



DOCTRINA PRÁCTICA

La presunción de inocencia y las paradojas de nuestro sistema procesal

A Florencio Mixán Mass, jurista
y maestro, *in memoriam*.

Liza Ramos Dávila*

Catedrática de Derecho Penal

SUMARIO

1. Introducción. — 2. Contenido del derecho a la presunción de inocencia. — 3. La presunción de inocencia frente a la seguridad ciudadana. — 4. La presunción de inocencia frente a los medios de comunicación social. — 5. La presunción de culpabilidad. — 6. La presunción de inocencia y los nuevos fines de la prisión preventiva. — 7. La presunción de inocencia y el razonamiento judicial. — 8. La prisión preventiva: herramienta procesal o patología judicial. — 9. ¿Existe diferencia entre la prisión preventiva y la pena? — 10. ¿Tiene sentido hablar de principio de inocencia? — 11. Conclusión. — 12. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El autor analiza a fondo el principio de presunción de inocencia y su relación con la prisión preventiva, y cómo esta relación resulta, hondamente, paradójica para el sistema procesal peruano, ya que su observancia se reduce a una mera declaración sin concreción real en las investigaciones o procesos penales, sino debido, muchas veces, a la interferencia que hacen los medios de comunicación social. Asimismo, se refiere a que los operadores jurídicos han discutido arduamente la prisión preventiva soslayando que el derecho penal y la coerción estatal poseen connotaciones políticas y sociales que a menudo determinan y prevalecen sobre lo jurídico.

ABSTRACT

The author analyzes in depth the principle of presumption of innocence and its relation to preventive imprisonment, and as this relationship is, profoundly, paradoxical for the system Peruvian procedural law, since its observance is reduced to a mere declaration without investigation or prosecution, but often due to the interference that the social media do. It also refers to that juridical operators have arduously discussed pretrial detention by circumventing that criminal law and state coercion have political and social connotations that often determine and prevail over the legal.

* Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Científica del Sur. Socia de Ramos Dávila Consultores & Abogados

Palabras clave: Presunción de inocencia / Prisión preventiva / Presunción de culpabilidad/ Seguridad ciudadana/ Medios de comunicación social.

Recibido: 02-10-17

Aprobado: 03-10-17

Publicado en línea: 01-11-17

Keywords: *Presumption of innocence / Pretrial detention / Presumption of guilt / Citizen Security / Social Media*

Title: *The presumption of innocence and the paradoxes of our procedural system*

1. Introducción

Según cifras del INPE, actualizadas a junio del 2017, existen 84 741 presos poblando las cárceles de nuestro país. De este total, el 42.16 % tienen la condición de procesados. En otras palabras, hay 35 727 personas jurídicamente inocentes que vienen padeciendo los efectos de una sentencia condenatoria, sin que se haya declarado judicialmente su responsabilidad. De acuerdo al INPE, en el último año la población penitenciaria se ha incrementado en 6 %¹. Este incremento tiene que analizarse críticamente².

La presunción de inocencia puede concebirse como principio, como garantía y como derecho³. Todo un conglomerado normativo a favor de un ciudadano. De allí que resulte hondamente paradójico que su observancia se reduzca a una mera declaración sin concreción real en las investigaciones o procesos penales⁴.

de la Casación N.º 626-2013 Moquegua”, en *Actualidad Penal*, vol. 36, Lima: junio del 2017, pp. 195-210.

1 INPE, “Informe Estadístico Penitenciario 2017”, N.º 7, Lima: junio del 2017. Recuperado de <http://www.inpe.gob.pe/pdf/junio_2017.pdf>.

2 Conforme anotamos en un artículo previo, existe una notable divergencia entre: a) los enunciados normativos que limitan la aplicación de la prisión preventiva a supuestos graves y excepcionales y b) la práctica fiscal y judicial de solicitar y conceder la prisión preventiva, respectivamente, en casos que no plantean todos los presupuestos materiales que exige la norma. *Vid.* RAMOS DÁVILA, Liza y Silvia PALOMINO DE LA CRUZ, “Consideraciones sobre la prisión preventiva: Análisis

3 QUISPE FARFÁN, Fany, *El derecho a la presunción de inocencia*, Lima: Palestra, 2001, pp. 15 y ss.

4 La presunción de inocencia no se predica de manera abstracta respecto de todos los ciudadanos, sino que “[c]obra sentido cuando existe una imputación contra una persona o la posibilidad de que esta sea declarada culpable de un determinado delito”. Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 124. De ahí que, la formulación del principio merezca ser redefinida. Sustituir la afirmación sobre *ser inocente*, por la afirmación de *ser considerado o tratado como inocente*. Así, por ejemplo, MAIER postula la inversión del principio para sostener que una persona no puede ser considerada culpable hasta que exista una condena judicial. BINDER, en la misma dirección propone una formulación de tipo negativo, es decir, “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”.

El reconocimiento universal de la presunción de inocencia parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 11.1 señala: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”⁵. No obstante, la contundencia de esta declaración, en nuestro país la vigencia de la presunción de inocencia se pone en cuestión con una serie de prácticas y de interpretaciones que la anulan, la tergiversan, o simplemente, la ignoran.

Lo que resulta realmente sorprendente es que los mayores embates contra la presunción de inocencia provienen de operadores del nuevo proceso penal. Aquel proceso penal remozado que se anunciaba como la transformación de nuestra justicia penal, como el auspicioso panorama a colores frente al gris y tenebroso proceso penal inquisitivo que habríamos de dejar atrás.

Si analizamos objetivamente la forma en que se aplica —o se deja de aplicar— la presunción de inocencia en nuestro país, podríamos decir que, el proceso penal actual reformado, es más de lo mismo. Las diferencias innegables entre un modelo y otro son de tipo tecnológico pero no ha habido el cambio de paradigma que tanto se anunció y por el que tantos académicos trabajaron intensamente⁶.

5 Vid., también, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6 El máximo exponente de esta escuela de reformadores consecuentes fue el maestro Florencio MIXAN MASS.

En la actualidad, bien podemos recibir, vía electrónica, un requerimiento fiscal de prisión preventiva o una resolución que lo concede, pero ambos pueden carecer de la motivación cualificada que se exige para estos casos.

¿SABÍA USTED QUE?

Según cifras del INPE, actualizadas a junio del 2017, existen 84 741 presos poblando las cárceles de nuestro país. De este total, el 42.16 % tienen la condición de procesados. En otras palabras, hay 35 727 personas jurídicamente inocentes que vienen padeciendo los efectos de una sentencia condenatoria, sin que se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

2. Contenido del derecho a la presunción de inocencia

Según el Tribunal Constitucional, el fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana como en el principio *pro homine*⁷.

Es un derecho fundamental y además una presunción *iuris tantum*⁸, mediante la cual se considera inocente a todo procesado mientras no se pruebe

7 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10107-2005-PHC/TC*, Lima: 18 de enero del 2010.

8 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 618-2005-HC/TC*, Lima: 8 de marzo del 2005.

su culpabilidad; vale decir, hasta que no exista prueba en contrario⁹.

La presunción de inocencia se encuentra dentro del rubro de *presunciones aparentes* o *verdades interinas*. Esto es, aquellas que poseen un antecedente que no es preciso probar¹⁰. Toda persona, desde que es imputada de la comisión de un delito puede favorecerse con esta presunción y no tiene que probar nada para que esta se aplique¹¹.

9 Conforme ha declarado el Tribunal Constitucional: “[E]l derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales —como la detención preventiva o detención provisional—, sin que ello signifique su afectación, [...] porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria”. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10107-2005-PHC/TC*, Lima: 18 de enero del 2010.

10 Vid FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel Publicaciones, 2005, p. 44. Entre los autores nacionales, véase a QUISPE FARFÁN, *El derecho a la presunción de inocencia*, ob. cit., p. 23 y ss.

11 MENDONÇA, Daniel, “Presunciones”, en *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 22, Alicante: 2005, p. 94. Recuperado de <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/presunciones-0/>>.

Ahora bien, dado que la presunción de inocencia no tiene carácter absoluto¹², el estado de protección que concede no es inalterable, pues si apareciesen elementos que arrojen certeza o un alto grado de probabilidad de lo contrario, es decir, de la *no inocencia*, el sujeto beneficiado estará obligado a soportar las cargas que este nuevo estado le genera. Con claridad lo expresa GOZAINI cuando señala que “el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación”¹³.

Con la intención de perfilar el contenido de la presunción de inocencia se pronunció hace varios años el Tribunal Constitucional español, en la conocida sentencia recaída en el caso N.º 31/1981, de 28 de julio de 1981, donde se estableció que para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere: a) Suficiente actividad probatoria; b) Producida con las garantías procesales; c) Que pueda considerarse de cargo; d) De la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado; e) Que se haya practicado en el juicio¹⁴.

Formalmente, la presunción de inocencia debiera regir “desde el momento

12 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10107-2005-PHC/TC*, Lima: 18 de enero del 2010.

13 GOZAINI, Alfredo, “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, n.º 6, México: julio-diciembre del 2006, p. 158.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Expediente N.º 31/1981*, Madrid: 31 de julio de 1981.

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 definitiva”¹⁵.

En su contenido se aprecian por lo menos dos reglas: una *regla de tratamiento del imputado*, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal; y una *regla de juicio* que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda¹⁶.

De lo anterior podemos extraer diversas consecuencias: a) Como derecho del procesado, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que supongan la anticipación de la pena¹⁷; b) La pena solo debe ser impuesta luego de una actividad probatoria de cargo suficiente; c) El tratamiento del imputado, durante el proceso, debe corresponder con su estatus de inocente, lo cual protege además el derecho al honor.

Antes de que la presunción de inocencia se constitucionalice, regía la cláusula de *non liquet*, según la cual, el juez podía dejar pendiente un caso penal —una suerte de archivamiento provisional— si es que la culpabilidad

no había sido plenamente acreditada, hasta que aparecieran nuevos elementos para sustentar la condena. Sin embargo, esta salida *pilatesca* dejaba al imputado en un estado de sospecha permanente que hoy está reñido con la presunción de inocencia y con el *in dubio pro reo*.

¿SABÍA USTED QUE?

Antes de que la presunción de inocencia se constitucionalice, regía la cláusula de *non liquet*, según la cual, el juez podía dejar pendiente un caso penal —una suerte de archivamiento provisional— si es que la culpabilidad no había sido plenamente acreditada, hasta que aparecieran nuevos elementos para sustentar la condena.

Hoy por hoy, si la imputación tiene plausibilidad suficiente para acusar, pero la carga acusatoria no es suficiente para condenar, existe solo una alternativa y la ofrece el art. II.1 del nuevo Código Procesal Penal, que establece que, “en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”¹⁸.

A partir de esta formulación se han ido integrando otros componentes tales como la garantía no autoincriminación, el *in dubio pro reo* y la inversión de la carga de la prueba. Todos estos elementos han otorgado un alcance más amplio a la presunción de inocencia. ORÉ GUARDIA sostiene, incluso, que este principio es

15 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 618-2005-HC/TC*, Lima: 8 de marzo del 2005. En el mismo sentido, véase la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, San José: 2 de julio del 2004.

16 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 551.

17 Véase, al respecto, el artículo 10.2.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

18 Cfr. art. II.1 del nuevo Código Procesal Penal.

una manifestación del principio genérico *favor rei*¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo, y por lo tanto, puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria. En la misma línea, la presunción de inocencia no impide la imposición de medidas cautelares, pero estas deben ser dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁰.

Con relación a la proporcionalidad, mientras que para algunos autores funciona como limitación para evitar injerencias desmedidas en la libertad de las personas, para otros la proporcionalidad que se exige en la aplicación de la prisión preventiva demuestra, justamente, la inseparable conexión entre pena y proceso y, por consiguiente, entre las funciones materiales y procesales de la prisión preventiva²¹.

Así lo advierte, por ejemplo, RAGUÉS, quien sostiene que:

[S]i se afirma, por un lado, que la finalidad del derecho penal (y de la pena) es prevenir delitos y se sostiene, por otro, que la función del proceso penal es la efectiva realización del derecho penal (y de la pena), no debe extrañar que algunas de las

instituciones que conforman el proceso contribuyan a la función de prevención²².

Esta afirmación es expresión del denominado sistema penal integral y nos revela hasta qué punto existe semejanza entre pena y prisión. No obstante, considero que para limitar el poder del Estado en la ejecución de la prisión preventiva es necesario asignarle a esta estrictos fines procesales²³.

3. La presunción de inocencia frente a la seguridad ciudadana

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N.º 349-2004-AA/TC, considera a la *seguridad ciudadana* “como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento”.

19 ORE GUARDIA, Arsenio, *Principios del proceso penal*, Lima: Reforma, 2011, p. 63.

20 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10107-2005-PHC/TC*, Lima: 18 de enero del 2010.

21 Vid. PASTOR, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en *Revista de derecho procesal penal*, n.º 1, Lima: 2006, p. 156.

22 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada”, en *Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal*, Lima: agosto del 2004, p. 152. En el mismo sentido, FREUND, quien sostiene que debería reconocerse abiertamente la función de la prisión preventiva como castigo provisional, y no disimularlo bajo falsas etiquetas. FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en AA. VV., *Sistema integral del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 125.

23 Vid. PASTOR, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, art. cit., p. 157 y ss.

La seguridad ciudadana tiene naturaleza colectiva y *está asociada a un interés general*, mientras que la presunción de inocencia pertenece al ámbito de los derechos subjetivos. La seguridad ciudadana se erige como un bien jurídico antes que como un atributo o libertad a título subjetivo²⁴.

IMPORTANTE

El reconocimiento universal de la presunción de inocencia parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 11.1 señala: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”. No obstante, la contundencia de esta declaración, en nuestro país la vigencia de la presunción de inocencia se pone en cuestión con una serie de prácticas y de interpretaciones que la anulan, la tergiversan, o simplemente, la ignoran.

El conflicto entre un valor colectivo como la *seguridad ciudadana* y un derecho subjetivo como la *presunción de inocencia*, ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional señale que:

[N]o resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con

24 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1090-2004-AA/TC*, Lima: 27 de junio del 2005.

los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad²⁵.

Precisamente, por lo anterior, la importancia de la presunción de inocencia radica en su *función defensiva*, ya que, como anota QUISPE FARFÁN, representa una defensa específica de los ciudadanos frente al arbitrio punitivo, su escudo de protección²⁶. Así debiera ser; sin embargo, frente a las demandas de seguridad ciudadana la presunción de inocencia puede reducirse a una suerte de manto transparente que ni cubre ni protege.

4. La presunción de inocencia frente a los medios de comunicación social

El art. II.2 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, señala 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”. Este artículo, sin embargo, contrasta con las conferencias de prensa que exhiben a supuestos integrantes de bandas, o a supuestos autores de delitos que aún no han sido probados.

Se sostiene que la presunción de inocencia es *erga omnes* y, como tal, oponible a terceros, sean estos órganos de persecución penal²⁷, de sanción, au-

25 *Loc. cit.*

26 *Vid.* QUISPE FARFÁN, *El derecho a la presunción de inocencia*, ob. cit., p. 34.

27 *Vid.* art. 9 del Código de Ética del Ministerio Público, el cual señala que “[l]os fiscales deben de mantener la mesura en su trato con los medios de comunicación a fin de no entorpecer la tramitación de los casos que estén bajo su competencia”.

toridades administrativas, o medios de comunicación social, de allí que resulta intensamente contradictorio que nuestra sociedad desmerezca su importancia.

Las agencias estatales deberían involucrarse más en la implantación de una verdadera pedagogía social en materia de presunción de inocencia. Es importante para construir institucionalidad enseñar, por ejemplo, que la prisión preventiva es, desde un planteamiento sencillo, la reclusión de una persona en la cárcel porque el Estado así lo requiere para cumplir sus fines de investigación, pero no necesariamente porque el procesado ha sido declarado culpable²⁸.

Para todos los ciudadanos —potenciales titulares del derecho a la presunción de inocencia— debiera quedar claro que la prisión preventiva se aplica solo cuando es necesaria²⁹ e indispensable. El

art. 253.3 del CPP reza que la prisión preventiva se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable³⁰ 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 reiterancia delictiva³¹. Del mismo modo, para todos los ciudadanos debiera quedar claro que la prisión preventiva se aplica de manera proporcional a la medida del peligro procesal que se pretende conjurar³². El Estado tiene el *ius puniendi*, pero esto no implica el derecho irrestricto de encerrar

caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, San José: 12 de noviembre de 1997.

28 DÍAZ REVORIO sostiene que, a la hora de explicar la Constitución no se puede prescindir por completo de elementos metajurídicos (políticos y axiológicos) dado que los criterios estrictamente jurídicos son insuficientes. DÍAZ REVORIO, Javier, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, N° 01, Año 1. Lima: septiembre del 2005, pp. 95-101. No obstante, por el bien de la Constitución y de la institucionalidad del país, creemos que los tales elementos meta jurídicos empleados deberían ser compatibles con esta.

29 “De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

30 La misma mención al requisito de indispensabilidad se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional, que señala: “Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, solo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, esta es juzgada indispensable”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.° 010-2002-AI/TC, Lima: 3 de enero del 2003.

31 Evitar el peligro de reiterancia delictiva no se encuentra, a nuestro juicio, entre las legítimas finalidades del proceso penal.

32 Sobre la aplicación desproporcionada de la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta “desvirtúa la funcionalidad del principio de inocencia en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en “objeto” del mismo”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.° 2915-2004-HC/TCL, Lima: 23 de noviembre del 2004.

a personas que aún tienen la condición de inocentes.

IMPORTANTE

Hoy por hoy, la presunción de inocencia se afecta seriamente por acción de los medios de información, a través de los denominados juicios paralelos que transmiten realidades consumadas y hasta juzgadas, sin la intervención del juez, y muchas veces, sin la existencia de un proceso.

Hoy por hoy, la presunción de inocencia se afecta seriamente por acción de los medios de información, a través de los denominados *juicios paralelos* que transmiten realidades consumadas y hasta juzgadas, sin la intervención del juez, y muchas veces, sin la existencia de un proceso. A través de los juicios paralelos se construyen hipótesis acusatorias y hasta condenas gracias a la acción de agentes externos al proceso penal que se sirven de los medios masivos de comunicación para alimentar y construir la imagen del culpable, antes de la expedición de una sentencia³³.

En un modelo acusatorio, el fiscal tiene la obligación de probar los hechos que acusa a través de pruebas válidas, en un escenario restringido y con actores determinados. En un juicio paralelo el contexto es totalmente distinto. No

33 En la literatura contemporánea, quien hizo una crítica feroz del modo cómo opera cierta prensa fue Umberto Eco. Vid. Eco, Umberto, *Número cero*, traducción de Helena Lozano, Barcelona: Lumen, 2015.

existe impedimento para que los redactores construyan sus titulares a partir de hechos sin la necesaria conexión con los medios de prueba. Tales titulares son dirigidos a una masa heterogénea, compuesta por sujetos indeterminados que reciben pasivamente los mensajes transmitidos a modo de noticia y de ese modo se forma —o deforma— la opinión pública que puede terminar *condenando* a un ciudadano sin la intervención de los sujetos autorizados por el Estado. Así también se destruye la presunción de inocencia. Y aun cuando se utilicen conjugaciones en condicional para encubrir la vulneración del principio de inocencia, la afectación es innegable.

La probabilidad de retransmitir afirmaciones o hechos falsos es bastante alta si tenemos en cuenta la velocidad con que se transmiten *twits* y publicaciones en el *facebook*, que hacen que la mínima posibilidad de corroboración sea vencida por la entusiasta —aunque a veces mecánica— decisión de difundir³⁴.

A veces, con el argumento de la democracia y de las libertades de información y expresión se construyen blindajes para evitar cualquier condición o restricción al ejercicio de la libertad de prensa; y esto sucede sin tener en cuenta

34 Los medios de comunicación tienen que optar entre la primicia y la necesidad de verificación. Y así como muchos jueces prefieren “asegurarse” ordenando la prisión preventiva, algunos periodistas prefieren asegurarse con la primicia. Total, en ambos casos, *ya se verá si el procesado es realmente inocente*.

el valor preponderante de la libertad y de la dignidad para la consecución de dicha democracia.

Ha de tenerse en cuenta que, la sola existencia de un proceso penal genera aflicciones para el procesado, y tales aflicciones recrudecen si interviene la prensa con su gran poder, que puede ser lesivo de derechos, sobre todo, si difunde información inexacta, incompleta o apresurada.

5. La presunción de culpabilidad

Hace varias décadas juristas como MANZINI pusieron en evidencia la paradoja que supone imponer medidas de coerción, sobre todo la prisión provisional, a quien en teoría es considerado inocente³⁵. ¿Si en verdad se presume la inocencia, por qué se inicia proceso contra una persona?, VÉLEZ MARICONDE, por su parte, sostuvo que la presunción de inocencia o de no culpabilidad, es contraria a la realidad, ya que las medidas de coerción se basan, justamente en la sospecha de que el inculpado es culpable³⁶.

35 “La experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables” y, por otro lado, “dado que la imputación tiene por presupuesto suficientes indicios de culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad”. MANZINI, VICENZO. Citado por FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 36 y ss.

36 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba: Lerner, 1986, p. 324.

Una de las afectaciones a la presunción de inocencia viene, justamente, desde la presunción de culpabilidad normativizada, expresada en el criterio de *reiterancia delictiva*, como supuesto para ordenar la prisión³⁷. Tal como anota, ASECIO MELLADO, la incorporación de este supuesto para imponer prisión preventiva, se asienta sobre una presunción de culpabilidad [representada por la] prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable, y es más, que el imputado seguirá delinquiendo^{38 39}.

Conforme refiere ODONE, solo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad, podría concebirse el encarcelamiento anticipado como instrumento apaciguador

37 SILVA SÁNCHEZ advierte que el tránsito del ciudadano al enemigo, y la relativización de principios que esto supone se producirá con el uso de categorías tales como la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. SILVA SÁNCHEZ, José María, *La expansión del derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 165.

38 ASECIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 43 y ss.

39 Estudios sobre la reincidencia de condenados demuestran que los pronósticos sobre comportamientos humanos futuros tienen altos márgenes de error. (alrededor de 80 %) Si este error es grave en caso de personas condenadas cuando más lo será si estamos ante personas inocentes. BOVINO, Alberto, “Contra la inocencia”, en *Revista Electrónica Derecho Penal Online*, Chile: 4 de diciembre del 2005. Recuperado de <<http://derechopenalonline.com/contra-la-inocencia/>>.

de las ansias y temores suscitados por el delito⁴⁰.

IMPORTANTE

En un modelo acusatorio, el fiscal tiene la obligación de probar los hechos que acusa a través de pruebas válidas, en un escenario restringido y con actores determinados. En un juicio paralelo el contexto es totalmente distinto. No existe impedimento para que los redactores construyan sus titulares a partir de hechos sin la necesaria conexión con los medios de prueba. Tales titulares son dirigidos a una masa heterogénea, compuesta por sujetos indeterminados que reciben pasivamente los mensajes transmitidos a modo de noticia y de ese modo se forma —o deforma— la opinión pública que puede terminar *condenando* a un ciudadano sin la intervención de los sujetos autorizados por el Estado.

En nuestro país, un 8 de marzo del 2004, la Sala Penal Especial, en el incidente N.º 31-2002, fundamentó su decisión de denegar la variación de comparecencia restringida utilizando la presunción de culpabilidad en los siguientes términos: “Que la Sala considera necesario indicar que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición *sine qua non* para mantener la medida restrictiva de la libertad”. Una

lectura constitucional de esta argumentación podría indicarnos que estamos ante la afectación de la presunción de inocencia; pero desde otros enfoques empleados en ese momento, de orden social y político, la argumentación llegó a admitirse. ¿El fundamento empleado por la Sala, era contrario a la Constitución o era, más bien, un sinceramiento sobre los reales motivos que justificaron la imposición de las medidas cautelares de aquella época? ¿Qué tanto ha cambiado tal concepción a diez años de la emisión de esa resolución?

6. La presunción de inocencia y los nuevos fines de la prisión preventiva

El proceso penal es un escenario de conflictos donde se contraponen intereses de diversa índole: la persecución, la punición y la defensa. Es una aspiración o un ideal que en nuestro sistema procesal la defensa —o los derechos del ciudadano— y la persecución penal se ejerzan en igualdad de condiciones. Por ello, es preciso reconocer que junto al principio de inocencia también se encuentran las reglas y principios⁴¹ que

41 Conforme a la distinción establecida por ATIENZA, las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento, mientras que los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etcétera. Dentro de la clasificación propuesta por los mencionados autores, la presunción de inocencia sería una norma secundaria de adjudicación, dado que indica cómo deben ser aplicadas las normas por los jueces. ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 15 y ss.

40 SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, nota 649.

permiten la persecución eficiente del delito. De modo que, no es posible asumir de modo absoluto e intransigente la defensa de la presunción de inocencia como si se tratase del único valor que el Estado está llamado a defender.

No obstante, dado el impacto que tiene la prisión preventiva en el ejercicio del derecho a la libertad, es necesario que su dictado obedezca al cumplimiento de fines procesales y a la observancia de presupuestos materiales y formales.

La doctrina era coincidente al sostener que la presunción de inocencia solo podía ceder ante determinados fines procesales tales como el aseguramiento de las pruebas y la evitación del peligro de fuga del imputado. Es decir, si bien el imputado es considerado inocente, existen razones procesales *excepcionales* que justifican la prisión preventiva. Sin embargo, en los últimos años, a estos fines procesales se han sumado fines preventivos y punitivos, tales como *resguardar o restaurar el orden público, evitar el peligro de reincidencia, o atender a la alarma social*⁴². Hay que ser claros con esto: la alarma social no es un valor constitucional.

42 Contra la transformación de la prisión preventiva “de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”. Véase, al respecto, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 553. Así también, HASSEMER, Winfried, *Critica al derecho penal hoy*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1995, p. 118.

Recuérdese que uno de los objetivos del proceso penal es la sanción del culpable; por tanto, esta decisión deberá ser a) materialmente correcta, b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal, y c) creadora de la paz jurídica⁴³. Un proceso penal no será materialmente correcto, ni generará la paz jurídica si se impone la prisión preventiva como regla y se somete a un procesado inocente a consecuencias que solo se derivan de la imposición de la pena⁴⁴.

RAGUÉS sostiene que en determinados supuestos, el hecho que el Estado no intervenga inmediatamente ante la comisión de un supuesto hecho delictivo, no solo puede llevar a que los ciudadanos cuestionen la propia eficacia del sistema, sino que incluso puede suponer el peligro de desórdenes sociales, y de ese modo se comprometería el objetivo último del derecho penal, que es el mantenimiento de la paz social⁴⁵.

La capacidad de respuesta del sistema penal en casos que generan zozobra es un tema que definitivamente excede el propósito de este trabajo; sin embargo, es preciso anotar que cualquier

43 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 2.

44 Según la Casación N.º 01-2007 Huaura: a la prisión preventiva no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez SAN MARTIN CASTRO), *Recurso de casación N.º 01-2007-Huaura*, Lima: 26 de julio del 2007.

45 RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada”, art. cit., p. 157.

adelantamiento en la imposición de la sanción, se llame como se llame, y por muy fundado que parezca, contiene el germen de la arbitrariedad, pues nada, y efectivamente nada garantiza que en lugar del sujeto culpable de la comisión de delito, no estemos encerrando a un inocente, con todas las vulneraciones que ello implica.

7. La presunción de inocencia y el razonamiento judicial

Al analizar la presunción de inocencia se suelen plantear los valores en conflicto con elementos de lógica bivalente, es decir, se construyen en términos de *A es inocente* o *A es culpable*; pero, como el maestro MIXAN MASS comentaba siempre en sus clases y conferencias, ese tipo de razonamiento no nos permite trabajar con grados probables de conocimiento, y mucho menos hacer ponderaciones⁴⁶.

La razonabilidad y los valores en conflicto en un proceso penal nos imponen otro esquema de razonamiento, consistente en la lógica trivalente. Es decir que, entre lo verdadero y lo falso, o entre lo inocente y lo culpable, existen estadios intermedios representados por el grado probable de conocimiento. Así, por ejemplo, se inicia formalmente un proceso penal cuando las hipótesis de trabajo reflejan una probable comisión de delito por parte del sujeto imputado. Del mismo modo, cuando se discute la

prisión preventiva, es preciso razonar en términos trivalentes.

Con CASTILLO CÓRDOVA considero que, respetar a un procesado y considerarlo como inocente durante la secuela del proceso, es independiente de la diligencia y celo en la actividad de recolección de pruebas y que esto no afecta ni mengua el deber de investigación o la necesidad de esclarecimiento de los hechos. *No se precisa detener para investigar*. Los valores *libertad del imputado* e *investigación del delito* tienen contenidos distintos y pueden desarrollarse perfectamente por vías separadas, sin yuxtaponerse o estorbarse. El reto es moderar la tensión entre ambos y fundamentar adecuadamente.

Si hablamos de derechos en conflicto y optamos por una ponderación pareciera que no resulta adecuado aplicarle a un procesado (inocente) una medida sustancialmente idéntica a la pena, que solo se aplica a los condenados cuando hay certeza sobre la comisión de un delito⁴⁷. Para aplicar la ponderación es preciso que exista cierta equivalencia de condiciones que nos permita justamente eso, ponderar entre dos valores en conflicto.

En todo caso, de suscitarse el conflicto entre ambos valores, son posibles tres alternativas: a) optamos —sin ma-

46 Ver, MIXAN MASS, Florencio. *Lógica para operadores de derecho*. Ediciones BLG, Lima 1998.

47 Ver más en, PASTOR, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en *Revista de Derecho procesal penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado I*, Rubinzal-Culzoni, 2006-1, p. 109 y ss.

tices— por la presunción de inocencia y la libertad individual del imputado, b) optamos —mecánicamente— por el interés estatal en la persecución penal⁴⁸, c) o establecemos reglas para orientar una decisión razonable hacia algunos de los dos valores según el caso concreto.

Ciertamente, la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, por lo tanto, el titular de este derecho puede soportar algunas restricciones a su libertad. El problema reside, ya veremos, en aquellas restricciones que olvidan la carga de argumentación reforzada que tales restricciones imponen tanto a jueces como a fiscales.

Por respeto a la presunción de inocencia, ante el requerimiento de prisión preventiva, el juez está llamado a evaluar riesgos de manera racional⁴⁹, a evaluar la forma de enfrentar tales riesgos con medios alternativos, y a reservar la prisión preventiva para casos excepcionales cuyo riesgo no puede ser controlado o neutralizado con otra medida distinta a la prisión preventiva. Es decir, cada escenario de riesgo determinará una decisión distinta: a) Comparecencia

sin restricciones; b) Comparecencia con reglas de conducta; c) Detención domiciliaria; d) Grillete electrónico; e) Prisión preventiva.

El problema se presenta cuando la evaluación del cumplimiento de los presupuestos para imponer la prisión se desarrolla en un plano abstracto y la justificación de su imposición no pasa de ser una mera cita del texto legal aplicable al caso⁵⁰.

Si bien es cierto, los derechos pueden ser objeto de limitaciones debería estar claro que los límites que se impongan al ejercicio de un derecho no pueden entenderse como la habilitación para anularlos. Pese a esto, los argumentos para imponer la prisión preventiva y con ello, para desconocer el principio de inocencia han ido incrementándose hasta dar cabida y sustento ideológico a supuestos que convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada, asignándole en muchos casos funciones preventivas propias de la pena.

8. La prisión preventiva: herramienta procesal o patología judicial

¿Qué valor tiene la presunción de inocencia frente a la imposición de la prisión preventiva? ¿Es factible establecer

48 En el primer caso estaríamos ante los denominados argumentos de principio, y en el segundo, ante los denominados argumentos consecuencialistas. Para ATIENZA, en caso de contradicción, y salvo supuestos extremos, los argumentos de principio deben prevalecer sobre los argumentos consecuencialistas. ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Ariel, Barcelona, 1993, p. 116.

49 Hablamos, por supuesto, del riesgo de fuga, de obstaculización de la actividad probatoria, y no del riesgo de presiones mediáticas o de injerencias jerárquicas.

50 “Hay un mundo de diferencias entre discutir conceptualmente el hecho de que la prisión preventiva sea excepcional [...] y discutir, en cambio, qué hechos concretamente justifican su utilización”. BAYTELMAN, Andrés, “La capacitación como fútbol”, en *Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral*, 2006, p. 13.

algún límite a la ejecución de la coerción personal de modo tal que sea posible reconocer cuándo se está afectando el contenido constitucional de dicho derecho?

La alta cifra de presos sin condena es una expresión del alto nivel de vulneración de este principio, al punto que podríamos preguntarnos si realmente existe un contenido esencial de la presunción de inocencia que sea indisponible e ilimitable para el legislador. La porción intangible que queda después de la afectación es casi imperceptible⁵¹.

Siendo el proceso penal un ámbito institucional para el esclarecimiento y juzgamiento de los delitos, este no debería ser utilizado para la imposición del castigo. La expectativa social que se sustenta en la aplicación de la ley penal —léase castigo al culpable— no debería satisfacerse antes de la sentencia, vía prisión preventiva.

51 Si asumimos la tesis del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, tendríamos que admitir que existe un contenido no esencial, es decir, un contenido prescindible para el legislador, o para el operador jurídico. La tarea sería entonces identificar el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, y por oposición, el contenido no esencial o prescindible. Para mayor detalle, sobre las críticas a la teoría absoluta del contenido constitucional de los derechos fundamentales, véase a CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”, en AA. VV., *Derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima: Grijley, 2005.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

La discusión sobre la prisión preventiva ha estado empañada por teorizaciones sobre su naturaleza, sus funciones, sus etiquetas, y poco se ha avanzado en la afirmación de la presunción de inocencia. Se ha discutido la prisión preventiva soslayando que el derecho penal y la coerción estatal poseen connotaciones políticas y sociales que a menudo determinan y prevalecen sobre lo jurídico. Y ello sucede, por ejemplo, cuando los operadores, al evaluar la procedencia de la prisión preventiva razonan en función de la conveniencia social, política o mediática de sus decisiones, pese a que los requisitos para imponer la prisión no se cumplen.

PASTOR ha denominado a esta cuestión el “problema central del derecho procesal penal”⁵²; por su parte, FERRAJOLI ha considerado que es toda una patología judicial, empezar el proceso deteniendo a quien aún se considera inocente⁵³. En tal sentido, imponer prisión preventiva por presión mediática disfrazada de peligro procesal es una de las expresiones de dicha patología judicial⁵⁴.

52 Cfr. PASTOR, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en *Revista de derecho procesal penal*, n.º 1, Lima: 2006, p. 116.

53 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 731.

54 Respecto a ello el Tribunal Constitucional ha dicho: “[L]a 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 con-

Los fiscales y jueces han de recordar que los presos preventivos están tan expuestos como los condenados al hacinamiento, desnutrición, deficientes servicios médicos, violencia, extorsión, prácticas sexuales de riesgo, soledad o interacción con delincuentes peligrosos, pérdida del trabajo, debilitamiento de los lazos familiares y sociales, limitaciones materiales para ejercer la defensa, y todo un entorno que debilita la salud física, mental y emocional del procesado, y de su entorno más cercano⁵⁵.

9. ¿Existe diferencia entre la prisión preventiva y la pena?

A menudo se emplea el siguiente argumento para negar la afectación de la presunción de inocencia mediante la imposición de prisión preventiva: *La prisión preventiva es una medida cautelar distinta de la pena privativa de la libertad*. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N.º

virtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5490-2007-HC/TC*, Lima: 27 de noviembre del 2007.

55 Para un mayor desarrollo sobre el impacto de la prisión preventiva recomendamos: SCHONTEICH, Martín, “La importancia de la detención previa al juicio: Magnitud y consecuencias de su práctica a nivel mundial”, en *Justice Initiatives*, 2008. Recuperado de <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/detencionpreventiva-20080513_0.pdf>.

019-2005-PI-2005-PI/TC⁵⁶ sostuvo que “la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona”. Esta declaración nos sugiere varias reflexiones. En esta interpretación, pareciera que para el Tribunal Constitucional si el encierro es anterior a la condena, entonces, no estamos ante una sanción; y como la detención, en ningún caso puede ser concebida como sanción, entonces no hay afectación a la presunción de inocencia. Una falacia que niega la lesión subyacente al derecho a la libertad personal.

En el Exp. N.º 0298-2003-HC/TC, el Tribunal declaró que:

[L]a 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.⁵⁷

56 Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley N.º 25868, la misma que equiparaba el tiempo transcurrido en detención domiciliaria para efectos de cómputo de la pena.

57 Con mucha razón FERRAJOLI sostiene que “es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice en principio nulla poena sine iudicio [...] porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal, o en todo caso no penal”. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 556.

Pero, veamos, ¿en qué se diferencia la prisión preventiva de la pena? La medida es la misma: el encierro; la intensidad de la afectación es la misma, el derecho afectado es el mismo⁵⁸. Por lo tanto, no existe una diferencia material. Con la prisión preventiva se ordena contra un procesado inocente la misma medida que se aplica a los condenados, pero sin certeza de que aquel sea culpable⁵⁹.

Contra esta afirmación algunos sostienen que ambas medidas se diferencian por sus fines, y que mientras la prisión preventiva tiene fines cautelares, la pena tiene fines represivos. Es obvio que esta supuesta distinción encubre un fraude de etiquetas o el uso inconsciente de falacias, pues el carácter afflictivo de la prisión provisional no desaparece por el solo hecho de que se le designe como medida cautelar⁶⁰.

58 “La prisión preventiva afecta estas garantías sin remedio, pues el imputado queda en la misma situación que un condenado, pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria”. PASTOR, “Las funciones de la prisión preventiva”, ob. cit., p. 114.

59 Sobre la tesis de proporcionalidad como inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo, véase SERGI, Natalia. “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, en AA. VV., *Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

60 RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada”, ob. cit., p. 158. Coincidente, FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en AA. VV., *Sistema integral del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 125.

Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, en la medida que la decisión sobre la prisión provisional no se funda en verdaderos actos de prueba, sino en un mero juicio de probabilidades de culpabilidad, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia. Para la citada autora, pareciera que lo que determina la afectación es la fuente de información para privar de libertad, y no la decisión misma. Esto —anota— solo ocurriría si el auto de prisión equipara la situación del imputado a la del culpable⁶¹. Nuevamente, las etiquetas. ¿Pero qué es la prisión preventiva sino el encierro de una persona considerada inocente antes de que se declare judicialmente su culpabilidad?

Otra falacia consiste en afirmar las características de la prisión preventiva a partir de los requisitos que exige la legislación para imponerla. A menudo se sostiene que entre las características de las medidas cautelares —prisión provisional— se encuentran la *proporcionalidad*, *urgencia* y la *variabilidad*.

La noción de característica hace referencia a la asignación de atributos peculiares de algo o alguien, de modo que claramente se distinga de los demás. Si analizamos objetivamente las notas que caracterizan a la prisión preventiva, llegaremos a la conclusión de que sus características son otras. Distinto sería si se sostuviese que la prisión preventiva *debe ser proporcional*, o *debe ser variable*.

61 FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, ob. cit., p. 137.

Pero no podemos afirmar las cualidades de una institución a partir de lo que esperamos que esta sea. Cuando se efectúa este tipo de razonamiento se da por sentado lo que precisamente debe ser materia de análisis y discusión⁶².

Cuando se emplea este razonamiento se incurre en la denominada *falacia idealista* que consiste en asumir que todo principio, por el hecho de estar reconocido posee un respaldo en la realidad, solo porque así lo sostiene un dispositivo legal, pero no porque ese principio efectivamente se cumpla. Es decir, se confunde el *carácter prescriptivo* con el *carácter descriptivo*⁶³.

Al final de esta evaluación consideramos que sería más constructivo reconocer la potencialidad de la prisión preventiva para afectar el principio de inocencia y diversos derechos fundamentales; y, a partir de ello, evaluar la legitimidad de la prisión. Si se acepta que en su ejecución la prisión preventiva es idéntica a la pena, la discusión se centraría en los supuestos *excepcionales* que permiten imponerla.

10. ¿Tiene sentido hablar de principio de inocencia?

Con las estadísticas actuales pareciera que el panorama no es muy alentador; sin embargo, no podemos

claudicar en la defensa de los derechos que fortalecen la ciudadanía y la democracia. En expresión de FERRAJOLI, la presunción de inocencia, como todos los derechos, no cayeron del cielo, sino que fueron conquistados mediante rupturas institucionales⁶⁴ y del mismo modo, su mantenimiento y vigencia deben conquistarse día a día; no solo en la elaboración teórica sino, sobre todo, en el ejercicio profesional del día a día. Hay que empezar a concretar su vigencia en la reducción de cifras de presos sin condena, en la aplicación de medidas alternativas a la prisión, en la suficiencia y altura de los debates que tienen lugar en las audiencias de prisión preventiva, en las resoluciones judiciales que deciden la prisión, en el ejercicio de la libertad de prensa referido a la imposición de la prisión preventiva.

Por supuesto, sí tiene sentido hablar de presunción de inocencia. Su importancia es fundamental para la vigencia de todos los principios y garantías procesales y para la consecución de fines de suma trascendencia vinculados al proceso penal.

Como sentencia HASSEMER, “hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta, es decir, en el derecho penal”⁶⁵ Y esta limitación importa res-

62 Cfr. RAMOS DÁVILA, Liza y SILVIA PALOMINO DE LA CRUZ, “Consideraciones sobre la prisión preventiva: análisis de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Actualidad Penal*, vol. 36, Lima: junio del 2017, p. 206.

63 BINDER, “Legalidad y oportunidad”. En *Libro homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 207.

64 FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales”. En *Derechos y Garantías*. Editorial Trotta S.A., 1999, p. 14 y ss.

65 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho Penal*, traducción de

tringir las causas de detención, evaluarlas responsablemente antes de imponer la detención, debatirlas y controlar su ejecución. Todo esto no porque sea lo conveniente para los delincuentes, sino porque es una condición ineludible para la convivencia pacífica y se desprende de mandatos constitucionales relacionados con el derecho a la libertad y con el principio de dignidad, que son valores preponderantes de nuestro ordenamiento constitucional.


11. Conclusión

La discusión sobre la prisión preventiva ha estado empañada por teorizaciones sobre su naturaleza, sus funciones, sus etiquetas, y poco se ha avanzado en la afirmación de la presunción de inocencia. Se ha discutido la prisión preventiva soslayando que el derecho penal y la coerción estatal poseen connotaciones políticas y sociales que a menudo determinan y prevalecen sobre lo jurídico. Y ello sucede, por ejemplo, cuando los operadores, al evaluar la procedencia de la prisión preventiva razonan en función de la conveniencia social, política o mediática de sus decisiones, pese a que los requisitos para imponer la prisión no se cumplen.

Las cárceles se han convertido en una suerte de cisternas que no dejan de llenarse y no existen los suficientes drenajes para evitar el desborde. Es fun-

Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 119.

damental por ello, restringir el ingreso de más inocentes a prisión —los más de ellos, de escasos recursos— y controlar periódicamente la ejecución de los mandatos impuestos para evaluar si corresponde mantenerlos o variarlos⁶⁶.

Cualquier política que reduzca el uso de la prisión preventiva a casos excepcionales e indispensables tendrá efectos no solo sobre el procesado, sino también sobre su entorno familiar, y sobre el sistema procesal penal. 

12. Referencias bibliográficas

- ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Madrid: Editorial Civitas, 1987.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel, 1993.
- BINDER, Alberto, “Legalidad y oportunidad”, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- BOVINO, Alberto, “Contra la inocencia”, en *Revista Electrónica Derecho Penal Online*, Chile: 4 de diciembre del 2005. Recuperado de <<http://derechopenalonline.com/contrala-inocencia/>>.
- CASTILLO Córdova, Luis, “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”, en AA. VV., *Derecho procesal constitucional peruano*:

66 Conforme a estimaciones del INPE, si el crecimiento de la población penitenciaria fuese sostenido, “se tendría un grave problema para poder albergarlos, ya que —teóricamente— se debería construir dos establecimientos penitenciarios por año con una capacidad para 3 500 internos, similares al EP Lurigancho”. Cfr. INPE, “Informe Estadístico Penitenciario 2017”, N.º 7, Lima: junio del 2017. Recuperado de <http://www.inpe.gob.pe/pdf/junio_2017.pdf>.

- estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima: Grijley, 2005.
- DÍAZ REVORIO, Javier, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, N° 01, Año 1. Lima: septiembre del 2005.
- Eco, Umberto, *Número cero*, traducción de Helena Lozano, Barcelona: Lumen, 2015.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel Publicaciones, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en AA. VV., *Sistema integral del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GOZAÍNI, Alfredo, “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, n.º 6, México: julio-diciembre del 2006.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- HASSEMER, Winfried, *Critica al derecho penal hoy*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1995.
- INPE, “Informe Estadístico Penitenciario 2017”, N.º 7, Lima: junio del 2017. Recuperado de <http://www.inpe.gob.pe/pdf/junio_2017.pdf>.
- MIXAN MASS, Florencio, *Lógica para operadores de derecho*. Lima: Ediciones BLG, 1998.
- MENDONCA, Daniel, “Presunciones”, en *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 22, Alicante: 2005. Recuperado de <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/presunciones-0/>>.
- ORE GUARDIA, Arsenio, *Principios del proceso penal*, Lima: Reforma, 2011.
- PASTOR, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en *Revista de derecho procesal penal*. n.º 1, Lima: 2006.
- QUISPE FARFÁN, Fany, *El derecho a la presunción de inocencia*, Lima: Palestra, 2001.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada”, en *Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal*, Lima: agosto del 2004.
- RAMOS Dávila, Liza y Silvia PALOMINO DE LA CRUZ, “Consideraciones sobre la prisión preventiva: análisis de la Casación N.º 626-2013-Moquegua”, en *Actualidad Penal*, vol. 36, Lima: junio del 2017.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- SCHONTEICH, Martin, “La importancia de la detención previa al juicio: magnitud y consecuencias de su práctica a nivel mundial”, en *Justice Initiatives*, 2008. Recuperado de <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/detencionpreventiva-20080513_0.pdf>.
- SERGI, Natalia. “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- SILVA Sánchez, José María, *La expansión del derecho penal*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001.
- Vélez MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba: Lerner, 1986.