

César San Martín Castro (Perú) *

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

I. Introducción

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

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

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

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

³ Asunto *Pérez Tapia*, STC, 17.6.1998.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad a una persona parten, como es lógico, de una directiva fundamental: ésta no habrá de ser la regla en un proceso penal¹³ —esto es, del principio de excepcionalidad—. Si bien dicha norma no ha sido incorporada a la CADH, la CoIDH la ha reconocido, insistiendo en que la libertad del procesado debe ser la regla y subrayando que la naturaleza excepcional se sustenta en tres razones: el derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa.¹⁴ A partir de allí, igualmente, se considera —especialmente la CoIDH— que la detención imputativa o prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías jurídicas, en tanto se aísla al imputado y se lo separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral, se le entorpece el ejercicio de su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contraargumentos, así como de estructurar y preparar su defensa, al punto que si la privación de libertad dura mucho el tribunal tiende a concebir que está frente a culpables.¹⁵

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

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

¹² Asunto *Sihuay Morales*, STC, 11.4.2001, FJ 2.

¹³ Cf. artículo 9°.3 del PIDCP.

¹⁴ Informe de la CoIDH 12/96, párrafo 84.

¹⁵ Informes de la CoIDH 2/97, párrafos 7, 48 y 49, y 12/96, párrafos 78, 81 y 83.

¹⁶ *Curso de derecho internacional público*, 1986, p. 160.

¹⁷ *Instituciones de derecho internacional público*, 1996, p. 211.

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

2. La respuesta en materia de DIDH, en el ámbito de la CADH, como luego se demostrará es, en el primer punto, la subordinación del derecho interno al derecho internacional y, en el segundo punto, la tendencia en las constituciones latinoamericanas a la incorporación automática del derecho internacional al derecho interno. Una premisa importante para destacar este hecho viene dada, de un lado, por el hecho de que los tratados de derechos humanos establecen derechos para los individuos e imponen obligaciones a los Estados partes: los Estados, como dice la CADH, se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁹ De otro lado, dicen Novack y Salmón²⁰ que tales tratados tienen una vocación progresiva o de desarrollo, esto es, que los derechos reconocidos constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado, el cual puede ampliarlos dada su vocación expansiva. A ello se agrega, desde la interpretación, una nota especial: las normas internacionales sobre derechos humanos tienen la vocación de aplicarse básicamente dentro del propio Estado a través de los entes que tengan, de acuerdo con la normativa interna, competencia para ello; el juez nacional, expone Medina,²¹ al interpretar una norma de derechos humanos en la materia, debe tener en cuenta tanto las normas como la jurisprudencia internacional que la ha desarrollado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Sentencia de la CIDH, 14.3.2001, párrafo 51.4.

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

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

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

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

II. DIDH y detención imputativa

1. Condición general de la privación de la libertad personal

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

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

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

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

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

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

4. La ley es la que debe fijar los motivos y el procedimiento que han de utilizarse para restringir la libertad personal. El término *ley* ha sido definido por la CIDH³³ como una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la conformación de leyes. Aun cuando el término asume una concepción formal de ley, posteriormente es matizado:

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

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

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

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

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

³³ Véase OC 6/86, párrafo 24.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 36.

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

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

6. Asimismo, una privación de libertad es admisible en tanto se ajusta al ordenamiento jurídico interno, al procedimiento establecido por la ley. Aclara en este punto Pedraz Penalva que la “regularidad” de la privación de libertad exige no sólo que sea conforme a la norma procesal sino también a la material. La CIDH³⁷ insiste en este punto, al decir:

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

Ello importa que los órganos supranacionales³⁸ ponderarán la legalidad de las medidas normativas adoptadas, la justificación del Estado al decretarlas, como también la necesidad específica en su concreta aplicación aun por órganos jurisdiccionales. No sólo se trata de que la ley determine con claridad los supuestos que habiliten una privación de libertad, sino que, como aclaró el TEDH,³⁹ es menester justificar su estricta conformidad al objetivo concreto perseguido mediante esa restricción; análisis general que no sólo es requerible en el momento inicial de la adopción de la medida sino que ha de subsistir durante todo el tiempo de su permanencia.⁴⁰

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

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

³⁶ *Ibíd.*, p. 64.

³⁷ Sentencia de la CIDH, asunto *Gangaram Panday*, 21.1.1994, párrafo 47.

³⁸ Como se anotó en la sentencia del TEDH, asunto *Müller*, 24.5.1988, párrafo 32.

³⁹ Asunto *Weeks*, 2.3.87, párrafo 42.

⁴⁰ *El derecho a la libertad y seguridad —artículo 5° del CEDH—*, 1996, pp. 98-101.

⁴¹ Informe n° 44/79, párrafo 17.

⁴² *Protección internacional de los derechos humanos*, 1988, p. 125.

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

8. Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, Roxín⁴³ apunta lo siguiente: 1) que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual*, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) que la privación de libertad, entre la que destaca la prisión preventiva, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual —insiste— deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y 3) que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano.

2. *Ordenamiento de la detención imputativa*

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

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

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

⁴⁴ *El proceso penal*, 2000, p. 1559.

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

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

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

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

4. Esta medida, dictada por razones de urgencia y vista su naturaleza provisional, requiere de dos presupuestos puntuales: la imputación o *fumus delicti* y el *periculum libertatis*. La primera se traduce —como recuerda Pedraz Penalva, siguiendo la jurisprudencia del TEDH⁴⁸— en la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito sancionable con pena privativa de libertad; que la plausibilidad de las sospechas, en tanto elemento esencial, connote la de hechos o informaciones suficientes (propias) para persuadir a un observador objetivo de que ese individuo concreto puede haber cometido una infracción, lo que dependerá del conjunto de circunstancias en cada caso.⁴⁹

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

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

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

⁴⁹ *El derecho...*, 1996, pp. 111-112.

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

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

III. La prisión preventiva

1. Concepto y sujetos habilitados

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

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

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

⁵⁰ *Los procesos penales*, 2000, pp. 77-78.

⁵¹ *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 445.

⁵² *Los procesos penales*, 2000, pp. 126.

⁵³ Sentencia del TEDH, 4.12.79, párrafos 29 y ss.

acto de juzgar y que muy bien pueden llevarla a cabo los fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de “carácter judicial”. Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el arrestado, siendo la primera la independencia respecto del Ejecutivo y las partes: en este caso el fiscal del cantón suizo era electo popularmente —es de resaltar, empero, que en otros fallos el TEDH consideró que las Fiscalías de Bélgica y de Italia no tienen las calidades de “independencia e imparcialidad” necesarias para desempeñar esa función⁵⁴—, y 2) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva y, desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que actúan en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados Ryssdal y Evrigenis precisaron que, amén de la independencia de la administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el fiscal asume una función diferente e incompatible con la del juez, como es la acusación. Dice el último:

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

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

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

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

⁵⁵ *Prisión provisional: “sólo” una medida cautelar*, 2000, pp. 894-895.

2. *Naturaleza y funciones de la prisión preventiva*

1. Una breve mirada al DIDH permite establecer lo siguiente:
 - a. Que el artículo 9°.3 del PIDCP, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado a su aseguramiento procesal, a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado “peligro de fuga”.
 - b. Que el artículo 5°.3.c de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción o cuando la medida se estime necesaria para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos⁵⁶ estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias.⁵⁷
 - c. Que el artículo 58°.1.b del Estatuto de Roma de la CPI incorpora igualmente esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva.
 - d. En igual sentido se pronuncian los principios aprobados por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2.b lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ *Crítica al derecho penal de hoy*, 1998, p. 119.

⁶¹ *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 104.

⁶² *Libertad personal del imputado y Constitución*, 1976, pp. 44, 51 y 59.

⁶³ Llobet Rodríguez, *Proceso penal comentado*, 1998, p. 541.

⁶⁴ Málaga Diéguez, *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, 2000, p. 124.

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

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

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

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

Ahora bien, en tanto se califique de *cautelar* a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el asunto *Suárez Rosero*, esa función es inaceptable. En efecto, no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria ni cumple una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es *tuitiva*, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual —resalta Barona Vilar⁶⁹— se erige en un instrumento de verificación de la política criminal del Estado, convirtiéndose, pues, en medio de obtener una determinada prevención especial. Entre otros muchos,

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

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

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

⁶⁸ Informe 12/97, 11.3.1997, párrafo 32.

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

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

7. Sobre esta polémica entiendo que, más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación con él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura —que la hace inaceptable— se da con el principio de proporcionalidad —que, al igual que el otro principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho—. Si bien no puede tener naturaleza cautelar, dado que su función no es la de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, sino que más bien cumple un función preventiva de ulteriores delitos que la califica muy bien de *medida provisional* (que en su configuración está integrada por decisiones intermedias que cumplen funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas), la incoherencia se manifiesta específicamente desde la *estricta proporcionalidad*, en cuanto la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico —que descansa sobre bases poco firmes, acota Llobet⁷⁴— sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

⁷⁰ *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1997, p. 4.

⁷¹ *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 112.

⁷² *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, 2002, p. 259.

⁷³ *El fundamento...*, 2002, p. 137.

⁷⁴ *Proceso penal comentado*, 1998, p. 530.

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

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

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

3. Principios y motivos de la prisión preventiva

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

⁷⁵ Asuntos *Tomasi*, 27.8.1992, y *Letellier*, 26.6.1991.

⁷⁶ *Los supuestos...*, 1988, p. 117.

⁷⁷ *El principio constitucional de intervención indiciaria*, 2000, pp. 10-23.

⁷⁸ *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 455-456.

⁷⁹ *Derecho procesal penal*, 2002, p. 266.

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

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

En esta misma línea Llobet Rodríguez enfatiza que esta exigencia:

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

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

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

⁸⁰ *El procesamiento*, 1999, p. 61.

⁸¹ *Proceso penal comentado*, 1998, p. 527.

⁸² *Derecho procesal*, 2000, p. 154.

⁸³ Informe 2/97, párrafos 51-52.

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

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

- a. *Peligro de fuga*. Se reconducen a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste, circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado —referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes— y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales⁸⁵ e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero, como dice el TEDH,⁸⁶ no basta ese solo dato, pues ha de complementarse con algunos de los elementos ya indicados.
- b. *Peligro de entorpecimiento*. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto;⁸⁷ el riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba⁸⁸ (si se trata de pruebas materiales él ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados, y en el caso de pruebas personales debe existir una determinada capacidad de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados).⁸⁹ A ello debe destacarse, como menciona Asencio, la naturaleza del delito y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria.⁹⁰

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ *Los presupuestos...*, 1998, p. 137.

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

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

6. En cuanto a la motivación se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden estén puestas de manifiesto claramente.⁹⁵ La orden debe ser escrita —característica imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, acota Roxín, para evitar órdenes injustificadas o precipitadas⁹⁶— y requiere, como ha determinado el TEDH, que se indiquen las circunstancias en las que se basa,⁹⁷ así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas o que se remitan a decisiones anteriores.⁹⁸

4. *Plazo de la prisión preventiva*

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

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

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

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

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

⁹⁵ Informe 2/97, párrafo 19.

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

⁹⁷ Sentencia del TEDH, asunto *W*, 26.1.1993, párrafo 12.

⁹⁸ Sentencias del TEDH, asuntos *Letellier*, 27.11.1991, párrafo 51-52; *Kenmache*, 12.12.1991, párrafo 52; *Clooth*, 12.11.1991, párrafo 43.

stantibus, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de Gómez Orbaneja: “no son definitivas y pueden ser alteradas por el resultado del proceso”.⁹⁹ Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el artículo 7°.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable; de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH, es “proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado”,¹⁰⁰ el cual se da en interés del acusado y no de la justicia.¹⁰¹ El TEDH sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable;¹⁰² por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables; y, según estableció la CIDH, “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.¹⁰³

2. La CADH, dice Gialdino, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, y este último es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio,¹⁰⁴ aunque sus parámetros para evaluarlos guardan entre sí una marcada analogía, pero no confusión.¹⁰⁵ Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad, regla que obedece a razones de justicia y actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendido al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero está referido al cómputo de los períodos de privación de libertad. El segundo se circunscribe al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación o un mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos es obvio que el análisis o control debe realizarse *in concreto*.¹⁰⁶

⁹⁹ *Derecho procesal penal*, 1987, p. 206.

¹⁰⁰ Informe 12/96, párrafo 76.

¹⁰¹ Informe 35/96, párrafo 70.

¹⁰² Sentencia del TEDH, asunto *Neumeister*, 27.6.1968, párrafo 4.

¹⁰³ Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 70.

¹⁰⁴ CoIDH, Informe 12/96, párrafo 110.

¹⁰⁵ *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, 1999, pp. 45.

¹⁰⁶ Véase CoEDH, asunto *Vallon*, 8.5.1984, párrafo 51.

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser entendido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción.¹⁰⁷ Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite, que siempre habrá de ser entendido como máximo y por ende no impide que en un caso concreto ese período sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción,¹⁰⁸ hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva,¹⁰⁹ cuyo término es la excarcelación efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión irrazonable, sin que sea necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición *sine qua non* de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota Pedraz con cita de la jurisprudencia del TEDH,¹¹⁰ es, por una parte, la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede, y, por otra, dada la insuficiencia del *fumus delicti comissi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia.¹¹¹

6. La segunda condición está en la ponderación concreta acudiendo a tres circunstancias: complejidad e implicaciones del caso, actividad de los órganos judiciales, y conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad.¹¹² Habrán de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial).¹¹³ Por último, también es de controlar la conducta procesal del imputado, en tanto la demora efectiva del procedimiento puede ser imputable al abuso del reo del derecho a utilizar los resortes proce-

¹⁰⁷ Véase sentencia del TEDH, asunto *W.*, 26.1.1993, párrafo 30.

¹⁰⁸ Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafos 34 y 70.

¹⁰⁹ CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

¹¹⁰ Sentencia del TEDH, asunto *Stogmuller*, 9.2.1967, párrafo 4.

¹¹¹ Sentencias del TEDH, asuntos *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 122; y *Ringelsen*, 27.11.1991, párrafo 104.

¹¹² Sentencia de la CIDH, asuntos *Genie Lacayo*, 29.1.1997, párrafo 77, y *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 72.

¹¹³ Sentencia del TEDH, asunto *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 16; CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

sales disponibles con la intención de atrasar el procedimiento.¹¹⁴ En este supuesto lo que se censura es la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado,¹¹⁵ siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa.¹¹⁶

¹¹⁴ CoIDH, Informe 64/99, párrafo 60.

¹¹⁵ CoIDH, Informe 12/96, párrafos 103 y 105.

¹¹⁶ CoIDH, Informe 43/96, párrafo 106.