

**PRESUMIRSE INOCENTE, SENTIRSE LIBRE Y AMPARADO: MOMENTOS
CLAVES PARA DEFENDER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN

SUMARIO: **I.** Aproximación general. **II.** Presumirse inocente ante la sociedad: medios de comunicación y justicia paralela. **III.** Presunción de inocencia como un mandato de libertad: excepcionalidad de la detención preventiva **IV.** La presunción de inocencia como contención e imposición de *hacer* a los operadores de justicia: carga de la prueba y actividad probatoria. 1. Carga de la prueba. 2. Actividad probatoria **V.** La presunción de inocencia como reivindicación. A modo de conclusión.

I. APROXIMACIÓN GENERAL

China eliminó la presunción de inocencia. Esta fue una noticia que circuló por el mundo, hace no mucho tiempo.¹ Una noticia que lleva a preguntarnos, ¿por qué conservar la presunción de inocencia?

1 Cfr. La noticia de la agencia EFE, abril del 2002, que informaba sobre la eliminación de la presunción de inocencia en los procesos por negligencias médicas, violación de patentes, contaminación o ataques a personas por animales domésticos. Según el mismo cable, expertos chinos señalaban que esta decisión de la Ley de Evidencias en los Litigios

Florián sostenía que no existe formalmente ningún motivo para preferir la presunción de inocencia a la presunción de culpabilidad, sin embargo —nos decía— es más tolerable que un culpable sea absuelto, que un inocente sea condenado.²

En los últimos años, la doctrina sustenta la preferencia de la presunción de inocencia frente a la presunción de culpabilidad, en la íntima relación entre la presunción de inocencia y la dignidad humana. La dignidad es el supremo valor jurídico defendido por la Constitución.

La diferencia de fuerza entre el aparato de persecución penal estatal frente a una persona individual lleva a preferir la presunción de inocencia, que se instaura como un escudo de protección. La presunción de inocencia, como señala Ramos Méndez, es, ante todo, una posición de ventaja que la Constitución atribuye al ciudadano que se encuentra procesado.³

La presunción de culpabilidad, por su parte, respondía a un modelo de persecución inquisitivo, que dejaba de lado, por su propia definición, a la presunción de inocencia, pues veía en todo acusado, un objeto y no un sujeto de investigación. Este modelo presupone la culpabilidad, hasta que se pruebe lo contrario, «[...] esto es —en una concepción totalitaria— lo que más enérgicamente resguarda el interés estatal en reprimir la desobediencia a la autoridad expresada con el delito: *salus publica suprema lex est*».⁴

La presunción de culpabilidad ha subsistido en los llamados procedimientos securistas seguidos contra personas estigmatizadas socialmente y como correlato de las campañas de ley y orden. De ese modo se ha pretendido justificar el castigo del inocente con el único objeto de que no escapen culpables. Este sentimiento discriminatorio ha sido reemplazado, no sin mucha sangre y sufrimiento, por el desarrollo constitucional que presentaron los procesos penales en el mundo, luego de la Segunda Guerra Mundial. Aunque debemos admitir que sufrió un serio retroceso con la cacería de brujas iniciada en los Estados Unidos frente a la llamada *Amenaza Roja* y con la política del senador Mc Carthy.⁵

Civiles es saludable para los procesos en los cuales el afectado pierde el caso por la imposibilidad de probar los delitos.

2 Cfr. SENTÍS MELENDO 1971: 79.

3 RAMOS MÉNDEZ 1992: 90.

4 CAFFERATA NORES 2000: 44.

5 Mc Carthy popularizó la persecución de las personas mientras no se demostrara su

Tiedemann ha señalado que existen poderosas razones para afirmar que la presunción de inocencia es la base del derecho penal moderno. Agrega que «[...] ello es totalmente cierto, porque esta presunción que respeta seriamente al principio de la dignidad humana, considera al inculpado como persona humana, sujeto y portador de derechos individuales y no como un simple objeto de persecución penal».⁶ De este modo, en un Estado Constitucional de derecho, es preferible que existan culpables absueltos, pero no se puede tolerar que exista un inocente sufriendo pena.

La presunción de inocencia, una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos,⁷ se encuentra íntimamente relacionada con un Estado Constitucional de derecho, por lo que tiene un sitio privilegiado en los fundamentos del proceso penal actual, más aún cuando este debe ser un reflejo de los derechos y garantías constitucionales; el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución.⁸

Este carácter fundamental de la presunción de inocencia conlleva a que cualquier reforma del procedimiento penal que se instaure, no puede dejar de lado su contenido. Por ello, es importante, tal como sostiene Tiedemann, clarificar el significado⁹ y difundir el contenido de la presunción de inocencia, a fin de que sea aplicada y desarrollada por nuestros magistrados y, de esta manera, se produzcan desde los tribunales —léase Tribunales Ordinarios y Tribunales Constitucionales— las pautas que guíen los cambios en el derecho procesal penal peruano.¹⁰

anticomunismo, señalando «[...] que no hay nada en los archivos del FBI que niegue sus conexiones comunistas».

6 TIEDEMANN, 2003: 169-170.

7 FERRAJOLI señala que la presunción de inocencia es considerada como una conquista de la civilización. Señala que es responsabilidad de los juristas y de los legisladores defender los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad que la sustentan. Cfr. FERRAJOLI 1995: 561.

8 Cfr. ROXIN 2000: 10.

9 TIEDEMANN 2003: 150.

10 Toda comparación es una ofensa, sin embargo nos parece pertinente anotar el caso del Tribunal Constitucional español, que a decir de Tiedemann, «[...] ha extraído de su Constitución de 1978 y especialmente del derecho a la presunción de inocencia, toda una serie de consecuencias que afectan a la estructura y principios del proceso penal. La relación española ofrece una visión de conjunto de esa constitucionalización del proceso realizado por el legislador con ocasión de las decisiones del Tribunal Constitucional» (TIEDEMANN 2003: 156).

La presunción de inocencia, por la cual se establece que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su culpabilidad, no es propiamente una presunción, en el sentido de las presunciones legales, ampliamente definidas en el derecho procesal, debiendo entenderse la denominación de presunción como una aceptación convencional del nombre de este derecho, principio y garantía.¹¹

Muchos prefieren hablar de presunción de no culpabilidad para referirse a la presunción de inocencia. Maier señala que las discusiones acerca de la presunción de inocencia se hubieran evitado si se hubiera comprendido el principio invirtiéndolo, ya que este principio no es para afirmar que una persona es inocente sino que no puede ser considerada culpable hasta que exista una condena judicial. Por ello, nos dice, es uno de los límites más importantes al poder del Estado.¹²

Actualmente la presunción de inocencia exige, además, el trato de no autor, esto es que actúa como una regla de tratamiento, es decir, como una actitud impuesta a favor del inculpado, que obliga a los operadores del derecho y a la comunidad a un determinado comportamiento que garantice al imputado el trato y consideración de no autor hasta que una sentencia judicial declare la condena, basada en una actividad probatoria suficiente para destruir la presunción, desplegándose además como una regla de juicio que impone la carga de la prueba.¹³

El significado actual de la presunción de inocencia se encuentra relacionado con la dignidad de las personas y opera cuando se presenta una imputación; es decir, incluso antes de iniciado un proceso, a lo largo de él e in-

11 La presunción es entendida como un procedimiento lógico que permite relacionar dos hechos en forma causal, utilizando una regla de experiencia o de lógica, establecida por el legislador o aplicada judicialmente. De ese modo, en una presunción jurídica, tenemos un hecho base y una consecuencia, en cambio en la presunción de inocencia no se puede relacionar la inocencia y la culpabilidad a través de una máxima de experiencia o de una regla lógica. La inocencia estará vigente hasta la emisión de una sentencia; es decir, que la causalidad exigida en una presunción es sustituida por el razonamiento legal. Como se observará, la presunción de inocencia no resiste este análisis como presunción. Si bien esta puede ser una discusión superada, considerar a la presunción de inocencia como una presunción *iuris tantum*, solo nos sirve para afirmar que la presunción de inocencia no se destruye sino con la imposición de una sentencia condenatoria, pues, según la lógica, la llamada presunción de inocencia es una regla prudencial.

12 Cfr. MAIER 1989: 254.

13 Cfr. FERRAJOLI 1995: 551.

cluso más allá del mismo.¹⁴ En el presente trabajo, intentamos un acercamiento a la importancia de este derecho fundamental, como norma de aplicación directa, tanto para los poderes públicos, como para los particulares. Concebirlo así, nos permite hablar en términos jurídicos de obligaciones, mandatos o prohibiciones, que hay que situarlos en cada momento del drama del proceso penal, desde que se inicia anunciando la imputación de un delito, hasta que se cierra, con la música de la sentencia.

Que esa música sea un *allegro* de una sentencia justa o una fúnebre de la peor infamia que es condenar a un inocente a la cárcel, depende en buena medida de que los actores del drama, incluida la sociedad, estemos atentos en preservar la presunción de inocencia a lo largo de todos los pasos y actuaciones, en el escenario siempre riesgoso de la imputación penal. Hemos seleccionado algunos de estos momentos cruciales, atendiendo a las limitaciones de espacio propias de un trabajo monográfico, sin que ello signifique que no haya otros momentos donde el derecho de presunción de inocencia despliega su fuerza, con la misma intensidad y con el mismo propósito, cual es la salvaguarda de la libertad.¹⁵

II. PRESUMIRSE INOCENTE ANTE LA SOCIEDAD: MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y JUSTICIA PARALELA

En Inglaterra, cuando el diario *News of the World* publicó una lista de 50 presuntos pederastas, estas personas y sus familiares fueron objeto de intimidación por sus vecinos y algunos de ellos se vieron obligados a dejar sus hogares. Dos terminaron suicidándose. En Luxemburgo, el semanario *L'investigateur*, en su edición núm. 54, publicó la lista de 102 presuntos pederastas belgas extraídos de un informe policial, a pesar de que la justicia prohibió su publicación. La revista fue distribuida a unos mil suscriptores, imponiéndose una millonaria multa por cada ejemplar en circulación.

14 Sobre la consideración del trato de no autor, consideramos que esta debe ser limitada a la responsabilidad penal y no a la responsabilidad política, pues observamos con frecuencia que la presunción de inocencia es invocada ante reclamos de esta índole por los funcionarios del Estado.

15 Los alcances de la presunción de inocencia a nivel procesal y extraprocesal, los aspectos problemáticos y los mecanismos procesales para su protección pueden encontrarse en QUISPE FARFÁN 2001.

Si bien la sentencia penal es la única que puede destruir la presunción de inocencia y de este modo, condenar a una persona como autor de un delito, es común observar diversas publicaciones que *condenan* a una persona como responsable de un delito, aun antes de que exista un proceso. Hoy en día vivimos bombardeados de información, en especial de los medios de comunicación, y si bien la emisión de estas noticias se fundamenta en la libertad de información y el derecho de las personas a informarse, sin embargo, no se miden los graves efectos que puede tener el sindicarse a una persona como autora de un delito que atenta contra la presunción de inocencia, además del derecho al honor y a la buena reputación de las personas.

Según Espín, por juicio paralelo «[...] debe entenderse el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación, sobre un asunto *sub iudice* a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos materia de investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de “proceso”».¹⁶

El tribunal europeo se refiere a los juicios paralelos en la sentencia del 23 de abril de 1979, caso *Sunday Times*, donde señala que la Convención Europea de Derechos Humanos no ha establecido una prohibición de estos juicios paralelos debido al «interés subyacente en la información».¹⁷

Sin embargo, al señalar a una persona como culpable se genera el fenómeno de la *estigmatización* frente al grupo social en el que se desenvuelve, estigma que, para muchos, es más grave que la propia condena penal que podría merecer. Un serio problema es la resonancia que puede tener la etapa de investigación, «[...] especialmente el inculpado que luego resulta absuelto está expuesto a una posible pre-condena dentro de los medios de difusión con grandes peligros. Contra tales amenazas se acrecienta una tarea nueva y aumentada de la presunción de inocencia».¹⁸

Esto es consecuencia principalmente de los siguientes factores:

- a) Falta de concientización por parte de la comunidad sobre los alcances de la presunción de inocencia.

16 ESPIN TEMPLADO 1990: 123.

17 Cfr. JUANES PECES 1999: 141.

18 ESER, 1998, pp. 38-39.

- b) Interés económico de los medios en vender sus productos, muchas veces sin importar el daño a la reputación de terceros, puesto que «[...] el denunciado una vez que su nombre salta a la opinión pública estará definitivamente estigmatizado por la sociedad, ya que se lo relacionará de por vida, con el autor del presunto hecho delictivo, aunque luego resulte absuelto».¹⁹
- c) Falta de mayor precisión en el uso del lenguaje por parte de los medios de comunicación al referirse a una persona y su relación con un delito, puesto que el lenguaje debe ser ponderado, «[...] sobre todo cuando ha de informar de determinados hechos que, obviamente, pueden afectar a derechos fundamentales, de tan trascendental contenido como lo es la presunción de inocencia e incluso el propio derecho al honor de la persona afectada».²⁰

La relación prensa/justicia es un fenómeno relativamente nuevo para los ordenamientos penales, pues su importancia se ha visto realzada con la aparición de la televisión y, actualmente con la Internet, por ello es imperativo el establecimiento de regulaciones entre los medios de comunicación y la administración de justicia,²¹ dado que «[...] no puede pasar desapercibido a cualquier observador de los llamados juicios paralelos, que la presentación valorativa y configurativa de la acusación dirigida contra una persona pue-

19 EDWARDS, 1996, p. 130.

20 ROMERO COLOMA, 2000, p. 95. En este punto hay que señalar la opinión de Eduardo ESPÍN TEMPLADO, actual magistrado del Tribunal Supremo español, quien señala que la presunción de inocencia, no puede darse por la acción de particulares como sería el caso de los medios, pues «este un derecho que, por su propia naturaleza, sólo puede ser vulnerado por los poderes públicos y más en particular, por órganos judiciales y, en ciertos casos, por la autoridad administrativa sancionadora; son en efecto tales poderes públicos los únicos que efectúan declaraciones de culpabilidad seguidos de sanción penal (o administrativa), presupuesto inexcusable, de violación de la presunción de inocencia en sentido jurídico estricto». Cfr. ESPÍN TEMPLADO, 1990, p. 125.

21 En algunos estados de los EE.UU. se respeta las directrices de la American Bar Association, conocido como «Informe Reardon», que regulan los tratos con la prensa en la tramitación de las causas penales con el fin de que «los juicios justos coexistan pacíficamente con la prensa». A pesar de ello, el llamado caso Simants (Nebraska, 1975) causó la llamada «Guerra entre la primera y la sexta enmienda», esto es, el conflicto entre la libertad de prensa y el derecho a un juicio justo. La Suprema Corte de los Estados Unidos consideró que las limitaciones judiciales a la prensa en el juicio son inconstitucionales al existir otras medidas que estaban a disposición del juez a fin de proteger los derechos de Simants. Cfr. FRIENDLEY / ELLIOT, 1987, pp. 197 y ss.

de llevar al traste toda pretensión de vigencia social de la presunción de inocencia. Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, aun cuando no debe identificarse en un mismo plano de equivalencia el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el derecho al honor, sí ha de reconocerse al primero una dimensión extraprocésal constituida por el derecho a recibir la consideración y el trato de no-autor o no participe en hechos de carácter delictivo y a que no se apliquen las consecuencias, los efectos jurídicos anudado a tal condición, en las relaciones jurídicas de todo tipo, en particular en el propio proceso penal».²²

No es novedad que los medios de comunicación presenten noticias de la comisión del delito, aplaudiendo las intervenciones policiales y criticando el sistema de administración de justicia y las garantías y derechos que, a su entender, son causa de impunidad. Por ello, actualmente es necesario establecer como cautela a la presunción de inocencia una no resonancia de la etapa de investigación, que es una reserva o discreción hacia la opinión pública hasta que se decida si procede o no acusación contra una persona.²³

Roxin, ha señalado que si bien «[...] es cierto que los medios de comunicación son necesarios para el proceso penal, sin embargo, pueden suponer una serie de peligros. De ellos pueden derivarse ciertamente dos tipos de peligros. Por un lado, pueden ocasionar daños directos al imputado, tratándole por ejemplo, ya con anterioridad a la conclusión del proceso, como culpable; el acusado puede sufrir perjuicios en la salud, en la vida privada o en los negocios que normalmente, no pueden ser reparados tras la absolución. Por otro lado, los medios de comunicación pueden falsear la decisión en sí misma, influyendo en el juez, por ejemplo con una campaña de prensa en perjuicio o a favor del inculgado [...]».²⁴

Pues bien, esta incidencia en la imparcialidad de los magistrados es otro de los grandes problemas de la influencia de los medios de comunicación o de la llamada influencia de la opinión pública —que es, en realidad, la opinión de los medios de comunicación— en la emisión de los fallos judiciales o resoluciones fiscales. Esto se presenta cuando el caso genera interés

22 HERNÁNDEZ GARCÍA 2001: 76.

23 Cfr. QUISPE FARFÁN 2001: 68 y ss. Cabe señalar que no se debe confundir esta cautela o discreción con el antiguo secreto sumarial inquisitivo.

24 ROXIN 1999: 73 y ss.

de los medios de comunicación y, por ende, de publicidad; lo que afecta de modo innegable en el ánimo del juzgador, sea este fiscal, juez o Jurado.²⁵

Por ello se exige cada día un mayor profesionalismo e independencia de parte del juzgador frente a esas influencias, pues pretender que el juez deba permanecer totalmente aislado del mundo exterior es iluso. «No se puede pedir al juez que permanezca en una urna de cristal o que sea insensible o que no experimente reacciones mentales ante los sucesos del mundo exterior. Es mucho más sencillo, se trata de que no las manifieste [...]».²⁶ Y con acierto, César Azabache señala en nuestro país que «[...] la judicatura debe constituirse en contrapeso de la decisión de las mayorías, que pueden sentirse tentadas a sacrificar los derechos de las minorías con tal de satisfacer sus expectativas. Por eso no hay veredicto popular que pueda imponerse válidamente a la decisión de un magistrado».²⁷

Se ha discutido mucho sobre la obligación de los jueces técnicos de mantenerse imparciales frente a la influencia de las noticias, estableciéndose que por cualidades técnicas se les puede exigir ello, frente a los ciudadanos comunes que conforman el Jurado, por lo cual se limita a estos la divulgación o acceso a las noticias a fin de que no se vean influenciados con las publicaciones, sosteniéndose que al juez lego no se le puede exigir lo mismo que al juez técnico. Sin embargo ambos son humanos.

Hernández García, señala al respecto que «[...] el derecho comparado y las fuentes internacionales permiten identificar un principio básico: un ejercicio desmedido de la intervención mediática en la actuación jurisdiccional que ponga en grave peligro los derechos fundamentales de las partes y, particularmente, del inculpado a un proceso justo, puede ser sometido a restricciones como una necesidad de ordenación racional en una sociedad democrática de los respectivos espacios de eficacia garantizada a cada uno de los derechos».²⁸

25 Cfr. GRANADOS PEÑA 1996: 21.

26 FERNÁNDEZ VIAGAS 1998: 81.

27 AZABACHE 2003: 53.

28 HERNÁNDEZ GARCÍA 2001: 79. Este autor señala, además, los diversos instrumentos de exclusión, prohibición y posposición de la información, tales como los previstos en los artículos 1 y 2 de la *Contempt of Court* inglés; la tipificación como delito de las publicaciones de comentarios tendientes a ejercer presiones sobre testigos o peritos, o que atenten contra la independencia judicial; la prohibición alemana de la publicidad indirecta a través de la difusión radiofónica o televisiva del proceso, entre otros (pp. 79-81).

Es indiscutible el papel de los medios de comunicación en la democratización de la justicia; sin embargo, la forma y circunstancias en que se informa requieren de alguna regulación, pues la publicidad debe evitarse en todo aquello que sea necesario para preservar los intereses de la justicia, según se ha establecido en el art. 8.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, intereses de la justicia que deben ser compatibles con el respeto a la presunción de inocencia y la imparcialidad de los jueces.

Como quiera que no es posible *restringir* la emisión de informaciones por estar igualmente protegido constitucionalmente el derecho a la información, Roxin, luego de analizar los peligros, sugiere:

a) Restringir las fuentes de información de donde los medios de comunicación captan el material anterior al enjuiciamiento.

b) Fortalecer el autocontrol por parte de los medios de comunicación. Hoy en día, en Alemania existe un Código de Prensa, que en su regla 13 señala lo siguiente: «La emisión de informaciones debe realizarse libre de perjuicios. Por ello la prensa evita [...] toda toma de posición unilateral o con prejuicio»; y en su regla 13.1 párrafo 2º señala que las «[...] exposiciones y afirmaciones que contengan prejuicios atentan contra la protección constitucional de la dignidad del hombre, que rige igualmente y sin reservas para el autor de un delito».²⁹

A ello debe agregarse la imposición de las sanciones económicas correspondientes a la emisión de noticias que perturben la presunción de inocencia.³⁰

III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO UN MANDATO DE LIBERTAD: EXCEPCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Luego del atentado del 11 de septiembre de 2001, los agentes policiales de los Estados Unidos empezaron a perseguir a los extranjeros ilegales que re-

29 Cfr. ROXIN 1999: 73 y ss.

30 El Tribunal Supremo Federal Alemán, en 1963, señaló indemnización por daño personal a un acusado que había sido considerado en un diario como jefe de una banda criminal y que posteriormente fue absuelto. El Tribunal Superior de Justicia de Colonia, reconoció una indemnización por daño personal a un funcionario al que un medio informativo ha-

sidían en su país y que años atrás habían llegado a sus tierras en busca del sueño americano y del país de la libertad. Las múltiples detenciones que siguieron a estos días y que se justificaron en violaciones a las leyes de inmigración, fueron en realidad detenciones preventivas sin cargos determinados. Al no existir cargos, las personas detenidas no pudieron ejercer su derecho de defensa. El informe de *American Watch*, del 15 de agosto de 2002, señaló que en esas detenciones se privilegió la presunción de culpabilidad, pues cualquier extranjero era sospechoso de estar vinculado a actividades terroristas.³¹

Tanto la imposición, como la duración de la detención preventiva se encuentran limitadas en virtud del derecho a la presunción de inocencia, puesto que como señala Julio Maier, esta constituye el principio rector para establecer una medida coercitiva contra el procesado.³²

De este modo, la adopción de medidas cautelares personales como la llamada detención preventiva sobre el imputado, solo puede realizarse para los fines de persecución, siempre y cuando sea excepcional, según se ha sostenido en los tratados internacionales de derechos humanos,³³ puesto que «[...] el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge claramente de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria —de jerarquía constitucional— y la prohibición de aplicar una pena

bía señalado como corrupto y frente a quien no fue posible el enjuiciamiento por insuficiencia probatoria. Se sostiene, así, la tesis de que la afirmación pública de la culpabilidad de una persona por un hecho delictivo es considerada como contraria a su derecho hasta que no se dicte la correspondiente sentencia firme. Cfr. ROXIN 1999: 73 y ss.

31 Recientemente, el Departamento de Justicia de los EE.UU., señaló que el FBI se demoró excesivamente en determinar si los extranjeros detenidos después del atentado del 11 de septiembre de 2001 estaban involucrados en atentados de terrorismo, indica además que los detenidos estuvieron encerrados 23 horas al día y durmieron con luces brillantes toda la noche. De los 762 extranjeros solo uno fue acusado de algún delito vinculado al terrorismo, 505 fueron deportados. Algunos estuvieron presos hasta ocho meses, aunque la mayoría fue deportada antes de los 90 días. Cfr. Noticia internacional publicada en *Correo*, Lima, 04 de junio de 2003, p. 17.

32 MAIER 1989: 277.

33 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el Art. 9.3 que «[...] la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general».

antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) ».³⁴

El trato de inocente o de no culpable durante el proceso exige que la imposición de las medidas tenga un carácter excepcional, puesto que «[...] la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de derecho, en el mandato de un procedimiento llevado con lealtad. De ella se infiere, ante todo, que la pena no puede ser anticipada, esto es, impuesta antes de que se haya condenado a esa consecuencia jurídica».³⁵ Sin embargo, su lamentable frecuente utilización como pena anticipada ha llevado a sostener que la detención preventiva es un elemento más de la coerción estatal y, por ende, incompatible con la vigencia de presunción de inocencia.

Por ello, la imposición de esta medida reviste actualmente una nueva exigencia, la de la extrema necesidad, así «[...] la privación de la libertad solo puede autorizarse cuando sea imprescindible y, por lo tanto, no sustituible por ninguna medida de singular eficacia pero menos gravosa. El criterio de necesidad influye tanto en la imposición, como en el mantenimiento de la medida de coerción».³⁶

Respondiendo al principio de necesidad, las medidas coercitivas de detención se imponen solo cuando resulten absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. En cada caso se impondrán, luego de un examen cuidadoso y en respeto a la presunción de inocencia.

Ferrajoli sostiene que la presunción de inocencia no es solo presunción de no culpabilidad, sino presunción de no peligrosidad,³⁷ por lo cual «[...] tampoco será legítimo aplicar cautelas procesales para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva, posibilidad que es el fundamento de las medidas de seguridad».³⁸

El art. 135 del Código Procesal Penal peruano actualmente en vigencia, que establece los presupuestos para el mandato de detención del procesado,

34 BOVINO 1996: 40.

35 ROXIN 2000: 78.

36 CAFFERATA NORES 2000: 189.

37 FERRAJOLI 1995: 553.

38 CAFFERATA NORES 2000: 184.

no alude a la presunta peligrosidad del agente, sino solo al peligro procesal que puede presentarse para los fines del proceso.

En cuanto a su duración, se ha sostenido en los últimos años de manera uniforme que la prolongación de la prisión preventiva, *con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo*, constituye una violación del principio de presunción de inocencia, reconocido por el art. 8.2 de la Convención Americana, afirmación que ha sido recogida en la jurisprudencia del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.

Así, en el dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Jorge A. Giménez vs. Argentina (1° de marzo de 1996) se afirma que el art. 8.2 de la Convención Americana «[...] obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de establecer su culpabilidad [...] que implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Giménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el art. 8.2».

Vamos a un ejemplo: en el año 2001, se realizó un operativo policial de varios días contra la venta de drogas. Cuatro consumidores de pasta básica de cocaína fueron intervenidos durante esos días y señalaron a Ñaño como la persona que les vendía la droga. Una vez identificado por la Policía, se realizaron cuatro atestados policiales. El fiscal realizó cuatro denuncias contra Ñaño, a pesar de tratarse de los mismos hechos. Las dos primeras denuncias fueron por Tráfico Ilícito de Drogas, tipificado en el art. 296 del Código Penal, a pesar de que en los fundamentos de hecho se denunciaba por microcomercialización de droga (previsto en el art. 298 del Código Penal). En la tercera denuncia tipificó los hechos en el art. 298 del Código Penal y, en la última, precisó su denuncia en el segundo párrafo del art. 298 del Código Penal. Se abrieron cuatro procesos por los delitos denunciados y se dictó mandato de detención. Con el tiempo, se acumularon estos cuatro procesos tramitados en distintas vías en uno lleno de vicios. Ñaño se

encontraba así, sin saberlo, frente a un proceso complejo y con 20 meses de detención.

Si bien nuestra legislación procesal ha establecido límites temporales de duración de la detención preventiva, según la vía en que se tramite el proceso, en casos como el reseñado, un proceso se torna complejo y se extiende en el tiempo, no por los hechos o los autores, sino por las erratas de la misma administración de justicia y de este modo, nos encontramos con detenciones prolongadas y, por ende, con presos sin condena.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con acierto que la duración de la detención preventiva «[...] aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean suficientes [...]. Existe en este caso una especie de presión sobre el magistrado que evalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad».³⁹ La Comisión ha reiterado, además, que la limitación temporal está establecida no en el interés de la justicia sino en el interés del acusado (Informe 35/96 caso 10.832).

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO CONTENCIÓN E IMPOSICIÓN DE HACER A LOS OPERADORES DE JUSTICIA: CARGA DE LA PRUEBA Y ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Carga de la prueba

Se prueba lo que se dice, no lo que se niega. Este es el famoso *probat qui dicit, non qui negat*, conocido por los romanos. De ese modo se ha desarrollado el concepto de carga de la prueba, como «[...] la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer pruebas de lo que afirma y sin la cual, la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico, de toda atendibilidad».⁴⁰

Uno de los alcances más conocidos de la presunción de inocencia es la inversión de esta carga de la prueba. Esta es una *posición de ventaja* de la

39 Informe N.º 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

40 FLORIÁN 1934: 322.

cual nos hablaba Ramos Méndez y por la cual se desplaza la carga de la prueba a las partes que ejercen la acusación y que pretenden demostrar la culpabilidad.⁴¹

Este desplazamiento de la carga de la prueba tiene, además, sustento lógico. Veamos: la imputación que realiza el fiscal en nuestro proceso penal y que se traduce en una denuncia, es una afirmación no comprobada. De ese modo y a fin de evitar caer en una falacia *ad ignorantiam*, no se admite que se traslade la carga de la prueba al imputado.

Una falacia *ad ignorantiam* es aquella que nos sirve tanto para afirmar una cosa, como su contrario: Dios existe porque nadie ha probado que no exista. Dios no existe porque nadie ha probado que exista. Así, una falacia *ad ignorantiam* supone algo como cierto porque es imposible probar su falsedad. En los procesos penales no se puede admitir esta falacia.

La presunción de culpabilidad que obliga al inculcado a probar su inocencia constituye una falacia *ad ignorantiam*. Al trasladar al imputado la responsabilidad de probar que una imputación no comprobada es falsa, implica que si este no logra desvirtuarla, su condena se encuadre en este tipo de falacia.

Por ello, el deber de la carga de la prueba debe corresponder a quien presenta la imputación, el acusador. El procesado que ostenta la presunción de inocencia no prueba nada; al negar la imputación no tiene que probar que es inocente y si es que la acepta, tampoco tiene que probar que es culpable. Una vez más, es certero equiparar el significado de la presunción de inocencia como una presunción de no-culpabilidad.

Según sostiene García Damborenea «[...] la mejor manera de combatir la falacia *ad ignorantiam* consiste en exigir que se atienda la carga de la prueba, es decir, que quien sostiene algo o acusa a otra persona, pruebe sus afirmaciones. Cualquier otro camino nos deja en manos del argumentador falaz. El acusado que, en lugar de exigir pruebas, intenta demostrar su inocencia, acentúa las sospechas».⁴²

Esto último, sin embargo, es subjetivo, dejándose en claro que la posibilidad de presentar pruebas de descargo es una facultad del procesado, como

41 Cfr. RAMOS MÉNDEZ 1992: 90.

42 GARCÍA DAMBORENEA s/f.

expresión de su derecho de defensa y como contradicción al desplazamiento de la carga de la prueba, pues, como indica Ferrajoli, se requiere «[...] como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas».⁴³

La necesidad de contradicción de ninguna manera significa que en el proceso penal se debe buscar *pruebas de inocencia* para absolver. Se debe investigar si el procesado es culpable, pues se le presume inocente, para lo cual se recogerán objetivamente diversas pruebas, las mismas que resultaran tanto de cargo, como de descargo. Esta obligación ha sido plasmada por el Ordenamiento Procesal Penal alemán al señalar que la Fiscalía «[...] deberá averiguar no solo las circunstancias que sirven para la inculpación sino las que sirvan para la exculpación» (§ 160 ap. 2 StPO).

Ello implica, además, no abandonar las actividades probatorias cuando el imputado confiesa, hecho que ocurre con frecuencia en América Latina,⁴⁴ puesto que la falta de eficacia de los agentes estatales en la persecución del delito no puede justificar la implantación tácita de la presunción de culpabilidad. «Para condenar no será suficiente que los órganos de persecución penal hayan hecho el máximo de los esfuerzos para procurar aquellas pruebas de cargo, si estos esfuerzos no fueron coronados por el éxito y la culpabilidad no pudo ser acreditada (podría decirse que se trata no de una obligación de medio sino de una obligación de resultado). En este caso el procesado deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*».⁴⁵

2. Actividad probatoria

Salem es una ciudad de Massachussets, Estados Unidos, universalmente famosa por sus juicios de brujería y la ejecución de 20 personas en 1692, cuando un grupo de niñas y jóvenes acusadas de posesión sindicaron a diestra y siniestra a personas conocidas y desconocidas por ellas de ser brujas. Se aceptó en juicio la llamada *prueba espectral*, con la afirmación de que las brujas aparecían como espectros ante ellas mientras dormían, y la

43 FERRAJOLI 1995: 613.

44 Cfr. EDWARDS 1996: 131.

45 CAFFERATA NORES 2000: 74.

prueba de agua, en la cual si una mujer se hundía cuando era arrojada a un tonel de agua, se le considerada inocente; si flotaba, era culpable.

Actualmente, a fin de condenar a una persona y destruir la presunción de inocencia se requiere de la existencia de pruebas incriminatorias; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha desarrollado la doctrina de la *mínima actividad probatoria*, la misma que debe ser producida observando las garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y que debe producirse en juicio.⁴⁶

Si toda responsabilidad penal debe ser probada para desvirtuar la presunción de inocencia, no cabe duda de la importancia de la prueba y su régimen de obtención, construcción y la forma como se introduce en el proceso, puesto que «[...] la prueba en el proceso penal está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el tribunal al objeto de desvirtuar la presunción de inocencia, derecho constitucional que, en el momento presente, es punto obligado de partida de toda consideración probatoria en el proceso penal que se inicia con la verdad provisional o interina de que el denunciado o inculpado es inocente».⁴⁷

La actividad probatoria exige, además, que la prueba sea practicada en juicio, ello en razón de que es el momento propicio en que el juzgador se involucra directamente con la prueba y se interrelaciona con el procesado; esto es, la inmediación y contradicción, aunado a la publicidad que caracteriza a esta fase. El Tribunal Constitucional español ha señalado a este respecto que «[...] los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los precon-

46 La necesidad de una mínima actividad probatoria fue establecida en España a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 31/1981. Sobre este tema Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, quien señala además que la condición de prueba de cargo tiene cuatro elementos. 1) Debe recaer sobre el conjunto de elementos fácticos que integran el delito, es decir, sobre el núcleo central de la acción por la que se condena; 2) Debe alcanzar a los elementos fácticos sobre los que reposan las circunstancias agravantes; 3) Debe extenderse a los elementos subjetivos del tipo, en cuanto sean determinantes de culpabilidad; 4) Debe tener sentido incriminatorio; es decir, debe acreditar responsabilidad (cfr. MIRANDA ESTRAMPES 1997: 181).

47 GÓMEZ DE LIAÑO 1991: 14. El autor agrega que a partir de la constitucionalización en España de la presunción de inocencia, la prueba ha experimentado una transformación notable.

tituidos que sean de imposible o muy difícil reproducción siempre que en todo caso se hayan observado las garantías mínimas para la defensa». Además de establecer que las pruebas de cargo deben ser agotadas en condiciones que garanticen el derecho a la defensa a contradecirlas, la falta de estas determina la plena efectividad de la presunción de inocencia.⁴⁸

Actualmente, la distinción entre actos de investigación —referida a la actuación probatoria previa al juicio— y actos de prueba —la prueba practicada en juicio— no ha sido del todo feliz en nuestro proceso penal. Ello en razón a la persistencia y convivencia del sistema mixto, que trae consigo que al momento de arribar al juicio oral, las pruebas se encuentren lamentablemente debilitadas, ya sea por el paso del tiempo o por el sentido repetitivo de las diligencias, las que han sido actuadas a nivel policial o fiscal, a nivel de instrucción y luego en juicio.

Las diligencias sumariales, «[...] por sí mismas no constituyen pruebas, en cuanto su objeto es exclusivamente el de proporcionar los elementos precisos para determinar la oportunidad de la apertura del juicio oral».⁴⁹ En los procesos sumarios que carecen de juicio oral, se estarían produciendo condenas solo con diligencias sumariales, a pesar de que la exigibilidad del juicio para imponer una pena tiene raigambre constitucional, esto es la máxima de *nullum poena sine iudice*.⁵⁰

Por ello, no me cabe la menor duda de que la sumarización del proceso es un factor de degradación de la presunción de inocencia por dos motivos: 1) al unir las funciones de instruir y juzgar, no podemos hablar de una imparcialidad del juzgador y de una actitud de presunción de inocencia. La separación de estas dos funciones es vital para la cautela de esta garantía; 2) al obviar la realización del juicio oral, no existe la posibilidad de la ac-

48 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 49/1998, del 2 de marzo de 1998.

49 GÓMEZ DE LIAÑO 1991: 15.

50 En nuestro país existe una grave sumarización de los procesos. Por Ley N.º 26689, vigente desde el 1º de diciembre de 1996, se ha establecido el trámite sumario para la gran mayoría de los delitos tipificados. Respecto a los procesos ordinarios, hay que agregar que hasta la dación de la Ley N.º 27994 del 06 de junio de 2003, que modificó los artículos 198 y 199 del Código de Procedimientos Penales, tanto el Fiscal Provincial, como el Juez Penal invocaban estas diligencias sumariales antes de que fueran oralizadas como pruebas, a fin de pronunciarse por la responsabilidad penal en los dictámenes finales e informes finales, respectivamente, a que estaban obligados.

tuación de la prueba o mejor de la *mínima actividad probatoria que se entienda de cargo* y que destruya la presunción de inocencia.

El tema de la prueba ilícita es harina de este costal. Ya en nuestro medio, los famosos *vladivideos* fueron transmitidos por la televisión marcando el inicio de la caída de un gobierno y nos permitieron observar la forma de operar de la corrupción estatal. ¿Estos videos filmados por Vladimiro Montesinos sin el consentimiento de sus invitados constituían prueba prohibida?, ¿cuál es el sustento que impide admitir determinadas pruebas, cuando el sentido común nos dice que al no hacerlo, se le está otorgando armas a la impunidad? La respuesta exige varias diferenciaciones.

La no admisión de la prueba ilícita es una sanción a la fuente u origen de esa prueba; es decir, que su obtención no se realice vulnerando los derechos fundamentales de la persona. Si aceptamos que la persona humana es el centro de toda persecución penal, que se presume no culpable y que, por ende, la investigación del delito no puede hacerse vulnerando sus derechos fundamentales, la respuesta se torna más clara y de íntima relación con la presunción de inocencia.

Ya el Tribunal Supremo alemán declaró que no es objeto de la persecución penal obtener la verdad a cualquier precio. Visto de este modo, el Estado en su accionar en la investigación probatoria encuentra límites en los derechos fundamentales de la persona, por lo que se garantiza la no utilización de esta prueba ilícitamente obtenida, un tema ampliamente estudiado hoy en día.

Tal como señala Díaz Cabiale, «[...] la cuestión es dónde ubicar la garantía procesal de la inadmisión de la prueba ilícita, en qué derecho fundamental procesal del art. 24.2 debe entenderse plasmada. En concreto, y a pesar de ciertas oscilaciones en la jurisprudencia del TC [...] se trata en la mayoría de los casos de uno más de los contenidos de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se convierte, pues, en imperativo de la propia jurisprudencia del TC, en el derecho fundamental que abarca necesariamente, cualquier aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal [...]». Agrega que «[...] precisamente, la presunción de inocencia se convierte en concepto que aspira a estructurar un modelo de proceso penal de modelo garantista y, más concretamente, a la forma en que el imputado debe ser tratado a lo largo del proceso; de ahí que el encaje natural de la garantía objetiva en que consiste la prohibición

de admitir pruebas que lesionaron un derecho fundamental no pueda ser otro que la presunción de inocencia».⁵¹

Esta inadmisión de pruebas tiene origen en el caso de *Dollree Mapp* (Cleveland, 1957) donde la Suprema Corte de los EE.UU. crea la cláusula exclusionaria a fin de hacer cumplir la Cuarta Enmienda, declarando que «[...] toda prueba obtenida mediante registro y ocupaciones en infracción de la Constitución es, por la Constitución misma, inadmisibles en un tribunal», y que sin esta cláusula exclusionaria la Cuarta Enmienda sería «[...] una mera fórmula, sin valor e indigna de mención en el carácter perpetuo de la inestimable libertad humana»⁵² La exclusión de pruebas que hayan sido ilegalmente obtenidas es la doctrina conocida en nuestro idioma como *fruto del árbol envenado* (*Fruit of the Poisonous Tree*).

En cuanto a los videos grabados por el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres y que fueron bautizados como *vladivideos*, la doctrina nacional ha señalado que no constituyen prueba ilícita, pues no violentan el derecho al secreto de las comunicaciones (el mismo que opera frente a terceros a fin de evitar que intercepten la comunicación) ni el derecho a la intimidad (pues los asuntos sostenidos en dichas grabaciones tienen contenido delictivo). Más aún, teniendo en cuenta que su obtención fue legal, al ser producto de una orden de allanamiento judicial.⁵³

La exclusión de la prueba ilícita se encuentra, además, supeditada al principio de proporcionalidad, cuando su admisión «[...] constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes».⁵⁴

V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REIVINDICACIÓN. A MODO DE CONCLUSIÓN

El concepto actual de Estado Constitucional exige construir un sistema de persecución penal, en base a la presunción de inocencia, de otro modo

51 DÍAZ CABIALE 2001: 29-32. Se refiere al art. 24. inc. 2 de la Constitución Política de España donde se encuentran los derechos fundamentales positivizados.

52 Cfr FRIENDLEY y ELLIOT 1987: 176 y ss.

53 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO *et al.* 2002: 90-100.

54 HAIRABEDIAN 2002: 91, citando a MINVIELLE.

deslegitimamos nuestros procesos y la imposición de las penas. Claro ejemplo de ello es la imposición de condenas en los procesos antiterroristas, sustentada en una legislación de emergencia que ha llevado a muchos inocentes a la cárcel.

Nuestro Tribunal Constitucional ha invocado la dignidad de las personas señalando, en una valiente decisión, que declara inconstitucionales diversos artículos de las leyes antiterroristas (Exp. 010-2002): «[...] en las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración [...]. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de Derechos Humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional».

Esta reivindicación de nuestro máximo tribunal, abre un espacio también de esperanza y de lección para nuestros tribunales ordinarios, los mismos que se encuentran llamados a imponer las correspondientes sanciones ante la vulneración de la presunción de inocencia, pero también es una imposición hacia ellos mismos como mandato fundamental. Sin duda, se exige que la magistratura realice acciones que impidan la inversión de los valores del sistema jurídico, algo que no sucedió en los últimos años y que es una deuda pendiente con la ciudadanía a fin de evitar los excesos del poder sin contrapeso y sin control por parte de los jueces y fiscales.

La vulneración diaria de la presunción de inocencia se vuelve más peligrosa desde la misma actuación de los poderes públicos, por ello existe la necesidad de reglamentar la indemnización por los llamados errores judiciales, si de error puede hablarse cuando se imponen sanciones sin valorar el principio rector del proceso penal democrático, como es la presunción de inocencia, lo que en rigor constituye una clara violación de las cláusulas fundamentales del ordenamiento jurídico y contrario al derecho, puesto que el derecho empieza en la Constitución y todo lo que la infrinja, incluidas las actuaciones o las omisiones de los poderes públicos, deben también considerarse contrario al orden jurídico.

Los medios de comunicación, es cierto, tienen su cuota en esta vulneración y ello no es solo un problema de lenguaje a la hora de informar, sino que responde a intereses económicos, puesto que a mayor *rating*, sensacionalismo o primicia, mayores ventas e ingresos para sus propietarios. Este

interés económico particular se contraponen a la presunción de inocencia. Una forma de desincentivar la emisión de este tipo de noticias es la imposición de sanciones económicas.

La presunción de inocencia es el peso que intenta equilibrar la balanza, que tiene a un lado a la persecución estatal y en el otro extremo al inculpa- do. Un sistema que privilegia una posición de desventaja del inculpa- do y, por ende, una presunción de culpabilidad, ya sea través de sus normas o sus formas, se encuentra inmerso en lo que se conoce como cultura inquisitiva, la misma que sobrevive como resquicio de los procesos inquisitivos, y que desplaza al ser humano e impide en la actualidad la construcción de un pro- ceso penal, como diría Albin Eser, a su medida.

La construcción de un proceso penal que se cimiente en la presunción de inocencia tiene que privilegiar el juicio oral como escenario de la prueba necesaria para imponer una sanción, además de la separación de investigar y juzgar. En otras palabras, proscribir el procedimiento sumario actual como principal forma de enjuiciamiento penal en nuestro país.

Por otro lado, el interés de los operadores de la administración de justi- cia no puede responder a justificaciones que vulneren la libertad de una persona, tales como ritualismos que dilatan procesos con el solo fin de sub- sanar errores en la tramitación, menos aún puede responder a una cultura formalista que se olvida que la persona es el sujeto principal de un proceso penal. Lamentablemente, una reforma que privilegie la presunción de ino- cencia no es solo normativa. De hecho, ninguna reforma es posible si no cambia la opinión de los operadores de la justicia sobre el proceso penal que queremos.