y las joyas[242]. En un caso concreto, el TEDH encontró responsabilidad en las autoridades nacionales que decretaron y mantuvieron la prisión provisional sin

---

su delicado estado de salud, o la situación familiar y personal, todos los cuales fueron apoyadas en pruebas documentales".

239 *Svipsta v. Letonia*, 09 de marzo 2006, párr. 131.

240 *Yevgeniy Bogdanov c. Rusia*, 26 de febrero del 2015; párr. 137.

241 *Yevgeniy Bogdanov c. Rusia*, 26 de febrero del 2015; párr. 140.

242 *Shishkov c Bulgaria*, 01 de setiembre del 2003; párr. 62.

tomar en cuenta el grave estado de la salud del imputado, el hecho de que no había cambiado de lugar de residencia, que no había tratado de escapar; sus fuertes lazos familiares, la falta de antecedentes penales; su oferta de pagar una fianza y la falta de cualquier evidencia que había intentado alguna vez ponerse en contacto con las víctimas o testigos en el curso del proceso penal[243]. Asimismo, se debe tomar en cuenta todos los hechos y la evidencia como, por ejemplo, que la persona no tenía antecedentes penales, que contaba con una residencia permanente, registraba lazos familiares, una forma estable de vida y tenía alta estima social y que la naturaleza "doméstica" de la imputación mitiga el riesgo de reincidencia o colusión[244].

De modo semejante, se afecta el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia cuando no se analizan los hechos y la evidencia alegada por el imputado y su defensa como, por ejemplo, que todas las pruebas ya se habían recogido durante los primeros meses de la investigación, situación que reduce al mínimo el peligro procesal de obstrucción de la justicia, que la persona no cuenta con antecedentes penales y que no había peligro de fuga a la vista de su edad, los lazos familiares, estado de salud y estilo de vida; a la par que se sostiene que las pruebas eran débiles y que los cargos se habían basado en una interpretación errónea de la ley pertinente[245].

40. Asimismo, se afecta el derecho a la libertad personal si el imputado y su abogado presentan argumentos específicos capaces de poner en duda la legalidad y la justificación de la detención, alegando el no registrar antecedentes penales, que no había peligro de fuga, el contar con estudios universitarios, tener referencias de trabajo positivos y padecer de una salud frágil. En este caso las decisiones judiciales no tomaron en cuenta dichos argumentos y pruebas,

243 TEDH caso: *Dirdizov c. Rusia*, 27 de noviembre de 2012, párr. 109.

244 *Rokhlina c. Rusia* de 07 de abril de 2005; párr. 68.

245 *Yankov c. Bulgaria*, 11 de diciembre del 2003, párr. 182 y 183.

pese a reconocer la existencia de los hechos, además, que su exactitud no fue cuestionada. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales para mantener la privación de la libertad solo se basaron en la gravedad de los cargos[246].

Se viola también el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y su conexión con del deber de motivar las decisiones judiciales cuando la persona privada de su libertad alega que nunca había obstruido en modo alguno la investigación, que colaboró con las autoridades pertinentes cuando la citaron, que su conducta en relación con la investigación siempre había sido irreprochable, que contaba con una familia, que tenía una propiedad en el país y ninguna en el extranjero, estaba dispuesto a renunciar a su pasaporte como una garantía de que no iba a salir del país, sin embargo, y pese a ello, los tribunales nacionales no dedicaron alguna consideración a cualquiera de estos argumentos en sus decisiones de rechazar el pedido de libertad, tratando cada uno de los planteamientos de la defensa como irrelevantes[247].

En otro caso concreto, el TEDH examinó que el imputado había presentado argumentos sustanciales que cuestionaban la validez de los cargos en su contra y los motivos de su detención, ya que había aludido a hechos concretos, como que no había intentado fugarse o no había obstaculizado la investigación desde que tuvo conocimiento de los procesos penales en su contra, y que tenía una familia y una forma de vida estable. El imputado también había afirmado que las pruebas en su contra eran débiles, ya que los cargos se basaron sólo en el informe de auditoría. Sin embargo, el órgano jurisdiccional que revisó su caso no dedicó alguna

246 *Dolgova c. Rusia*, 2 de marzo de 2006, párr. 43.

247 *Sarban c Moldavia*, 04 de octubre 2005, párr. 100 y 101: " Los otros tribunales o bien no hacen ningún registro de los argumentos presentados por el solicitante o solo hacen una breve nota y no se ocupan de ellos. Se limitan a repetir en sus decisiones de una manera abstracta y estereotipada los motivos formales de la detención previstos por la ley. La argumentación que se utiliza no hace ningún intento de mostrar cómo se aplican al caso de la demandante.".

consideración a cualquiera de estos argumentos, al parecer, los trató como irrelevantes para la cuestión de la legalidad de la detención del imputado. El TEDH estimó que el Tribunal interno no proporcionó la revisión judicial del alcance y la naturaleza de la detención, tal como lo exige el artículo 5 § 4 de la Convención[248]. Asimismo, determinó que el órgano jurisdiccional interno decidió el caso después de recibir observaciones por escrito del fiscal quien opinó por qué se desestime la apelación del detenido; sin que a la persona privada de su libertad se le permita responder a dichas observaciones. Ni al detenido ni a su defensa se le permitió consultar los documentos en el expediente de la investigación con el fin de impugnar los motivos de su detención. El TEDH declaró que los procedimientos judiciales internos no respetaron de manera efectiva el contradictorio y no garantizaron la igualdad de armas entre las partes[249].

En otro caso también se razonó que los órganos jurisdiccionales no tuvieron en cuenta los factores como la juventud del imputado, sus problemas de salud, la ausencia de antecedentes penales, el hecho de que tenía un lugar de residencia permanente y las relaciones familiares estables. Las decisiones judiciales de los Tribunales internos carecieron de un razonamiento adecuado, lo cual no era una omisión accidental, sino más bien una forma habitual de tratar las solicitudes de puesta en libertad[250].

Se afecta el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y el deber de motivar las decisiones judiciales si la prisión provisional se basa en la severidad de la pena que puede recibir el imputado y su directa relación con el riesgo de fuga. El error es mayor si nunca se evalúa la naturaleza de ese riesgo y se omite tomar en cuenta las alegaciones formuladas que apoyan la solicitud de libertad

248 TEDH caso: *Nikolova c. Bulgaria*, 25 de marzo de 1999; párr. 61.

249 TEDH casos: *Mooren c. Alemania*, 09 de julio del 2009, párr. 124; *Nikolova v. Bulgaria*, 25 de marzo de 1999; párr. 63.

250 TEDH caso: *Khudobin v. Rusia*, 26 de octubre del 2006, párr. 108.

como, por ejemplo, la cooperación del imputado con la fiscalía, la entrega voluntaria de documentación, la comparecencia en el interrogatorio, como su buena reputación, etc. [251]. Muchas veces la supuesta severidad de la pena decae cuando se analizan otras circunstancias relevantes del caso que llegan a desacreditar la existencia de un peligro de fuga o permite probar que dicho riesgo es tan leve que no puede justificar la prisión preventiva[252].

En otro caso, el TEDH tomó en cuenta que las decisiones de las autoridades nacionales no brindaron razones por las que, a pesar de las alegaciones formuladas por el imputado en apoyo de sus solicitudes de liberación, consideraban que el riesgo de fuga era decisivo. Las decisiones nacionales sólo insinuaban la existencia de "motivos suficientes para creer que los acusados podían fugarse", sin señalar cuáles eran dichos motivos[253]. Es posible que el otorgamiento de permiso para visitar al padre enfermo puede estimarse como un factor para demostrar que las autoridades nacionales consideran el riesgo de fuga insignificante; de tal manera que cuando niegan la libertad del imputado asumen un comportamiento contradictorio[254].

41. El derecho a la prueba no solo rige a nivel de las resoluciones que ponen fin al proceso, en especial en el caso de las sentencias, ni rige solo para una clase de resoluciones (v. gr. sentencias condenatorias), sino que su vigencia se extiende a toda clase de resolución judicial en la que se discute una determinada controversia sobre la base de una cierta pretensión y en donde, además, o junto a las alegaciones que se promuevan se articulan medios probatorios de la más variada clase[255] (v. gr. Pericias, documentos, inspecciones, reconocimientos, etc.).

---

251 *Patsuria c. Georgia*, 6 noviembre 2007, párr. 70.

252 *Khudoyorov c. Rusia*, 8 de noviembre del 2005, párr.181.

253 *Khudoyorov c. Rusia*, 8 de noviembre del 2005, párr.181.

254 *Panchenko c. Rusia*, 8 de febrero del 2005; párr. 105.

255 Cfr. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N.º 28 - diciembre

El derecho a la prueba se expresa también a nivel de las resoluciones judiciales que resuelven, imponen o modifican medidas cautelares en el proceso penal, ya sea de carácter real o sobre todo las medidas cautelares personales. La ley procesal exige que para dictar prisión provisional, además, de verificar el peligro procesal debe haber indicios suficientes; de tal manera que toda variación o modificación de las razones de la detención basada en hechos objetivos y en determinada prueba debe también producir la modificación procesal de la situación jurídica de la persona imputada.

La regla que rige en este ámbito es que toda prueba, al margen de su clase, que incida de manera directa y sea pertinente para decretar, levantar o modificar una medida cautelar, en especial las que afecten la libertad personal, debe ser valorada obligatoriamente por el órgano jurisdiccional de manera especialmente motivada, tanto a nivel del órgano judicial de instancia como por el órgano jurisdiccional que conoce la impugnación. Se debe evaluar racionalmente la prueba de cargo como la prueba de descargo, así como los indicios incriminatorios como los contraindicios[256].

El derecho a la prueba no solo se ejerce ante el órgano ad quem. También el órgano a quo que conoce el recurso debe resolver y responder acerca del valor y peso probatorio que se le asigna a una determinada prueba (evidencia, elemento de convicción).

En dicha línea, el TC peruano declaró fundada una demanda presentada contra una sala penal en la que se alegaba por el imputado que se habían vulnerado en un proceso penal sus derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la libertad personal que se le siguió al beneficiario (Curse Castro) por el delito de

---

2012; p. 20; Catalina Benavente, María Ángeles; *Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos?; Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005*; en: Indret: Revista para el análisis del derecho; 2005; n. 4; pp. 10 y ss.

256 Cfr. Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; N.º 1-2/2002; octubre del 2002; p. 12.

homicidio calificado y al que se le practicó la prueba pericial de ADN, lográndose determinar que las muestras de sangre encontradas en sus prendas de vestir no correspondían al perfil genético de la víctima. Por este motivo, en primera instancia se varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia restringida con detención domiciliaria. Sin embargo, la Sala superior mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005 revocó esta medida y dispuso, nuevamente, su detención sin tomar en consideración la prueba de ratificación pericial de ADN[257].

El caso es muy interesante debido a que la prueba que se presentó ante la Sala superior que conoció la apelación a la comparecencia con restricciones que se había decretado por el juzgado no fue el Informe y/o Dictamen de Biología Forense –que fue recién presentado el 22 de Abril del 2005 luego de la expedición de la resolución que revoca la comparecencia otorgada[258]– sino la ratificación pericial de Biología Forense que fue presentada junto a un informe escrito, de fecha 5 de abril de 2005, en el cual se alude al dictamen pericial referido, tanto en el contenido del escrito como en la relación de anexos. El TC razonó que: "*este Tribunal considera que la*

257 Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro: "El demandante afirma que al favorecido, en virtud de la prueba pericial de Biología Forense ADN 072-04, de fecha 10 de diciembre de 2004 (f. 194), se le revocó el mandato de detención por el de comparecencia restringida con detención domiciliaria, mediante resolución de fecha 28 de diciembre de 2004 (f. 188). No obstante, según el demandante, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sin considerar la prueba de ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05, de fecha 18 de marzo de 2005 (f. 50), mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005 (f. 55), revocó el mandato de detención domiciliaria por el de detención".

258 Exp. N.° 4831-2005-PHC/TC, Caso: Rubén Silvio Curse Castro: "Por su parte, los emplazados señalan que el Dictamen Pericial de Biología Forense 022-05 fue presentado el 22 de abril de 2005; es decir, posteriormente a la expedición de la resolución antes aludida, que es de fecha 15 de abril de 2005 (f. 82), por lo que la nueva prueba que se acompaña debe ser presentada en el proceso principal para su valoración correspondiente y demás efectos que ella pueda producir (f. 88)".

*Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa no ha valorado la prueba de Biología Forense aportada por el favorecido, no obstante haber sido oportunamente introducida en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado; lo que, a juicio de este Colegiado, constituye una vulneración del derecho a la prueba y, por ende, al debido proceso*[259]". Pese a que no se presentó el Informe Pericial, sino la ratificación de la pericia, en donde se hacía referencia a dicho Informe, el TC consideró que debía existir un pronunciamiento motivado y expreso sobre dicha ratificación pericial por parte de la sala superior y anuló su resolución[260].

En otro caso, el TC peruano declaró fundada una demanda de hábeas corpus al considerar que: "la detención preventiva judicial que se impuso al recurrente se sustentó en cuestiones totalmente ajenas a una razón circunstancial respecto a la existencia del peligro procesal de perturbación probatoria o peligro de fuga que se invocó para justificar el mandato coercitivo; antes bien, el Juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos que obran en autos y que pudieron ser evaluados para terminar 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"[261].

---

259 Exp. 4831-2005-PHC/TC; Caso: Rubén Silvio Curse Castro: f. j. n.º 13.

260 El TC determinó: "Disponer la **NULIDAD** de la resolución de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 15 de abril de 2005, sin que ello conlleve la inmediata libertad del procesado, cuya sujeción personal al proceso penal debe ser definida por la citada Sala Penal, mediante una nueva resolución que valore la ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05".

261 Exp. N.º 5490-2007-HC/TC; Caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez: "asimismo, la cuestionada autoridad judicial no señaló en su resolución la existencia de indicios razonables en tomo a la posibilidad de perturbación de la investigación judicial por parte del demandante, omisión de motivación que

## f. La regla de tratamiento y la ejecución de la prisión provisional

42. Una vez que se adopta la medida de prisión preventiva se debe asegurar que el imputado en la ejecución de la misma no sea equiparado a un culpable; de tal manera que la aplicación de la medida no debe ser identificada con una anticipación de pena[262]. Como regla, el lugar de reclusión o confinamiento del preso preventivo debe ser distinto al de las personas condenadas. Los presos preventivos pueden estar en un mismo centro de internamiento que las personas condenadas, pero no deben compartir los mismos espacios y condiciones de la privación de la libertad; de otro modo se equiparían los inocentes a los culpables.

Si se asume que la finalidad de la prisión provisional es la misma que la pena simplemente se está asimilando al imputado con el culpable[263]. La ejecución de la prisión provisional debe distinguirse en cuanto a su tratamiento y fines de la ejecución de la pena privativa de la libertad[264], por mandato de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia. Por ello, la restricción de la libertad personal a nivel del proceso penal para que sea compatible con la presunción de inocencia es necesario que se distinga estrictamente respecto a los fines de la pena[265].

---

convirtió al mandato judicial de detención en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado".

262 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim – Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; Vol. I; p. 518; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 538; Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 145; Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; p. 252.

263 Cfr. Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; p. 3.

264 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 143 y 160.

265 Cfr. Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; p. 400.

El imputado no debe ser puesto en custodia, una vez que se impone la prisión provisional, en el mismo lugar, o en uno similar, al que se destina a la ejecución de la pena[266]. El artículo 10,2,a del PIDCP prescribe que: "*Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas*". De igual manera, el artículo 5.4 de la CADH establece: "*los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*".

43. La aplicación de la prisión provisional debe garantizar y salvaguardar los demás derechos, distintos a la libertad de movimiento, de la persona sujeta a dicha medida[267]. La prisión provisional para que posea validez constitucional solo puede afectar el ejercicio de la libertad de movimiento dentro de un determinado centro de internamiento, pero bajo ninguna forma permite y autoriza que la persona puede verse afectada en el ejercicio de otros derechos fundamentales[268] v. gr. la libertad de expresión, la vida privada, la intimidad, etc. La ejecución de la prisión provisional no debe ir más allá de la afectación de un derecho concreto y específico: la libertad de movimiento.

De igual forma, cualquier otra medida cautelar menos gravosa (v. gr. impedimento de salida del país, la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine, la obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados, la vigilancia electrónica personal, de conformidad a la ley de la materia y su reglamento, entre otras) solo podrá afectar al derecho restringido y no a otro.

---

266 Cfr. Ferrua, Paolo – Lavarini, Barbara; *Diritto Processuale Penale*; p. 31; Ubertis, Giulio; *Sistema di procedura penale*; p. 191.

267 Cfr. Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; p. 413 y ss.

268 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; p. 161; Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 538.

Cualquier afectación de un derecho fundamental debe estar presidida por el respeto escrupuloso al principio de legalidad, de proporcionalidad y de la excepcionalidad de la intervención.

44. La ejecución de la medida de prisión provisional respetuosa de la regla de tratamiento requiere que:

i) El Tribunal competente controle la ejecución de la prisión provisional y resuelva todas las cuestiones relevantes que se presenten en su desarrollo, decisión que puede ser apelada por las partes, en especial, por el imputado y su defensa;

ii) De manera obligatoria el imputado que sufre la prisión provisional debe ser alojado y desarrollar su encierro en un lugar distinto y separado de las personas condenadas; de otro modo la prisión provisional se equipara materialmente a la pena;

iii) La prisión provisional solo limita y restringe, salvo disposición en contrario, la libertad personal; de tal manera que el ejercicio de los demás derechos fundamentales quedan intactos;

iv) El ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, deben estar preservados de manera irrestricta. Su limitación, como cualquier derecho fundamental, solo debe estar regulado por la ley, su restricción debe ser proporcional y solo en los casos estrictamente necesarios.

v) El régimen de los presos provisionales (v. gr. visitas, su tiempo y duración) no debe ser el mismo que las personas condenadas;

vi) El preso provisional debe ejercer de manera libre sus derechos civiles y políticos. Los órganos electorales deben acondicionar de manera obligatoria lugares de votación en los penales para que las personas privadas de su libertad puedan votar;

vii) Los presos provisionales deben contar dentro de la prisión con las mayores facilidades para ejercer su derecho al trabajo. Se proscribe el trabajo obligatorio no remunerado. El preso pro-

visional solo está obligado a mantener aseado el lugar en el que cumple el mandato judicial[269].

Por otro lado, la duración de una medida cautelar (v. gr. prisión provisional, arresto domiciliario, comparecencia con restricciones) no puede ser mayor a la posible duración de la concreta pena que se puede imponer a una persona.

### g. La regla de tratamiento de la presunción de inocencia y la obligación periódica de revisión de la prisión provisional

45. La CADH en el artículo 7.5 prescribe: "Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (....)". La disposición 6.2 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establece que "La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1" que no es otro que la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

El artículo 253.3 del NCPP establece que: "La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario (...)". De igual forma, el artículo 254.2 del NCPP prescribe que El auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad: "c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución". El artículo 255.2 prescribe que: "Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo".

La legislación procesal, tomando en cuenta la regulación de los Tratados de DH y la normatividad internacional que regula la duración de la prisión provisional, determina que la afectación a

269 Ampliamente, Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T I; p. 539.

un derecho fundamental debe efectuarse en la medida y tiempo estrictamente necesario. Incluso, se consagra como una causal de nulidad el hecho de que el auto judicial debe precisar el término de duración de la medida como los controles y garantías de su ejecución. Se trata de una norma de vital importancia ya que limita la aplicación de una medida coercitiva, en especial, la fijación de la prisión provisional.

46. La prisión preventiva como toda medida cautelar no tiene parámetros fijos e invariables. Se trata más bien de una medida provisional, transitoria y variable que no puede ser aplicada de manera indiscriminada ni de modo indefinido. Una de las consecuencias del principio de inocencia exige un límite temporal "razonable" a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario[270]. Una persona sometida a prisión provisional cuenta con el derecho a ser juzgada en un tiempo razonable; y si ello no es así tiene el derecho a ser puesta en libertad continuándose el proceso penal correspondiente. La violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable genera en el imputado detenido el derecho a ser puesto en libertad.

    Una de las violaciones más graves a la presunción de inocencia consiste en el peligro frecuente de mantener a la privación de la libertad por tiempo indefinido, situación que expresa que el Estado somete a proceso (y a detención) a los ciudadanos que considera culpables y no tanto a los inocentes, pues de otra manera no se lograría explicar el por qué la indefinición temporal del proceso y la duración ilimitada de la prisión provisional[271]. El principio de

---

270 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; párr. 72.

271 La CIDH en el Informe N.º 2/97, Caso N.º 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, y11.504, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 47: "La duración excesiva de dicha medida origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia.

la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad[272].

El artículo 8.2 de la CADH obliga a los Estados a investigar los hechos materia de imputación y de ser el caso a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de "establecer su culpabilidad". El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia y de medio se transforma en fin[273].

Una de las consecuencias del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (*provi-*

---

Ésta se torna cada vez más difícil de afirmar, ya que se está privando de su libertad a una persona que legalmente todavía es inocente, y en consecuencia está sufriendo el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados". Luego se considera: "Si se dedica un período de tiempo ilimitado a la resolución de una cuestión criminal, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables, y en consecuencia, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. Las normas internacionales son muy claras respecto a que el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad" (párr. 49).

272 La CIDH en el Informe12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 78.

273 La CIDH en el Informe12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 114.

*sionalidad*). De ella surge la obligación de disponer de métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado y la obligación, también, de ir sustituyéndolas a medida que las circunstancias del caso así lo impongan. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten; de tal manera que desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar[274].

47. La Corte IDH recuerda que la medida cautelar de detención no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción[275]. En este sentido, la Corte ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares. Para que la prisión preventiva no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia[276].

La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida. Se incurre en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad

---

274 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 104, 107 y 108.

275 *Argüelles y otros c. Argentina* 20 de noviembre del 2014, párr. 120; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 311,c; *Bayarri c. Argentina*, 30 de octubre de 2008, párr. 74.

276 *J. c. Perú* de 27 de noviembre de 2013 párr. 163); *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párr. 122; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 74; *Servellón García y otros c. Honduras* de 21 de setiembre de 2006, párr. 90; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014 ,párr. 311,c.

criminal no ha sido establecida. Equivale a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos[277].

Sobre el órgano jurisdiccional, a disposición del cual se encuentra el detenido, pesa la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado[278], pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria. Por tanto, el criterio de ***necesidad*** no sólo es relevante al momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo[279]. La Comisión IDH ha destacado que el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. En tal justificación, se deberán expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad. Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que

277 *López Álvarez c. Honduras* de 01 de febrero de 2006, párr. 69; *Suárez Rosero c. Ecuador* de 20 de noviembre de 1997, párr. 77; *Acosta Calderón c. Ecuador*, 24 de junio de 2005, párr. 75 y 112: "Se ha probado que el señor Acosta Calderón permaneció detenido desde el 15 de noviembre de 1989 hasta el 8 de diciembre de 1994. Esta privación de libertad fue arbitraria y excesiva, por no existir razones que justificaran la prisión preventiva del señor Acosta Calderón por más de cinco años"; *Tibi c. Ecuador* de 07 de setiembre de 2004, párr. 108.

278 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; párr. 102.

279 Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Preparado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 2013; párr. 159.

el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales[280].

En un fallo la Corte IDH da entender que la responsabilidad del Estado se puede generar, incluso, en aquellos casos en los que, sin haber alguna solicitud de parte, no se logra examinar por los Tribunales si existían razones suficientes para mantener la prisión preventiva, esto es, si los acusados podrían impedir el desarrollo del procedimiento o eludirían la acción de la justicia[281]. Creemos, que este examen se traslada también a la exigencia de comprobar el requisito de ***necesidad***, derivado del principio de proporcionalidad, como un elemento esencial de la revisión periódica de la prisión preventiva. En dicha sentencia se determinó la responsabilidad internacional del Estado:

> [E]l Tribunal declara que el Estado, al omitir valorar si los fines, necesidad y proporcionalidad de las medidas privativas de libertad se mantenían durante aproximadamente tres años, afectó la libertad personal de los acusados y, por tanto, violó los artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana[282].

48. La Corte IDH ha declarado que viola la Convención ADH (art. 7) el hecho de que el derecho interno de un Estado (v. gr. el Estado peruano a través del Decreto Ley 25.475) no permita alcanzar dentro del proceso judicial la revisión de la detención que se establece como obligatoria en una etapa del proceso[283]. En efecto, se

---

280 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; párr. 104.

281 *Argüelles y otros c. Argentina* 20 de noviembre del 2014, párr. 125: "la Corte constata que en el período comprendido entre 5 de septiembre de 1984 y los meses de marzo (para el señor Óbolo), julio (para el señor Cardozo) y agosto (para los demás) de 1987 no consta en el expediente que haya habido por parte de las autoridades ninguna revisión de la prisión preventiva de los peticionarios que aún se encontraban privados de su libertad, de forma tal que no se verificó si existían razones suficientes para mantener la prisión preventiva, esto es, si los acusados podrían impedir el desarrollo del procedimiento o eludirían la acción de la justicia".

282 *Argüelles y otros c. Argentina* 20 de noviembre del 2014, párr. 128.

283 Véase, *J. c. Perú* de 27 de noviembre de 2013, párr. 164 y 165: "la Corte concluye que debido a la ausencia de una motivación adecuada de la orden de

encuentran proscrita aquellas leyes que consagran la prohibición de lograr levantar o modificar la prisión provisional, o las órdenes de detención, dentro del proceso.

El artículo 8.2 de la Convención genera la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. La Corte IDH ha señalado que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, puesto que equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos[284].

La Corte IDH resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional[285] como también debe valorarse si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón[286]. En cualquier momento que la medida cautelar carezca

---

prisión preventiva y las limitaciones legales establecidas en el Decreto Ley 25.475 que impedían evaluar la pertinencia de continuar con dicha prisión preventiva, el Estado violó el artículo 7, incisos 1 y 3 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma".

284 Ampliamente: *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 145 y 146; *Tibi c Ecuador* de 07 de setiembre de 2004, párr. 180; *Suárez Rosero c. Ecuador* de 20 de noviembre de 1997, párr. 77; *Acosta Calderón c. Ecuador* de 24 de junio de 2005, párr. 111.

285 *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 76; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 117; *Yvon Neptune c. Haití* de 06 de mayo de 2008, párr. 108.

286 *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párr. 121; *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c.*

de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe[287]. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse[288].

49. El artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un ***plazo razonable*** o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El fundamento que respalda esta garantía es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo 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[289].

Los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes[290].

El artículo 7.5 impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para

---

*Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 311.c; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 76.

287 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 311.c; *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párr. 121; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 76.

288 *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador* de 21 de noviembre de 2007, párr. 117; *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párr. 122; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 76.

289 CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina del 1 de marzo de 1996, párr. 76.

290 CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina del 1 de marzo de 1996, párr. 109.

asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición referida a la duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad.

Pese a todo, el artículo 7.5 y el artículo 8.1 de la CADH tienen un alcance y radio de acción distinto. Mientras el artículo 8.1 toma en cuenta la duración general del proceso para la persona imputada de la comisión de un delito –e, incluso, es aplicable a otros ámbitos como el proceso civil, administrativo, fiscal, etc.– el art. 7.5 solo comprende el derecho de la persona privada de su libertad a que su proceso y, en concreto, la medida cautelar tenga una duración razonable, no excesiva. Los elementos y requisitos del artículo 7.5 son más rigurosos y exigentes que los del artículo 8.1 v. gr. se impone en la tramitación y desarrollo del proceso de la persona privada de su libertad una especial diligencia y un trato prioritario en la sustanciación del mismo. Así, es posible que haya una violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, propio del artículo 7.5, sin que se pueda identificar y detectar una violación al artículo 8.1 de la CADH[291]. Asimismo, la violación a

291 CIDH: Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 110: "Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse

ser juzgado en un plazo razonable (artículo 7.5) trae consigo una consecuencia inmediata referida a que la persona sea puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El artículo 8.1 en la violación del derecho a ser juzgado en un tiempo razonable no se establece alguna consecuencia jurídica específica, sea procesal o extraprocesal.

Si bien para establecer la extensión del "plazo razonable" en ambos supuestos se puede tomar en consideración la complejidad del caso y la diligencia en la investigación, en el caso de la prisión como medida cautelar la determinación debe ser mucho más estricta y limitada debido a la privación de la libertad que subyace. La complejidad del caso se deber medir, especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria. Las autoridades demandadas deben acreditar, probar y dar razones acerca de la demora en la tramitación de la causa[292].

50. El derecho al plazo razonable de la prisión provisional trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor ***diligencia*** y ***prontitud*** los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad[293]. Las autoridades, en el desarrollo

---

a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. 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 su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio"; Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 127.

292 La CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina del 1 de marzo de 1996; párr. 101.

293 Véanse, las sentencias de los casos: *Argüelles y otros c. Argentina*, 20 de noviembre del 2014, párr. 129; *Barreto Leiva c. Venezuela* de 17 de noviembre de 2009, párr. 121 y 122; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 70 y 71: "En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991 y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue ordenada su libertad "al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo". En total, el señor Bayarri permaneció

de los procedimientos penales contra las personas imputadas que se encuentran detenidas, deben mostrar una diligencia especial[294] y reducir cualquier retraso al mínimo posible[295]. De conformidad con lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención, una persona acusada, que está detenida, tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida[296]. La falta de diligencia en la tramitación de la causa en el que hay un preso provisional es la causa principal de la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Es necesario ***priorizar*** los procesos judiciales en los cuales los imputados se encuentran privados de su libertad para así reducir, a su mínima expresión, la necesidad de adoptar medidas restrictivas de los derechos. De lo contrario, se corre el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento por legitimarla[297].

Es importante que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la ***máxima premura*** y,

---

aproximadamente 13 años en prisión preventiva". Véase, la sentencia del caso TEDH: *Smirnova c. Rusia*, 24 de julio del 2003, párr. 64.

294 La CIDH en el Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina del 1 de marzo de 1996, párr. 83 y 99.

295 TEDH caso: *Mitev c. Bulgaria*, 22 de diciembre del 2004; párr. 110.

296 La CIDH en el Informe12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez v. Argentina del 1 de marzo de 1996; párr. 100 y 102: "Para la Comisión, esta diligencia es exigida a los Estados en virtud de los preceptos de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, cuya lectura conjunta permite concluir que la persona acusada o detenida tiene derecho a que su caso sea decidido con prioridad y expedición por las autoridades nacionales".

297 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009; párr. 76.

así, evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa en juicio y el principio de inocencia[298].

Debe destacarse que aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable[299].

51. La sustentación explícita del *fin legítimo* de la prisión provisional y la *necesidad* de la misma se extiende también a los casos de las ***decisiones denegatorias de las solicitudes de revisión o cese de la medida***[300]. Así se ha señalado en un caso concreto:

> Las decisiones judiciales denegatorias de las solicitudes de revisión no cumplieron adecuadamente la función de analizar si era pertinente mantener las medidas privativas de libertad. Las afirmaciones de que "no hay nuevos antecedentes que revisar" y que "no existen antecedentes que permitan presumir que han variado las circunstancias que hicieron aconsejable la prisión preventiva", denotan una concepción errónea que parte de que tendría que comprobarse que las circunstancias iniciales variaron, en lugar de entender que es tarea del juez analizar si subsisten circunstancias que hagan que la prisión preventiva deba mantenerse y sea una medida proporcio-

298 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 132 y 167: "De ser ciertas las referencias a la envergadura del hecho y su repercusión social, el Estado debió haber puesto a disposición de las autoridades judiciales encargadas del caso los recursos necesarios que habrían permitido que la situación procesal y, en consecuencia, cautelar de los señores Peirano Basso fuera resuelta en un plazo razonable".

299 *Argüelles y otros c. Argentina,* 20 de noviembre del 2014, párr. 122; *Bayarri c. Argentina* de 30 de octubre de 2008, párr. 74 y 75: "La Corte considera que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. Este Tribunal no encuentra razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados".

300 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, 29 de mayo del 2014, párr. 340.

> nal para alcanzar el fin procesal perseguido. Las decisiones judiciales desconocieron la necesidad de justificar de manera motivada el mantenimiento de la medida cautelar impuesta y no se refirieron a ningún fin procesal que hiciera necesario que se mantuviera la misma. Inclusive en algún caso la resolución de mantener la prisión preventiva se adoptó sin motivación alguna[301].

### h. La regla de tratamiento exige el abono del tiempo de la privación de la libertad (la prisión provisional o el arresto domiciliario) al tiempo de la pena

52. Una de las consecuencias de la regla de tratamiento de la presunción de inocencia es que el tiempo que ha pasado una persona privada de su libertad, ya sea por dictarse una prisión provisional o el arresto domiciliario, debe abonarse y computarse al tiempo de la ejecución de la pena en el caso que la persona termine condenada. Tales son las exigencias del respeto a la dignidad de la persona humana, el principio de proporcionalidad y de justicia material.

Este punto de vista parte por considerar a la persona sujeta al encarcelamiento preventivo, por razones de conjurar el peligro procesal (v. gr. de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria), debe ser visto como un ***sacrificado especial indemnizable***

---

301 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 340 y 341: "En cuanto a la decisión judicial de 23 de junio de 2003 que mantuvo la prisión preventiva de Jaime Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Juan Patricio Marileo y Patricia Troncoso Robles, la misma no contiene una explicación respecto a cuáles antecedentes se refería que "no hacen variar las circunstancias que hicieron aconsejable la prisión preventiva", y desconoció que la revisión de la prisión preventiva impuesta implica justificar de manera motivada la necesidad del mantenimiento de la misma. Ello resulta particularmente grave en este caso puesto que la adopción inicial de la medida cautelar no cumplió con ninguno de los requerimientos convencionales para su adopción". También en dicho se señaló: "En ninguna de las decisiones judiciales adoptadas en relación con las solicitudes de revisión del mantenimiento de la prisión preventiva de los señores Norín Catriman y Pichún Paillalao (*supra* párr. 348) se efectuó un análisis de la necesidad de justificar de manera motivada el mantenimiento de la medida cautelar impuesta. Tampoco se hizo referencia a ningún fin procesal legítimo que

por parte del Estado, toda vez que en interés y beneficio de la sociedad ha tenido que sacrificarse[302].

En el caso de una sentencia condenatoria la reparación no se realiza en términos económicos o dinerarios, sino computando el tiempo que la persona estuvo en prisión provisional abonando dicho tiempo a la pena dispuesta en la condena.

53. Uno de los problemas más interesantes que se suscitan en el abono de la privación cautelar de la libertad a la ejecución de la pena viene a darse respecto a si el arresto domiciliario se debe abonar también al cómputo de la pena privativa de la libertad en los mismos términos que la privación de la libertad que se decreta por la prisión provisional.

En el Perú dicha problemática surgió con la expedición de la ley N° 28568, publicada el 03 Julio 2005, que es su artículo único establecía que: "*El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención*" y que modificaba el artículo 47 del CP. Dicha disposición fue declarada inconstitucional por el TC peruano a través de la sentencia recaída en el N° 0019-2005-PI-TC, publicada el 22 Julio 2005, al señalar que: "el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar

---

hiciera necesario dicho mantenimiento. En ninguna de las decisiones judiciales se realizó una valoración de factores o criterios que pudieran conectarse con la búsqueda de un fin legítimo y justificaran la necesidad de la medida en el caso concreto" párr. 353).

302 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 161 y ss; Moreno Catena, Víctor; *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988; p. 150.

una "identidad matemática" entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria" y que: "el principio de igualdad proscribe la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión".

El TC en la sentencia aludida vinculó de manera absolutamente incorrecta e impertinente la medida cautelar del arresto domiciliario a los fines preventivos de la pena al señalar que: "una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada". De igual forma, se concluyó que: "la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad".

La posición asumida por el TC peruano en dicha sentencia de inconstitucionalidad se relaciona con su propia jurisprudencia en la que se considera al arresto domiciliario como una forma de comparecencia con restricciones. Así ha sostenido que "la detención domiciliaria impuesta al demandante es una modalidad del mandato de comparecencia; por lo tanto, no constituye un mandato de detención propiamente dicho[303]".

El TC ha sostenido que la detención domiciliaria no es equiparable a la prisión provisional ni en sus elementos personales ni es su justificación por el grado de incidencia sobre la libertad personal, dado que aparece como una medida alternativa[304]. Este criterio lo ha remarcado al señalar que: "*tal como está regulada en nuestra legislación procesal penal, la detención domiciliaria no aparece como una forma de detención judicial preventiva, sino, antes bien, como una alternativa frente a ésta*"[305].

Asimismo, ha establecido en muchos casos que el arresto domiciliario es una medida cautelar de ***menor gravedad coercitiva***[306] que se aplica [también] por razones de necesidad y urgencia[307]. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo. No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor

303 STC: Exp. N.º 2000-2003-HC/TC; Caso: José Chuan Cabrera; Exp. 0731-2004-HC/TC; Caso: Alfonso Villanueva Chirinos.

304 STC: Exp. 0731-2004-HC/TC; Caso: Alfonso Villanueva Chirinos; Exp. N.º 1565-2002-HC/TC; Caso: Héctor Chumpitaz Gonzales; Exp. N.º 0376-2003-HC/TC; Caso: Laura Cecilia Bozzo Rotondo.

305 STC: Exp. N.º 1805-2005-HC/TC; Caso: Máximo Humberto Cáceda Pedemonte; Exp. N.º 0376-2003-HC/TC; Caso: Laura Cecilia Bozzo Rotondo.

306 STC: Exp. 0731-2004-HC/TC; Caso: Alfonso Villanueva Chirinos; Exp. N.º 1840-2003-HC/TC; Caso: Héctor Ricardo Faisal Fracalossi.

307 STC: Exp. N.º 1840-2003-HC/TC; Caso: Héctor Ricardo Faisal Fracalossi.

carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante[308].

54. Consideramos que el arresto domiciliario, la prisión provisional u otra medida cautelar privativa de la libertad constituye una medida a tener en cuenta de manera obligatoria en la ***ejecución de la pena***[309].

Desde el punto de vista jurídico – constitucional es indiscutible la necesidad que se compute o abone al tiempo de duración del arresto domiciliario al cumplimiento de la pena privativa de libertad. No hay razón e impedimento material que se oponga a ello. La aplicación elemental de los principios de presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad y humanidad conducen obligatoriamente a dicha conclusión. También es una exigencia derivada de la idea de ***justicia***[310].

La única discusión posible es solo en cuanto a si se acepta la equivalencia absoluta del cómputo de un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de libertad; o se morigera los términos de dos o más días de arresto por un día de descuento de la pena privativa de libertad. Es irracional e inconstitucional oponerse al descuento de la carcelería por la detención domiciliaria[311].

Ello no tanto en base a la consideración de que las medidas cautelares tienen la misma naturaleza, fundamento y finalidad que la pena privativa de la libertad, sino que al fin y al cabo constituyen

---

308 STC: Exp. 0731-2004-HC/TC; Caso: Alfonso Villanueva Chirinos; Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC; Caso: Moisés Wolfenson Woloch; Exp. N.º 0019-2005-PI-TC.

309 Cfr. Jescheck, Hans – Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* [Trad. de Miguel Olmedo Cardenete]; Granada; Comares; 2003; p. 973.

310 Cfr. Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz; *Derecho Penal [PG]*; [Trad. de Jorge Bofill Genzsch]; Buenos Aires; Astrea; T II; 1995; 64/23; p. 812.

311 Cfr. Gamarra Herrera, Ronald; El Nuevo mensaje del Congreso ¡Delinca .... y cumpla la pena en su casa! en *Justicia Viva*; p. 1.

una afectación directa de carácter material a la libertad personal del reo[312]. El legislador no puede desconocer lo que objetiva y realmente es una privación a la libertad de movimiento de la persona, amparándose en el hecho formal de que solo se trata de una medida cautelar menos grave.

La validez o aceptación de abono no está supeditado a que el descuento se aplique de modo diferenciado solo a una determinada clase de delitos y no a otros, según se trate de delitos graves, delitos de funcionarios, delitos contra la vida, etc. La aplicación consecuente del principio de igualdad y razonabilidad de las leyes lleva plantear y exigir su extensión a cualquier variedad delictiva, al margen de su tipología, particularidad o gravedad.

Plantear su aplicación a solo un cierto grupo de infracciones y su discriminación a otras figuras obedece más a criterios ideológicos – mediáticos que a una visión política criminal racional y dogmática plausible, razonable, plural e igualitaria. Una ley de abono de la privación de la libertad al tiempo de ejecución de la pena debe aplicarse a todas las figuras delictivas y no solo a unas cuantas, lo mismo que a cualquier persona, independientemente del hecho cometido[313].

En tal sentido, no debe alarmar ni generar objeciones que el abono del arresto domiciliario se aplique también a los delitos de corrupción de funcionarios o los delitos contra la Administración Pública, los cuales desde una percepción equidistante y desapasio-

312 Cfr. Jescheck, Hans – Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*; p. 973: "Las medidas provisionales como la prisión preventiva que se adoptan en el proceso no son en verdad penas, pero la mayoría de las veces despliegan en el afectado el mismo efecto que aquéllas; dado que los sacrificios padecidos por el individuo en beneficio de la comunidad deben ser compensados en la medida de lo posible [idea del *sacrificio*], es lógico que tales perjuicios sean tenidos, en cuenta en la ejecución de la pena"; Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz; *Derecho Penal [PG]*; T II; 64/23; p. 812.

313 Cfr. Caro Coria, Carlos; *El Abono del arresto domiciliario en el Cumplimiento de la pena*; en *Justicia Viva*; p. 2.

nada –sobre la base de los bienes jurídicos fijados en la Constitución– constituyen delitos de ***mediana gravedad***, más allá de su repercusión mediática y manipulación política que los medios de comunicación les quieran asignar. Dicha posición no solo es compatible con la Constitución, la vigencia de los Derechos Fundamentales, la base democrática [no autoritaria] del Derecho penal, sino con un razonamiento lógico elemental: todas las personas sometidas a arresto domiciliario se encuentran privadas de su libertad, al margen de la clase de delitos que hayan cometido.

55. Por otro lado, la aparente dura y fulminante reflexión de que el arresto domiciliario no afecta la libertad personal del mismo modo e intensidad que la detención preventiva[314], pasa por alto que el mayor grado de aflictividad y repercusión de la detención provisional [cárcel] no es una cuestión que depende de quién sufre el arresto domiciliario, sino de problemas estructurales del Estado peruano en el manejo del sistema penitenciario y en particular de los centros de reclusión y a la falta de medios, recursos, estrategias que alivien la dureza de las cárceles.

    Se incurre aquí en una grave hipocresía y en un razonamiento claramente autoritario, sesgado y unilateral: la dureza de los centros de reclusión, las condiciones de hacinamiento, tugurización y escasa salubridad pretenden, ya sea como situación o como riesgo, descargarse sobre el ciudadano y no realmente como debía ocurrir en la pasividad e inercia del Estado. Se razona más o menos así: como las cárceles afectan de modo más intenso la libertad personal que la detención domiciliaria, por el estado y condiciones en las que se encuentra es injusto equiparar su cómputo o siquiera tomar en cuenta su abono. Un criterio como el descrito olvida que las condiciones carcelarias o del lugar donde se cumple la deten-

314 Véase las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: Exp. 0731-2004-HC/TC; Exp. N.º 1565-2002-HC/TC; Exp. N.º 0376-2003-HC/TC; Gamarra Herrera, Ronald; El Nuevo mensaje del Congreso ¡Delinca .... y cumpla la pena en su casa! en *Justicia Viva*; p. 1.

ción provisional es absoluta responsabilidad del Estado y no de los ciudadanos que presuntamente delinquen.

Una visión democrática del problema, basada en criterios de una adecuada distribución de cargas y responsabilidades, debería tomar en cuenta que nunca la inacción, indiferencia, pasividad e indolencia del Estado en el mantenimiento de las condiciones carcelarias debe computarse en contra del ciudadano, pues de lo contrario se lo presentaría como si fuera culpable de una situación que no crea ni configura.

En el Perú el artículo 490.2 del Nuevo Código Procesal penal [Dec. Leg 957] prescribe el cómputo y abono de la detención domiciliaria al cumplimiento de la pena privativa de la libertad[315].

56. En algunas legislaciones se acepta que el arresto domiciliario sirve de abono para el cómputo de la pena privativa de libertad efectiva que se impone al reo, al estimar que esta forma de arresto implica la interrupción de la vida normal del reo al quedar recluido en su casa[316], llegándose a apuntar que la detención domiciliaria no es un beneficio de libertad, sino que **solo se trata de un cambio de sitio de reclusión**[317].

---

315 Artículo 490.- Cómputo de la pena privativa de libertad
"1. Si el condenado se halla en libertad y la sentencia impone pena privativa de libertad efectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá lo necesario para su captura.
2. Producida la captura, **el Juez de la Investigación Preparatoria**, una vez que esté plenamente acreditada la identidad del condenado, **realizará el cómputo de la pena, descontando de ser el caso el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido**, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país. [....]"

316 Cfr. Martínez Rave, Gilberto; *Procedimiento Penal Colombiano*; Bogotá; Temis; 12 ed.; 2002; p. 473.

317 Cfr. Bernal Cuellar, Jaime – Montealegre Lynett, Eduardo; *El Proceso Penal*; Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 3 ed. y 2 Reimp.; 1995; p. 148.

Sin ir muy lejos debe verse de modo paradigmático el caso del derecho español. Aquí por expresa regulación legal [art. 58.1] no solo se computa el tiempo de la prisión provisional a efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, sino que el abono –según considera un sector absolutamente mayoritario de la doctrina[318] y jurisprudencia– se interpreta de manera amplia, extendiéndose a todas las privaciones de la libertad posibles como: **a) La mera detención; b) El arresto domiciliario del quebrado; c) El arresto militar disciplinario; d) arresto por impago de multa; y e) La privación del permiso de conducir**[319].

Por expreso mandato legal –art. 58.2 del CP español– se considera abonable a efectos del cumplimiento de una pena privativa de derechos toda medida cautelar privativa de derechos[320]. Incluso, el art. 59 del CP español regula la compensación de medidas cautelares heterogéneas. El juez penal deberá ordenar que se tenga por ejecutada la pena en la parte correspondiente en los casos en que la pena impuesta y las medidas cautelares sean de distinta naturaleza.

57. El sistema internacional de protección de los derechos humanos equipara la medida cautelar de la prisión provisional con el arresto domiciliario.

El TEDH recuerda que entre la privación de libertad y las restricciones a la libertad de movimiento solo existe una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia[321]. Para averiguar si

---

318 Véase, y en síntesis apretada: García Albero, Ramón; *Comentarios al Nuevo Código Penal*; Pamplona; Aranzadi; 1996; p. 378; Valldecabres Ortiz, Isabel; *Comentarios al Código Penal de 1995*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1996; T I; p. 358; Jorge Barreiro, Agustín; *Comentarios al Código Penal*; Madrid; Civitas; 1997; p. 246.

319 Por todos, Sanguiné, Odone; *Prisión provisional y Derechos Fundamentales*; p. 209.

320 Cfr. Sanguiné, Odone; *Prisión provisional y Derechos Fundamentales*; p. 209.

321 TEDH casos: *Stanev c. Bulgaria*, 17 de enero del 2012; párr. 115; *Guzzardi c. Italia*, 6 de noviembre de 1980, párr. 92 y 93; *Ashingdane c. El Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 55.

una persona ha sido privada de su libertad, es necesario partir de su situación concreta y considerar un conjunto de criterios específicos para el análisis del caso concreto como el género, la duración, los efectos y la forma de aplicación de la medida en cuestión[322]. Se considera que el grado de restricción impuesta, por ejemplo, por el arresto domiciliario es suficiente para que ésta puede ser considerada como una "privación de libertad" en virtud del artículo 5 de la Convención[323].

En vista de sus efectos y la modalidad de aplicación, tanto la prisión provisional y el arresto domiciliario suponen una privación de libertad a los efectos de la CEDH[324]. El hecho de que una persona pueda romper y quebrar las reglas del arresto domiciliario cuantas veces quiera dicha posibilidad no cambia el hecho de que se trata de una privación de la libertad[325].

Si bien es cierto, por ejemplo, que en determinadas circunstancias el traslado de un hospital psiquiátrico a otro puede resultar en una mejora significativa en la situación general del paciente, el hecho es que tal transferencia no altera en absoluto el tipo de privación de libertad a la que se somete a una persona[326]. De igual forma, no puede decirse que la sustitución de la detención en la cárcel por el arresto domiciliario implica un cambio en la naturaleza del lugar de la detención de una institución pública a una casa priva-

322 TEDH casos: *Storck c. Alemania*, 16 de junio del 2005; párr. 71; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 62; *Pekov c. Bulgaria*, 30 de marzo del 2006, párr. 73; *Stanev c. Bulgaria*, 17 de enero del 2012; párr. 115; *Guzzardi c. Italia*, 6 de noviembre de 1980, párr. 92; *Ashingdane c. El Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 55; Weeks c. El Reino Unido, 2 de marzo de 1987, párr. 40.

323 TEDH casos: *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 63; *Vittorio y Luigi Mancini c. Italia*, 2 de agosto del 2001; párr. 17; *N.C. c. Italia*, 11 de enero de 2001, párr. 33; *Pekov c. Bulgaria*, 30 de marzo del 2006, párr. 73; *Nikolova c. Bulgaria* (N.º **2**), 30 de setiembre del 2004; párr. 60 y 74; *Vachev c. Bulgaria*, 08 de julio del 2004, párr. 63.

324 TEDH caso: *Vittorio y Luigi Mancini c. Italia*, 2 de agosto de 2001; párr. 17.

325 TEDH caso: *Pekov c. Bulgaria*, 30 de marzo de 2006, párr. 73.

326 TEDH caso: *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 63.

da, pues en ambos casos se restringe la libertad ambulatoria de la persona[327].

El Comité de Derechos Humanos también ha sostenido que el párrafo 1 del artículo 9 es aplicable a todas las formas de privación de la libertad[328].

### i. La indemnización por la detención o prisión arbitraria

58. La presunción de inocencia exige que el imputado que sufre erróneamente la medida cautelar de privación de la libertad sea considerada como una persona que ha tenido un sacrificio en el respeto de sus derechos que debe ser compensado e indemnizado por parte del Estado.

Muchas legislaciones de los países regulan justamente la posibilidad de una indemnización en los casos de prisión provisional del absuelto. Sin embargo, la escasa cultura legal de protección a la libertad personal y los problemas endémicos de carácter presupuestal hacen que dicha legislación tenga un valor meramente retórico y de simple simbolismo[329].

---

327 TEDH caso: *Vittorio y Luigi Mancini c. Italia*, 2 de agosto de 2001; párr. 19, pese a ello se subraya: "A diferencia del arresto domiciliario, la detención en prisión requiere la integración del individuo en una organización global, el intercambio de actividades y recursos con otros internos, y la estricta supervisión de las autoridades de los principales aspectos de su vida día a día".

328 Comunicación N.º 1134/2002; *Fongum Gorji-Dinka c. Camerún* 17 de marzo de 2005 (83º Período de sesiones); párr. 5.4: "Con respecto a la denuncia del autor de que su arresto domiciliario entre el 7 de febrero de 1986 y el 28 de marzo de 1988 fue arbitrario, en violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, el Comité toma nota de la carta de fecha 15 de mayo de 1987 del Departamento de Asuntos Políticos del Ministerio de Administración Territorial en que se critica el comportamiento del autor durante su arresto domiciliario. Ello confirma que el autor estuvo efectivamente sometido a arresto domiciliario. Además, el Comité señala que el arresto domiciliario fue impuesto después de su absolución y liberación por sentencia firme del Tribunal Militar".

329 Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; pp. 163 y ss.

59. Lamentablemente, la Convención ADH no ha previsto en su artículo 7 referido a la protección de la libertad personal una disposición expresa que reconozca el derecho a una indemnización en casos de privación de la libertad arbitraria (v. gr. detención o prisión provisional). Sin embargo, otros Tratados internacionales de protección a los derechos humanos han establecido de manera expresa el derecho a recibir una indemnización por detención o prisión arbitraria, tal como ocurre con el artículo 5.5 de la Convención Europea de Derechos Humanos al disponer que: "*Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación*". De igual forma, el artículo 9.5 del PIDCP prescribe: "*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*".

El TEDH sostiene la doctrina que el artículo 5 § 5 de la CEDH permite que se pueda solicitar y otorgar una indemnización en relación con una privación de libertad efectuado en condiciones contrarias a los párrafos 1, 2, 3 o 4. El derecho a fijar una compensación previsto en el párrafo 5 presupone que haya una violación de uno o más incisos del artículo 5, en la medida que sea cometida por una autoridad nacional[330]. Incluso, la violación al derecho a la libertad se puede producir en los casos de falta de proporcionalidad de la medida como también por violación al plazo razonable de la privación de la libertad[331].

El TEDH reitera que el goce efectivo del derecho a la indemnización garantizada por el artículo 5 § 5 debe asegurarse con un grado suficiente de certeza por el legislador nacional[332].

---

330 *Michalko c. Eslovaquia*, 21 de diciembre de 2010, párr. 173; *N.C. c. Italia [GC]*, 18 de diciembre del 2002; párr. 49; *Wassink v. Los Países Bajos*, 27 de septiembre 1990, párr. 38; *Hood c. El Reino Unido,* 18 de febrero de 1999; párr. 69; *Vachev c. Bulgaria*, 08 de julio del 2004, párr. 78; *Harkmann c. Estonia*, 07 de noviembre del 2006, párr. 50.

331 *Varnas c. Lituania*, 07 de setiembre del 2013, 87 a 89.

332 *N.C. c. Italia [GC]*, 18 de diciembre del 2002; párr. 51; *Sakik y otros v. Turquía*, 26 de noviembre de 1997, párr. 60; *Ciulla c. Italia*, 22 de febrero de 1989, párr. 44.

La jurisprudencia uniforme del TEDH se decanta, cada vez que la parte afectada así lo solicite, en aquellos casos en los que encuentra una detención ilegal o arbitraria, o una violación del artículo 5 de la CEDH, a la imposición de una indemnización que cubre, de manera especial, el daño inmaterial.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH la respuesta a la cuestión de si una violación de los párrafos 3 y 4 del artículo 5 da un derecho a una indemnización por daño moral depende de las circunstancias de cada caso[333]. Sin embargo, se entiende que el párrafo 5 del artículo 5 no prohíbe que el Estado Contratante conceda la indemnización de acuerdo con la capacidad de la persona interesada en demostrar los daños resultantes de la violación[334]. El TEDH observa que algunas formas de daño inmaterial, incluyendo la angustia emocional, por su propia naturaleza no siempre pueden ser objeto de una prueba concreta[335]. Esto no impide que se pueda realizar un razonamiento que estime que es previsible que una persona ha sufrido perjuicio que requiere una compensación económica sobre la base de la angustia, la ansiedad y la frustración ya que su detención, durante muchos días, no estaba basada en una decisión judicial[336].

## IV. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA REGLA DE TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

60. Uno de los temas más importantes de la dimensión procesal de la presunción de inocencia es determinar la vigencia temporal de

333 *Klamecki c. Polonia* (n. 2), 3 de abril de 2003, párr. 164; *Pavletic c. Eslovaquia*, 22 de junio del 2004, párr. 95; *Kadem v. Malta*, 09 de enero 2003, párr. 60; *Rakevich c. Rusia*, 28 de octubre de 2003, párr. 52; *Nikolova c. Bulgaria*, 25 de marzo de 1999, párr. 76.

334 *Pavletic c. Eslovaquia*, 22 de junio del 2004, párr.95; *Wassink v. Los Países Bajos*, 27 de septiembre 1990, párr. 38.

335 *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. El Reino Unido*, 28 de mayo 1985, párr. 96.

336 *Rakevich c. Rusia*, 28 de octubre de 2003, párr. 52; *Harkmann c. Estonia*, 07 de noviembre del 2006, párr. 57.

dicho derecho, en decir, resulta significativo establecer cuándo concluye.

Una postura doctrinal considera que la presunción de inocencia solo rige hasta que haya una sentencia condenatoria que declare a la persona culpable de los hechos que se le imputan, al margen de si dicha decisión judicial es firme o no. La expresión de los Tratados internacionales de que el imputado debe ser considerado inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada conforme a ley debe entenderse como si se refiriera a la sentencia condenatoria de primera instancia[337].

Un segundo punto de vista estima que la presunción de inocencia rige hasta que haya sentencia firme y se hayan agotado los recursos legalmente previstos para atacar la decisión de condena[338]. La presunción de inocencia se extiende a los procesos de apelación o de presentación de los recursos ordinarios previstos en la legislación que ataquen de manera directa la declaración del juicio de culpabilidad. Una sentencia condenatoria que se cuestiona por medio de los recursos tiene la característica de provisionalidad y no tiene el rango de definitiva por lo que también en este ámbito rige la presunción de inocencia[339]. Un condenado cuya sentencia no está firme también goza de los alcances de esta garantía. Es errado estimar que la presunción de inocencia luego de una sentencia condenatoria rige de manera atenuada en el proceso de impugnación o que sus efectos no son los mismos respecto al momento anterior al juicio de culpabilidad. La amplitud y la intensidad de la presunción de inocencia es la misma en todas las etapas del proceso penal.

---

337 Cfr. Vega Torres, Jaime; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; Madrid; La Ley; 1993; pp. 41 y ss.

338 En la doctrina nacional: San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 116; Del Río Labarthe, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; p. 99.

339 Cfr. Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; p. 124 y ss.

La posición correcta es aquella que establece que la presunción de inocencia solo se desvanece con la existencia de una sentencia firme[340], la cual bien puede coincidir con la condena de primera instancia que no se impugna o con la sentencia de condena dictada por un órgano superior luego de agotada las instancias ordinarias correspondientes. Este punto de vista es asumido tanto por el TC peruano como por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La presunción de inocencia rige hasta que el juicio de culpabilidad se convierte en definitivo y quede firme, independientemente de la clase de consecuencia jurídico penal que se imponga, de la gravedad de la pena y de si esta se llega ejecutar de manera efectiva y concreta. La presunción de inocencia abarca también los recursos en los que solo se discute la clase de la pena, la gravedad o intensidad de la misma o si se impone o no una pena suspendida y en los que no se ataca de manera directa el juicio de culpabilidad. En estos casos en los que el juicio de culpabilidad en apariencia está firme y no se discute este extremo en el recurso es posible que el órgano revisor declara la nulidad de la condena y ordene un nuevo proceso o juicio, bien porque se ha incurrido en la violación de las garantías procesales mínimas (v. gr. independencia judicial, imparcialidad, derecho de defensa, presunción de inocencia, motivación, etc.) o el derecho material se ha aplicado incorrectamente.

La presunción de inocencia se extiende durante todo el proceso penal y se conserva en todos los actos procesales, se predica a favor de todos los imputados independientemente del tipo de proceso, de la gravedad de la imputación, la clase de prueba, el tipo de agraviado y de los posibles intereses en juego que pueden haber en la tramitación y finalización del proceso penal[341].

61. El TC peruano sostiene que el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Este dispositi-

340 En la doctrina peruana: Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; p. 71; Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista Editores; 2006; p. 143.

341 Cfr. Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; T. I; p. 491; San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; p. 115.

vo constitucional supone 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[342].

El TEDH ha señalado que la esencia del principio de presunción de inocencia exige que la misma solo pueda vencerse por una sentencia condenatoria firme de conformidad con la ley[343]. La presunción de inocencia no puede dejar de aplicarse durante la segunda instancia y, en general, por la interposición de los medios impugnatorios, simplemente porque el acusado fue condenado en primera instancia[344]. Concluir lo contrario estaría en contradicción con el papel de los procedimientos de apelación, donde se requiere que el Tribunal superior vuelva a examinar la decisión del órgano inferior a fin de revisar de manera integral los hechos y la ley aplicable. Un razonamiento distinto significaría que la presunción de inocencia no podría aplicarse en los procedimientos de impugnación con el fin de obtener una revisión del caso de la condena anterior[345], lo que evidentemente terminaría por afectar su núcleo y sentido.

La protección otorgada por la presunción de inocencia cesa una vez que el acusado ha sido hallado culpable del delito que se le imputa, mediante la producción de prueba válida y suficiente, en sentencia firme y definitiva[346].

---

342 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC; Caso: Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares. Toma como referencia esta sentencia del TC el fallo que resuelve el R. N. N.º 3166-2012 (Ayacucho) del 24 de enero del 2013 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Fund. 1.14).

343 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 35.

344 TEDH caso: *Perica Oreb c Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 146.

345 TEDH casos: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 36; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 146.

346 TEDH casos: *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio de 2001, párr. 35; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre de 2013, párr. 106; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 37; *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre de 2014, párr. 58.

La legislación peruana ha optado expresamente por esta postura. En efecto, los incisos 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescriben que "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" y que: "hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

62. La presunción de inocencia se mantiene 'viva' y subsiste durante el desarrollo del proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio y de juzgamiento llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla[347].

La presunción de inocencia rige en todos los procesos penales y durante todos los actos del proceso penal con independencia del resultado de la acusación[348]. Dicho principio como garantía procesal protege a todas las personas a quienes, a nivel del proceso penal, se les dirige una imputación por la posible comisión de un hecho punible (delito o falta)[349].

---

347 STC de los Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC, Caso: Noni Cadillo López; Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: Mario Gonzales Maruri; Exp. N.º 02485-2007-PA/TC, Caso: Arnaldo Roque Kianman Chapilliquén; Exp. 2915-2004-PHC/TC, Fj. 12.

348 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 141; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 50; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre del 2006, párr. 41; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983; párr. 30; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 37; *Wojciechowski c. Polonia*, 9 de diciembre de 2008, párr. 53; *Kaźmierczak c. Polonia*, 10 de marzo 2009, párr. 52; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero de 2007, párr. 67; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto del 2011, 52; *Hajnal c. Serbia*, 19 de junio del 2012, párr. 129; *Matijašević c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; *Nešťák c. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007, párr. 88; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43.

349 Véase, TEDH caso: *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 33.

Sus efectos alcanzan a todas las etapas del proceso penal y en los procedimientos que se vinculan a él de manera directa v. gr. extradición[350]. Sin embargo, una vez que un acusado ha sido declarado culpable, el principio deja de aplicarse en relación con las denuncias y alegaciones hechas durante el procedimiento que desencadena la sentencia[351]. Con todo, la presunción de inocencia sigue desplegando su eficacia en caso hubiera otras imputaciones en su contra, distintas a las resueltas de manera definitiva por el órgano jurisdiccional en el proceso penal en el que se le condena[352].

La presunción de inocencia no se desvanece con la sola confesión o autoinculpación del procesado, ya que es necesario que en el proceso se lleve a cabo la actuación de prueba material idónea con la que se corrobore indubitablemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del inculpado[353] y que culmina con la expedición de una sentencia condenatoria firme. La exigencia de

350 TEDH casos: *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 208; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 164 y 167 quien señala que la decisión de extraditar a una persona no supone una afectación a la presunción de inocencia; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 148: "El artículo 6 § 2 de la CEDH es aplicable cuando el procedimiento de extradición es una consecuencia directa, y concomitante, de la investigación penal pendiente contra un individuo en el Estado receptor".

351 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 141; *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto del 2011, 52; *Kaźmierczak c. Polonia*, 10 de marzo 2009, párr. 52; *Wojciechowski c. Polonia*, 9 de diciembre de 2008, párr. 54; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero de 2007, párr. 67; *Matijašević c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 55; *Engel y otros c. Los Países Bajos*, 8 de junio de 1976, párr. 90.

352 TEDH casos: *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 37.

353 Véase, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el R.N. N.° 3422-2002-LIMA del 20 de diciembre de 2002.

sentencia firme como una condición para enervar la presunción de inocencia obliga a considerar que una autoinculpación, o incluso una confesión judicial con todas las garantías, no es un elemento que tenga la virtualidad de destruir la presunción de inocencia.

# Capítulo Cuarto

# LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

**Sumario:** I. Regulación normativa. — II. Presunción de inocencia y el derecho al acceso a la función pública. — III. La presunción de inocencia y el sistema penal. — IV. El alcance de la presunción de inocencia. Su no restricción al proceso penal. — V. El ingreso (y permanencia) a la función pública y la presunción de inocencia. ¿Puede constituir una restricción legítima de acceso a la función pública el contar con un proceso penal abierto?. a. Las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano que limitan el acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto. b. La jurisprudencia que permite y/o autoriza la restricción de acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto. c. Las críticas a la legislación y la jurisprudencia que autorizan la limitación del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad en abierta violación al principio de presunción de inocencia. Nuestra posición. d. La jurisprudencia constitucional (peruana y comparada) que exige el respeto de la presunción de inocencia en su relación con el derecho de acceso a la función pública. e. La permanencia en la función pública y la presunción de inocencia. f. La presunción de licitud de los actos funcionales. El derecho a permanecer en la función pública pese a registrar procesos disciplinarios.

## I. REGULACIÓN NORMATIVA

1. La presunción de inocencia se encuentra regulada en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

   Por su parte, el artículo 2, inciso 24, e de la Constitución Política del Perú establece que "*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". El artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal "1. 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".

## II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

2. El principio de presunción de inocencia guarda una estrecha vinculación con el derecho de acceso a la función pública. Así, por ejemplo, el art. 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos regula los derechos de participación y prescribe en lo

referente a los derechos políticos que: *"La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental,* ***o condena, por juez competente, en proceso penal***", lo que quiere decir que el ejercicio de los derechos políticos y en particular el derecho al acceso a un cargo público, entre otros derechos políticos, solo puede verse limitado si existe una sentencia condenatoria firme y no por otros hechos que posean alguna relevancia social y jurídica v. gr. una denuncia periodística, una investigación preliminar, una investigación de carácter disciplinario, o por qué está abierto un proceso penal. La presunción de inocencia solo decae cuando media una sentencia condenatoria firme o que ha pasado a la calidad de cosa juzgada.

El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma[1].

Los requisitos fijados en el artículo 23.2 de la CADH a través de los cuales se puede limitar el ejercicio de los derechos a la participación política se deben entender de manera tasada, cerrada y estricta. No es posible crear e incorporar más limitaciones y restricciones legítimas que las previstas en dicho artículo de la CADH. Se trata de una disposición que regula supuestos de *numerus clausus* y bajo ninguna forma casos de *numerus apertus*[2]. A dicha conclusión

1 *Castañeda Gutman c. México*, 6 de agosto del 2008, párr. 153.

2 La Comisión IDH en el Informe N.º 137/99; Caso 11.863: Andrés Aylwin Azócar y otros, párr. 101 ha señalado: "De tal forma que los Estados pueden diferenciar situaciones y establecer categorías para determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable y justa relación con la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico. De allí, y tan sólo para mencionar un ejemplo, que no puede

se llega por la referencia expresa a que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades "*exclusivamente*". En este sentido, no puede haber limitaciones al ejercicio de participar en la dirección de los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos (art. 23.1); a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal (art. 23.2) y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (art. 23.3) sino por razones referidas a la:

i) edad,

ii) nacionalidad,

iii) residencia,

iv) idioma,

v) instrucción,

vi) capacidad civil o mental, o

vii) *condena, por juez competente, en proceso penal.*

---

decirse que el Estado discrimina entre sus ciudadanos cuando establece un límite mínimo de edad para ejercer el derecho al voto, pues persigue un fin legítimo (capacidad de discernimiento en el electorado) y la diferenciación está relacionada con la finalidad perseguida (participación política consciente). En este sentido, es importante señalar que la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento"; Comisión IDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela; OEA/Ser.L/V/II. 54; 30 diciembre 2009; párr. 20 y 56: "Por tanto, siendo que los derechos políticos constituyen derechos fundamentales inherentes a las personas, éstos sólo pueden ser sujetos a las limitaciones expresamente establecidas en el inciso 2 del artículo 23 de la Convención".

La Corte IDH ha destacado que el artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el caso que se produzca una restricción impuesta por vía de una sanción (v. gr. disciplinaria, administrativa) dicho criterio no es compatible con los alcances de la Convención ADH, que expresamente exige que debería tratarse de una "*condena, por juez competente, en proceso penal*". Los requisitos no se cumplen si el órgano que impone dichas sanciones no es un "juez competente", no hay una "condena" y las sanciones no se aplican como resultado de un "proceso penal", en el que debe respetarse las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana[3]. Al respecto, la Comisión IDH ha señalado que:

> [R]eitera que las únicas restricciones admisibles para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos son las expresamente establecidas en el inciso 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Los Estados deben abstenerse de emitir leyes que establezcan restricciones más allá de las señaladas en este artículo. De forma tal que son inadmisibles las restricciones a los derechos políticos que no estén autorizadas en el inciso 2 del artículo 23, aun cuando, a juicio de los tribunales internos, dichas restricciones se fundamenten en razones de interés general, seguridad de todos y en las justas exigencias del bien común[4].

Sin embargo, en una interpretación altamente discutible, y contraria al criterio glosado, la Corte IDH ha destacado que no con-

---

3 *López Mendoza c. Venezuela,* 1 de septiembre de 2011, párr. 107; Comisión IDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela; OEA/Ser.L/V/II. 54; 30 diciembre 2009; párr. 58: "las inhabilitaciones políticas en Venezuela no fueron establecidas en virtud de una condena penal sino en virtud de una decisión administrativa de la Contraloría General de la República. Por demás está mencionar que el Contralor General y sus respectivas dependencias, no son jueces o tribunales en un sentido estricto y sus decisiones se suscriben al ámbito administrativo".

4 Comisión IDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela; OEA/SER.L/V/II. 54; 30 diciembre 2009; párr. 67.

traviene el artículo 23.1.c. de la CADH en el caso en que la legislación interna de un país impide y prohíbe el acceso o el reingreso a la función pública a quienes han sido destituidos como jueces ya que se trataría de un requisito objetivo y razonable que tiene como fin el garantizar el correcto desempeño del Poder Judicial[5]. Pese a que se trata de una restricción lógica y razonable dicha limitación del derecho de acceso a la función pública no es compatible con la disposición de numerus clausus descrita en el artículo 23.2 de la CADH que establece los siete casos de limitación convencionalmente legítima del ejercicio del derecho de acceso a la función pública por la legislación interna.

Los magistrados destituidos por el órgano disciplinario no cumplen ni satisfacen la exigencia propia del art. 23.2 antes anotado de: i) haber recibido una condena penal. La destitución, pese a que supone la afectación de un derecho fundamental, no se equipara a una condena. La destitución supone la comisión y prueba de un ilícito disciplinario, mientras que una condena la prueba de la comisión, más allá de una duda razonable, de un delito ya sea como autor o partícipe; ii) no son sometidos a proceso penal. El proceso disciplinario tiene una estructura distinta y cumple una finalidad ajena al proceso penal; iii) un órgano administrativo o de carácter disciplinario no es equivalente ni tiene las prerrogativas convencionales o legales a la de un juez penal.

## III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL SISTEMA PENAL

3. La presunción de inocencia es uno de los elementos integrantes de la noción de un proceso penal justo y equitativo[6]. No se trata

---

5 Véase, *Apitz Barbera c. Venezuela ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo")* del 05 de Agosto del 2008, párr. 206.

6 TEDH casos: *Toni Kostadinov c. Bulgaria*, 27 de enero de 2015, párr. 113; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, 7 de enero de 2010, párr. 90; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre de 2013, párr. 191; *Yassar Hussain c. El Reino Unido*, 07 de marzo de 2006, párr. 19; *Ashendon y Jones c. El Reino Unido*, 15 de diciembre

de 2011, párr. 42; *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, 22 de mayo del 2014, párr. 125; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 102; *Fedorenko c. Rusia*, 20 de setiembre del 2011, párr. 88; *Maksim Petrov c. Rusia*, 06 de noviembre del 2012, párr. 102; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Kuzmin c. Rusia*, 18 marzo de 2010, párr. 59; *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre de 2010, párr. 207; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 147; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de abril de 2008, párr. 161; *Karaman c. Alemania*, 27 de febrero del 2014, párr. 41; *A.L. c. Alemania*, 28 de Abril de 2005, párr. 31; *Müller c. Alemania*, 27 de Marzo de 2014, párr. 46; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 53; *Peltereau-Villeneuve c. Suiza*, 28 de octubre del 2014, párr. 30; *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 55; *Moullet c. Francia*, 13 de septiembre de 2007; *Marchiani c. Francia*, 27 de mayo de 2008; *Virabyan c. Armenia*, 02 de octubre del 2012, párr. 185; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 27 y 28; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 49; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre de 2006, párr. 41; *Deweer c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, párr. 56; *Janošević c. Suecia*, 23 de julio de 2002, párr. 96; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio de 2011, párr. 37; *Vaquero Hernández y otros c. España*, 02 de noviembre de 2010; párr. 123; *Šikić c. Croacia*, 15 de julio del 2010, párr. 52; *Peša c. Croacia*, 08 de abril de 2010, párr. 138; *Garycki c. Polonia*, 6 febrero de 2007, párr. 66; *Caraian c. Rumania*, 23 de junio de 2015, párr. 74; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 37; *Viorel Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 156; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre de 2012, párr. 54; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo de 2008, párr. 69; *Teodor c. Rumanía*, 04 de junio de 2013, párr. 36; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo de 2007, párr. 70; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo de 2010, párr. 88; *Diamantides c. Grecia (N. ° 2)*, 19 de mayo de 2005, párr. 44; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 32; *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de septiembre de 2007, párr. 35; *Shuvalov c. Estonia*, 29 de mayo de 2012, párr. 75; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 125; *Dovzhenko c. Ucrania*, 01 de diciembre de 2012, párr. 47; *Butkevičius c. Lituania*, 26 de marzo de 2002, párr. 49; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013, párr. 138; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril de 2011, párr. 33; *Karakaş y Yesilirmak c. Turquía*, 28 de junio de 2005, párr. 49; *Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, 16 de octubre 2008, párr. 24; *Daktaras c. Lituania*, 10 de octubre de 2000, párr. 41; *Popovici c. Moldavia*, 27 noviembre de 2007, párr. 78; *Zollman c. El Reino Unido*, 27 de noviembre del 2003; *O.L. c. Finlandia*, 5 de julio de 2005.

de una mera garantía, o una garantía más, en el proceso penal[7], sino de una de las garantías y derechos más importantes de todo proceso sancionador.

La Corte IDH ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales[8] y que dicho principio corresponde a "*toda persona inculpada de un delito*"[9]. Por su parte, el Comité de DDHH destaca que la presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos[10].

La doctrina uniforme del TC peruano que considera que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que "(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definiti-

---

7 TEDH casos: *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre de 2014, párr. 57; *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 55; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril del 2011, párr. 33; *Çelik (Bozkurt) c. Turquía*, 12 de abril de 2011, párr. 29.

8 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) c. Chile* del 29 de mayo del 2014, párr. 171; *Suárez Rosero c. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 77; *Tibi c. Ecuador* de 07 de setiembre de 2004, párr. 180; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 14; *López Mendoza c. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011, párr. 128; *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 182; *Fernández Ortega y Otros c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 33; *J. c. Perú*, 27 de noviembre de 2013, párr. 233; *Rosendo Cantú y otra c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 33.

9 *Fernández Ortega y otros c. México*, 15 de mayo de 2011, párr. 34; *Rosendo Cantú y otra c. México*, 15 de mayo del 2011, párr. 34; *Bulacio c. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 129; *Barreto Leiva c. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párrs. 119 a 121; *Vélez Loor c. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 205.

10 Observación General N.º 32; Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia; 90º Período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, párr. 30.

va[11]". La presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla[12].

4. Tal como lo ha reconocido el TEDH la presunción de inocencia rige en todos los procesos penales y durante todos los actos del proceso penal con independencia del resultado de la acusación[13]. Dicho principio como garantía procesal protege a todas las personas a quienes, a nivel del proceso penal, se les dirige una imputación por la posible comisión de un hecho punible (delito o falta)[14].

   Sus efectos alcanzan a todas las etapas del proceso penal y en los procedimientos que se vinculan a él de manera directa v. gr. extradición[15]. Sin embargo, una vez que un acusado ha sido declarado

---

11 Exp. N.º 618-2005-HC/TC; Caso: Ronald Winston Díaz Díaz; Exp. N.º 4124-2004-HC/TC; Caso: Fernando Melciades Zevallos Gonzales; Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC; Caso: Noni Cadillo López; Exp. 2915-2004-PHC/TC, Fj 12: "La presunción de inocencia se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla"; Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: Mario Gonzales Maruri.

12 Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC, Caso: Noni Cadillo López; Exp. N.º 01768-2009-Pa/Tc; Caso: Mario Gonzales Maruri; Exp. N.º 02485-2007-Pa/Tc; Caso: Arnaldo Roque Kianman Chapilliquén; Exp. 2915-2004-Phc/Tc, Fj 12.

13 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 141; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 50; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre del 2006, párr. 41; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983; párr. 30; *Didu c. Rumania*, 14 de abril de 2009, párr. 37; *Wojciechowski c. Polonia*, 9 de diciembre de 2008, párr. 53; *Kaźmierczak c. Polonia*, 10 de marzo 2009, párr. 52; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero de 2007, párr. 67; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto del 2011, 52; *Hajnal c. Serbia*, 19 de junio del 2012, párr. 129; *Matijašević c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; *Nešťák c. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007, párr. 88; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43.

14 Véase, TEDH caso: *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 33.

15 TEDH casos: *Gaforov c. Rusia*, 21 de octubre del 2010, párr. 208; *Ergashev c. Rusia*, 20 de diciembre del 2012, párr. 169; *Ismoilov y otros c. Rusia*, 24 de

culpable, el principio deja de aplicarse en relación con las denuncias y alegaciones hechas durante el procedimiento que desencadena la sentencia[16]. Con todo, la presunción de inocencia sigue desplegando su eficacia en caso hubiera otras imputaciones en su contra, distintas a las resueltas de manera definitiva por el órgano jurisdiccional[17].

La presunción de inocencia rige también en el campo de las investigaciones del Ministerio público v. gr. indagación preliminar, formalización de la investigación preparatoria o luego de la acusación

5. El principio de presunción de inocencia solo decae cuando se dicta una sentencia condenatoria con el carácter de firme y consentida. Mientras no haya sentencia condenatoria firme y en calidad de cosa juzgada la presunción de inocencia cumple con desplegar cada uno de sus efectos. Por ello, es correcto afirmar que el estado de inocencia solo se disuelve y cede frente a un acto concreto y específico del sistema penal: cuando hay sentencia, esta es condenatoria, pero, además, dicha sentencia condenatoria ha quedado firme. Si es que no se cumple con los tres requisitos (sentencia con-

---

abril de 2008, párr. 164 y 167 quien señala que la decisión de extraditar a una persona no supone una afectación a la presunción de inocencia; *Khaydarov c. Rusia*, 20 de mayo de 2010, párr. 148: "El artículo 6 § 2 de la CEDH es aplicable cuando el procedimiento de extradición es una consecuencia directa, y concomitante, de la investigación penal pendiente contra un individuo en el Estado receptor".

16 TEDH casos: *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 53; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre del 2013, párr. 141; *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43; *Finster c. Polonia*, 02 de agosto del 2011, 52; *Kaźmierczak c. Polonia*, 10 de marzo 2009, párr. 52; *Wojciechowski c. Polonia*, 9 de diciembre de 2008, párr. 54; *Garycki c. Polonia*, 6 de febrero de 2007, párr. 67; *Matijašević c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 46; *Böhmer c. Alemania*, 3 de octubre de 2002, párr. 55; *Engel y otros c. Los Países Bajos*, 8 de junio de 1976, párr. 90.

17 TEDH casos: *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; *Geerings c. Los Países Bajos*, 1 de marzo de 2007, párr. 43; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero de 2015, párr. 37.

denatoria firme) no es posible que el principio pueda ser derrotado constitucionalmente.

La presunción de inocencia no se desvanece con la sola confesión o autoinculpación del procesado, ya que es indispensable que en el proceso se lleve a cabo la actuación de prueba material idónea con la que se corrobore indubitablemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del inculpado[18]. La exigencia de sentencia firme como una condición para enervar la presunción de inocencia obliga a considerar que una autoinculpación, o incluso una confesión judicial con todas las garantías, no es un elemento que tenga la virtualidad de destruir dicha presunción.

## IV. EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. SU NO RESTRICCIÓN AL PROCESO PENAL

6. El radio de acción del principio de presunción de inocencia es el proceso penal en cualquiera de sus etapas, tal como las diligencias preliminares, la formalización de la investigación preparatoria, la acusación, la etapa intermedia, el juicio oral y el proceso en segunda instancia hasta alcanzar la sentencia definitiva y firme.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional comparada[19] estima que el principio de presunción de

18 Véase, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el R.N. N.º 3422-2002-LIMA del 20 de diciembre del 2002.

19 La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-244/96 del 30 de mayo de 1996 (M.P. Marcela Adriana Rodríguez Gómez) ha sostenido que: "Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado".
Por su parte, el TC de Chile en la Sentencia rol N.º 1.518, de 2010 ha extraído consecuencias del principio de presunción de inocencia al sostener que: "i) La ley no puede establecer presunciones de responsabilidad. En efecto, el Tribunal ha considerado enteramente inadmisible que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los

inocencia posee un ámbito de aplicación más amplio que el proceso penal a la vez que desempeña funciones extraprocesales de indiscutible valor. Se afirma que la presunción de inocencia debe desplegar su eficacia en todo proceso donde se trate de aplicación de sanciones, aunque no sean penales[20]. Veamos:

7. Así, por ejemplo, la presunción de inocencia rige en los ***procesos disciplinarios*** como en todo proceso administrativo sancionador[21].

---

medios de prueba que le franquea la ley (rol N.º 519, considerandos 40° y 41°). Además, este derecho no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz (rol N.º 1.518, considerando 35º); ii) El derecho a la defensa es inherente a un trato inocente. La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que se trata de un principio referido al trato inocente, que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles N.ºs. 1.351, considerando 45°, y 1.584, considerando 6°); iii) El trato inocente se debe dar durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad. En este caso la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario ("nulla poena sine iudicio") (rol N.º 1.518, considerando 34º)".

20 Cfr. Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*; Bosch; 1984; p. 300; Ruiz Vadillo, Enrique; *Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias*; Madrid; en: Poder judicial núm. 3; 1986; p. 75: "la presunción de inocencia tan definitivamente importante en el derecho penal... se extiende también a otras áreas del ordenamiento jurídico: al civil, cuando se trata de imputaciones, y por consiguiente de culpabilidades; al administrativo sancionador, y al Derecho del trabajo en el campo disciplinario"; Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; pp. 223.

21 Corte IDH: *López Mendoza c. Venezuela,* 1 de septiembre de 2011, párr. 128 a 132.

El TC peruano considera que la presunción de inocencia extiende su ámbito de aplicación en el ámbito del derecho administrativo sancionador[22]. Toda actuación que se realice en sede administrativa, presumiendo la responsabilidad de un servidor, por la sola existencia de una investigación fiscal o judicial en su contra, es atentatoria de sus derechos constitucionales, sobre todo porque la presunción de inocencia tiene base constitucional, y no puede desvirtuarse por el mérito de una pretendida "presunción de culpabilidad"[23].

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. De esta forma, quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional[24].

Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo. Sin embargo, admite grados de rigor en su aplicación, pues si bien es cierto rige en todo el ámbito sancionador, también lo es que dicho ámbito está compuesto por escenarios diferentes que *implican grados diferenciales de aplicación del principio*, en relación con tres criterios básicos: (i) el bien jurídico que pretende ampa-

22 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Caso: César Humberto Tineo Cabrera.

23 STC del Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: Mario Gonzales Maruri.

24 Véase, las sentencias T-969/09 del 18 de diciembre del 2009 (MP. María Victoria Calle Correa); C-244 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz), **C-1156** de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

rarse por medio del ámbito específico de sanción, (ii) el sujeto pasivo de dicho poder punitivo y ligado a esto, (iii) la sanción a que da lugar la responsabilidad. Esto es así, porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación. De esta forma, no supone el mismo grado de rigor en la aplicación del principio de presunción de inocencia, en el ámbito penal que el disciplinario, aunque deba ser tenido en cuenta en los dos, pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta. Esto es lo que significa que los principios del derecho penal aplican en el disciplinario *mutatus mutandi*[25].

No obstante, debe subrayarse el hecho de que para el Comité de Derechos Humanos la regulación de la presunción de inocencia recogida en el artículo 14.2 del PIDCP es aplicable solamente en los procedimientos penales; de tal manera que las actuaciones administrativas quedan fuera de las disposiciones del Pacto[26].

8. La presunción de inocencia extiende también sus efectos protectores al ***derecho parlamentario***, en especial, cuando se trata de juicios o antejuicios políticos[27] o en las investigaciones parlamentarias. El TC peruano ha señalado que en caso se trate de las inhabilitaciones -a las que hace referencia el artículo 99 de la Constitución por la comisión de delito en el ejercicio de la función- el Congreso no puede imponerlas sin previo juicio y sentencia firme del Poder Judicial que declare la responsabilidad penal del fun-

25 Sentencia C-1161 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

26 Observación General N.º 32; 90º Período de sesiones Ginebra, 9 A 27 de julio de 2007; párr. 30; Comunicación N.º 1572/2007, Mathioudakis C. Grecia (Decisión adoptada el 19 de marzo de 2010, 98º Período de sesiones), párr. 4.2.

27 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC; Caso: César Humberto Tineo Cabrera.

cionario[28]. En aras a garantizar en sede parlamentaria el derecho a la presunción de inocencia el Congreso está obligado a esperar el pronunciamiento judicial firme de culpabilidad. Una opción distinta implicaría violación del debido proceso y trasgresión del principio de división de poderes, pues el Congreso usurparía la función jurisdiccional de los jueces penales[29].

9. Según una corriente jurisprudencial asumida por el TC peruano la vigencia de la presunción de inocencia inherente al campo penal y administrativo sancionador se amplía al derecho de las ***asociaciones privadas*** cuando en su interior se imponen sanciones: multas, expulsión o cualquier restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales de los asociados por la supuesta comisión de determinados ilícitos. Al respecto, el TC peruano ha establecido que: "dicho derecho opera con relación a los cargos que en el seno de las personas jurídicas de derecho privado se pudieran imputar a uno de sus asociados[30]".

Al respecto, el TC peruano ha sostenido que:

> [E]l primer ámbito del contenido del derecho a la presunción de inocencia no fue respetado por la emplazada en el momento en que sancionó al recurrente con la separación definitiva. En efecto, conforme se puede apreciar en el inciso b) del artículo 26 de los Estatutos, allí se ha contemplado la posibilidad de sancionar con la separación definitiva del Jockey Club del Perú, sin que puedan reingresar como socios de la institución, por ningún motivo ni bajo ninguna circunstancia, "Las personas que en forma manifiesta agravien a la institución mediante la comisión de estafas o cual-

28 El Tribunal ratifica su doctrina vinculante recaída en la STC 006-2005-PI/TC en el sentido que el Congreso de la República no puede inhabilitar en el ejercicio de la función pública a ningún funcionario por la supuesta comisión de delitos si es que previamente no hay sentencia firme dictada por el Poder Judicial.

29 STC del Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC; Caso: César Humberto Tineo Cabrera.

30 Exp. N.º 3312-2004-AA/TC; Caso: Francisco Vainstein Borrani; Exp. N.º 3360-2004-AA/TC; Caso: Luis Guillermo Bedoya De Vivanco.

> quier otra forma de defraudación o apropiación ilícita, *no siendo necesaria la expedición de sentencia judicial condenatoria*" [cursiva agregada]. A juicio de este Colegiado, si los cargos que se imputan a un asociado no constituyen afectaciones de bienes estatutariamente contemplados, sino que se sustentan en la eventual comisión de ilícitos penales, la posibilidad de expulsar a un asociado sobre la base de ellos constitucionalmente solo puede admitirse si es que judicialmente se ha declarado su responsabilidad penal. Obrar en el sentido inverso, es decir, en el sentido de que la imputación de la comisión de un ilícito penal es razón suficiente para expulsar a un asociado, aun cuando no exista sentencia condenatoria, constituye una manifiesta inversión del principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad, incompatible, desde luego, con la propia Norma Fundamental[31].

10. En el derecho comparado se plantea la extensión del principio de presunción de inocencia al derecho del trabajo, en especial, en temas tan sensibles como es el ejercicio del poder disciplinario del empresario y la aplicación del despido laboral. Se reconoce que el campo disciplinario laboral es un terreno fértil en el que se pueden imponer graves y duras sanciones al trabajador, lo que supone una grave afectación de derechos constitucionales (v. gr. derecho al trabajo); de tal manera que se hace necesario proyectar los alcances del principio de presunción de inocencia[32].

---

31 STC del Exp. N.º 3312-2004-AA/TC; Caso: Francisco Vainstein Borrani.

32 Ampliamente, Alonso Olea, Manuel - Casas Baamonde, María; *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, p. 404; Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; pp. 223, 263: "no cabe olvidar que el art. 24.2 CE consagra todo un conjunto de garantías que son aplicables dentro del proceso en general, y no restringidas exclusivamente al proceso penal, o al proceso sancionador administrativo. Si ello es así, y derechos como el establecido a favor del "juez ordinario", o "a la defensa", o "a un proceso público sin dilaciones indebidas", etc., no se cuestiona que sean aplicables a todo tipo de procesos, no se ve por qué razón el último de los derechos que se contienen en la enumeración de garantías que reconoce el art. 24.2 CE, tendría que quedar restringido sólo a algún tipo específico de procesos (el penal y, a lo más, el sancionador administrativo), siendo así que en otros ámbitos también se pueden enjuiciar imputaciones de culpabilidad con connotación sancionadora";

Al respecto, se advierte que la jurisprudencia constitucional española[33] ha sido oscilante y dubitativa en esta materia, pese a que la doctrina laboral se ha pronunciado de manera favorable a la aceptación y aplicación de la presunción de inocencia en áreas tan sensibles del derecho laboral como el despido o el ejercicio del poder disciplinario del empleador[34].

## V. EL INGRESO (Y PERMANENCIA) A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ¿PUEDE CONSTITUIR UNA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EL CONTAR CON UN PROCESO PENAL ABIERTO?

---

Albiol Montesinos, Ignacio; *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*; Deusto; Bilbao; 1990; pp. 8.

33 Cfr. Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; p. 248 en la que resume la evolución de la jurisprudencia constitucional española: "la posición del TC al respecto, puede resumirse en cuatro etapas: a) una primera, de admisión implícita de la aplicación de la presunción al ámbito disciplinario laboral (SSTC 24/1984, de 23 de febrero, y 62/1984, de 21 de mayo); b) una segunda, de admisión expresa y efectiva aplicación de la presunción en el referido ámbito (SSTC 36/1985, de 8 de marzo y 37/1985, de 8 de marzo; y también S 13/1986, de 30 de enero, si bien esta última más bien contiene una admisión implícita); c) y una tercera, de revisión crítica de sus planteamientos anteriores {SSTC 6/1988, de 21 de enero, 81/1988 de 28 de abril, y 166/1990 de 29 de octubre); y d) una cuarta en la que se pruducen expresos pronunciamientos de inaplicabilidad del derecho a la presunción de inocencia al ámbito disciplinario laboral si bien –y la matización es enormemente significativa– previa constatación expresa por parte del Tribunal de que en el caso examinado ha existido actividad probatoria de cargo válida y suficiente (SSTC 30/1992, de 18 de marzo y 27/1993, de 25 de enero".

34 Ampliamente, Alonso Olea, Manuel - Casas Baamonde, María; *Derecho del Trabajo*; Madrid; 1987; p. 404; Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N.º 4, Septiembre/Diciembre 1994; pp. 223 y ss; Albiol Montesinos, Ignacio; *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*; Deusto; Bilbao; 1990; pp. 8.

### a. Las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano que limitan el acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto

11. En el derecho peruano diversas leyes establecen la restricción al acceso a la función pública a las personas que se encuentran comprendidas como autor o partícipe en un proceso penal. Así, por ejemplo, tenemos:

- El artículo 6, numeral 4, de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura establece que no pueden ser elegidos como consejeros los que han sido condenados o que están siendo procesados por delito doloso;
- El artículo 4, numeral 4, de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial, establece como uno de los requisitos generales para el ingreso a la carrera judicial no haber sido condenado ni haber sido pasible de una sentencia con reserva de fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso. La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para el acceso a la carrera judicial;
- El artículo 177.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía que como uno de los requisitos para ser magistrado: "No haber sido condenado ni hallarse procesado, por delito doloso común[35]".
- El artículo 18, numeral 18.1, literales *c, d y e*, de la Ley N.° 29944, Ley de Reforma Magisterial, exige como requisito para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante dentro de la carrera pública magisterial: "No haber sido condenado por delito doloso"; "no haber sido condenado ni estar incurso en el delito de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas;

35 Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N.° 29277, publicada el 07 noviembre 2008, disposición que entró en vigencia en un plazo de 180 días contados desde su publicación.

ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos" y "no encontrarse inhabilitado por motivos de destitución, despido o resolución judicial que así lo indique".

- El artículo 4, numeral 4.1, literal *c y d*, de la Ley N.° 26979, Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, señala que para acceder al cargo de ejecutor coactivo se requiere "No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso" y "no haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias, ni de la actividad privada por causa o falta grave laboral " no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso".

**b. La jurisprudencia que permite y/o autoriza la restricción del acceso a la función pública por tener un proceso penal abierto**

- **La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

12. El TC peruano tuvo la oportunidad de discutir la constitucionalidad del inciso d) del artículo 11° de la Ley N.° 29062 que establece como uno de los requisitos para postular a la Carrera Pública Magisterial: "*no haber sido condenado ni estar incurso en proceso penal por delito doloso*".

    De acuerdo al TC peruano el legislador se encuentra facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para el acceso al ejercicio de una función pública, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en el texto constitucional y estima que: "se aprecia que el hecho de establecer un requisito de tal naturaleza para acceder a la carrera pública magisterial no vulnera, per se, el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto éste es un derecho relativo que admite ciertas restricciones en su ejercicio,

siempre que éstas sean razonables y proporcionales[36]. Este Colegiado, aprecia que el referido requisito resulta razonable respecto al fin constitucionalmente válido que se pretende lograr, esto es, la eficiencia plena en la prestación del servicio público esencial y en especial de la educación, así como garantizar la plena vigencia del derecho a la educación que constituye uno de los deberes primordiales del Estado, pues la restricción a la presunción de inocencia se justifica debido a la importancia que tiene la educación, la cual tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y prepararla para la vida y el trabajo, además que la mayoría de los educandos son niños y adolescentes, a quienes el Estado debe proteger, tal como lo señala el artículo 4º de la Norma Fundamental[37]".

En dicha sentencia se consideró que el cuestionado requisito no impide de manera total el acceso a la carrera pública magisterial, sino que únicamente se trata de un impedimento provisional, esto es, que sólo tendrá efectos hasta que se dicte sentencia en el respectivo proceso penal. Por tanto, si el profesor obtiene una sentencia absolutoria, no existirá impedimento alguno para que participe en cualquier concurso público. Asimismo, el referido requisito no vulneraría el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no

36 Exp. 00005-2008-Pi/Tc; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 Ciudadanos (Demandante) c. Congreso De La República (Demandado).*

37 Exp. 00025-2007-PI/TC; *Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (Demandante) c. Congreso De La República (Demandado)*: "Por otro lado el cuestionado requisito también resulta proporcional, pues constituye una medida idónea para lograr el fin que se pretende, esto es, impedir el ingreso a la carrera pública magisterial a quien se encuentre incurso en un proceso penal por delito doloso, con el objeto de asegurar que el servicio público docente se encuentre compuesto por profesores con una conducta idónea, más aún cuando se trata de brindar el servicio público especial y esencial de educación, para así garantizar la plena vigencia del derecho a la educación de los estudiantes". También: Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 Ciudadanos (Demandante) C. Congreso de la República (Demandado).*

se está adelantando opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito, materia del proceso penal, sino que se trata de una restricción temporal y provisional del acceso a la carrera pública magisterial, hasta que se dicte sentencia en el proceso penal en el que se encuentre incurso el postulante[38].

13. El Tribunal Constitucional peruano en una sentencia declaró infundada una demanda de amparo interpuesta por un ciudadano que pretendía acceder a ser decano del Colegio de Contadores Públicos de Cajamarca y a quien se le impidió postular debido a que tenía un proceso penal pendiente, en aplicación del artículo 112 del Reglamento del Estatuto del Colegio de Contadores Públicos de Cajamarca. En dicha sentencia se razonó:

> En este orden de ideas se advierte que los fines perseguidos con el artículo 112° del Reglamento del Estatuto se encuentran acordes con la potestad autorregulativa de las asociaciones por cuanto establece una medida restrictiva contra los socios que pretenden ser representantes de la asociación y que se estuviesen incursos en situaciones contrarias a los fines de aquella, lo cual, a juicio de este Colegiado, no supone vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, al restringirse al recurrente la posibilidad de

38 En el mismo sentido: Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 Ciudadanos (Demandante) c. Congreso de la República (Demandado)*. Sin embargo el voto singular del magistrado Calle Hayen sostuvo que: "Tal como aparece redactado el artículo 11°-d el impedimento de acceso a la carrera pública es bastante abierto y, en estricto, vacía de contenido el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución garantiza. Porque se restringe el acceso a la carrera pública magisterial de una persona cuya responsabilidad penal aún no ha sido declarada judicialmente. Sí parece más razonable si es que esta restricción se pondera con el bien constitucional de proteger a los niños y adolescentes de cualquier supuesto de abuso sexual, en el entendido que de ocurrir ello genera afectaciones físicas y sicológicas gravísimas para la víctima como para el entorno familiar. Esto exige que el artículo 11°-d sea interpretado en el sentido que: "para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante se requiere cumplir con los siguientes requisitos: no estar incurso en proceso penal por delitos contra la libertad sexual. Es en este sentido normativo que, desde mi punto de vista, debe ser interpretado el artículo 11°-d de la Ley 29062".

> postular a un cargo dentro del Consejo Directivo por tener un proceso penal pendiente no se vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que no se está culpando al recurrente de la comisión de un acto contrario a ley, sino que simplemente no cumple con uno de los requisitos para poder postular en las elecciones internas de la asociación emplazada. Sobre los mismos lineamientos cabe señalar que el tratamiento estatutario que se brinda a la sustentación de una denuncia no se ha previsto en términos personales y exclusivamente relacionados al caso del recurrente, sino como una premisa de generalidad, aplicable a todos los socios por cuanto se trata de una norma estatutaria general preexistente al procedimiento al que se sometió al actor[39].

Asimismo, el TC consideró en un caso que la existencia de proceso penal contra un policía en actividad impedía su reincorporación al servicio activo toda vez de que:

> [E]n el caso de autos se presenta la situación especial (que no puede dejar de considerarse) de la relación policía-sociedad, habida cuenta que el servicio prestado por la Policía a la comunidad viene a constituir un servicio especialísimo aceptado en base a la confianza; la que, precisamente, se ha perdido, por la sospecha que motivó que el recurrente fuera considerado en el proceso penal; asimismo, la sociedad, al contratarlo, lo hizo bajo la exigencia elemental de que él conservara la calificación de servidor de seguridad, lo cual exigía de él, a su vez, una foja de servicios permanentemente libre de toda sospecha para mantener la confianza que dicho cargo requiere, reconociéndole, de este modo, la autoridad que constituye poder para utilizar incluso las armas que la nación le entrega. Es indudable que un policía, cualquiera que sea su grado, no puede reincorporarse al servicio activo cuando su propia institución lo ha sometido al cambio de su situación policial por habérsele involucrado, con cargos graves, en público proceso penal ordinario[40].

Por su parte, el TC peruano ha reconocido la independencia del proceso penal respecto al proceso disciplinario, dado que:

> [L]a legalidad de un procedimiento administrativo disciplinario no está sujeta a que por vía judicial se declare responsable penalmente

39 Exp. N.º 02485-2007-PA/TC; Caso: Arnaldo Roque Kianman Chapilliquén.

40 Exp.N.º 1390-2006-PA/TC, Caso: Julio Wálter Cárdenas Loaiza.

> a una persona por la realización de un delito o falta, toda vez que el resultado de éste no es necesariamente vinculante ni necesario para el primero, ya que el procedimiento administrativo sancionador tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta ilegal por parte de los administrados, mientras que el proceso penal en la vía judicial conlleva una sanción punitiva. Y es que si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda[41].

- **La jurisprudencia del Jurado Nacional de Elecciones**

14. El Jurado Nacional de Elecciones a partir de la interpretación del artículo 6.4 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura ("*no pueden ser elegidos como consejeros los que han sido condenados o que están siendo procesados por delito doloso*") ha establecido que los derechos fundamentales no son absolutos, de tal manera que la validez y constitucionalidad de la limitación o el establecimiento de condiciones para el ejercicio de tales derechos se encuentra supeditada a que resulte conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad[42]. Para que el establecimiento de una limitación, restricción o condición al ejercicio del derecho fundamental sea constitucionalmente válido, deberá encontrarse recogido en una norma con rango de ley (sino, incluso, en la propia Constitución Política del Perú), perseguir una finalidad constitucionalmente válida o admisible, y ser proporcional, es decir, idónea para alcanzar el fin que se persigue con la adopción de la

41 Exp. N.º 01668-2011-PA/TC; Caso: Rooselvet Alexis Ruiz Moscoso.

42 Resolución N.º 0070-2015-JNE, en el Exp. N.º J-2015-00062 de fecha 12 de marzo del 2015.

medida, necesaria para la consecución de dicha finalidad y con un grado de realización del fin perseguido igual o mayor al nivel de afectación al derecho fundamental limitado o restringido[43].

El Jurado Nacional de Elecciones desestimó un recurso de apelación interpuesto por un ciudadano al considerar que al contar el postulante a miembro del Consejo Nacional de la Magistratura con un proceso penal abierto no cumplía con las condiciones y exigencias legales fijadas en el artículo 6.4 de la LOCNM. A tal efecto, efectuó una evaluación de la razonabilidad de la medida en el caso concreto y manejó el test de proporcionalidad en sus manifestaciones del subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Al respecto señaló que:

> Con relación al sub-principio de idoneidad, este Supremo Tribunal Electoral considera que la medida que prohíbe ser elegido como miembro del Consejo Nacional de la Magistratura a quien se encuentra procesado por la presunta comisión de delito doloso sí resulta idónea para optimizar la legitimidad institucional y de las decisiones del citado organismo constitucional autónomo, puesto que la honestidad y conducta ética e intachable de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura dota de credibilidad y legitimidad en torno a su accionar independiente e imparcial, en su labor de control de quienes ejercen las funciones judicial y fiscal. Con respecto al sub-principio de necesidad, este órgano colegiado estima que también se satisface el mismo, por cuanto dado el carácter temporal del cargo de miembro del Consejo Nacional de la Magistratura y la naturaleza, dinamismo y continuidad, así como trascendencia de las atribuciones constitucionales del citado organismo constitucional autónomo, el daño que se produciría en la legitimidad de dicho organismo por la presencia de uno de sus miembros procesados penalmente por la comisión de delito doloso, resultaría irreparable y grave. Con respecto al sub-principio de proporcionalidad, este Supremo Tribunal Electoral estima que, en la medida que: a) la regla prevista en el artículo 6, numeral 4, de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, tiene una eficacia temporal, por cuanto rige mientras en el proceso de elec-

43 Resolución N.º 0070-2015-JNE, en el Exp. N.º J-2015-00062 de fecha 12 de marzo del 2015.

> ción de miembros del citado organismo exista un proceso penal en trámite, y b) se trata de una limitación aplicable para el acceso a un único cargo público, es decir, el de miembro del Consejo Nacional de la Magistratura; el grado de afectación del derecho de acceso a la función pública, es considerablemente menor en comparación con el grado de optimización de la legitimidad e idoneidad moral y ética que deben tener los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y el propio organismo[44].

Por tanto, si es que el Consejo Nacional de la Magistratura, en su calidad de organismo constitucional autónomo, tiene la atribución constitucional de nombrar, ratificar y destituir a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, en todos sus niveles, resulta no solo comprensible y razonable, sino incluso necesario, que se establezca un régimen o catálogo de requisitos e impedimentos más riguroso y amplio para la elección de miembros del citado organismo constitucional autónomo (entiéndase, Consejo Nacional de la Magistratura), para garantizar, además, su idoneidad, independencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo[45].

15. En otro caso, el Jurado Nacional de Elecciones ha sostenido que: "el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 22, numeral 24, literal *e*, de la Constitución Política del Perú, no se ve afectado por lo establecido en la anotada norma legal como impedimento o incompatibilidad para acceder al cargo de consejero, toda vez que sus alcances no determinan la responsabilidad del ciudadano en la comisión de un hecho punible (STC N.° 02485-2007-PA/TC) ni su aplicación al caso concreto significa un adelanto de opinión respecto de la culpabilidad del imputado

---

44 Resolución N.° 0070-2015-JNE en el Exp. N.° J-2015-00062 de fecha 12 de marzo del 2015; Resolución N.° 0076-2015-JNE en el Exp. N.° 004-2015 de fecha 19 de marzo de 2015.

45 Resolución N.° 0070-2015-JNE en el Exp. N.° J-2015-00062 de fecha 12 de marzo del 2015; Resolución N.° 0093-2015-JNE en el Exp. N.° J J-2015-00083 de fecha 10 de abril del 2015.

en el ilícito materia del proceso penal (STC N.° 00025-2007-PI/TC)[46]".

La incorporación de dicha restricción o limitación como condición necesaria para el acceso al cargo de consejero del CNM encuentra justificación en la magnitud de la trascendencia de la labor que nuestra Norma Fundamental ha conferido a dicho organismo constitucional, otorgándole una posición privilegiada con relación a los magistrados que conforman el sistema de administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) y reconociéndole la categoría de "juez de jueces". Y es en virtud del ejercicio de tal potestad constitucional que este organismo constitucional ha dispuesto la separación de distintos magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público señalando que el requisito de no haber sido condenado ni haber sido pasible de una sentencia con reserva de fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso configura no solo una condición de acceso a la carrera judicial o fiscal, sino además uno para la permanencia en ella[47]. Por ende, resulta incuestionable que la idoneidad, reputación y conducta intachable de un ciudadano que busque acceder al cargo de consejero de CNM debe ser aún mayor que la exigida para los propios magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, razón por la que la norma ha introducido incluso como condición no encontrarse procesado por delito doloso[48].

16. El Jurado Nacional de Elecciones ha establecido que, para que un ciudadano sea considerado como procesado por delito doloso,

---

46 Resolución N.° 0091-2015-JNE en el Exp. N.° J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015; Resolución N.° 0093-2015-JNE en el Exp. N.° J J-2015-00083 de fecha 10 de abril del 2015.

47 Resolución N.° 0093-2015-JNE en el Exp. N.° J J-2015-00083 de fecha 10 de abril del 2015; Resolución N.° 0091-2015-JNE en el Exp. N.° J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015.

48 Resolución N.° 0091-2015-JNE en el Exp. N.° J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015; Resolución N.° 0093-2015-JNE en el Exp. N.° J J-2015-00083 de fecha 10 de abril del 2015.

necesariamente deberá tratarse de un proceso penal abierto, vale decir, uno en el que se hubiera dictado auto de abrir instrucción (artículo 77 del Código de Procedimientos Penales), disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (artículo 336 del Nuevo Código Procesal Penal), o auto de admitir a trámite la querella, conforme a las reglas de la norma procesal aplicable a cada caso concreto, en razón de que es en esta etapa del proceso en la cual la jurisdicción penal ha determinado, luego del proceso de investigación preliminar, que aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y, si fuera el caso, que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad. En tal sentido, resultará no solo irrazonable, sino principalmente desproporcional que para considerar incurso a un ciudadano en este impedimento resulte suficiente la concurrencia de un mero acto *postulatorio* (interposición de denuncia o querella) o que el mismo se encuentre en etapa de calificación[49].

El mero hecho de postular una querella que luego es inadmitida y rechazada por el órgano jurisdiccional, por las razones que fuera (formales o materiales) no califica como inicio del proceso penal, pues para que ello ocurra debe haber de por medio un auto que lo admita, constituya la relación procesal y delimite, por lo menos, los hechos objeto del proceso. Incluso, si la decisión de rechazo preliminar se apela por parte del querellante no se puede hablar de inicio de proceso penal[50].

---

49 Resolución N.º 0091-2015-JNE en el Exp. N.º J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015.

50 Resolución N.º 0091-2015-JNE en el Exp. N.º J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015: "se determina que, al haberse rechazado en forma liminar la querella formulada contra el candidato, no puede concluirse que a la fecha este se encuentra procesado por un delito doloso, por lo que corresponde estimar el recurso de apelación formulado por el recurrente y declarar infundada la tacha interpuesta en su contra; esto sin perjuicio de las acciones que corresponda realizar al órgano electoral de origen, en ejercicio de su facultad fiscalizadora, destinadas a

Por ejemplo, se considera que el inicio del proceso penal, a través de la emisión del auto de apertura de instrucción, supone la comprobación que concurre la causal de existencia de que "*están siendo procesados por delito doloso*"[51]. Igual ocurre cuando en un proceso penal hay una acusación escrita[52].

Por otro lado, se considera que el hecho de que se haya abierto proceso penal a través del dictado del correspondiente auto de apertura de instrucción no quiere decir que automáticamente se debe entender que existe la causal de "*proceso penal abierto*", toda vez que es necesario verificar, por ejemplo, si se ha dictado sentencia absolutoria o el Ministerio Público sobreseyó la causa y el órgano jurisdiccional estuvo conforme con la decisión de sobreseimiento. En estos casos se estima que se debe entender que no concurre la causal de "proceso penal abierto" como impedimento para postular y acceder a un cargo en la función pública[53].

- **La jurisprudencia del Consejo Nacional de la Magistratura referida al artículo 177.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

17. El Consejo Nacional de la Magistratura ha precisado que: "un juez debe ser una persona que sirva de ejemplo para la sociedad; por ello, no puede ser magistrado quien ha sido condenado por la comisión de un delito doloso[54]".

Asimismo, ha sostenido que: "el artículo 177 inciso 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como requisito común para

---

establecer si el mencionado candidato se encuentra o no condenado o procesado por otros delitos dolosos".

51 Resolución N.º 0076-2015-JNE de fecha 19 de marzo de 2015; Resolución N.º 0091-2015-JNE en el Exp. N.º J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015; Resolución N.º 0093-2015-JNE en el Exp. N.º J J-2015-00083 de fecha 10 de abril del 2015.

52 Resolución N.º 0076-2015-JNE en el Exp. N.º 004-2015 de fecha 19 de marzo de 2015.

53 Resolución N.º 0091-2015-JNE en el Exp. N.º J-2015-00082 de fecha 10 de abril del 2015.

54 Resolución N.º 032-2009-PCNM del 25 de febrero de 2009; FJ. 22.

ser magistrado el no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso común. A su vez, el artículo 214 de la norma citada establece que procede la separación cuando se comprueba que el magistrado no reúne los requisitos exigidos para el cargo"[55].

El CNM en su jurisprudencia estableció una interpretación respecto al artículo 177. 6 de la LOPJ en el sentido de que "dicho requisito se sustenta en la necesidad de contar con magistrados con una trayectoria personal y profesional intachable, ya que al administrar justicia deberán emitir decisiones trascendentes para las personas por lo que, a fin de dar legitimidad y autoridad moral a sus decisiones, es necesario que las mismas sean emitidas por personas con reputación y conducta intachable, ya que si los jueces no cuentan con los atributos establecidos en el mencionado artículo no sólo se estaría deslegitimando su labor como Juez sino que también generarían el desprestigio del Poder Judicial frente a la sociedad[56]". También destacó que "el objetivo que persigue la norma es que el Poder Judicial cuente con magistrados que mantengan una imagen pública que genere confianza y respeto en los usuarios, por lo que la trayectoria del mismo no puede estar sujeta a condenas de privación de la libertad, ya que deslegitimaría su imagen pública, así como la del Poder Judicial ante la sociedad[57]".

- **La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia**

18. La Corte Constitucional colombiana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el requisito fijado en la ley de que quien opta para acceder a un cargo público (v. gr. funcionario de la Fiscalía General de la Nación) no debe tener en su contra un mandato de detención preventiva o no debe registrar una acusación en su contra.

---

55 Resolución P.D N.º 018-2007-CNM del 14 de mayo del 2008; FJ. 12.

56 Resolución N.º 244-2009-PCNM del 11 de diciembre del 2009; FJ. 26 y 27.

57 Resolución N.º 244-2009-PCNM del 11 de diciembre del 2009; FJ. 26 y 27.

En efecto, el artículo 136.c del decreto 2699 de 1991 establecía que no podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la Fiscalía General de la Nación: "Quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hayan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal por el mismo delito, mientras se define su responsabilidad".

Para la Corte Constitucional de Colombia[58]:

> Que una persona a quien se le haya dictado auto de detención por delito doloso aunque goce del beneficio de excarcelación, o se haya proferido en su contra resolución acusatoria en proceso penal, no pueda ser nombrada en ningún cargo de la Fiscalía General de la Nación "mientras se le define su responsabilidad", es disposición tan lógica y obvia que no merece mayor análisis. Veamos: 1.- si un candidato a ocupar un empleo en la Fiscalía se encuentra detenido, es imposible que a la vez pueda desempeñar un cargo en esa entidad o en cualquiera otra; hay una imposibilidad física, y desde luego moral, pues existe indicio grave de que la persona es responsable de un hecho ilícito y mal podría entrar a laborar precisamente en el ente encargado de la investigación y acusación de todos los delitos; 2.- que a pesar de habérsele dictado auto de detención se le concede el beneficio de excarcelación; ello no significa que la persona no ha cometido el delito, ni que no exista prueba alguna que lo comprometa. Lo que ocurre es que sí existe prueba de su presunta responsabilidad, pero la ley, por la clase de delito, autoriza que se le otorgue la libertad provisional, y entonces su responsabilidad queda en entredicho mientras no se dicte sentencia que la desvirtúe; 3.- que se haya proferido resolución de acusación en su contra, es aún más grave, porque en esa providencia ya se ha tipificado la conducta y una vez analizadas todas las pruebas existen no sólo uno sino varios indicios graves que comprometen seriamente su responsabilidad en el hecho delictivo, razón por la cual se le formulan cargos, decisión que pone fin a la etapa investigativa y da lugar a la iniciación del juzgamiento.
>
> Ahora: que esas mismas causales se apliquen al personal que ya se encuentra vinculado a la Fiscalía, es lógico, pues en esta situación

58 Sentencia N.º C-558/94 del 6 de diciembre de 1994 (Ponente: Dr. Carlos Gaviria Diaz).

> son predicables las mismas razones expuestas; a juicio de la Corte, a quien más debe exigírsele rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone, es al personal que integra la planta de la Fiscalía General de la Nación, y a quienes pertenecen a la Rama Judicial, por que quien investiga, acusa, juzga y castiga, no puede ser objeto de la más insignificante tacha, que le impida ejercer su investidura con la transparencia, pulcritud y rectitud debida, para garantizar al máximo los derechos de los procesados, y cumplir así uno de los fines del Estado cual es la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz justicia.
>
> Si se acepta que en órganos como la Fiscalía presten sus servicios personas contra las cuales existen indicios graves de responsabilidad en la comisión de delitos dolosos, es tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, pues la administración de justicia queda en manos de personas cuyas virtudes o condiciones personales están en entredicho y, por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados.
>
> Por último, debe anotarse que la separación del cargo de un empleado de la Fiscalía o la no designación de una persona en empleos de la misma, por estar incursos en la causal de inhabilidad que aquí se estudia, es temporal, pues sólo opera *mientras se define su responsabilidad.* Por consiguiente, no hay violación de la Carta y, por ende, el precepto demandado será declarado exequible.

### c. Las críticas a la legislación y la jurisprudencia que autorizan la limitación del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad en abierta violación al principio de presunción de inocencia. Nuestra posición

19. El legislador peruano a través de la expedición de distintas normas como la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva (Ley N° 26979), Ley de Reforma Magisterial (Ley N.° 29944), Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (Ley N° 26397) y la Ley de la Carrera Judicial (Ley N° 29277) limita el acceso a la función pública excluyendo de participar en el concurso, o impidiendo su nombramiento, a la persona que tiene un proceso penal abierto.

De igual manera, y dentro de dicha línea, la jurisprudencia peruana tanto del Tribunal Constitucional del Perú, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia tienen una posición absolutamente permisiva y convalidante de la legislación vigente acerca de la restricción del derecho de acceso a la función pública en los casos en que una persona cuente con un proceso penal abierto. Se considera que una limitación semejante, al contar con base legal, es compatible y respetuosa con la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por lo que no se realiza alguna objeción y menos se intenta formular una interpretación restrictiva o se plantea siquiera, como problema, la discutible constitucionalidad y convencionalidad de la norma.

Una de las más severas objeciones que se puede formular a la legislación que limita el acceso a la función pública en condiciones de igualdad es entender que basta para restringir el ejercicio de un derecho fundamental el cumplir con el requisito de que haya una disposición legal que lo autorice y permita (principio de legalidad). Se advierte aquí un indiscutible formalismo vinculado a una interpretación aislada de los alcances del principio de legalidad en cuanto considera que la ley lo puede todo y que basta que se fije una restricción a un derecho fundamental a partir de una ley para que dicha restricción se entienda legítima y absolutamente indispensable.

20. De modo específico, las críticas que se pueden realizar a la postura legislativa y jurisprudencial glosada son las siguientes:

En primer lugar, se pasa por alto que la presunción de inocencia es un principio que obliga a todos los poderes públicos. El hecho de que se trate de un principio inherente a la configuración del proceso penal (función procesal de la presunción de inocencia) no quiere decir que su papel se limite y restrinja al campo estrictamente jurisdiccional y no desarrolle alguna influencia, por ejemplo, a nivel legislativo. La presunción de inocencia como principio

constitucional y convencional obliga tanto al Poder judicial como también al legislador y al Poder ejecutivo.

La limitación de la presunción de inocencia al campo estrictamente jurisdiccional no solo restringe injustificadamente su alcance y radio de acción, sino que desmerece su carácter de principio del sistema jurídico que obliga a todos los poderes públicos y no solo a los jueces. De nada sirve la presunción de inocencia –y también otros principios– si solo se exige que los jueces y fiscales deban respetar y cumplir con su contenido y se concede un cheque en blanco al legislador para que pueda subvertir su sentido. El primer obligado y el garante original de la presunción de inocencia es el legislador que debe configurar las leyes y organizar el sistema penal, como otros sectores del ordenamiento jurídico, cumpliendo con cada una de sus manifestaciones y exigencias[59].

La llamada y conocida libertad de configuración del legislador no es obstáculo para que se pueda controlar su actividad y valorar si el contenido de las leyes guarda compatibilidad con la Constitución, peor aún si su labor ordenadora puede afectar los derechos fundamentales[60]. En el Derecho Constitucional contemporáneo, la posibilidad de control de la actividad legislativa es un axioma cuya validez va más allá del predicamento de la soberanía del parlamento y del hecho de que la ley exprese la voluntad de la mayoría o, incluso, el consenso de las fuerzas políticas. Ni la soberanía del

59 Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado respecto al principio del non bis ín ídem como mandato dirigido al legislador que: "también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismo hechos ante una misma jurisdicción"; véase, Sentencia C-870 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda); Sentencia T-436/08; (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

60 Cfr. Fernández, Tomás-Ramón; *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*; Lima; Palestra; 2006; p. 202; Legaz y Lacambra, Luis; *Filosofía del Derecho*; Barcelona; Bosch; 1980; pp. 649 y 650; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier; *Argumentación e Interpretación*; p. 93: "La actividad legislativa está también sometida a límites constitucionales, y la validez de las normas jurídicas promulgadas supeditadas a la no vulneración de estos".

parlamento ni el principio de la mayoría como base del Estado Democrático puede derogar la posibilidad de fiscalización de la ley según el principio de supremacía de la Constitución y el obligado respeto a los derechos humanos, los valores y preceptos constitucionales[61]. La pregunta no es si debe existir posibilidad de control de los actos legislativos, sino a quién corresponde ejercerlo[62].

En la medida que la presunción de inocencia es un principio que informa a todos los poderes públicos su alcance se traslada tanto

61 Como recuerda el TC peruano en la sentencia del Exp. N.º 1680-2005-PA/TC; Caso: Jorge Luis Borja Urbano, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tiene determinados límites a saber: "En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.º 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de setiembre de 2003 (Cfr. STC N.º 0275-2005-PH/TC). En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional. Así se sostuvo en las STC N.º 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos. Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cfr. STC Exp. N.º 0014-2003-AI/TC y STC Exp. N.º 0050-2004-AI/TC)".

62 De modo semejante: Legaz y Lacambra, Luis; *Filosofía del Derecho*; p. 649.

a la actividad que pueda desarrollar el Poder Ejecutivo, el Poder legislativo y el Poder Judicial. Por ejemplo, los funcionarios del Poder ejecutivo violan la presunción de inocencia en caso brinden declaraciones informales de culpabilidad respecto a determinadas personas sobre las que pesa alguna imputación[63] (v. gr. policía, ministros de estado, etc.). De igual modo ocurre con los jueces que a nivel de los procesos penales en determinadas decisiones judiciales como, por ejemplo, prisiones preventivas o prolongaciones de la prisión provisional utilizan frases o un lenguaje que supone una afirmación de que el imputado es culpable. La presunción de inocencia se viola si una decisión judicial recaída en el proceso penal, ya sea propio o ajeno, refleja la opinión de que una persona es culpable[64], sin que haya de una sentencia condenatoria. El TEDH realiza una distinción fundamental: entre una declaración de que alguien no es más que sospechoso de haber cometido un delito y

63 TEDH casos: *Lagardère c. Francia*, 04 de diciembre del 2012, párr. 55; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, párr. 35 – 36; *Moullet c. Francia*, 13 de septiembre de 2007; *Lizaso Azconobieta c. España*, 28 de junio del 2011, párr. 37; *Marziano c. Italia*, 28 de noviembre de 2002, párr. 28; *Poncelet c. Bélgica*, 30 de marzo de 2010, párr. 51; *Pandy c. Bélgica*, 21 de setiembre del 2006, párr. 42; *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio del 2013, párr. 138; *Karadağ c. Turquía*, 29 de junio de 2010, párr. 60; *Erkol c. Turquía*, 19 de abril del 2011, párr. 33; *Huseyn y otros c. Azerbaiyán*, 26 de julio de 2011, párr. 225; *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio del 2015, párr. 41; *Teodor c. Rumanía*, 04 de junio del 2013, párr. 36; *Jiga c. Rumanía*, 16 de marzo del 2010, párr. 88; *Vitan c. Rumanía*, 25 de marzo del 2008, párr. 70; *Samoilă y Cionca c. Rumania*, 04 de marzo del 2008, párr. 91; *Viorel Burzo c. Rumania*, 30 de junio de 2009, párr. 156; *Mircea c. Rumania*, 29 de marzo 2007, párr. 70; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, párr. 43; *Lavents c. Letonia*, 28 de noviembre del 2002, párr. 125; *Khuzhin y otros c. Rusia*, 23 de octubre de 2008, párr. 94; *Kuzmin c. Rusia,* 18 marzo de 2010, párr. 59; *Mosinian c. Grecia*, 31 de octubre del 2013, párr. 21; *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 32; *Hrdalo c. Croacia*, 27 de setiembre del 2011, párr. 52; *Vanjak c. Croacia*, 14 de enero de 2010, párr. 67; *Šikić c. Croacia*, 15 de julio del 2010, párr. 52; *Çelik (Bozkurt) c. Turquía*, 12 de abril de 2011, párr. 29.

64 *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, 6 de diciembre de 1988, párr. 91; *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 de octubre del 2013, párr. 202.

una declaración judicial clara, en ausencia de una condena definitiva, que una persona ha cometido el delito que se le imputa[65]. El hecho de que una persona sea finalmente declarado culpable y condenado, por ejemplo, a ocho años de prisión, ello no implica que se le niegue al imputado, durante el proceso, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley[66]. El TEDH ha declarado reiteradamente que el artículo 6 § 2 de la Convención regula todo el procedimiento penal "*independientemente del resultado de las actuaciones*"[67].

En cuanto al Poder legislativo se constata la violación a la presunción de inocencia en aquellos casos en que se expide leyes por medio de las cuales se anticipa la culpabilidad de la persona o se considera al proceso penal como un elemento que impide el ejercicio de otros derechos fundamentales o se considera al mismo como una sanción (material) que genera consecuencias negativas, estigmatizantes y perjudiciales a la persona.

Los ejemplos de violación de la presunción de inocencia por parte del legislador son:

i) La expedición de leyes o normas que permiten la presentación de las personas en conferencia de prensa ante los medios de comunicación como si fueran culpables de haber cometido determinado delito v. gr. Decreto Supremo 05-2012 JUS;

ii) Determinar que en cierta clase de delitos (enriquecimiento ilícito, lavado de activos, desaparición forzada de personas, etc.)

---

65 *Nešťák c. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007, párr. 89; *Matijasevic c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 48; *G.C.P. c. Rumania*, 20 de diciembre del 2012, párr. 55.

66 *Matijasevic c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 49. También: *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio del 2015, párr. 49; *Muradverdiyev c. Azerbaiyán*, 09 de diciembre del 2010, párr. 104.

67 *Dicle y Sadak c. Turquía*, 16 de junio del 2015, párr. 60; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983; párr. 30; *Matijasevic c. Serbia*, 19 de setiembre del 2006, párr. 49; *Neagoe c. Rumanía*, 21 de julio del 2015, párr. 49

o según un determinado círculo de autores (v. gr. funcionarios públicos, autores directos, etc.) se invierte la carga de la prueba exigiendo que sea el imputado quien debe probar su inocencia;

iii) Consagrar la obligación de la prisión provisional en determinados delitos graves (violación, asesinato, tráfico ilícito de drogas, etc.) o en cierta clase de procedimientos (v. gr. extradición).

iv) Restringir determinados derechos constitucionales (v. gr. derecho de asociación, derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, etc.) como consecuencia de la existencia de un proceso penal, pese que no hay una sentencia firme.

Creemos, que ningún derecho constitucional se puede limitar o restringir por el solo hecho de que contra una persona se presente una imputación (grave o leve), o porque alguien se encuentre comprendida como autor o partícipe en una investigación o en un proceso penal.

De la existencia de un proceso penal o de una investigación abierta no se pueden derivar inferencias, conclusiones o simplemente afirmaciones acerca de la conducta o la vida de una persona, sin que se viole de manera clara y rotunda la presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal y extraprocesal. Se anticipa una condena y se quebranta la función procesal de la presunción de inocencia si es que de la existencia de una investigación y de un proceso penal se concluye de manera arbitraria y prejuiciosa sobre una imputación penal.

El hecho de que a nivel legislativo se impida o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental por la concurrencia de un proceso penal, una investigación o una imputación supone realizar un juicio de valor negativo acerca de dicho acto institucional (proceso o investigación) e implica, además, anticipar eventualmente un resultado, pues de otro modo no se entendería la razón por la que se limita o impide el ejercicio de un derecho fundamental.

La presunción inocencia como regla de tratamiento obliga a considerar que de la existencia de un proceso penal o de una investigación en trámite no es constitucional y convencionalmente correcto derivar alguna conclusión negativa o un juicio adelantado; de otro modo a la persona se le estaría brindando un trato de culpable y se le estaría estigmatizando por ser investigada o tener un proceso penal abierto.

Si bien es correcta la afirmación de que es la prueba lo que determina la inocencia o culpabilidad de una persona desde el punto de vista jurídico -y también epistemológico- recién es en la etapa decisoria donde se decide sobre el caso y cabe el pronunciamiento declarando la culpabilidad de una persona o que no está probado la intervención en un hecho. Antes de la sentencia si es que se emite materialmente cualquier afirmación (formal o material) acerca de la culpabilidad de una persona se produce una abierta violación a la presunción de inocencia.

Al respecto, se debe tomar en cuenta la doctrina pacífica del Comité de Derechos Humanos que ha llegado a señalar que: "la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso[68]". Entre dichas autoridades se comprende, por supuesto, al legislador.

Asimismo, vale recordar que la relevancia de la prescripción constitucional de la presunción de inocencia dentro del ordenamiento jurídico peruano se explica por las siguientes razones:

i) determina la ilegitimidad constitucional de cualquier norma del orden jurídico que pudiera prescindir de la vigencia del principio de presunción de inocencia o que derogue su conte-

68 Observación General N.º 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de Justicia, 21º Período de sesiones; párr. 7; Comunicación N.º 2120/2011; dictamen aprobado por el comité en su 106º período de sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012); párr. 11.4.

nido dentro del ámbito del derecho sancionador v. gr. derecho disciplinario, derecho penal, derecho procesal penal;

ii) permite una interpretación sistemática integradora de cualquier norma del orden jurídico, de carácter pre o post constitucional, facilitando que la atribución de significado y sentido del precepto legal pueda tomar como base el principio de presunción de inocencia;

iii) posibilita que todas las normas de procedimiento del derecho sancionador se configuren y realicen a partir del sentido del principio de presunción de inocencia. La regulación constitucional de la presunción de inocencia no puede ser ignorada por el legislador ordinario;

iv) el juez, o el funcionario administrativo, al momento de decidir debe tomar como obligada referencia el texto constitucional y los tratados de derechos humanos que regulan la presunción de inocencia, a manera de *norma de normas*, y que despliega una eficacia directa en su actividad[69];

En segundo lugar, la tesis que se critica viola la regulación de la presunción de inocencia efectuada por los diversos Tratados Internacionales que consagran a dicho principio como garantía mínima del debido proceso. Así, por ejemplo, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **mientras no se establezca legalmente su culpabilidad**". El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley**". Por su parte, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Toda

69 Ampliamente, Castillo Alva, José Luis; *La Motivación de la valoración de la prueba en materia penal*; Lima; Grijley; 2013; pp. 136 y ss.; él mismo; *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*; Lima; Grijley; 2013; pp. 198 y ss.

persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia **mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley** y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

La jurisprudencia de los diversos organismos (universales y regionales) de derechos humanos de manera general estima que la presunción de inocencia solo decae y cede en los casos de sentencia condenatoria firme que pasa a la calidad de cosa juzgada. Mientras no haya sentencia condenatoria firme y definitiva la presunción de inocencia sigue vigente y despliega todos sus efectos a nivel del proceso penal, de tal manera que no puede hablarse de que la misma ha sido enervada y menos destruida por la sola existencia de una imputación o de un proceso penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la protección otorgada por la presunción de inocencia cesa una vez que el acusado ha sido hallado culpable del delito que se le imputa, mediante la producción de prueba válida y suficiente, en sentencia firme y definitiva[70].

La esencia del principio de presunción de inocencia exige que la misma solo puede vencerse por una sentencia condenatoria firme de conformidad con la ley[71]. La presunción de inocencia no puede dejar de aplicarse durante la segunda instancia del proceso penal y, en general, por la interposición de los medios impugnatorios, simplemente porque el acusado fue condenado en primera instancia[72]. Concluir lo contrario estaría en contradicción con el papel de los procedimientos de apelación, donde se requiere que el Tribunal superior vuelva a examinar la decisión del órgano inferior a fin de revisar de manera integral los hechos y la ley aplicable. Un

70 TEDH casos: *Phillips c. El Reino Unido*, 05 de julio del 2001, párr. 35; *Allen c. El Reino Unido*, 07 de diciembre del 2013, párr. 106; *Cleve c. Alemania*, 15 de enero del 2015, párr. 37; *Melo Tadeu c. Portugal*, 23 de octubre del 2014, párr. 58.

71 TEDH caso: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo de 2011, párr. 35.

72 TEDH caso: *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre de 2013, párr. 146.

razonamiento distinto significaría que la presunción de inocencia no podría aplicarse en los procedimientos recursivos con el fin de obtener una revisión del caso de la condena anterior[73], lo que evidentemente terminaría por afectar su núcleo y sentido.

Al respecto, vale recordar que la Comisión DH ha señalado que: "el principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable[74]". La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 1/95. Caso 11,006 Alan García Pérez c/ Perú, ha sostenido que "(...) la expresión "sentencia firme" en el marco del artículo 8, inciso 4, no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, "sentencia"

---

73 TEDH casos: *Konstas c. Grecia*, 24 de mayo del 2011, párr. 36; *Perica Oreb c. Croacia*, 31 de octubre de 2013, párr. 146.

74 Véase, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Raquel de Mejía c. Perú* (Caso 10.970 Informe No. 5/96, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 1996) También se señaló que: "En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. Así, la moderna doctrina sostiene que "el imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible. Por lo tanto, lo esencial es que el juez que entienda en la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que le conceda a éste el beneficio de la duda, es decir, que condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia". Véase, también, la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Reinaldo Figueredo Planchart versus Venezuela (Informe N.º 50/00; CASO 11.298 del 13 de Abril del 2000)

debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional, y "sentencia firme" como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada[75]".

Al respecto, debe tomarse en cuenta los alcances del artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal "1.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. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado".

El TC peruano ha señalado que el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. Este dispositivo constitucional 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[76].

El máximo intérprete de la Constitución también ha entendido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han

75 Dicha doctrina ha sido seguida por el TC peruano en diversos fallos, véase: Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC; Caso: Nelson Jacob Gurman; Exp. 4587-2004-HC/TC. Fj. 41. Caso: Santiago Martín Rivas.

76 Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC; Caso: Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares. Toma como referencia esta sentencia del TC la sentencia que resuelve el R.N.N.º 3166-2012 (Ayacucho) del 24 de enero del 2013 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Fund. 1.14).

agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada[77]. En el mismo sentido, también ha dicho que resolución judicial firme debe entenderse a aquella contra la que se han agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia[78]. La decisión judicial debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, el mismo que debe ostentar el carácter de firme, es decir, debe encontrarse consentida o ejecutoriada[79].

El TC peruano distingue entre una noción formal y otra material de resolución firme. Para la concepción formal la firmeza de una resolución se adquiere simplemente con el agotamiento de todos los recursos que la ley prevé para el cuestionamiento del acto con el cual se está en desacuerdo. Para la concepción material la calidad de firmeza de una resolución se adquiere cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos, pero siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna[80].

---

77 Exp. N.º 03851-2011-PA/TC; Caso: Agustín Vásquez Paz; Exp. N.º 02233-2011; Caso: Pedro Luis Orellana Parvina y Bladimiro Huarancca Ayrampo.

78 Exp. N.º 01064-2013-PA/TC; Caso: Asociacion Solaris Peru representado(a) por Roberto Espinoza Rosales; Exp. N.º 02233-2011; Caso: Pedro Luis Orellana Parvina; Exp. N.º 00092-2012-PA/TC; Caso: Jose Santos Periche Purizaca; Exp. N.º 01592-2011-PA/TC; Caso: César Augusto Becerra Leiva; Exp. N.º 4107-2004-HC/TC; Caso: Leonel Richi Villar De La Cruz.

79 Exp. N.º 00452-2008-PA/TC; Caso: Cooperativa de Vivienda San Juanito Ltda.

80 Exp. N.º 00252-2009-PA/TC; Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa: "Es decir que si lo que se cuestiona es un auto y contra éste se interpone un recurso impugnatorio alegando causales imaginarias, el pronunciamiento denegatorio que el juez emita sobre dicho asunto no podrá entenderse como generador de firmeza, puesto que al no haber sido correctamente impugnada la respectiva resolución, se debe entender que el plazo se cuenta desde que ésta fue emitida y notificada y no desde el pronunciamiento judicial que resuelve el supuesto "acto impugnatorio". Entender lo contrario no hace más que contribuir a un uso negligente de las instituciones jurídicas que afectan el derecho de los demás a la ejecución de las sentencias y a la cosa juzgada".

La calidad de firme de una decisión judicial se relaciona de manera directa con el principio de la cosa juzgada por el cual: "mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó[81]". El TC peruano ha establecido que: "el respeto de la cosa juzgada impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, sino tampoco por cualquier otra autoridad judicial, aunque ésta fuera de una instancia superior, precisamente, porque habiendo adquirido el carácter de firme, cualquier clase de alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho[82]". Asimismo, el derecho a la tutela jurisdiccional garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida de manera estricta. Como consecuencia de ello se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada[83] (artículo 139°, inc. 2, Const.)".

---

81 Exp. N.° 04063-2007-PA/TC; Caso: José Esteban Fernández Ordinola; Exp. 4587-2004-AA/TC.

82 Exp. N.° 04063-2007-PA/TC; Caso: José Esteban Fernández Ordinola; Exp. 0818-2000-AA/TC.

83 Exp. N.° 01592-2011-PA/TC; Caso: César Augusto Becerra Leiva; Exp. 1569-2006-AA/TC; Caso: Octavio Cervantes Laguna.

Las leyes y la jurisprudencia, sea constitucional u ordinaria, que establecen que basta la existencia de proceso penal, una investigación en curso, un arresto o la prisión provisional como una causa legítima para limitar el ejercicio de derechos constitucionales (v. gr. acceso a la función pública) desconocen y olvidan por completo el desarrollo uniforme de la jurisprudencia del sistema internacional de protección de derechos humanos que establece como un contenido esencial de la presunción de inocencia el hecho de que se debe contar con sentencia firme y consentida para que dicha presunción se entiende derrotada; de tal modo que la mera existencia de un proceso penal, de una medida cautelar grave o una sentencia condenatoria en primera instancia no posee la aptitud y la calidad para destruir dicho principio constitucional. De esta manera si una ley consagra que basta la concurrencia de un proceso penal para restringir un derecho fundamental se está violando de manera flagrante y grave la presunción de inocencia por lo que corresponde efectuar el necesario control de constitucionalidad o de convencionalidad de manera obligatoria.

En tercer lugar, la presunción de inocencia es tanto un derecho fundamental como un derecho humano inherente a la dignidad de la persona. Si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo[84].

Los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce son derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico[85]. De esta

84 Exp. N.º 1417-2005-AA/TC; Caso: Manuel Anicama Hernández

85 Exp. N.º 03343-2007-PA/TC; Caso: Jaime Hans Bustamante Johnson; Exp. N.º 03574-2007-PA/TC; Caso: Club Deportivo Wanka Representado Por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre.

concepción se deriva un especial deber de protección de los derechos fundamentales, lo que impone como tarea del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión[86]. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos. Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El TC peruano ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares[87].

La presunción de inocencia es a la vez una "*norma regla*" y una "*norma principio*". La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización[88].

Los principios constitucionales, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico que se concreta en que: i) tienen eficacia directa; ii) permiten extraer reglas aplicables al caso concreto; iii) su función positiva consiste en informar y configurar el ordenamiento; iv) la función negativa comporta que tengan fuerza

86 Exp. N.º 03574-2007-PA/TC; Caso: Club Deportivo Wanka Representado Por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre.

87 Exp. N.º 03343-2007-PA/TC; Caso: Jaime Hans Bustamante Johnson.

88 Exp. N.º 1417-2005-Aa/Tc; Caso: Manuel Anicama Hernández

derogatoria de las normas que se les oponga; v) su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisociable; vi) facilitan, a partir de su trasmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa[89].

Si bien todo el conjunto de normas que componen la Constitución es vinculante y poseen la misma jerarquía normativa, es el Estado el que debe privilegiar la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44º, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones. En efecto, si se tiene en consideración que los dos principales bloques normativos de la Constitución están compuestos por un catálogo de derechos fundamentales, y por la estructuración del Estado, es el Estado, el que en toda actuación debe preferir y privilegiar los derechos fundamentales, tal como lo exige la propia naturaleza de tales derechos, basados en la dignidad del ser humano, y además por disposición de la propia Norma Fundamental, que en su artículo 44º establece como un deber primordial del Estado: "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos", y en su artículo 45º señala que "El poder del Estado emana del pueblo (...)"[90].

La existencia de los diferentes poderes y órganos del Estado se justifica solo en la medida en que estos actúen en defensa de los derechos fundamentales y con preferencia de tales derechos no solo respecto de aquellos otros de naturaleza infraconstitucional sino respecto de aquellas competencias del Estado que pretendan res-

89 Exp. 00005-2007-Pi/Tc; Caso: Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.º 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial.

90 Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 Ciudadanos (Demandante) c. Congreso De La República (Demandado)*; Exp. 00025-2007-PI/TC; *Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (Demandante) c. Congreso de la República (Demandado).*

tringirlos de modo irrazonable o desproporcionado. Precisamente, teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales en el sistema constitucional peruano, es pertinente hacer referencia al rol que tienen hoy los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, pues los mismos no solo persiguen la materialización de derechos humanos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, sino también la materialización de un conjunto de garantías judiciales mínimas, entre otros[91].

Al parlamento le corresponde un amplio margen de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta discrecionalidad al momento de realizar la labor de desarrollo normativo. Sin embargo, dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste respetando su contenido esencial[92].

En cuarto lugar, el respeto a la presunción de inocencia obliga a efectuar una interpretación orientada a la Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el sentido de que todos y cada uno de los actos que componen e integran el proceso penal deben considerarse desde la perspectiva y bajo tu-

91 Exp. 00005-2008-PI/TC; Caso: *Robert Custodio Huaynalaya Camposano, en representación de 7,355 ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)*; Exp. 00025-2007-PI/TC; *Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (demandante) c. Congreso de la República (demandado).*

92 Exp. 0013-2014-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados del Callao AUTO 1 - Admisibilidad. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra varias disposiciones de la Ley N.º 29245, del Decreto Legislativo N.º 1038 y del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR.

tela del principio de la presunción de inocencia. No puede haber un solo acto del proceso penal que pueda dejar de considerarse al margen y fuera de las exigencias de la presunción de inocencia. Dicho principio no solo rige al momento de expedir la sentencia, ni tampoco solo se refiere a la necesidad de respetar el *onus probandi* como tarea que debe ser desempeñada por la parte acusadora (v. gr. Ministerio público o querellante). Los actos postulatorios de las partes como las decisiones judiciales interlocutorias (v. gr. autos) que resuelven determinadas incidencias se deben interpretar y considerar a la luz de la presunción de inocencia.

Por ello, también los actos del Ministerio Público al momento de formalizar la investigación preparatoria y dar inicio al proceso penal como al formular la acusación, en la medida que se trata de actos postulatorios de uno de los sujetos del proceso, deben interpretarse desde y a partir de la presunción de inocencia. En efecto, por el hecho de que el Ministerio Público impute cargos formalmente a una persona no se debe entender que la presunción de inocencia se debilita y menos se enerva, por el contrario, se debe entender que ante dichos actos la presunción de inocencia debe desplegar todo su valor y eficacia como derecho humano del imputado, impidiendo que por los actos del Ministerio Público se le considere y trate como si fuera culpable o presunto responsable de los hechos que se le atribuyen. Si algún sentido constitucional y convencional posee la presunción de inocencia es que ella protege y tutela la posición de la persona cuando se decide imputar la comisión de algún hecho punible (delito o falta). La presunción de inocencia nace y despliega todos sus efectos de protección cuando hay una imputación (formal o material); sin imputación sencillamente no hay por qué presumir o considerar a una persona como inocente.

La acusación supone un pedido de condena que formula el Ministerio Público, como ente investigador y persecutor del delito, y que no es más que una solicitud que plantea una parte (pública) del proceso penal, pero bajo ningún modo puede equipararse en

cuanto a su sentido jurídico y sus efectos a una efectiva declaración de culpabilidad. Incluso, la condena de primera instancia -en la medida que no se encuentre firme o consentida- no es capaz de dejar sin efecto la presunción de inocencia. De admitirse que la presunción de inocencia no rige en los casos en los que media una formalización de la investigación preparatoria o una acusación sencillamente se le estaría despojando de su contenido esencial que es el representar una regla de tratamiento de todas las personas a quien se les imputa la comisión de un delito.

De igual manera, los actos procesales más gravosos y perjudiciales para el imputado se encuentran cubiertos por la presunción de inocencia. Por ejemplo, el arresto, la detención y la prisión provisional se rigen también por los alcances del principio de presunción de inocencia. La aplicación de una medida cautelar debe obligatoriamente adoptarse en el proceso de la mano y a la luz de la presunción de inocencia, verificando de que concurra en el caso concreto cada uno de los presupuestos legales que la legitiman como también el principio de proporcionalidad. Se viola dicho principio jurídico y derecho humano si es que el legislador de la aplicación de una medida cautelar, por ejemplo, como la prisión provisional pretende restringir otros derechos distintos a la libertad personal.

La prisión provisional y la existencia de un proceso penal no puede llevar a considerar que la persona es culpable y, por ejemplo, privarle de su derecho de asociación o de permanecer en la administración pública.

En quinto lugar, la posición legislativa o jurisprudencial que limita derechos fundamentales (v. gr. acceso o permanencia en la función pública) a partir de la sola verificación de un proceso penal supone asumir un criterio estigmatizante y vejatorio del proceso penal, que quebranta de manera abierta su finalidad constitucional y legal. El proceso penal está compuesto por el conjunto de actos dirigidos a alcanzar un objetivo legítimo: buscar la verdad, tutelar la libertad y los derechos fundamentales como también alcanzar la

paz social, reduciendo las cuotas de violencia, de tal manera que el proceso penal no puede considerarse como un mecanismo perjudicial o como si fuera una condena en sentido material. El proceso penal es un mecanismo racional que busca resolver determinados conflictos como son los producidos por la posible comisión del delito. El proceso penal no es un estigma, una sanción. A través del proceso penal se pretende hallar la verdad y no necesariamente implica que al final del mismo se terminará imponiendo una determinada consecuencia jurídica a una persona. Por ello, la visión que considera que el proceso penal es un castigo y/o una sanción (material) no toma en cuenta los objetivos constitucionales y convencionales a los que tiende, sino también supone una violación a la garantía de la presunción de inocencia.

Con todo, no puede olvidarse el hecho de que el proceso penal o una investigación arrastran consigo y es portador de una enorme carga de dolor, desesperanza, angustia y malestar en la persona. Según se afirma y se reconoce el proceso penal supone desde su inicio el soportar una enorme carga de aflictividad, tanto formal como material, para el ciudadano. Como señalaba Carnelutti: "para todos el estar sometido a un proceso es una desgracia; sólo es una desgracia a la cual cada uno, aunque sea inocente, se resigna en cuanto la sufre por la inexcusable necesidad de luchar contra el delito; y por eso es una pena[93]". Resulta indiscutible que todo proceso penal supone una injerencia en la vida del ciudadano que le obliga a realizar una serie de actos, a soportar un conjunto de obligaciones [v. gr. comparecer al proceso] y a mantener una expectativa en el resultado y en la duración de dicho proceso. Como recuerda correctamente Daniel Pastor: "El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aún cuando no se dispongan medidas concretas de coacción[94]" y

93 Carnelutti, Francesco; *Cuestiones sobre el proceso penal* (Trad. de Santiago Sentís Melendo); Buenos Aires; EJEA; 1961; p. 139.

94 Pastor, Daniel; *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*; en: Jueces para la Democracia, N.º 49; 2004; p. 57.

que dicho "proceso implica una innegable carga de incertidumbre, la que debe ser resuelta en el menor tiempo posible[95]". A lo que Silva Sánchez agrega: "el reconocimiento de la cada vez evidente naturaleza punitiva [en el plano fáctico] del proceso"[96]. Es preocupante para la vigencia de los derechos fundamentales de que en la sociedad actual se constate cada vez con mayor insistencia el prevalecimiento de la función estigmatizadora y de prevención general negativa del proceso que llega a alcanzar en muchos casos un mayor grado de estigmatización que la pena y cuya tendencia apunta, como señala Ferrajoli: "*a la progresiva reducción cuantitativa del volumen de las penas a la paralela inflación de los procesos, así como la prevalencia, en la población carcelaria, del número de presos en espera de juicio sobre el de los que cumplen condena*[97]".

Si bien desde un plano material se puede considerar al proceso penal como algo que causa dolor, aflicción y angustia en la persona, desde el punto de vista constitucional y convencional no es correcto asumir que el proceso penal o una investigación, por su sola existencia, posea un carácter estigmatizante e inhumano. El plano descriptivo, fenomenológico o causal se distingue del plano estrictamente normativo o deóntico. Y justamente, el punto de vista que debe prevalecer en la comprensión del proceso penal es el normativo en la medida que le dota de significado jurídico y ético como instrumento que también tiende a la protección del ciudadano, al fortalecimiento de la dignidad de la persona humana y al

95 Pastor, Daniel; *Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*; Buenos Aires; Editores del Puerto; 1993; p. 46.

96 Silva Sánchez, Jesús María; *Problemas de Determinación Judicial de la Pena*; en: La Dogmática penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública; Lima; Grijley; 2001; p. 99.

97 Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; Madrid; Trotta; 1995; p. 618 y 730: "A las diversas formas y mecanismos de diferenciación interna de la pena y la multiplicación de las sanciones penales atípicas y no retributivas, hay que añadir el desarrollo inflacionario del proceso penal, que en la moderna sociedad de las comunicaciones, tiende a convertirse en sí mismo en una sanción, en ocasiones más gravosa que la misma pena tradicional".

logro de la paz social. Las garantías mínimas del debido proceso, entre las que se cuenta, por ejemplo, la presunción de inocencia y el derecho de defensa constituyen a nivel del proceso penal un reconocimiento de la importancia de la dignidad de la persona humana como principio rector del ordenamiento jurídico y del derecho procesal. Se debe tener presente y recordar que el proceso penal también busca como uno de sus fines legítimos la tutela y protección de la libertad y los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos a partir de la imputación que se dirige contra una persona; de tal manera que mal se hace considerarlo como un instrumento estigmatizante y perjudicial.

El proceso penal en un Estado Constitucional supone el respeto de la presunción de inocencia en el sentido de que no puede haber proceso penal válido y respetuoso de las debidas garantías si es que no se espera hasta el final del proceso penal (la sentencia) a que haya un pronunciamiento definitivo y un veredicto acerca de si la persona ha cometido o no el delito que se le imputa. Todos los actos que comprende el proceso penal, sin excepcional alguna, están impregnados por el efecto de la presunción de inocencia. Incluso, también la sentencia condenatoria de primera instancia. Solo cuando hay una declaración firme de culpabilidad se puede entender vencida la presunción de inocencia que protege y sirve como escudo protector de la persona. El proceso penal o la investigación no debe entenderse como una declaración o un acto material de que una persona es culpable, ya que de otro modo se estaría no solo afectando el sentido y la finalidad del proceso (v. gr. protección del ciudadano, búsqueda de la verdad), sino el sentido genuino de la presunción de inocencia.

En sexto lugar, las a veces alegadas razones que plantean la legitimidad de la limitación del derecho al acceso a la función pública por la existencia de proceso penal sobre la base de que se cumple con el principio de proporcionalidad en su manifestación de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no respetan el núcleo esencial de la presunción de inocencia ya que,

como se señaló anteriormente, ignoran la interpretación uniforme, lineal y pacífica que realiza la jurisprudencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, la cual de manera inequívoca -tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales- destacan la necesidad de que haya una sentencia firme como requisito para que dicha presunción deje de surtir efecto.

Las exigencias del principio de proporcionalidad en cuanto al subprincipio de necesidad tampoco se cumplen en la limitación del acceso o permanencia en la función como consecuencia de la existencia de un proceso penal, debido a que de manera razonable lo correcto es esperar el resultado del proceso penal, sin anticipar de alguna forma, el resultado del mismo para que en caso de condena se decida la separación o remoción del funcionario. No planteamos que el concurso o el procedimiento de designación y acceso se postergue o demore a resultas del proceso penal, sino que lo que correcto es establecer una cláusula general de separación de la carrera pública en caso exista una sentencia condenatoria firme, tal como lo exige el contenido de la presunción de inocencia. La persona que registra un proceso penal puede acceder sin ninguna dificultad a la carrera dentro de la administración pública, pero en caso sea condenada y se alcance una sentencia firme, independientemente de la gravedad del delito, puede ser removida de la carrera pública sin mayor problema de legalidad, constitucionalidad o convencionalidad.

Los criterios morales o éticos que se sostienen para legitimar la proporcionalidad de la restricción basados en el perfil y las condiciones personales que debe ostentar el postulante a ocupar una plaza en la administración pública si bien son cuestionen óptimas y deseables en todo cargo público, representativo o no representativo, no son razones suficientes para derogar en la práctica el sentido de la presunción de inocencia. El perfil ético o las condiciones de conducta que a veces se revela como incompatible por la existencia de un proceso penal en contra de una persona no pueden estar por encima de la presunción de inocencia. Más importante que el

cumplimiento de ciertos criterios morales y éticos es cumplir con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico como el principio de presunción de inocencia que por su categoría de derecho humano no puede ser derogado o sufrir excepciones por el legislador ordinario. Incluso, si una disposición constitucional así lo estableciera dicha norma podría ser objeto de un necesario y riguroso control de convencionalidad, dada la abierta violación a los Tratados de derechos humanos suscritos por el Perú.

### d. La jurisprudencia constitucional (peruana y comparada) que exige el respeto de la presunción de inocencia en su relación con el derecho de acceso a la función pública

21. La jurisprudencia peruana también ha entendido la necesidad de armonizar el respeto del derecho de acceso a la función pública con el principio de la presunción de inocencia.

Por ejemplo, ha destacado expresamente que se vulnera la presunción de inocencia cuando se **impide a una persona el acceder a la magistratura** por el simple hecho de tener una investigación o un **proceso penal abierto**. En efecto, el TC peruano ha señalado que: "este Colegiado considera que el procesamiento por delito doloso o común como impedimento legal al derecho de los ciudadanos para acceder a la Magistratura o función pública constituye una forma de presunción de culpabilidad inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico por ser incompatible con el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se demuestre judicialmente su responsabilidad, enunciado contenido en el artículo 2, inciso 24, literal "e" de la Constitución Política, que consagra el principio de presunción de inocencia, el mismo que ha resultado transgredido[98]".

98 Exp. N.º 056-97-AA/TC; Caso: Inés Tello de Ñecco. Esta sentencia del TC destaca que: "es objeto de esta acción de Amparo que se declare la invalidez de la Resolución N.º 006 expedida por el Jurado de Honor de la Magistratura por la cual se deja sin efecto el nombramiento de la demandante como Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima, al comprobarse que se hallaba procesada por

También la máxima instancia de la justicia constitucional ha reconocido la violación al principio de presunción de inocencia en su relación con el derecho de acceso a la función pública por el hecho de que el Consejo Nacional de la Magistratura no haya nombrado como magistrado (Fiscal Supremo del Ministerio Público) a una persona que tenía cuestionamiento y denuncias periodísticas en su contra. El TC peruano sostuvo que:

> [Q]ueda claro que al emitir el cuestionado acuerdo en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio –que luego sería archivada–, tal hecho por sí solo supuso, de igual manera, la violación de parte del Consejo Nacional de la Magistratura del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el ordinal "e", inciso 24 del artículo 2º de la Constitución, como por el artículo 8.2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que disponen, esencialmente, que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, y cuyo fundamento se halla tanto en el principio-derecho de la dignidad humana ("La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", artículo 1º de la Constitución), así como en el principio *pro hómine*.[99].

---

delito doloso, incumpliendo con el requisito para ser magistrado establecido en el inciso 6°, del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

99 Exp. N.º 03891-2011-PA/TC; Caso: César José Hinostroza Pariachi: "para este Tribunal Constitucional también parece oportuno reseñar las distintas etapas del proceso de selección por las que transitó el actor, incluida la final elaboración del cuadro de méritos, con mención expresa de los resultados obtenidos a efectos de, en un contexto integral, determinar si la decisión de no nombrarlo en el cargo al que postuló y, particularmente, las razones de ello, resultaron arbitrarias o no. Así, consta en autos, a) A fojas 18, el comunicado de fecha 24 de octubre de 2010 mediante el que el Consejo Nacional de la Magistratura publica los resultados del examen escrito materia de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/CNM, obteniendo el recurrente la mayor nota de los postulantes tanto para plazas de jueces como de fiscales supremos, con una nota final de 96 sobre 100 puntos; b) A fojas 20 a 22, los comunicados de fechas 27 de diciembre de 2010 y 12 de enero de 2011 mediante los que el Consejo Nacional de la Magistratura aprobó la calificación curricular de los postulantes al concurso público materia

Un artículo de un periodista, una columna de opinión o una denuncia periodística no puede enervar ni dejar sin efecto la presun-

---

de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/CNM, obteniendo el actor 90 puntos sobre un máximo de 100; c) A fojas 25, la Constancia de Notas expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura que certifica que en la Convocatoria N.º 002-2010-SN/CNM el recurrente, que postulaba a la plaza de Fiscal Supremo, obtuvo 96 puntos en el examen escrito, 90 puntos en la calificación curricular y 82.57 puntos en la Entrevista Personal; d) A fojas 26, el Cuadro de Meritos expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura del que se advierte que el demandante ocupaba el primer puesto con un promedio final de 90.91 puntos; e) A fojas 27, el Informe Psicológico que concluye que el actor "posee competencias altas en planificación y motivación para el trabajo y la Magistratura, para cumplir su labor de Magistrado con eficiencia; posee autoestima saludable, sin embargo, con indicadores de dependencia y leve dificultad para comprender otras perspectivas y los sentimientos de los demás. No se evidencia presunción de problemas psicológicos que impidan su labor de Magistrado"; f) A fojas 30, el Informe Psiquiátrico realizado al actor que concluye: "**Idoneidad Jurídica** Categoría: Sobresaliente. Racionaliza expedientes y el personal, desarrolla programas de capacitación y motiva a los magistrados y trabajadores en una relación horizontal. Genera un clima emocional adecuado para el adecuado desempeño de sus actividades. Tiene propuestas legislativas y mejora los procesos para agilizar los procesos. **Idoneidad Moral y Ética** Categoría: Destacada. Tiene el reconocimiento de sus colegas y superiores en su gestión. Se rige por los principios legales y la dignidad del ser humano. **Idoneidad Político social** Categoría: Destacada. Ha realizado encuentros con la sociedad civil en busca de generar un ambiente de participación y legitimación del poder judicial. Escucha al pueblo e implementa los cambios que ellos sugieren. Taller de litigación oral con todos los actores sociales del sistema judicial **Idoneidad Psicológica** Categoría: Destacada. Se muestra amable y no se deja llevar por lo que le molesta. Trata de calmarse, puede ser algo impulsivo, pero evita todo tipo de violencia. **Nivel de estrés:** Leve. Se adapta a las necesidades de su trabajo, aun frente a problemas severos, busca la solución. **Idoneidad global:** Calificación: 18.5 Categoría: Destacada. (...)". Por esta razón, se consideró que: "En el caso concreto y, dado que el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y que objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban, este Tribunal considera que también se vulneró su derecho de acceso a la función pública previsto en el artículo 23, numeral 1, literal c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que conforma el ordenamiento jurídico peruano".

ción de inocencia, pues la misma no tiene ni el peso ni el valor jurídico que una sentencia condenatoria[100].

En el caso resuelto por el TC la posición del postulante en el cuadro de méritos (primer lugar) del Concurso Público convocado por el CNM para ocupar el cargo de Fiscal Supremo, no sufrió variación alguna en su ubicación en las distintas etapas en el proceso de selección y concurso para dicho cargo que justificara desde el punto de vista objetivo y constitucional la decisión de no nombrarlo. Para el TC el Consejo Nacional de la magistratura no solo no se respetó el cuadro de méritos, sino que la decisión de no nombrarlo fue completamente arbitraria e injustificada.

Asimismo, al margen de una denuncia o artículo periodístico la existencia, inicio, desarrollo o culminación de una investigación preliminar por parte del Ministerio Público, la formalización de una investigación preparatoria o, incluso, la existencia de un proceso penal no cancela ni resta eficacia a la presunción de inocencia. Lo contrario supone afectar su núcleo y el valor de las garantías constitucionales, ya que como ha reconocido el TC peruano al señalar que: "toda actuación que se realice en sede administrativa, presumiendo la responsabilidad de un servidor, por la sola existencia de una investigación fiscal o judicial en su contra, es atentatoria de sus derechos constitucionales, sobre todo porque

100 El Consejero Vladimir Paz de la Barra en su voto singular dentro del Acuerdo N.º 0176-2011 adoptado, por mayoría, por el Consejo Nacional de la Magistratura y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011 de no nombrar al postulante César Hinostroza Pariachi sostuvo: "Que por último, el Consejo Nacional de la Magistratura debe tener en cuenta que la sola información periodística, si bien constituye un elemento para que el Ministerio Público y el Poder Judicial abran investigación de oficio; sin embargo tal información periodística de por sí, no constituye una prueba indubitable que motive su no nombramiento, tanto más, si le asiste al citado postulante el derecho humano a la presunción de inocencia, por no existir sentencia o resolución administrativa firme que acredite su responsabilidad; lo contrario significaría obrar discriminatoriamente, contrario a lo que consagra el artículo 23º Inc. c) del Pacto de San José de Costa Rica".

la presunción de inocencia tiene base constitucional, y no puede desvirtuarse por el mérito de una pretendida "presunción de culpabilidad"[101]. Debe quedar claro que ningún derecho fundamental se puede paralizar o suspender por la existencia de una investigación preliminar, ya que la sospecha que pesa en contra de una persona no supone la muerte civil de ésta ni la merma del ejercicio de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el TC peruano ha señalado que una disposición normativa que suponga el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria se pueda aplicar a "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito", es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal[102].

---

101 Véase, la sentencia del Exp. N.º 01768-2009-PA/TC; Caso: Mario Gonzales Maruri: "En el presente caso, está probado que el demandante fue denunciado penalmente, por lo que se le abrió la investigación fiscal N.º 262-2007; sin embargo, no se advierte la existencia de resolución judicial alguna que lo sancione por la comisión del ilícito que se le imputa, razón por la que, independientemente de las razones por las que la administración emitió el documento cuestionado (el Oficio N.º 993-2007-DREC/DOA/URPENS, de fecha 25 de marzo de 2007, por el que se suspende el pago por concepto de devengados), con la aplicación de la medida de suspensión del pago, se afecta el derecho del demandante a la presunción de inocencia".

102 Exp. N.º 2050-2002-AA/TC; Caso: Carlos Israel Ramos Colque: " Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41° del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de

22. En la jurisprudencia comparada debe destacarse la sentencia de la Tercera Sala del Tribunal Supremo español quien ha reiterado la estrecha vinculación del derecho al acceso a las funciones públicas y el principio de presunción de inocencia al sostener que: "el derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de

---

inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal. Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria –pues no hay falta administrativa declarada–, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.°. 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente"; Exp. N.° 2322-2004-AA/TC; Caso: Gilmar Aguirre León: "el recurrente fue sancionado dos veces con arresto de rigor, basándose exclusivamente en la imputación de haber incurrido en la comisión de "faltas contra la obediencia y negligencia, al demostrar falta de celo en el cumplimiento de su servicio de seguridad posterior del Establecimiento Penal de Sentenciados de Huancavelica, Torreón N.° 03, 2do. Turno de 00:00 a 03:00 hrs, y como consecuencia se produzca la fuga de los internos (...); ocurrido el 26JUL2000, entre las 01.00 y 04.00 hrs. Aprox. por la parte posterior de dicho establecimiento." (fojas 2 de autos). Por los mismos hechos, fue sometido a un proceso penal por el delito contra la administración de justicia, en su modalidad de delito contra la función jurisdiccional (apoyo para la evasión de preso) en agravio del Estado; sin embargo, en dicho proceso se comprobó que a la hora en que ocurrió la fuga de los internos el actor ya no se encontraba prestando servicio de vigilancia en dicho establecimiento penal, por lo cual se ordenó archivar el proceso y anular los antecedentes judiciales y policiales del recurrente. A pesar de ello, la entidad emplazada sigue computando los días de arresto de rigor impuestos al demandante, hecho que lo incapacita para participar en los procesos de ascensos".

igualdad y según los principios de mérito y capacidad, reconocido en los artículos 23.2 y 103.1 de la Constitución (CE), debe ser interpretado conjuntamente con el postulado de la presunción de inocencia del artículo 24 del mismo texto constitucional, cuando se trate de aplicar exclusiones legales a dicho acceso que tomen en consideración concretas conductas del aspirante que sean incompatibles con el nivel de ejemplaridad moral o cívica que haya de caracterizar al correspondiente cuerpo o escala funcionarial. Y esto conlleva que, en cualquier procedimiento selectivo convocado para el acceso a la función pública, ningún aspirante puede ser excluido por causas que no se funden en hechos plenamente acreditados; esto es, por razones o consideraciones que únicamente se apoyen en meras sospechas o impresiones subjetivas y no en datos objetivos acreditados[103]".

23. Por su parte, el TC de Chile ha sostenido respecto al principio de principio de presunción que: "el trato inocente se debe dar durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad. En este caso la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario ("*nulla poena sine iudicio*")[104]".

---

103 Véase, la sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación N.º 3963/2013 del 20 de Febrero del 2015 (Ponente: Nicolas Antonio Maurandi Guillen).

104 Véase, la Sentencia rol N.º 1.518, de 2010, FJ 34 y 35: "Que el derecho a ser tratado como inocente, durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad, no sólo puede verse vulnerado cuando un ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conduce al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de mañera eficaz".

**e. La permanencia en la función pública y la presunción de inocencia**

24. La permanencia en la función pública constituye un elemento configurador del derecho de acceso a la función pública. No basta garantizar el derecho a ingresar a la función pública si es que no es posible proteger el derecho a permanecer dentro de la administración pública.

    Sin embargo, el derecho a permanecer en la función pública no es un derecho absoluto, ilimitado o que tiende a proteger una suerte de derecho a jubilarse en la carrera pública. El derecho a la permanencia en la función pública es un derecho de configuración legal en la medida que es la ley la que determina el cómo y de qué manera y hasta cuándo la persona debe mantenerse en la administración pública.

    La ley determina la forma y condiciones de contratación del personal en la administración pública, tanto del cuerpo de funcionarios como de servidores públicos. Y es justamente la ley la que establece los requisitos para permanecer en la carrera pública.

    El derecho de acceso a la función pública no debe entenderse como un derecho a obtener un determinado nombramiento o que dicha designación sea permanente. La ley y la reglamentación administrativa es la que determina las modalidades y el procedimiento de contratación estatal.

25. El derecho a permanecer en la función pública proscribe las destituciones y separaciones arbitrarias, sin respetar el marco constitucional y legal vigente. Cualquier afectación al derecho a permanecer en la función pública supone el respeto irrestricto al debido proceso, sustantivo y procesal

    El derecho a permanecer en la función pública busca proteger al ciudadano de las separaciones, destituciones o suspensiones ilegales o arbitrarias; o que se adoptan al margen del debido proceso.

26. Una de las manifestaciones del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y la presunción de inocencia

es su relevancia al momento de garantizar la permanencia en la función pública pese a que exista de por medio una investigación fiscal, una investigación administrativa o un proceso penal en trámite, independientemente de su gravedad y el significado social y jurídico.

27. En la misma línea, por ejemplo, el TC peruano ha sostenido que se afecta la presunción de inocencia cuando no se ratifica o se destituye a un magistrado en el cargo por el solo hecho de tener un proceso penal abierto al sostener que:

> [E]ste Colegiado estima conveniente establecer –respecto al hecho de que el actor cuenta con un proceso penal pendiente de resolver– que ello no es suficiente para no ratificar a un magistrado o, como sucede en el caso de autos, destituir a un Vocal Supremo, pues bastaría que a cualquiera se le abra un proceso para expulsarlo de la carrera judicial. De ahí que la propia Ley Orgánica del CNM N.º 26397 disponga, en su artículo 31.1º, que procede aplicarse la sanción de destitución al Vocal de la Corte Suprema que ha sido objeto de condena a pena privativa de libertad por delito doloso. En consecuencia, si no es causal de destitución tener proceso penal abierto, tampoco esta razón puede ser esgrimida como impedimento para el cumplimiento de la función jurisdiccional de un Vocal Supremo, que como en el caso, no ha sido condenado y ha sido repuesto en su función por sentencia constitucional. Que proceder de dicha manera supondría un grave peligro a la independencia e inamovilidad del cargo de la más alta magistratura –artículo 146º, incisos 1) y 2) de la Norma Fundamental– en la medida que los Vocales Supremos estarían a merced de las maniobras judiciales o amenazas de instauración de procesos de parte del poder político, económico o mediático, o incluso de organizaciones delictivas o individuos insatisfechos por sentencias que les son desfavorables. De allí que se requiera de condena firme –en atención al derecho a la presunción de inocencia previsto por el artículo 2º, inciso 24), numeral e) de la Constitución– y no de proceso abierto para quitarle al Vocal Supremo la potestad de administrar justicia. Que además, impedir al Vocal Supremo demandante que ejerza la función jurisdiccional, sin que se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial firme –basándose sólo en la imputación de Vladimiro Montesinos Torres– por la comisión de un delito, violaría el principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no

pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal[105].

### f. La presunción de licitud de los actos funcionales. El derecho a permanecer en la función pública pese a registrar procesos disciplinarios

28. En el campo del derecho administrativo y en el derecho disciplinario rige el **principio de presunción de licitud** de los actos funcionariales[106]. Al respecto, vale recordar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley N° 27785 23/07/2002) regula la presunción de licitud, en el art. 9 inc. ll) al prescribir que: "*La presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes*".

Asimismo, vale recordar que la Ley 27444 que es la Ley General de Procedimiento Administrativo en su art. IV (punto 1.7) del Título Preliminar dentro de rubro referido a los Principios del Derecho Administrativo regula el **principio de presunción de veracidad** según cual: "En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario".

El principio de presunción de licitud ha sido reconocido expresamente por el TC peruano en diversas sentencias en las que expresamente se señala que: "los principios que orientan la potestad sancionadora regulan las facultades de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a im-

105 Exp. 8495-2006-PA/TC, Caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. 4289-2004-AA/TC (Aclaración).

106 Véase, Exp. N.° 8605-2005-AA/TC; Caso: Engelhard Perú Sac (en liquidación).

ponerse a los administrados. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida –adicionalmente– por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, **presunción de licitud**, entre otros[107]" y que: "*debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general*[108]".

El CNM en el caso del proceso de ratificación de la magistrada Fernanda Eliza Bazán Sánchez mediante resolución N° 144 - 2012-PCNM de fecha 15 de marzo de 2012 señaló que: "En cuanto a participación ciudadana, obran en el expediente dos cuestionamientos a su labor funcional, uno de ellos referido a una queja conocida oportunamente por el órgano de control competente en la que se le absuelve de los cargos imputados y el otro referido también a una queja que viene siendo tramitada ante la Oficina de Control de la Magistratura, por lo que se debe estar al principio de presunción de licitud[109]". Debemos destacar que dicha magistrada había sido condenada en primera instancia por el delito de prevaricato y luego fue absuelta por la Sala penal especial de la Corte Suprema de Justicia.

El CNM ha sostenido en la resolución N.° 096-2012-PCNM de fecha 05 de Marzo del 2012 que un magistrado: "*registra sólo una amonestación, sobre la cual el magistrado ha solicitado la nulidad de la resolución que lo amonesta, encontrándose aún en trámite, por lo que bajo el principio de presunción de licitud no se tendrá en cuenta para el presente proceso*[110]". La invocación y aplicación del principio de presunción de licitud ha sido reiterada en la posición de dicho consejero tal como se advierte de la ratificación del magistrado

107 Exp. N.° 1182-2005-PA/TC, Caso: Carol Luz Sáenz Lumbreras.
108 Exp. N.° 3741-2004-AA/TC, Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenquen.
109 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2012/er/RER1442012PCNM.pdf.
110 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2012/er/RER0962012PCNM.pdf.

Luis Carlos Arce Córdova[111] (queja remitida a OCMA), Rosa María Cabello Arce[112], Jelio Paredes Infanzón[113] (sanción de amonestación impugnada), Franklin Félix Ascue Humpiri[114] (denuncia por prevaricato en trámite en la Fiscalía de la nación), Carlos Palomino Álvarez[115] (amonestación impugnada).

29. El Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura ha definido lo que entiende por presunción de licitud al sostener en el caso del proceso disciplinario del magistrado Rafael Marcos Medel Herrada que: "Que, cabe precisar en este sentido que la presunción de licitud de la que goza todo magistrado no puede ser enervada sino es con el debido sustento probatorio que determine indubitablemente la comisión de alguna inconducta funcional que justifique ser sancionado, lo contrario implicaría una utilización abusiva y arbitraria del órgano contralor, lesionando las garantías del debido proceso[116]".

111 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2011/er/RER5292011PCNM.pdf.
112 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2011/er/RER5732011PCNM.pdf.
113 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2012/er/RER1252012PCNM.pdf.
114 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2012/er/RER3712012PCNM.pdf.
115 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2011/er/RER4082011PCNM.pdf.
116 http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/pdf/2011/pd/RPD5242011PCNM.pdf.

# BIBLIOGRAFÍA


ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO; *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*; Deusto; Bilbao; 1990.

ALEXY, ROBERT; *¿Derechos humanos sin metafísica?*; en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30; 2007.

ALONSO OLEA, MANUEL - CASAS BAAMONDE, MARÍA; *Derecho del Trabajo*; Madrid; 1987.

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO; *Presunción de inocencia y prisión sin condena*; en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica; San José; agosto de 1997; año 9; Nº 13.

*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*; Buenos Aires; Hammurabi; 2009; p. 75.

ÁNGULO ARANA, PEDRO; *La Función Fiscal*; Lima; Jurista Editores; 2007.

ANTUNES ROCHA, CARMEN LÚCIA; *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*; Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Vo. 2; Nº 2; 2001.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; *La prisión provisional*; Madrid; Civitas; 1987.

*La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación*; en: Revista General de Derecho Procesal; N° 40; 2016.

*Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*; en: Derecho Procesal Penal. Estudios Fundamentales; Lima; Inpeccp; 2016.

Atienza, Manuel; *Interpretación Constitucional*; Bogotá; Facultad de derecho: Universidad Libre 2010.

Ayala Corao, Carlos; *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*; en: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Coordinador: Ricardo Méndez Silva); México; 2002.

Banacloche Palao, Julio; *El Derecho a ser Informado de la Acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable*; en: Cuadernos de Derecho Público; N° 10.

Barona Villar, Silvia; *Prisión provisional y medidas alternativas*; Barcelona; Bosch; 1988.

Barroso, Luis Roberto; *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*; en: Revista de Direito Administrativo; Rio de Janeiro, jul./set. 2001.

Beling, Ernest; *Derecho Procesal Penal*; [Trad. y notas por Miguel Fenech]; Barcelona; Editorial Labor.

Benda, Ernesto; *Manual de Derecho Constitucional*; (Trad. De Antonio López Pina); Madrid; Marcial Pons; 2 ed.; 2001.

Bernal Cuellar, Jaime - Montealegre Lynett, Eduardo; *El Proceso Penal*; Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 6 ed.; 2013.

Blancas Bustamante, Carlos; *El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*; en: Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral; Lima; Palestra editores.

Brewer-Carías, Allan; *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina*; en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica; n. 46, 2007.

Burgorgue-Larsen, Laurence; *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*; en: Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional; 2014.

Caamaño, Francisco; *La garantía constitucional de la inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003.

Cáceres Julca, Roberto; *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación* jurisprudencial; Lima; Idemsa; 1 Reimp.; 2008.

Carnelutti, Francesco; *Cuestiones sobre el proceso penal* (Trad. de Santiago Sentís Melendo); Buenos Aires; EJEA; 1961.

Castillo Alva, José Luis; *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*; en: Revista Ius Puniendi. Sistema Penal Integral; Año I, N° 3, Lima, julio - agosto de 2017.

*La Motivación de la valoración de la prueba en materia penal*; Lima; Grijley; 2013;

*Proscripción de la arbitrariedad y motivación*; Lima; Grijley; 2013.

Castillo Córdova, Luis; *El valor jurídico de la persona humana*; en: Repositorio institucional PIRHUA - Universidad de Piura; 2005.

Catalina Benavente, María Ángeles; *Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos?; Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005*; en: Indret: Revista para el análisis del derecho; 2005; n. 4.

Chiavario, Mario; *Diritto Processuale Penale. Profilo istituzionale*; Milano; Giuffre editore; 5 ed.; 2012.

Costa, Pietro; *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; nº *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; Milano; 2011.

Dalia, Andrea Antonio - Ferraioli, Marzia; *Manuale di Diritto Processuale Penale*; Padova; Cedam; 7 ed.; 2010.

Del Río Labarthe Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en: Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2008; Lima; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catóiica del Perú, 2010.

*La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*; Lima; Ara editores; 2008.

*Prisión preventiva y medidas alternativas*; Lima; Instituto Pacífico; 2016.

Díaz Revorio, Francisco Javier; *Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978*; en: Pensamiento Constitucional Año XVI; N° 16.

Eguiguren Praeli, Francisco José; *Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*; en: Revista Ius et praxis; 2003, vol.9, n.1.

Fernández - Maldonado, Guillermo; *Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú*; en: DERECHO; Lima; PUCP; 1990.

Fernández López, Mercedes; *Prueba y presunción de inocencia*; Madrid; Iustel; 2005.

Fernández, Tomás-Ramón; *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*; Lima; Palestra; 2006.

Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; Madrid; Trotta; 1995.

Ferrer Beltrán, Jordi; *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*; en: Motivación y racionalidad de la prueba; Lima; Grijley; 2016.

Ferrua, Paolo - Lavarini, Barbara; *Diritto Processuale Penale*; Giappichelli editore; 2011.

Gálvez Villegas, Tomás; *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*; Lima; Ideas solución editorial; 2017.

García de Enterría, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; Madrid; Civitas; 4 ed.; 2006.

García Pérez, Octavio; *Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de*

*inocencia. Los artículos 483 y 485 del CP*; en: Anuario de Derecho y Ciencias Penales; Tomo 46; Fas. 2; 1993.

García-Corrochano, Luis; *Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993*; en: Agenda Internacional; Lima; PUCP; Año XX, N° 31, 2013.

Gimeno Sendra, Vicente; *Derecho Procesal penal*; Madrid; Civitas; 2012.

*La prisión provisional y derecho a la libertad*; en: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales; Cuenca; Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha; 1997.

Goig martínez, Juan Manuel; *La constitucionalización de deberes*; en: Revista de derecho; UNED, Núm. 9, 2011.

Gomes Canotilho, José Joaquim - Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa anotada*; São Paulo; Editora Revista dos Tribunais - Coimbra Editora; 4 ed.; 2007; Vol. I.

Gomes Canotilho, José Joaquim; *¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 15; Núm. 43; enero-abril 1995.

*Derecho, derechos; tribunal, tribunales*; en: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núms. 60-61; abril-septiembre 1988.

*Principios y «nuevos constitucionalismos» el problema de los nuevos principios*; en: Revista de Derecho Constitucional Europeo; Núm. 14; 2010.

González - Cuellar Serrano, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*; Madrid; Colex; 1990.

González Pérez, Jesús; *La dignidad de la persona*; Madrid; Civitas; 2 ed.; 2011.

Grevi, Vittorio; *Compendio di procedura penale*; Padova; Cedam; 6 ed.; 2012.

Guastini, Riccardo; *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. El caso italiano*; en: Estudios de teoría constitucional; México; Fontamara; 2 reimp. 2007.

Häberle, Peter; *La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal*; en: Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional; Madrid; Dykinson; 2008.

*La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*; Lima; Fondo Editorial PUCP; 1997; p. 55.

Hassemer, Winfried; *Los presupuestos de la Prisión Preventiva*; en *Crítica al Derecho penal de Hoy* [Trad. de Patricia Ziffer]; Buenos Aires; Ad-Hoc.

Henderson, Humberto; *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*; en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica; n. 39, 2004.

Hernández Gómez, Isabel; *Prisión provisional y garantías*; en: Revista de la Facultad de ciencias jurídicas; N° 16/17; Año 2011/12.

Illuminati, Giulio; *Presunzione di non colpevolezza*; en: Enciclopedia Giuridica; XXVII, Roma; Treccani; 1991.

Jescheck, Hans - Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* [Trad. de Miguel Olmedo Cardenete]; Granada; Comares; 2003.

Jiménez- Blanco, Gonzalo; *Derecho a la presunción de inocencia*; en: *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid; Centro de estudios Ramón Areces; 1995.

Jiménez Coronado, Ludmin Gustavo; *Presunción de Inocencia de un Trabajador*; en: Actualidad Empresarial; Lima; Instituto Pacífico; Segunda quincena de junio 2010.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo; *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*; en: Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el sistema interamericano; Montevideo; 1988.

Landa Arroyo, César; *Dignidad de la persona humana*; en: Ius et veritas; N° 21; 2000.

*Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en: Revista Jurídica del Perú, año XLVIII / N.° 16; Trujillo; 1998.

*La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales*; en: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución; Montevideo; Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.; 2001.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; *Prisión provisional mínima*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Año 22; N° 28 - diciembre 2012.

Legaz y Lacambra, Luis; *Filosofía del Derecho*; Barcelona; Bosch; 1980.

Llobet Rodríguez, Javier; *Prisión preventiva. Límites constitucionales*; Lima; Grijley; 2016.

*Derecho Procesal Penal*; San José; Editorial Jurídica Continental; 2005; T. II.

Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*; Buenos Aires; Editorial del Puerto; 2 ed.; 3 Reimp.; 2004; T I.

Maihofer, Werner; *Estado de Derecho y dignidad humana*; Buenos Aires; B de F; 2008.

Málaga Diéguez, Francisco; *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*; en: Justicia: Revista de derecho procesal; Nº 1-2/2002; octubre del 2002.

Maurach, Reinhart - Zipf, Heinz; *Derecho Penal [PG]*; [Trad. de Jorge Bofill Genzsch]; Buenos Aires; Astrea; T II; 1995.

Miranda, Jorge; *Direitos fundamentais*; Almedina; 2017.

Montañés Pardo, Miguel Ángel; *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Pamplona; Aranzadi; 1999.

Montoya Chávez, Víctorhugo - Feijóo Cambiaso, Raúl; *El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos*; en: Revista ius et Veritas, N° 50; Julio 2015.

Moreno Catena, Víctor; *Derecho Procesal Pena*; Madrid; Colex; 3 ed.; 1999.

*Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*; en: Poder judicial, número especial II; 1988.

Morillas Cueva, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*; en: Anales de derecho; Murcia; 2016.

Muñoz Conde, Francisco; *Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional*; Cuenca; Edi-

ciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; 1997.

Neyra Flores, José Antonio; *Tratado de Derecho procesal penal*; Lima; Idemsa; 2015; T. I.

Novais, Jorge; *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*; Coimbra; 2017; Vol. II.

Novak Talavera, Fabián; *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*; en: Agenda Internacional; Año I / N.° 2; Lima; PUCP; 1994.

Orlandi, Renzo; *Diritto individuali e processo penale nell'Italia republicana; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; nº *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè; Milano; 2011.

Ovejero Puente, Ana María; *Constitución y presunción de inocencia*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2006.

Pastor, Daniel; *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*; en: Jueces para la Democracia, Nº 49; 2004.

*Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*; Buenos Aires; Editores del Puerto; 1993.

Pastore, Baldassare; *Criteri epistemologici e principi constituzionale nel proceso penale; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; nº *93, Diritti individuali e proceso penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; ed Giuffrè.

Paulesu, Pier Paolo; *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*; Torino; Giappichelli editore; 2008.

Pedrajas Moreno, Abdon; *Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo (1)*; en: Derecho Privado y Constitución; N° 4, septiembre/diciembre; 1994.

Pinto Mónica; *El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales; Buenos Aires; Ediciones del Puerto; 1997.

Prieto Sanchís, Enrique; *Estudios sobre derechos fundamentales*; Madrid; Debate; 1992.

Pulitanó, Domenico; *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*; en: Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino - n. 1/2013.

Queiroz, Cristina; *Os conceitos de "restrição", "configuração" e "delimitação" de direitos fundamentais à luz da Constituição da república;* en: Faculdade de Direito Universidade de Lisboa; 2016.

Quispe Farfán, Fany; *El derecho a la presunción de inocencia*; Lima; Palestra Editores; 2002.

Rafaraci, Tomasso; *Vis modica e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci; en: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*; n° *93, Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana;* a cura di D. Negri e M. Pifferi; Milano; ed Giuffrè.

Ramos Méndez, Francisco; *Enjuiciamiento Criminal. Décima Lectura Constitucional*; Barcelona; Atelier; 2011.

Reátegui Sánchez, James; *En busca de la prisión preventiva*; Lima; Jurista Editores; 2006.

Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal* (Trad. de Gabriela Córdova y Daniel Pastor); Buenos Aires; Editores del Puerto; 2000.

Rubio Correa, Marcial; *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993*; en: Pensamiento Constitucional; Año V Nº 5.

Rubio Llorente, Francisco; *Deberes constitucionales*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 21. Núm. 62. mayo-agosto; 2001.

Ruiz Vadillo, Enrique; *Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias*; Madrid; en: Poder judicial núm. 3; 1986.

San Martín Castro, César; *Derecho Procesal Penal. Lecciones*; Lima; INPECC; 2015.

*La privación de la libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; 2004.

Sánchez Velarde, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*; en: Anuario de Derecho penal 2011-2012. Ministerio Público y proceso penal; Lima; Fondo Editorial de la PUCP; 2012.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier; *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*; Madrid; Marcial Pons; 2012.

Sanguiné, Odone; *A presunção constitucional de inocência e sua dúplice dimensão: processual e extraprocessual*; en: Revista eletrônica

de Direito penal e política criminal - UFRGS; VOL. 1, Nº 1, 2013; p. 59.

*Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003.

Sarlet, Ingo Wolfgang; *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988* Porto Alegre; Livraria do advogado; 10 ed; 2015.

Scaparone, Metello; *Procedura Penale*; Torino; Giappichelli editore; 3 ed.; 2013; Vol. I.

Schneider, Hans-Peter; *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*; en: Revista de Estudios Políticos; Nº 7; 1979.

Silva Sánchez, Jesús María; *Problemas de Determinación Judicial de la Pena*; en: La Dogmática penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública; Lima; Grijley; 2001.

Starck, Christian; *Derechos fundamentales y derecho privado*; en: Revista Española de Derecho Constitucional; Año 22, Núm. 66; septiembre-diciembre del 2002.

*Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán*; en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional; núm. 9; Madrid; 2005.

Stern, Klaus; *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*; en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; Nº 1; Septiembre-diciembre 1988.

Tomas-Valiente Lanuzas, Carmen; *La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?*; en: Revista

Española de Derecho Constitucional, núm. 102, septiembre-diciembre, 2014.

Tonini, Paolo - Conti, Carlotta; *Il diritto delle prove penali*; Milano; *Giuffrè*; 2 ed.; 2014.

Tonini, Paolo; *Manuale di procedura penale*; Milano; *Giuffrè* Editore; 13 ed.; 2012.

Tranchina, Giovani; *Diritto Processuale Penale*; Milano; Giuffre editore; 2011; Vol. I.

Ubertis, Giulio; *Sistema di procedura penale*; Torino; Utet; 2 ed.; 2007.

Vásquez Sotelo, José Luis; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*; Barcelona; Bosch; 1984.

Vega Torres, Jaime; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*; Madrid; La Ley; 1993.

Verger Grau, Joan; *Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado*; en: La Criminalidad organizada ante la justicia; 1996.

Villanueva Turnes, Alejandro; *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*; en: Revista catalana de dret públic, núm 51, 2015.

Villegas Paiva, Elky Alexander; *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*; Lima; Gaceta Jurídica; 2015.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento,
de José Luis Castillo Alva se imprimió en la República de Perú en el 2018.