EXP. N.° 04780-2017-PHC/TC
EXP. N.° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado)
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y
NADINE HEREDIA ALARCÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera; los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez; la abstención denegada del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera; y el abocamiento del magistrado Ramos Núñez aprobado en la sesión del Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018.

ASUNTO

Recursos de agravio constitucional interpuestos por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda a favor de don Ollanta Moisés Humala Tasso y de doña Nadine Heredia Alarcón contra la resolución de fojas 895, de fecha 18 de octubre de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de fecha 23 de agosto de 2017; y, la resolución de fojas 444, de fecha 25 de octubre de 2017, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de fecha 25 de agosto de 2017.

ANTECEDENTES

Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC

Con fecha 23 de agosto de 2017, don Jorge Luis Purizaca Furlong interpuso demanda de hábeas corpus a favor de don Ollanta Moisés Humala Tasso y de doña Nadine Heredia Alarcón, contra el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, don Richard Concepción Carhuancho, y contra los Jueces Superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, don Octavio Sahuanay Calsin, don Iván Quispe Aucca y doña Jessica León Yarango, solicitando la nulidad de la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017 y la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, mediante las que se les impuso la medida de prisión preventiva. Sostiene que las cuestionadas resoluciones judiciales lesionan los derechos fundamentales a la debida motivación, al debido proceso y a la libertad personal de los favorecidos.

Alega el recurrente que el Ministerio Público no ha acreditado la existencia de indicios delictivos que permitan sostener que los imputados se encuentran inmersos en los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal que justifican el dictado de

prisión preventiva, tal como exige el artículo 279, inciso 1, del mismo código. Es decir, sostiene que no se ha probado la presencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule a los imputados como autores o partícipes del mismo, ni el peligro procesal sintetizado en peligro de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad. En lugar de ello –aduce– el Ministerio Público ha pretendido acreditar la presencia de "nuevos elementos de convicción" que justificarían el dictado de la prisión preventiva, lo cual, a su criterio, viola la legalidad procesal.

Manifiesta que de la investigación fiscal no derivan graves y fundados elementos de convicción que permitan sostener que los procesados hayan recibido dinero proveniente de Venezuela y de Brasil para las campañas políticas de las elecciones de los años 2006 y 2011, ni tampoco que el origen de dicho dinero sea ilícito. Refiere que, por ello, las resoluciones cuestionadas, al basarse en hechos no corroborados, incurren en una violación del derecho fundamental a la debida motivación, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución.

Argumenta que, en todo caso, los supuestos "nuevos elementos de convicción", no serían "nuevos" puesto que ya existían con anterioridad a la emisión de la orden de comparecencia con restricciones dictada contra los investigados. Este sería el caso de los elementos indiciarios vinculados a supuestos falsos aportantes a las campañas y el otorgamiento de poder a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con las menores hijas de los imputados. Cuestiona, asimismo, que en contra del procesado Humala Tasso se hayan tomado en cuenta transcripciones de audios que, según refiere, no han sido incorporados válidamente a la carpeta fiscal, que no tienen conexidad con los hechos que son materia de investigación y que no han pasado por una pericia de voz que establezca la identidad de los interlocutores.

El procurador público adjunto encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contestó la demanda señalando que debe ser declarada improcedente, por considerar que al haberse concedido un recurso de casación excepcional contra la resolución de segunda instancia cuestionada en este proceso, ella carece de la firmeza exigida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, sin que se verifique ningún supuesto para exceptuar la aplicación de esta regla. Agrega que la continuación de este proceso conllevaría avocarse a causas pendientes ante la jurisdicción ordinaria, contraviniendo lo establecido en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución. Sostiene que la revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva se ha efectuado dentro de los parámetros previstos en el artículo 279, inciso 1, del CPP, es decir, por la existencia de nuevos elementos de convicción que la justifican. Finalmente, indica que la supuesta insuficiencia probatoria relacionada con la configuración del delito de lavado de activos no puede ser planteada en un proceso de habeas corpus, pues es materia de exclusiva valoración en el ámbito de la jurisdicción penal.

Los jueces superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, don Octavio Cesar Sahuanay Calsin y doña María Jessica León Yarango, han contestado, individualmente, la demanda señalando que los cuestionamientos vinculados con la supuesta no acreditación de la recepción de los fondos provenientes de Venezuela y Brasil, su origen ilícito y la supuesta incorrecta interpretación del artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal, no pueden ser valorados en un proceso de habeas corpus. Refieren, además, que las resoluciones judiciales cuestionadas carecen de firmeza, por haberse interpuesto un recurso de casación excepcional.

El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura, declaró infundada la demanda, por considerar que las resoluciones cuestionadas carecen de firmeza y que lo que se pretende es una reevaluación de los elementos de juicio e indicios que ha valorado la jurisdicción ordinaria, lo cual escapa de las competencias de la jurisdicción constitucional.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por considerar que las resoluciones cuestionadas carecen de firmeza y que, en estricto, se pretende una revaloración de los medios probatorios.

Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC

Con fecha 25 de agosto de 2017, don Luis Alberto Otárola Peñaranda interpuso demanda de habeas corpus a favor de don Ollanta Moisés Humala Tasso y de doña Nadine Heredia Alarcón, contra los Jueces Superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en adición a sus funciones Sala Penal Especializada en Delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado don Octavio Cesar Sahuanay Calsin, don Iván Quispe Aucca y doña María Jessica León Yarango, solicitando la nulidad de la Resolución N.° 9, de fecha 3 de agosto de 2017, que confirmó el mandato de prisión preventiva en contra de los beneficiados emitido en el expediente N.° 00249-2015-23-5001-JR-PE-01; y como consecuencia de ello, solicita la inmediata libertad de los favorecidos, para que afronten la investigación fiscal con las medidas vigentes hasta antes de la inconstitucional expedición de la resolución cuestionada.

El recurrente sostiene que los favorecidos han sido sometidos a un proceso de investigación por parte de la Segunda Fiscalía Supranacional Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, cuyo titular es el Fiscal Germán Juárez Atoche, con la intervención del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional a cargo del Juez Richard Concepción Carhuancho, por más de 2 años, sin que exista una acusación fiscal formulada en su contra. Agrega que los beneficiarios fueron sometidos a medidas de restricciones de su libertad (en el caso de doña Nadine Heredia Alarcón se

dictó un mandato de impedimento de salida y comparecencia restringida; y en el caso de don Ollanta Humala Tasso a una medida de comparecencia restringida), las cuales fueron cumplidas conforme a lo ordenado.

Pese a ello, con fecha 11 de julio de 2017, la Segunda Fiscalía Supranacional solicitó la variación de la medida cautelar de comparecencia con restricciones por la prisión preventiva, argumentando, arbitrariamente, en una serie de considerandos que en lugar de sustentar la existencia elementos de convicción para restringir la libertad de los beneficiarios, aluden más bien a la acreditación de la comisión de ilícitos penales (lavado de activos) con la presentación de testimonios de varias personas, consignando las actas de transcripción de audios obtenidos de manera ilegal en el año 2010, y dando por cierta las declaraciones de los aspirantes a colaboradores (Marcelo Odebrecht y Jorge Simons Barata), construyendo de esta manera una lista de temas a los que atribuye un peligro procesal y obstaculización de la justicia, sin la debida contrastación probatoria.

El Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 29 de agosto de 2017, declaró liminarmente improcedente la demanda al considerar que la resolución cuestionada no se encuentra firme al haberse interpuesto contra ella un recurso de casación. Asimismo, señala que el juez constitucional del habeas corpus no es una instancia más donde deba examinarse pronunciamientos judiciales emitidos en procesos ordinarios, ni efectuarse valoraciones probatorias bajo el alegato de afectaciones de los derechos fundamentales; máxime si los favorecidos contaron intraproceso, con todos los mecanismos legales para cuestionar oportunamente el mandato de restricción de la libertad dictado en su contra.

La Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 25 de octubre de 2017, confirmó la apelada en atención a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio.

1. Las demandas de habeas corpus tienen por objeto lo siguiente:

Expediente N.° 04780-2017-PHC/TC

a) Se declare la nulidad de la Resolución N° 3, de fecha 13 de julio de 2017 (en adelante, la Resolución 3, expedida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional (en adelante, el Juez), que revocando la comparecencia con restricciones emitida contra Ollanta Humala Tasso y Nadine

Heredia Alarcón, dictó contra ellos mandato de prisión preventiva.

b) Se declare la nulidad de la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017 (en adelante, la Resolución 9), expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional (en adelante, la Sala), que confirmó la referida Resolución 3.

Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC

c) Se declare la nulidad de la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, que confirmó el mandato de prisión preventiva emitido en el expediente 00249-2015-23-5001-JR-PE-01; y como consecuencia de ello, solicita la inmediata libertad de los beneficiarios.

2. En ambas demandas, se sostiene que las referidas resoluciones judiciales han incurrido en una violación de los derechos fundamentales a la debida motivación, al debido proceso y a la libertad personal.

Cuestión Preliminar. Sobre el rechazo liminar del expediente 00502-2018-PHC/TC

3. Antes de ingresar al análisis formal de la materia controvertida, resulta pertinente manifestar que con fecha 29 de enero de 2018, ingresó el expediente 05465-2017-0-1801-JR-PE-47, ante esta instancia jurisdiccional, siendo signado bajo el número de expediente 00502-2018-PHC/TC.

4. Mediante escrito de fecha 31 de enero de 2018, don Luis Alberto Otárola Peñaranda, parte demandante del citado expediente, solicitó a este Tribunal la acumulación de su causa con el expediente 04780-2017-PHC/TC, pedido aprobado por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante acuerdo de fecha 6 de febrero de 2018, y puesto a conocimiento de las partes a través del decreto de la misma fecha.

5. A fin de emitir un pronunciamiento respecto de la demanda interpuesta por don Luis Alberto Otárola Peñaranda pese a haber sido rechazada liminarmente, este Tribunal ha tomado en consideración no solo la necesidad de notificar a la parte demandada del proceso con el decreto de acumulación, sino también ha tomado en cuenta el hecho objetivo de que el cuestionamiento de la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017 y los jueces superiores emplazados en dicha demanda, resultan ser los mismos que han participado en el trámite del expediente 04780-2014-PHC/TC.

6. En tal sentido, no existe incompatibilidad para emitir una decisión, más aun cuando en dicho expediente el procurador público encargado de los asuntos del Poder Judicial se apersonó a la instancia (f. 362), y ha sido notificado con el concesorio

del recurso de agravio constitucional y el decreto de acumulación antes citado. (habiendo participado de la audiencia pública del 21 de febrero de 2017)

Procedencia de la demanda. Sobre la firmeza de las resoluciones judiciales impugnadas

7. En el presente caso, tanto el procurador público adjunto encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, como los Jueces de la Sala emplazados en el expediente 04780-2017-PHC/TC han sostenido que las resoluciones judiciales cuestionadas carecen de firmeza, puesto que contra ellas se han interpuesto sendos recursos de casación excepcional.

8. Cabe precisar que este es el argumento principal por el que las demandas de habeas corpus de los expedientes 04780-2017-PHC/TC (segunda instancia) y 00502-2018-PHC/TC (ambas instancias) han sido desestimadas en las instancias judiciales anteriores.

9. Al respecto, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece que "el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva". En ese sentido debe entenderse que uno de los presupuestos para que se habilite la procedencia de un proceso constitucional donde se cuestione una resolución judicial, necesariamente debe cumplir con el requisito de firmeza.

10. En esta misma línea, este Tribunal Constitucional en la Sentencia 04107-2004-HC/TC (*caso Leonel Richi Villar De la Cruz)* ha manifestado que debe entenderse como resolución judicial firme aquella contra la cual se han agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia, lo que implica el agotamiento de los recursos antes de la interposición de la demanda.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario verificar si este requisito de procedencia ha sido o no cumplido por los demandantes a fin de garantizar un adecuado estudio formal y objetivo de la materia controvertida.

12. Los recursos de casación de don Ollanta Humala Tasso y doña Nadine Heredia Alarcón fueron interpuestos el 18 de agosto de 2017, tal y como lo ha informado la parte emplazada a través del escrito de fecha 23 de febrero de 2018 (obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional). Por otro lado, se advierte que el auto de concesión de dichos recursos data del 28 de agosto de 2017 (f. 421 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

13. Las demandas de hábeas corpus fueron presentadas el 23 y 25 de agosto de 2017 (f.

1 de los expedientes 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-HC/TC, respectivamente).

14. Las resoluciones que en las instancias precedentes desestimaron las demandas de hábeas corpus, fueron emitidas el 18 de setiembre y el 18 de octubre del 2017 (expediente 04780-2017-PHC/TC) y el 29 de agosto y 25 de octubre del mismo año (expediente 00502-2018-PHC/TC).

15. Finalmente, se aprecia que los recursos de agravio constitucional fueron interpuestos los días 11 de noviembre de 2017 (f. 919 del expediente 04780-2017-PHC) 27 de noviembre de 2017 (f. 461 del expediente 502-2018-PHC/TC).

16. En tal sentido, no queda duda de que a la fecha de interposición de los recursos de agravio constitucional por parte de don Jorge Luis Purizaca Furlong y don Luís Alberto Otárola Peñaranda, los recursos de casación existían y se encontraban pendientes de pronunciamiento. *Ergo*, la resolución impugnada carecía de firmeza.

17. No obstante ello, el 18 de diciembre de 2017, la Primera Sala Suprema Penal Transitoria de la Corte Suprema declaró nulo el concesorio de los recursos de casación de los favorecidos, y declarándolos inadmisibles. En consecuencia, en la actualidad, las resoluciones cuestionadas han alcanzado firmeza.

18. Cabe precisar que esta situación ha sido puesta en conocimiento de este Tribunal por los demandantes mediante escritos de fecha 11 de enero de 2018 (expediente 04780-2017-PHC/TC) y 31 de enero de 2018 (expediente 00502-2018-PHC/TC).

19. En tal sentido, este Tribunal tiene dos alternativas objetivas para emitir pronunciamiento sobre la procedibilidad de las demandas incoadas:

    a) Rechazar la demanda dado que al tiempo de interponerse e incluso cuando se expidieron las resoluciones que la desestimaron en las instancias precedentes, incurría en una causal de improcedencia;
    b) Ingresar a valorar el fondo de la cuestión planteada dado que dicha causal ha desaparecido de modo sobrevenido.

20. El Tribunal Constitucional encuentra justificado efectuar un análisis sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales cuestionadas han adquirido firmeza sobrevenida, no solo porque el principio *pro actione* en línea de correspondencia con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción como manifestación de una tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política) así lo exige, sino también porque, en el mismo sentido, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si

el proceso debe declararse concluido, deberá optarse por su continuación.

21. Cabe manifestar que el caso del cumplimiento sobreviniente de la firmeza de las resoluciones impugnadas, no constituye una excepción a la regla de firmeza, sino una interpretación complementaria a dicha regla en aplicación de los principios *pro actione* y *pro homine*, pues no cabe duda que la intervención de la jurisdicción constitucional en la revisión de resoluciones judiciales es de carácter subsidiaria y que solo se activa si existe una resolución judicial firme.

22. Sin embargo, en casos como los de autos, el defecto inicial de procedibilidad de las demandas de hábeas corpus como elemento procesal que impide la activación de la jurisdicción constitucional, decae no porque no se haya interpuesto el medio impugnatorio habilitado, sino porque la resolución cuestionada ha adquirido firmeza definitiva sobrevenida durante el trámite del proceso constitucional; hecho objetivo que habilita al juez constitucional, en virtud del principio *pro actione* y *pro homine*, a emitir un pronunciamiento sobre el fondo privilegiando la tutela del derecho fundamental sobre las formas procesales.

23. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera necesario expresar que la opción de rechazar la demanda en virtud de la ausencia de firmeza de las resoluciones cuestionadas a la fecha de interposición de la demanda, es una respuesta constitucional, legal y válida en términos procesales, siempre que al momento de adoptar dicha decisión, la respuesta al recurso impugnatorio aun se encuentre pendiente; sin embargo, dicha opción frente al cambio de condición de la resolución impugnada de pendiente a definitiva –durante el trámite de un proceso constitucional–, deja de responder a un criterio constitucional y pasa a ser solo una respuesta legal que no observa los fines esenciales de los procesos constitucionales y privilegia las formas procesales por encima de la tutela procesal que merece el derecho a la libertad individual y sus derechos conexos invocados, lo cual a todas luces evidenciaría una respuesta contraria al principio de informalidad procesal cuya máxima expresión se desarrolla a través del hábeas corpus.

24. En resumen, la regla de firmeza de las resoluciones judiciales materia de impugnación incorporada en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, responde al criterio de subsidiariedad de los procesos constitucionales para la revisión de los mandatos judiciales, a fin de evitar el cuestionamiento prematuro y carente de interés para obrar del presunto agraviado con sus efectos; mas no responde a un criterio procesal puro y aislado de procedencia de los procesos constitucionales, pues estos responden a dos fines esenciales superiores que son "garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales", los cuales, sumados a los principios *pro actione* y *pro homine*, permiten al juez constitucional privilegiar la tutela procesal de los derechos

fundamentales sobre los requisitos o formas procesales, razón por la cual, este Tribunal se inclina, en el presente caso, por resolver este aspecto procesal conforme a la segunda alternativa planteada en el fundamento 19 *supra*.

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la materia constitucional controvertida

El derecho a la libertad individual y el derecho a la libertad personal

25. El derecho a la libertad individual como derecho fundamental materia de protección del habeas corpus por mandato del artículo 200, inciso 1, de la Constitución, se constituye como un derecho continente que engloba una serie de derechos de primer orden enumerados enunciativamente en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, entre los que encontramos a la libertad personal.

26. Como todo derecho fundamental, la libertad individual y sus derechos contenidos no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como los son otros derechos, principios y valores constitucionales.

27. En el caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, tiene un doble carácter a saber. "En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Exp. N.° 1091-2002-HC/TC), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales […]" (Sentencia 07624-2005-PHC/TC, fundamento 2).

28. En esa misma línea de razonamiento, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos reconocen a la libertad personal como un derecho de tutela internacional sujeto a restricciones excepcionales debidamente establecidas en la ley y con arreglo al procedimiento preestablecido en ella.

La libertad personal y la prisión preventiva como *última ratio*

29. El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que, tal como ha establecido en su jurisprudencia, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 "está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado" (Cfr. Sentencia 0032-2010-PI/TC, fundamento 17).

30. En efecto, si el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política), y solo se es plenamente digno en la medida de que se tenga oportunidad de construir autónomamente un proyecto de vida, respetando los derechos de los demás, entonces la libertad ocupa un lugar primordial en nuestro sistema de valores.

31. De ella deriva de modo directo el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución). Es decir, la libertad física, sin cuyo ejercicio se restringe una gama importante de otros tantos derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Cuando una persona es privada de la libertad personal se produce, pues, un fenómeno extraordinariamente perturbador en buena parte del sistema de derechos. Es por tal razón que es la sanción más grave que puede imponerse en un sistema democrático (con excepción, claro está, de la pena de muerte, allí donde aún es aplicada).

32. Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de *última ratio*. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es

> "… una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *última ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100-2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras)

33. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general" que nuestra jurisprudencia reconoce (Cfr. Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12, Sentencia 02934-2004-HC/TC, fundamento 2; Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 10; Sentencia 00033-2004-HC/TC, fundamento 2; Sentencia 02915-2004-HC/TC, fundamento 9; Sentencia 00967-2004-HC/TC, fundamento 2, entre otras).

34. En efecto, el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aun si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aun no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad.

35. En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (Sentencia 04163-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en Auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3, Auto 02240-2014-PHC/TC, considerando 4, entre otras). En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5, Sentencia 01680-2009-HC, fundamento 21).

36. Así, también se ha señalado que en el caso de la prisión preventiva, "la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]" (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4, Sentencia 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8, entre otras).

37. En esta línea de razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva "debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática" (Corte IDH. Caso Tibi *v.* Ecuador, Sentencia de 7 de

septiembre de 2004, párr. 106; Caso Acosta Calderón *v.* Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; Caso García Asto y Ramírez Rojas *v.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 106; Caso López Álvarez *v.* Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 67; Caso Servellón García y otros *v.* Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 88; Caso Yvon Neptune *v.* Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 107; Caso Bayarri *v.* Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 69; Caso Barreto Leiva *v.* Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121). En la misma inteligencia, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos establecen que "[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (Regla 6.1).

38. De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.

39. Por ello, cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una "motivación cualificada" (Cfr. Sentencia 0728-2008-PHC, F. J. 7 f.). En palabras de la Corte Interamericana:

> "no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria" (Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *v.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93).

Análisis de la controversia

40. En las demandas, en esencia, se argumenta que a pesar de que el artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal exige que para variar un mandato de comparecencia

por uno de prisión preventiva deben presentarse indicios delictivos fundados de que los imputados están incursos en los supuestos previstos en el artículo 268 del Código Procesal Penal –a saber, a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que los vincule como autores o partícipes del mismo, b) que la sanción a imponerse sea superior a 4 años de pena privativa de libertad, y c) que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que tratarán de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)–, ello no se ha dado en el caso de los favorecidos.

41. En tal sentido, corresponde evaluar las resoluciones cuestionadas en función al cumplimiento de los estándares de la prisión preventiva desarrollados *supra*, a fin de identificar si la medida restrictiva adoptada en contra de los favorecidos resulta constitucional o inconstitucional.

42. En el caso concreto, la expedición de las Resoluciones 3 y 9, tienen como antecedente la solicitud presentada ante la judicatura por parte del Ministerio Público a fin de que se revoque la comparecencia con restricciones que pesaba sobre los investigados y se la reemplace por el dictado de una prisión preventiva, ello al amparo de lo previsto en el artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente:

> "Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva".

43. Existe pues un factor esencial que da lugar a la aplicación del artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal. Dicho factor es el siguiente: en el inicio del proceso, dados los primeros recaudos, por no considerarse a los procesados incursos en los presupuestos previstos en el artículo 268 del CPP, no estaba justificado dictar una medida de prisión preventiva, sino solo una medida de comparecencia (con restricciones o no); empero, luego del dictado de la comparecencia, en la investigación han surgido nuevos elementos de juicio que permiten justificar que los imputados, ahora sí, se encuentran incursos en los presupuestos del artículo 268, y corresponde, por consiguiente, ordenar la prisión preventiva.

44. Se interpreta, pues, que los "indicios delictivos fundados" a los que alude el artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal, hacen alusión a "nuevos elementos de juicio" que justifican el dictado de una prisión preventiva, siendo "nuevos" porque no habían sido incorporados a la investigación en el momento en que se dictó la

medida de comparecencia y su confirmatoria.

45. De este modo, la aplicación del artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal debe estar justificada en el surgimiento de nuevos elementos de convicción vinculados con todos o cuando menos algunos de los requisitos que de conformidad con el artículo 268 del citado código deben tener lugar de modo copulativo para la expedición de una prisión preventiva: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que el investigado puede estar vinculado con la comisión de un delito, b) que la sanción a imponerse sea superior a 4 años de pena privativa de libertad; y, c) que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

46. Teniendo en cuenta lo antes dicho, corresponde efectuar el análisis de cada una de las resoluciones impugnadas a fin de verificar si los jueces emplazados han cumplido con justificar de manera razonable y proporcionada la revocatoria de la medida de comparecencia restringida de los favorecidos por la medida de prisión preventiva, de conformidad con los aludidos artículos 279, inciso 1 y 268 del Código Procesal Penal.

Sobre los nuevos elementos de convicción que los jueces emplazados han considerado suficientes para estimar razonablemente que los favorecidos se encuentran vinculados a la comisión de un delito

Del juez penal

47. Según lo establecido en la Resolución 3, los nuevos elementos de convicción que, a criterio del Juez, permiten acreditar el cumplimiento del presupuesto previsto en el artículo 268, literal a), del Código Procesal Penal, esto es los fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que los investigados pueden estar vinculados con la comisión de un delito, son los siguientes:

    A) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto grado de probabilidad que los procesados recibieron dinero de Venezuela de presunta fuente ilícita durante la campaña para las elecciones presidenciales del año 2006:

        - Manifestación del Testigo de Clave TP01-2016, quien habría presenciado que los procesados recibieron en enero de 2006 en la Embajada de Venezuela dos maletas conteniendo fajos de dinero.
        - Declaración testimonial de Ítalo Carmelo Ponce Montero, quien afirma

tener conocimiento que durante la campaña política de Ollanta Humala para las elecciones presidenciales del año 2006 se recibían aportes del extranjero y que en una ocasión vio dos mochilas conteniendo buena cantidad de dólares.

B) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto grado de probabilidad que los procesados recibieron dinero de Brasil de presunta fuente ilícita durante la campaña para las elecciones presidenciales del año 2011:

- Declaración de Jorge Simoes Barata quien afirma que, por indicación de Marcelo Odebrecht, y en virtud a un pedido del Partido Los Trabajadores de Brasil, para la campaña presidencial de 2011, hizo varias entregas de dinero a Nadine Heredia en un inmueble ubicado en la Av. Armendáriz en el distrito de Miraflores.
- Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht, quien afirma haberle dado la indicación a Jorge Simoes Barata de entregarle a los procesados 3 millones de dólares para la campaña presidencial de 2011, y que ellos, ya electo Ollanta Humala Presidente de la República, fueron a Brasil y se lo agradecieron.
- Acuerdo de Estados Unidos con Odebrecht, que da cuenta que Odebrecht creó una División de Operaciones Estructuradas que funcionó en realidad como un departamento de sobornos.
- Partida Registral 1646316, que muestra que el departamento 102 del inmueble ubicado en la Av. Armendáriz 564, en el distrito de Miraflores, tenía como titular a Ollanta Humala antes de que se lo transfiera en anticipo de legítima a sus menores hijas.
- Declaración de Ollanta Humala Tasso, quien afirma que es probable que el Sr. Barata haya visitado el referido inmueble, pues en él se han sostenido reuniones con diversos políticos y empresarios.
- Movimientos migratorios de ambos investigados, que muestran que viajaron a Brasil el 8 de junio de 2011.

C) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto grado de probabilidad que los procesados destinaron parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil a las campañas para las elecciones presidenciales de 2006 y 2011, adoptando mecanismos que solo pretendían darle apariencia de legalidad:

- Declaración de Víctor Miguel Soto Remuzgo, quien afirma que Ollanta Humala designó a Ilan Heredia Alarcón como tesorero de la campaña presidencial de 2006.

- Declaración de José Alejandro Vega Antonio, quien afirma que los procesados designaron a Ilan Heredia Alarcón para que maneje el dinero de la campaña.
- Informes de la ONPE, que refieren que el movimiento económico del Partido Nacionalista Peruano durante las campañas de 2006 y 2011 se manejó en alta medida en efectivo, sin documentos sustentatorios.
- Declaraciones de diversos testigos quienes afirman no haber aportado a las campañas, a pesar de que figuran en la lista de supuestos aportantes.
- Audios de conversaciones entre Ilan Heredia Alarcón y Julio Torres Aliaga, que muestran que existe preocupación en determinadas personas por su supuesto rol como aportantes, sin haberlo sido.

D) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto grado de probabilidad que Nadine Heredia habría destinado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil a la compra de equipos y habría constituido la persona jurídica PRODIN:

- Reporte del Banco de Crédito del Perú (BCP) que muestra que Nadine Heredia habría hecho un retiro en ventanilla de 25 mil dólares.
- Declaración de Ana Ethel del Rosario Jara Velásquez, quien afirma que se le hizo saber que el Partido Nacionalista Peruano deseaba adquirir señales de televisión educativa.
- Declaración de Miguel Ángel Tenorio Carazas, quien afirma que la Sra. Ana Jara le pidió sacar una señal de televisión para el Partido Nacionalista Peruano.
- Declaración de Carlos Enrique Juscamaita Aranguena, quien afirma que quien llenaba los cheques para la realización de gastos por parte de la empresa PRODIN era Ilan Heredia Alarcón.

E) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto grado de probabilidad que se habría colocado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil en la empresa Apoyo Total, simulando contratos que permitían justificar la obtención de ingresos por parte de Nadine Heredia:

- Declaración de Erika Leila Delgado Meza, quien afirma que ingresaba dinero a las cuentas de Apoyo Total para luego, vía banca por internet, para depositarlo en la cuenta de Nadine Heredia.
- Estado de cuenta de la Empresa Selva Alegre por un monto de 5 mil 600 dólares que se deposita en la cuenta de Apoyo Total y luego, vía banca por internet, se destina a la cuenta de Nadine Heredia.

F) Elementos que incrementan la apariencia y que permiten afirmar con alto

grado de probabilidad que Nadine Heredia habría dispuesto directamente de parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil:

- Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 6 de junio (no se precisa el año), por un monto de $48,680.10, que coincide con una anotación en su agenda.
- Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 21 de abril de 2008, por un monto de $25,000, que coincide con una anotación en su agenda.
- Correlato de menciones en la agenda de Nadine Heredia con las cuentas que tienen sus menores hijas en el Banco de Comercio.

48. En base a esta información, el Juez concluye lo siguiente:

> "En conclusión, existe un alto grado de probabilidad a la luz de los nuevos elementos de convicción, que Nadine Heredia Alarcón y Ollanta Moisés Humala Tasso habrían recibido dinero de Venezuela y de Brasil, y lo habrían colocado para las campañas del 2006 y del 2011 (…), y para ello habrían simulado mediante aportantes fantasma, incluso habrían colocado también parte del dinero en compra de equipos, también en PRODIN, e incluso tienen otros fondos en el BCP, fondos mutuos, e incluso en cuentas del Banco de Comercio; consecuentemente a juicio de este Despacho, respecto a los hechos que le imputa el Ministerio Público a los dos investigados se cumple el primer presupuesto de la prisión preventiva, [pues] existen fundados y graves elementos de convicción contra los dos (…) respecto al delito de lavado de activos, ya no a nivel de probabilidad, ya no es una simple suficiencia, es un alto grado de probabilidad" (Cfr. fojas 50 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

49. De esta manera, los nuevos elementos de convicción que, a criterio del Juez, evidenciaban que los favorecidos se encuentran vinculados a la comisión de un delito, se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Art. 268 a. CPP: Fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que el imputado puede estar vinculado con la comisión de un delito	De supuesta recepción de dinero de Venezuela de presunta fuente ilícita durante la campaña 2006	Manifestación del Testigo de Clave TP01-2016
		Declaración testimonial de Ítalo Carmelo Ponce Montero
	De supuesta recepción de dinero de Brasil de presunta fuente ilícita durante la campaña 2011	Declaración de Jorge Simoes Barata
		Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht
		Acuerdo de Estados Unidos con Odebrecht
		Partida Registral N° 1646316, dpto. Av. Armendáriz fue propiedad de Ollanta Humala
		Declaración de Ollanta Humala sobre posible presencia de Barata en dpto. de Av. Armendáriz
		Movimientos migratorios que muestran viaje a Brasil
	De presuntamente haber destinado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil a las campañas 2006 y 2011	Declaración de Víctor Miguel Soto Remuzgo
		Declaración de José Alejandro Vega Antonio
		Informes de la ONPE
		Declaraciones de diversos testigos quienes afirman no haber aportado a las campañas
		Audios de conversaciones entre Ilan Heredia Alarcón y Julio Torres Aliaga
	De que presuntamente Nadine Heredia destinó parte del dinero proveniente de	Reporte del Banco de Crédito
		Declaración de Ana Ethel del Rosario Jara Velásquez
		Declaración de Miguel Ángel Tenorio Carazas

	Venezuela y Brasil a la compra de equipos y constituido la persona jurídica PRODIN	Declaración de Carlos Enrique Juscamaita Aranguena
	De que presuntamente se habría colocado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil en la empresa Apoyo Total, simulando contratos que permitían justificar ingresos de Nadine Heredia	Declaración de Erika Leila Delgado Meza
		Estado de cuenta de Empresa Selva Alegre
	De que presuntamente Nadine Heredia habría dispuesto directamente de parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil	Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 6 de junio (no se precisa el año)
		Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 21 de abril de 2008
		Correlato de menciones en la agenda de Nadine Heredia con las cuentas que tienen sus menores hijas en el Banco de Comercio

De los jueces superiores

50. Resolviendo los recursos de apelación interpuestos contra la Resolución 3 (Cfr. fojas 651 a 682 y 684 y siguientes del expediente 04780-2017-PHC/TC, respectivamente), la Sala, en primer término, evalúa la pertinencia de los elementos de juicio en que se ha basado el juez para considerar que se cumple el requisito previsto en el artículo 268, literal a), del Código Procesal Penal. En relación con ello, la Sala coincide con la pertinencia de la gran mayoría de los elementos.

51. Sin embargo, considera que las declaraciones de Víctor Soto Remuzgo y José Alejandro Vega Antonio, no constituyen nuevos elementos de convicción para buscar acreditar haber destinado parte del dinero supuestamente proveniente de Venezuela y Brasil a las campañas 2006 y 2011. Asimismo, respecto de las declaraciones de diversos testigos quienes afirman no haber aportado a las campañas, precisa la Sala que, tal como advirtió la defensa técnica, solo dos de ellas tienen la característica de ser nuevos elementos. Tampoco concede mayor virtualidad a las cuentas de las menores hijas en el Banco de Comercio para pretender sustentar que Nadine Heredia dispuso directamente de parte del dinero supuestamente proveniente de Venezuela y Brasil, en razón de que se trata de cuentas antiguas que han ido generando intereses en el tiempo.

52. En todo caso, más allá de estas atingencias, tal como lo hizo el Juez, la Sala considera que el cúmulo de elementos de valoración presentados con posterioridad al dictado de mandato de comparecencia contra los investigados, justifican considerar cumplido el primer presupuesto previsto en el artículo 268 del Código Procesal Penal para la revocatoria de la medida de comparecencia por el dictado de una prisión preventiva.

53. A continuación graficamos los elementos de convicción que la Sala emplazada ha tomado en cuenta para considerar la existencia de nuevos elementos de convicción que vinculan a los ahora favorecidos con la comisión del delito por el que se les

viene procesando:

Cuadro 2

Art. 268 a. CPP: Fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo	De supuesta recepción de dinero de Venezuela de presunta fuente ilícita durante la campaña 2006	Manifestación del Testigo de Clave TP01-2016
		Declaración testimonial de Ítalo Carmelo Ponce Montero
	De supuesta recepción de dinero de Brasil de presunta fuente ilícita durante la campaña 2011	Declaración de Jorge Simoes Barata
		Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht
		Acuerdo de Estados Unidos con Odebrecht
		Partida Registral N° 1646316, dpto. Av. Armendáriz fue propiedad de Ollanta Humala
		Declaración de Ollanta Humala sobre posible presencia de Barata en dpto. de Av. Armendáriz
		Movimientos migratorios que muestran viaje a Brasil
	De presuntamente haber destinado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil a las campañas 2006 y 2011	Informes de la ONPE
		Audios de conversaciones entre Ilan Heredia Alarcón y Julio Torres Aliaga
	De que presuntamente Nadine Heredia destinó parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil a la compra de equipos y constituido la persona jurídica PRODIN	Reporte del Banco de Crédito
		Declaración de Ana Ethel del Rosario Jara Velásquez
		Declaración de Miguel Ángel Tenorio Carazas
		Declaración de Carlos Enrique Juscamaita Aranguena
	De que presuntamente se habría colocado parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil en la empresa Apoyo Total, simulando contratos que permitían justificar ingresos de Nadine Heredia	Declaración de Erika Leila Delgado Meza
		Estado de cuenta de Empresa Selva Alegre
	De que presuntamente Nadine Heredia habría dispuesto directamente de parte del dinero proveniente de Venezuela y Brasil	Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 6 de junio (no se precisa el año)
		Estado de Cuenta de Ahorros BCP de Nadine Heredia, de fecha 21 de abril de 2008

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el deber de valorar todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, para determinar la existencia de nuevos elementos de convicción sobre la vinculación de los procesados con la comisión de un delito en el análisis de la revocatoria de la comparecencia por la prisión preventiva

54. El Tribunal Constitucional, en particular, y la jurisdicción constitucional, en general, deben guardar especial prudencia al momento de controlar la validez constitucional de los argumentos de las resoluciones judiciales que consideran que existen fundados y graves elementos de juicio que permiten sospechar que una persona procesada se encuentra vinculada con la comisión de un delito.

55. Ya el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de sentar su doctrina de que no existen en nuestro ordenamiento jurídico zonas exentas o invulnerables de control constitucional (Cfr. Sentencia 01230-2002-HC/TC, Sentencia 02409-2002-AA/TC, Sentencia 00090-2004-PA/TC, Sentencia 00239-2010-PA/TC, Resolución 01564-2004-AA/TC, Sentencia 08333-2006-PA/TC, Sentencia 04349-2007-PA/TC, Sentencia 02601-2011-PA/TC, Resolución 01807-2011-PA/TC, entre otras). De ahí que la judicatura ordinaria –en este caso la penal– no puede alegar invasión de sus fueros, si es que el Tribunal Constitucional actúa bajo el principio de corrección funcional, es decir, si a la hora del análisis de la actuación del Poder Judicial, dicho

análisis tiene lugar mediante un estudio detenido, minucioso de todas las actuaciones procesales a fin de concluir si a lo largo de todo el proceso no se han violado los derechos fundamentales de los demandantes.

56. Por ello, a efectos de no menguar la fuerza normativa de la Constitución Política, la revisión de las resoluciones judiciales no se encuentra exenta de un mesurado, pero siempre presente, escrutinio constitucional. Se ha dicho con recurrencia que el control de la debida motivación de las resoluciones judiciales no debe implicar subrogación de funciones, pero hay ciertos estándares de exigencia que no conllevan ese riesgo y que deben ser preservados.

57. En esa línea de pensamiento, una cosa es respetar los márgenes de valoración que son propios de la jurisdicción ordinaria, y otra, muy distinta, es que so pretexto de tal resguardo, la jurisdicción constitucional permita que los argumentos que vierta la jurisdicción ordinaria en el despliegue de sus respectivas funciones, resulten manifiestamente contrarios al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Esto último, desde luego, no es de recibo.

58. Pues bien, en el caso de autos, ambas resoluciones cuestionadas han tomado en cuenta tanto la manifestación del Testigo de Clave TP01-2016, como la declaración testimonial de Ítalo Carmelo Ponce Montero, a efectos de concluir que se ha elevado la probabilidad de que los investigados hayan recibido dinero de Venezuela durante la campaña 2006. En efecto, el contenido de ambas declaraciones apunta en mayor o menor medida a solventar dicha tesis.

    Empero, frente a ello, la defensa técnica aportó declaraciones de otros cuatro testigos (Pedro Pablo Kuczynski, Alejandro Toledo Manrique, Julio Raygada García y Jorge Cárdenas Sáenz) que, en mayor o menor medida, ponen en entredicho las declaraciones del testigo clave y de Ponce Montero. En consecuencia, la defensa solicitó a la Sala que tome en cuenta también las declaraciones de Kuczynski, Toledo, Raygada y Cárdenas al momento de valorar la verosimilitud que pudiera presentarse en relación con los supuestos aportes provenientes de Venezuela.

59. La Sala, no obstante, consideró que no podía atenderse lo solicitado "esencialmente porque el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud", agregando que los argumentos incriminatorios y defensivos "serán depurados en la etapa intermedia, debatidos, reforzados o refutados en el discurso del ulterior juicio oral" (Cfr. fojas 15 del expediente 04780-2017-HC/TC).

    Es decir, la Sala considera que en el escenario cautelar no se requiere consolidación probatoria para dar por cumplido el primer requisito del artículo 268 del Código

Procesal Penal para el dictado de una prisión preventiva, pues, no es necesario que en dicho espacio se valoren pruebas de descargo. ¿Esta argumentación resulta constitucional?. A consideración de este Tribunal, la argumentación esbozada por la Sala emplazada para no valorar las pruebas de descargo, resulta patentemente inconstitucional, pues ha terminado afirmando que en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional –medida cautelar limitativa de la libertad personal–, solo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten con la pretensión de justificar su rechazo, lo cual a todas luces, resulta lesivo del derecho a probar, componente del debido proceso.

60. Es evidente que cuando se discute la pertinencia o no de la prisión preventiva ninguna prueba es analizada con fines de acreditación punitiva. De hecho, hacerlo, resultaría inconstitucional por violar la presunción de inocencia. Pero asunto muy distinto es considerar que las pruebas de descargo no merecen valoración en esta etapa. También en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, *todos* los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, es decir, no con el objeto de formarse convicción acerca de la culpabilidad o de la inocencia, sino con la finalidad de determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo. Un razonamiento distinto es violatorio del derecho a probar, del derecho de contradicción, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia.

61. En efecto, como bien ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia impone que el juzgador examine todos los hechos y argumentos a favor o en contra de la aplicación o el mantenimiento de la prisión preventiva (Cfr. CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrafos. 86 y 87).

62. Así, la Sala ha incurrido en un razonamiento violatorio del derecho fundamental a probar –como manifestación implícita del debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política)–, del derecho de defensa, y por derivación –tratándose del espacio deliberativo sobre la pertinencia del dictado ni más ni menos que de una prisión preventiva– del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución Política).

63. Adicionalmente, es claro que al negarse a valorar las pruebas aportadas por la defensa técnica, la Sala eludió el deber de motivar por qué, a pesar de su contenido, continuaba asumiendo que las declaraciones del testigo clave y de Ponce Montero continuaban contribuyendo a sostener la formación de fundados y graves elementos

de convicción para sospechar razonablemente que los investigados recibieron dinero de Venezuela. Formarse o no esa convicción es un asunto de la jurisdicción ordinaria, pero es asunto de la jurisdicción constitucional el controlar que al momento de determinar qué elementos de juicio se tomarán en cuenta para ello, no se violen derechos fundamentales.

64. Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional considera que los jueces penales al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción de un pedido de revocatoria del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva, deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable la presunta existencia de elementos que permitan razonablemente vincular al procesado con la comisión del delito por el que se le sigue un proceso penal, a razón de salvaguardar la presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva de la dilucidación de la responsabilidad penal.

65. Pese a ello, y dado que en el caso concreto, conforme se aprecia del cuadro 2, en el caso de los favorecidos, la Sala emplazada consideró que los demás elementos de convicción presentados por el Ministerio Público para demostrar la existencia de nuevos elementos que permitieran vincular a los procesados con el delito por el que se les viene investigando, sí permitían dar por cumplido el requisito establecido en el artículo 268, literal a, del Código Procesal Penal para el dictado de una prisión preventiva.

Sobre los nuevos elementos de convicción que evidencian el incremento del peligro procesal de los favorecidos

Del juez penal

66. Según la Resolución 3, para el juez penal los nuevos elementos que permiten acreditar en el ***caso de Ollanta Humala*** el cumplimiento del presupuesto previsto en el artículo 268, literal c, del Código Procesal Penal, esto es, que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia –peligro de fuga– u obstaculizar la averiguación de la verdad –peligro de obstaculización–, son los siguientes:

A) Acta de Inconcurrencia, de fecha 20 de junio de 2017, mediante la cual, según afirma el juez, se dejó constancia de que no se hizo presente en la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, a fin de que proceda a rendir declaración. A juicio del

juez, ello "grafica una conducta de eludir la acción de la justicia" (Cfr. fojas 56 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

B) Partida Registral N° 41888202, que muestra que el 19 de septiembre de 2016, ha dado en anticipo de legítima a sus dos menores hijas el inmueble ubicado en la Av. Armendáriz en Miraflores. Afirma el Juez que a esa fecha era previsible que sería incorporado como investigado por la supuesta comisión del delito de lavado de activos, pues ya venía siendo investigada por ello su esposa Nadine Heredia, "lo que demuestra la conducta de desprenderse de su patrimonio, para no hacer frente a la probable reparación civil que pueda entablarse en su contra" (cfr. fojas 58 del expediente 04780-2017-PHC/TC), es decir, "se habría hecho con la finalidad de eludir la acción de la justicia" (Cfr. fojas 56 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

C) Audios relacionados al "Caso Madre Mía" (Comunicación N° 43, de fecha 2 de mayo de 2011; Comunicación N° 56, de fecha 6 de mayo de 2011; Comunicación N° 1, de fecha 22 de marzo de 2011; Comunicación N° 1, de fecha 4 de abril de 2011; Comunicación N° 32, de fecha 1 de mayo de 2011; Comunicación N° 36, sin fecha; Comunicación N° 64, de fecha 9 de junio de 2011; Comunicación N° 70, sin fecha; Comunicación N° 71, sin fecha; Comunicación N° 74, sin fecha). De acuerdo al Juez, del contenido de tales comunicaciones derivan datos que permiten afirmar que el investigado "estaría detrás de una presunta compra de testigos relacionad[a] al 'Caso Madre Mía'" (cfr. fojas 65), para luego sostener con mayor contundencia que "es la conducta del investigado Ollanta Moisés Humala Tasso de comprar testigos para eludir la acción de la justicia, lo que devela de manera plausible que podría reiterar esa conducta en este proceso, es decir, existe un alto grado de probabilidad que este investigado pueda proceder del mismo modo en este proceso, dado que aún este proceso se encuentra a nivel de investigación preparatoria" (Cfr. fojas 65 y 66 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

D) Finalmente, sostiene el Juez que dado "que se había constituido una presunta organización criminal para lavar activos", con "una estructura organizada (…), en consecuencia se ha configurado el peligro procesal" (Cfr. fojas 66 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

67. Por su parte, los nuevos elementos de convicción que de acuerdo a la Resolución 3, permiten acreditar en el caso de Nadine Heredia el cumplimiento del presupuesto previsto en el artículo 268, literal c, del Código Procesal Penal, esto es, que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia –peligro de fuga– u obstaculizar la averiguación de la verdad –peligro de obstaculización–, son los

siguientes:

A) Poder otorgado a Rosa Heredia Alarcón para que pueda salir del país con sus menores hijas, el cual a criterio del Juez "evidencia un incremento de posibilidad de fuga" (Cfr. fojas 68 del expediente 04780-2017-HC/TC).

B) Gestión para la contratación en un puesto laboral en la FAO, la cual se considera que "habría sido un mecanismo de contratación de favor para eludir la acción de la justicia, dado que su contratación no habría seguido los cauces regulares, conforme a los oficios recibidos, y que lo habría estado haciendo con la finalidad de desarraigarse del país; y, se indica que habría sido de favor por cuanto la entidad que la contrató, se encuentra a cargo de Graciano Da Silva, funcionario vinculado a Lula Da Silva que es del 'Partido Los Trabajadores', que fue el motivo por el cual habrían recibido dinero de la empresa Odebrecht" (cfr. fojas 68 del expediente 04780-2017-HC/TC).

C) Haber falseado su puño gráfico, y haber negado y luego aceptado haber recibido dinero de la empresa KAYSAMAK, lo cual, a criterio del Juez, constituye una conducta obstruccionista (Cfr. fojas 69 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

D) Su presunta pertenencia a una organización criminal (Cfr. fojas 54 – 55 del expediente 04780-2017-HC/TC).

68. De esta manera, los nuevos elementos de convicción que, a criterio del Juez, se acrecentó el peligro procesal de los favorecidos, se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 3

Art. 268 c. CPP: Que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)	En relación con Ollanta Humala	Acta de Inconcurrencia, de fecha 20 de junio de 2017
		Partida Registral N° 41888202, que evidencia que dio en anticipo de legítima a sus dos menores hijas el inmueble de la Av. Armendáriz
		Audios presuntamente relacionados al "Caso Madre Mía"
		Constitución de una presunta organización criminal
	En relación con Nadine Heredia	Poder otorgado a Rosa Heredia Alarcón para que pueda salir del país con sus menores hijas
		Gestión para la contratación en un puesto laboral en la FAO
		Haber falseado su puño gráfico, y haber negado y luego aceptado haber recibido dinero de la empresa KAYSAMAK

		Su presunta pertenencia a una organización criminal

De los jueces superiores

69. Los jueces superiores en revisión de los nuevos elementos que a criterio del juez penal, permitían concluir en la existencia del incremento del riesgo procesal en el ***caso de Ollanta Humala***, procedió a analizar cada uno de ellos a fin de verificar si, a su juicio, podían a ser considerados bajo dicha calidad.

70. Así, con relación a la supuesta inconcurrencia a rendir declaración ante la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio el 20 de junio de 2017, la defensa técnica acreditó que el investigado no dejó de acudir a la diligencia, sino que llegó 25 minutos tarde a ella, habiendo acudido puntualmente a la reprogramación de la misma realizada el 28 de junio. Ello, aunado a otros elementos vinculados al comportamiento del investigado en el proceso, llevaron a la Sala a considerar que la referida inconcurrencia no podía ser considerada como un factor que permita concluir riesgo de fuga.

71. Con relación a haber cedido en anticipo de legítima a sus hijas la propiedad de un inmueble, la Sala acude al fundamento 47 de la Casación 626-2013, para descartarlo como argumento que pueda justificar el peligro de fuga, pues consideró que el propósito de la medida de prisión preventiva no es garantizar el pago de la reparación civil, por lo que dicho acto de disposición, a su consideración carecía de virtualidad para incrementar el riesgo procesal.

72. Sin embargo, para la Sala, sí mantienen virtualidad como motivos para presumir razonablemente y con alto grado de probabilidad el riesgo de obstrucción de la actividad probatoria de su parte, la existencia de audios que permitirían sospechar que ha estado vinculado a compra de testigos en otro proceso judicial, y su presunta pertenencia a una organización criminal. De ahí que la Sala, finalmente, haya encontrado justificado el dictado de una prisión preventiva en su contra.

73. En el ***caso de Nadine Heredia***, según ha sido expuesto *supra*, fueron tres los nuevos elementos que a criterio del juez permitían concluir la existencia de peligro procesal a saber: a) haber otorgado un poder a Rosa Heredia Alarcón, para que pueda salir del país con sus menores hijas; b) haber supuestamente gestionado su contratación en un puesto laboral en la FAO, y c) haber falseado su puño gráfico, y haber negado y luego aceptado haber recibido dinero de la empresa KAYSAMAK.

74. Respecto a la supuesta gestión que habría llevado a cabo Nadine Heredia para acceder a un puesto laboral en la FAO y que fue interpretada por el Juez como un mecanismo para eludir la acción de la justicia, la Sala afirma que de la Nota Verbal

Leg 22/17 –que dio respuesta al pliego de preguntas formuladas en los oficios cursados por el Ministerio Público a la FAO– deriva que, a diferencia de lo sostenido por el Juez, la contratación sí siguió los cauces regulares, sin que pueda considerarse acreditado que haya sido resultado de un favor realizado por Graziano Da Silva. Agrega la Sala que dado que Heredia informó al Ministerio Público y al Juzgado del viaje a Ginebra y de su objeto, no puede sostenerse que este constituya un elemento de juicio del cual quepa derivar peligro de fuga.

75. Por otro lado, la Sala no considera que una declaración rectificatoria como la producida respecto al dinero proveniente de la empresa KAYSAMAK, sea un hecho idóneo para generar riesgo de obstaculización.

76. Empero, al igual que el Juez, la Sala sí aprecia que el poder otorgado a Rosa Heredia Alarcón para que pueda salir del país con las menores hijas de los favorecidos hace altamente probable el peligro de fuga. Asimismo, considera que haber supuestamente falseado su puño gráfico, así como su presunta pertenencia a una organización criminal son eventos que incrementan el riesgo de perturbación de la actividad probatoria.

77. Adicionalmente a ello, la Sala también consideró que la pertenencia de los favorecidos a una organización criminal de carácter transnacional, permitiría que los procesados eludan la acción de la justicia por los contactos que habrían generado en su accionar, hecho que hacía insuficiente mantener la comparecencia restringida para garantizar la sujeción al proceso de ambos.

78. Así las cosas, los elementos que permitieron considerar cumplidos el requisito de peligro procesal de los favorecidos para la Sala se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 4

Art. 268 c. CPP: Que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia –peligro de fuga– u obstaculizar la averiguación de la verdad –peligro de obstaculización–	En relación con Ollanta Humala	Audios presuntamente relacionados al "Caso Madre Mía"
		Constitución de una presunta organización criminal
	En relación con Nadine Heredia	Poder otorgado a Rosa Heredia Alarcón para que pueda salir del país con sus menores hijas
		Haber falseado su puño gráfico
		Su presunta pertenencia a una organización criminal

Control de constitucionalidad de las razones acerca del peligro procesal

79. Este Tribunal ya ha enfatizado que el control de constitucionalidad de las razones que pudieran justificar el cumplimiento del presupuesto previsto en el literal a) del artículo 268 del Código Procesal Penal para la emisión de una orden de prisión preventiva, aunque siempre posible, debe efectuarse con recato, con el objetivo de no reemplazar al juez penal en la valoración de los medios probatorios que le permitan presumir razonablemente la comisión de un delito, y sospechar también razonablemente la vinculación de la persona procesada con el mismo.

80. El ámbito en el que corresponde ejercer con el máximo rigor el control de constitucionalidad, es en el de las razones, siempre necesarias para dictar una prisión preventiva, vinculadas con el denominado peligro procesal, es decir, las que pretenden justificar la verificación del requisito establecido en el literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal, a saber, que pueda colegirse razonablemente que el procesado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

81. Es oportuno recordar que, como ya se ha adelantado *supra*, solo se acepta que una persona sea privada de su libertad personal como consecuencia de una resolución judicial emanada de un debido proceso, y por hechos de especial gravedad. Es decir, como regla general, solo se acepta la restricción de la libertad por vía de excepción o una vez enervada la presunción de inocencia.

82. En esta línea, la presunción de inocencia exige también asumir, como regla general, que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y solo por vía de excepción privada de ella (principio de excepcionalidad) (Cfr. CIDH. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 119; Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrafos 69 y 70). Esto ha sido expresado con toda precisión en el artículo 9, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".

83. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que del principio de presunción de inocencia 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" (Cfr. Corte IDH, Caso Suárez Rosero *v.* Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; Caso Tibi *v.* Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 180; Caso Barreto Leiva *v.* Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121).

84. Estando claro entonces que las restricciones de la libertad personal constituyen excepciones a la regla de juzgamiento en libertad, corresponde verificar si el análisis efectuado por los jueces emplazados para imponer la medida de prisión preventiva a los favorecidos, ha cumplido con la característica de excepcionalidad que supone dicha limitación, dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad.

a) Sobre el supuesto peligro procesal de Ollanta Humala

85. En el ***caso de Ollanta Humala*** han sido dos los motivos que han llevado a la Sala a considerar que en su caso se verifica el peligro procesal, concretamente vinculado al riesgo de perturbación de la actividad probatoria y por lo tanto, a mantener la prisión preventiva dictada por el juez de primer grado. De un lado, la existencia de unos audios que, a juicio de la Sala, permitirían presumir que en una distinta y pasada investigación ha comprado testigos, y, de otro, la supuesta pertenencia del imputado a una organización criminal. Este último elemento, será analizado *infra.*

86. Con relación al primer tópico, una vez transcritos los audios y analizado su contenido, la Sala refiere que "es razonable concluir que podría tratarse del despliegue de actividades obstruccionistas en el contexto de un proceso judicial" (Cfr. fojas 45 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

87. Sobre ello, lo primero que corresponde señalar es que la defensa técnica argumentó ante el Juez (Cfr. fojas 137 del expediente 00502-2018-PHC/TC) y la Sala (Cfr. fojas 255 del expediente 00502-2018-PHC/TC) que se trataba de transcripciones de audios que no habían pasado por el procedimiento de reconocimiento exigido por el Código Procesal Penal.

88. En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria. Y el artículo VIII, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, "[t]odo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo".

89. No obstante ello y pese a la petición de la defensa del procesado Ollanta Humala, el juez emplazado se limitó a sostener lo siguiente: *"respecto a la alegación que los audios no habrían sido reconocidos por el investigado, este Despacho precisa que es necesario evaluar el contenido del audio, pues son personas cercanas al investigado (...), se habla de él e incluso interviene en una de las conversaciones, en vinculación al 'Caso Madre Mía', siendo (...) un hecho notorio que el investigado se ha pronunciado públicamente sobre esos audios, y atendiendo a la*

connotación de este caso" (sic) (Cfr. fojas 67 del expediente 4780-2017-PHC/TC).

90. Es decir, a pesar de que el juez emplazado advierte también que el reconocimiento establecido en el Código Procesal Penal no se ha producido, considera de todas formas que las transcripciones de los audios son elementos evaluables al dar por sentado que trata de conversaciones vinculadas al "Caso Madre Mía" en la que intervienen en la conversación personas cercanas al investigado y el propio investigado, y porque este se ha referido a ellos públicamente.

91. Así, el juez emplazado paradójicamente no consideró necesario el reconocimiento de los audios por parte del investigado, su defensa y del resto de supuestos intervinientes, dando por sentado que son ellos quienes intervienen en la conversación. Evidentemente, se trata de un razonamiento violatorio del derecho de defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política) y del derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental).

92. Sobre el mismo asunto, la Sala sostuvo lo siguiente: *"En su escrito de apelación la defensa cuestiona la legitimidad de la incorporación de los audios por no haberse llevado a cabo la audiencia de reconocimiento, [siendo así] se entiende que si existe un ataque dirigido a excluir evidencia por ilicitud, no es este el momento en que la ley procesal le franquea hacerlo valer (...)"* (sic) (Cfr. fojas 46 del expediente 4780-2017-PHC/TC).

93. De esta manera, la Sala también ha incurrido en un razonamiento inconstitucional en este asunto, pues asume que porque se halla en el ámbito de un incidente cautelar –en el que se encuentra de por medio, ni más ni menos, la posibilidad de que una persona vaya a prisión– y no en el espacio del proceso principal, está autorizada a relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso, negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo. Se trata, pues, de un enfoque violatorio también del derecho a la defensa y del debido proceso.

94. Pero no solo ello. Más allá de la indebida incorporación de este elemento de juicio al proceso cautelar, la Sala ha reconocido, como no podía ser de otro modo, que las transcripciones de los audios no acreditan una compra de testigos por parte del investigado, sino que *"podría tratarse"* del despliegue de actividades obstruccionistas en un proceso judicial anterior.

95. El artículo 270 del Código Procesal Penal establece que "[p]ara calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
b. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
c. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos".

Así, pues, para justificar el peligro de obstaculización, no se requiere probar que estas conductas efectivamente se han dado, sino solo el "riesgo razonable" de que puedan darse. Se trata, en definitiva, de una presunción.

96. Teniendo en cuenta esto y en términos constitucionales ¿es posible justificar ese presunto riesgo razonable (de obstaculización), no en un hecho probado, sino en un hecho que, a su vez, es solo razonable asumir que puede haberse producido? Responder esta pregunta es fundamental, puesto que el juez y la Sala no han presumido el riesgo de que el investigado influya en testigos como resultado de haberse probado que antes lo ha hecho, sino, han llegado a la conclusión de que esta es una conducta que puede presumirse en el investigado, basados en una presunción no probada pero razonable, presentada en otro proceso judicial. Es decir, y para decirlo en una frase, han basado su sospecha razonable en otra sospecha razonable.

97. Pues bien, si tal como se ha señalado, toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una motivación cualificada, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se base, a su vez, en hechos presuntos y provenientes, además, en este caso, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad personal.

98. Como bien ha referido la Corte Interamericana, una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal "tiene que estar fundada en hechos específicos (…) esto es, no en meras conjeturas" (Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *v.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103). Es decir, el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar.

99. Ello en buena medida es lo que establece el artículo 281 del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al proceso penal, cuando, al referirse a las "presunciones judiciales", establece que "[e]l razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos *y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso*, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados" (énfasis agregado). Lo que en buena cuenta quiere

decir, que cabe la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto.

100. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera violatorio del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la libertad personal que la Sala haya aceptado como elemento de juicio para presumir el riesgo de perturbación de la actividad probatoria en el caso del procesado Ollanta Humala, la transcripción de audios que no habían sido legalmente incorporadas al proceso y que solo permitían presumir, una influencia en testigos en un proceso anterior, pero en modo alguno permiten acreditar una conducta anterior en los mismos términos.

b) Sobre el supuesto peligro procesal de Nadine Heredia

101. En el ***caso de Nadine Heredia***, han sido tres los elementos que han llevado a la Sala a presumir el peligro procesal. El primero de ellos es el poder que en su momento otorgó a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con sus menores hijas. En segundo término, haber supuestamente falseado su puño gráfico. Y, en tercer lugar, su supuesta pertenencia a una organización criminal. En este acápite, procederemos a evaluar los dos primeros.

102. Respecto del poder otorgado a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con sus menores hijas, el juez refirió lo siguiente "Respecto al poder presentado a favor de Rosa Heredia Alarcón, y que luego lo habría revocado para que un tercero pueda salir con sus hijos, y conforme ya resolvió la Sala en un caso similar, referido al investigado Ollanta Moisés Humala Tasso, se especificó que dicha circunstancia sí evidencia un incremento de posibilidad de fuga, debiendo anotarse que se trata de un nuevo elemento de convicción atendiendo a que no fue evaluado, esto a propósito de la variación de la regla de conducta, en primera instancia y en segunda instancia" (Cfr. fojas 68 del expediente 4780-2017-PHC/TC).

103. Sobre ello, la Sala razona en el siguiente sentido: "el poder en comento, tiene virtualidad para elevar el peligrosismo procesal en la vertiente de peligro de fuga (…) en función a criterios de oportunidad, [pues] se otorga el poder, precisamente, en un contexto donde los jueces emitían resoluciones para sujetarla al proceso con las herramientas de coerción personal disponibles en ese momento (…). [En efecto], se acababa de emitir una resolución con fecha [25 de noviembre de 2016] por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional que le denegó el pedido a la referida investigada de firmar cada treinta días ante el Consulado de Ginebra en Suiza (…) y el [27 de diciembre] de ese mismo año se procede a inscribir el poder en la Zona Registral. Es esta coincidencia de fechas y actos procesales y registrales que permiten inferir en grado de probabilidad una posibilidad de fuga" (Cfr. fojas 697 y 698 del expediente 4780-2017-PHC/TC).

104. Con relación al juez penal, se aprecia que este efectúa una motivación poco clara sobre el tema, valorando dicho elemento –el poder– como nuevo, en función a que en una oportunidad anterior, no había sido valorado, sin justificar debidamente por qué concluye que la emisión del poder a favor de un tercero, contribuye a incrementar el peligro procesal. En tal sentido, se aprecia que dicha argumentación resulta aparente y por tanto lesiva del derecho a la motivación.

105. Por su parte, la Sala omite la mención de dos hechos importantes. El primero es que tal como había enfatizado la defensa técnica (Cfr. fojas 679 del expediente 4780-2017-PHC/TC), si bien el poder se registró el 27 de diciembre, había sido elevado a escritura pública el 22 de noviembre, es decir, antes de la emisión de la resolución judicial del 25 de noviembre, evento que a criterio de la Sala había propiciado la dación del poder.

    En segundo lugar, se omite señalar algo aún más relevante. Cuando se emitió la resolución judicial del 25 de noviembre de 2016, Nadine Heredia se encontraba fuera del país, situación que previamente había comunicado a la judicatura en cumplimiento de las reglas de conducta que se le había impuesto, tal como lo acreditó su defensa. Es en esas circunstancias que la resolución del 25 de noviembre no solo le deniega a Nadine Heredia el pedido de que su comparecencia se dé cada 30 días ante el Consulado de Perú en Ginebra, sino que le ordena retornar al país en un plazo máximo de 10 días. Ella, atendiendo a dicha orden judicial, regresó 5 días después de expedida.

106. Siendo ello así, si la tesis de la Sala es que el poder otorgado por Nadine Heredia se habría expedido con el fin de fugar del país, ¿cómo se explica que encontrándose justamente fuera del país en esos días haya cumplido la orden judicial de retornar? La presunción de la Sala, a la luz de hechos probados, carece, pues, de un mínimo grado de razonabilidad, motivo por el cual no puede ser considerada como un argumento válido para sospechar de modo justificado el peligro de fuga. Se trata, por consiguiente, de una argumentación que viola el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, por derivación, el derecho fundamental a la libertad personal.

107. Con relación al comportamiento de haber tratado de falsear su puño gráfico, el juez penal lo considera dicha conducta como obstruccionista, dado que, al realizarse la pericia, ella trató de falsear su puño gráfico.

108. Al respecto, en la Resolución 9, cuando se ocupa de la distorsión gráfica en la que, de acuerdo a un informe pericial, habría incurrido Nadine Heredia, la Sala no esboza ningún argumento referido a justificar por qué considera que tal conducta

genera un peligro procesal que amerite dictar una la prisión preventiva (cfr. fojas 701 0 704). Tampoco lo hizo el Juez en su momento (cfr. fojas 69 del expediente 4780-2017-PHC/TC). Se citan tres sentencias de este Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia 0376-2003-PHC, Sentencia 0549-2004-PHC y Sentencia 7624-2005-PHC), todas ellas no pertinentes para este caso, pues en ninguna de ellas estaba en entredicho la valoración de las causales justificativas del dictado de una prisión preventiva, sino, en un caso, de un arresto domiciliario, y en otros, de las causales para considerar violado el plazo razonable de la prisión preventiva, que ciertamente es asunto distinto (Cfr. Sentencia 2915-2004-PHC).

109. Por el contrario, este Tribunal Constitucional tiene jurisprudencia en la que ha señalado que los cuestionamientos dirigidos al imputado relacionados con declaraciones o conductas que no se acercan a la verdad no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización que justifique el dictado de una prisión preventiva. Así, se ha señalado, por ejemplo, que "la versión incoherente de los hechos que [el procesado] pueda manifestar, no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso" (Cfr. Sentencia 1555-2012-PHC/TC, fundamento 7).

110. Debe recordarse que el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas, en posición que este Colegiado comparte, ha señalado que en aras del reconocimiento de la importancia axiológica del derecho a la libertad personal y de la presunción de inocencia, los Estados deben recurrir a la prisión preventiva "sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad" (Cfr. ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2006/7, párr. 63).

111. No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ella, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía.

112. Por lo demás, ya se ha señalado que una medida de prisión preventiva debe ser respetuosa del *test* de proporcionalidad. Siendo así, aún cuando pueda sostenerse que la promoción de una conducta compatible con la verdad por parte de un procesado resulte un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (sub-principio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la prisión. En tal sentido, considerar que la distorsión de una grafía permite justificar razonablemente la presunción de obstaculización de la actividad probatoria que dé mérito al dictado de una prisión

preventiva, es un argumento manifiestamente desproporcionado y, por ende, violatorio del derecho fundamental a la libertad personal.

Sobre la supuesta pertenencia de los investigados a una organización criminal como argumento para justificar el peligro procesal

113. Con relación a la supuesta pertenencia de los imputados a una organización criminal, la Sala sostiene lo siguiente: "la fiscalía superior incidió en la pertenencia a una organización criminal y la gravedad de los cargos, con permanencia, distribución de tareas, ubicando a los investigados en la cúspide de [la] organización criminal, quienes ejercían la misma resolución criminal y todas las decisiones pasaban por su conocimiento, el control del aparato de poder organizado, el manejo del dinero para el funcionamiento del partido político y su estilo de vida (…). Asimismo se alude a los audios ocultos (compra de testigos). Estructura orgánica (tesorero de facto y tesorero de sombra). De una apreciación holística que realiza este Colegiado, es la pertenencia a la organización la que genera un riesgo procesal que debe ser conjurado con los instrumentos que proporciona la Ley" (sic) (Cfr. fojas 120 y 121 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

114. Adicionalmente a ello, la Sala también argumentó que "los investigados apelantes, al prestar sus declaraciones han negado las entregas de dinero de parte de la empresa Odebrecht así como han negado cualquier vínculo de dicha índole con las personas de Jorge Henrique Simoes Barata y Marcelo Odebrecht y, en el caso de NADINE HEREDIA ALARCÓN, además, se ha abstenido de declarar sobre los datos contenidos en sus agendas donde se reflejarían esos montos; si bien tal postura se corresponde al estado en el que se encuentra la investigación, esa estrategia de la defensa de ambos investigados no enerva la fuerza acreditativa de los elementos de convicción aportados, no solo respecto de la concurrencia de fundados y graves elementos de convicción sobre la comisión del delito de lavado de activos que se les atribuye; sino además sobre el incremento del peligro procesal, pues al haberse puesto de manifiesto vínculos con una entidad que realizaba actividades ilícitas en diferentes países, esto es de carácter transnacional, pone de manifiesto que estos puedan eludir la acción de la justicia valiéndose de los contactos que habrían generado sus accionar, en cuyo escenario cobran relevancia los poderes que otorgaron para que tercera persona se encargue de acompañar a sus hijos en sus desplazamientos –viajes no solo al interior del país sino también hacía el extranjero–; si bien para el caso de OLLANTA MOISES HUMALA TASSO en base al otorgamiento de poderes se le impuso como obligación el de solicitar autorización judicial previa antes de salir del país, el nuevo escenario que se presenta trasluce que ese medida resulta insuficiente para garantizar su sujeción al proceso así como en el caso de NADINE HEREDIA ALARCÓN, en el entendido que su actuación se habría dado dentro del contexto de una organización criminal que rebaza las fronteras nacionales" (Cfr. fojas 124 y 125 del expediente 04780-2017-PHC/TC).

115. El artículo 269, inciso 5, del Código Procesal Penal, establece que para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta "[l]a pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas". Como se aprecia, no se trata de un criterio de orden procesal, sino punitivo, semejante al de "[l]a gravedad de la pena que se espera" (inciso 2) o al de "[l]a magnitud del daño causado" (inciso 3).

116. En la Casación 626-2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha razonado del modo siguiente: "la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, 'compra', muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida" (fundamento 57).

117. A pesar de lo sostenido en la referida Casación, existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional (Cfr. Sentencia 1091-2002-HC/TC, fundamento 9, entre otras).

118. En efecto, a menos que se trate de una sentencia judicial condenatoria, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, desde luego, el propio derecho a la libertad personal, impiden que una limitación de la libertad tan severa como el encarcelamiento, pueda estar justificada en criterios llanamente punitivos. Si así fuera, la posibilidad de separar con consistencia las razones que justifican una detención preventiva y una sentencia condenatoria, en esencia, se desvanecerían, como desvanecido también quedaría el contenido constitucionalmente protegido de la inocencia presunta.

119. Se ha señalado, pues, con atino, que "se viola el principio de presunción de inocencia cuando la [aplicación de la] prisión preventiva (…) está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia" (Cfr. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 2013, p. 58).

120. En idéntico sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que aún habiéndose verificado indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga, "la privación de libertad del imputado no puede residir [solamente] en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena" (cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *v.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; Caso Barreto Leiva *v.* Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 111). "Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva" (cfr. Corte IDH. Caso López Álvarez *v.* Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69; Caso Bayarri *v.* Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 74).

121. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva (cfr. TEDH, Caso Letellier v. Francia, Sentencia del 26 de junio de 1991, párr. 43. Caso Muller *v.* Francia, Sentencia del 17 de marzo de 1997, párr. 43; Caso Becciev *v.* Moldavia, Sentencia del 4 de octubre de 2005, párr. 58; Case Panchenko *v.* Rusia, Sentencia del 8 de febrero de 2006, párr. 105; Case Piruzyan *v.* Armenia, Sentencia del 26 de junio de 2012, párr. 95 y 96).

122. En definitiva, pues, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este Tribunal considera que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. De ahí que se discrepe de lo sostenido en el Fundamento 54 *in fine* de la Casación 626-2013 ("en ciertos casos solo bast[a] la gravedad de la pena y [la imputación de pertenencia a una organización criminal] para imponer [prisión preventiva]"), por tratarse de una afirmación reñida con la Constitución.

123. Dado que en el caso de los procesados Humala Tasso y Heredia Alarcón, todos los argumentos relacionados con el peligro procesal que fueron esgrimidos por el Juez y la Sala para justificar el mandato de prisión preventiva en su contra, han sido considerados inconstitucionales, la presunta pertenencia a una organización criminal, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal, no puede ser una razón en sí misma suficiente para justificarlo, a menos que se sumen elementos que permitan presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal (dar cuenta de la compra de pasajes aéreos en fecha próxima para justificar la existencia de un

peligro de fuga; o, dar cuenta de que el investigado ocupó un cargo importante y tuvo acceso a una esfera de poder que permitiría el ocultamiento o desaparición de pruebas, a fin de justificar un peligro de obstrucción probatoria), lo que en el presente caso no ha sucedido.

124. Sobre ese tipo de valoraciones judiciales, resulta importante manifestar que, como consecuencia de la actual coyuntura social de desconfianza frente a la autoridad como consecuencia de los recientes casos de corrupción, el país en su generalidad viene viviendo en una actitud de sospecha colectiva que ha terminado colocando a la persona en general y a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo "proclive al delito". Es decir, se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

125. Esa actitud, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución, que a la letra preceptúa que: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*. Este precepto muestra la lógica y filosofía del Legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional.

126. En esa misma línea, el artículo 2 de la Constitución enumera un conjunto de derechos, que en lo que al caso atañe, interesa destacar, además del derecho a la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad y a la libertad y seguridad personales. Y, entre estos últimos derechos fundamentales, el de no ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; el de gozar de libertad personal; el de no ser apresado por deudas, salvo la alimentaria; el de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al

tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley; y el de ser considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; previstos en el artículo 2, incisos 7 y 24, acápites a), b), c) y d) de la Constitución Política del Perú.

127. En lo que concierne específicamente al Estado y más especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pívot de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan principalmente los siguientes principios: el respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; la duda favorece al imputado; la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública; y la tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible. Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y, además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y, en general, de todo el derecho positivo.

EFECTOS DE LA SENTENCIA

128. Dado que los argumentos que pretendieron justificar la revocatoria de la medida de comparecencia restringida de los imputados por el de prisión preventiva por el aparente incremento del peligro procesal de los imputados, carecen de una debida motivación, tal y conforme se ha analizado *supra* resultando, en definitiva, violatorios del derecho a la libertad personal, corresponde amparar la demanda y declarar nulas las Resoluciones 3 y 9 cuestionadas, y reponiendo las cosas al estado anterior, devolver la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones que tenían al momento anterior de la emisión de las referidas resoluciones, esto es, devolver la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida a los favorecidos.

Algunas consideraciones sobre la tramitación de una solicitud de prisión preventiva y su audiencia

129. El Tribunal Constitucional considera pertinente hacer referencia a algunos criterios sobre la tramitación de una solicitud de prisión preventiva que considera de importancia. Así, debe tenerse presente que en el trámite de un recurso de apelación de una prisión preventiva, no corresponde al juez de primera instancia evaluar la suficiencia o corrección de los fundamentos de Derecho o de hecho del recurso,

pues ello le corresponde a los jueces de segunda instancia. Ello no solo desnaturaliza la esencia de la apelación como mecanismo de revisión por una instancia superior, sino también el derecho a la pluralidad de la instancia y la tutela jurisdiccional que debe brindar el Estado.

130. En cualquier caso, en razón del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, más allá de la denominación que se le dé al recurso impugnatorio, y tratándose del debate relativo a la pertinencia o no de una medida de prisión preventiva, la invocación de la violación de un derecho fundamental siempre es razón suficiente para su admisión, so pena de que en caso contrario se entienda vulnerado el derecho de acceso a los recursos, a la pluralidad de la instancia y, en definitiva, el derecho a la defensa del recurrente.

131. La audiencia de prisión preventiva, que se desarrolla bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, es un espacio de singular importancia para el ejercicio del derecho a probar de las partes, y para el ejercicio del derecho de defensa del acusado en particular. En la Casación 626-2013, fundamentos 15 al 24, se han establecido reglas importantes para su adecuado desarrollo que deben ser debidamente atendidas por la judicatura.

132. No obstante, en los últimos tiempos la población ha sido testigo de audiencias de esta naturaleza que han sido programadas casi de modo inmediato luego de la presentación de la solicitud de prisión preventiva, o dándoseles continuidad o reprogramación a altas horas de la noche, e incluso, en algunos casos, de la madrugada.

133. El Tribunal Constitucional comprende que se requiere una tramitación célere en estos casos, pero ello no puede darse a costa de comprometer el debido ejercicio de la defensa técnica por parte de los acusados, menos aún si de por medio está la posible expedición de una medida de prisión preventiva. De hecho, este Colegiado ya ha tenido ocasión de establecer que la duración razonable de un proceso no solo se ve afectada por ser excesiva, sino también, a veces, por ser demasiado breve: "un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la *litis* se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación 'de cualquier acusación penal', vulnera el derecho a un proceso 'con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable'" (Cfr. Sentencia 0010-2002-PI, fundamento 167).

134. En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han afirmado que la constitucionalidad del plazo no solo se evalúa por el tiempo fijado en la ley. No se trata solo de un problema de legalidad, sino más bien de un derecho fundamental que puede verse seriamente afectado

incluso antes del cumplimiento del plazo establecido en la ley. Por consiguiente, el plazo razonable también se vulnera si las actuaciones procesales tienen lugar sin la debida diligencia, en tiempos excesivamente cortos que no permiten a las partes hacer valer sus derechos, ponderar las pruebas o impugnarlas, etc.

135. El nuevo modelo oralizado del proceso penal si bien apunta a la efectividad del proceso en un tiempo corto, su desarrollo no puede dar lugar a poner en riesgo el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, es importante que el juez penal que conozca de una solicitud de prisión preventiva siempre observe las reglas del debido proceso. De ahí que deba bridar al imputado y su defensa un tiempo corto, pero razonable para preparar su contradicción, y deba ajustar la celebración de la audiencia a tiempos y horarios que permitan llevar a cabo con efectividad el derecho de defensa. Recuérdese que, por ejemplo, no es lo mismo la lucidez de la defensa técnica ejercida respetando los horarios de descanso que impone la naturaleza humana, que ejercer la defensa técnica a media madrugada, luego de una maratónica audiencia iniciada 18 horas antes.

"Juicio paralelo" y prisión preventiva

136. Ha llamado la atención de este Tribunal el hecho de que en diversos pasajes de la Resolución 3 (y en menor medida también en la Resolución 9), se hayan formulado afirmaciones que dan por hecho que los investigados son autores de delitos. Así, por solo mencionar algunos ejemplos, a fojas 65 del expediente 04780-2017-PHC/TC, el Juez sostiene lo siguiente: "es la conducta del investigado Ollanta Moisés Humala Tasso de comprar testigos para eludir la acción de la justicia, lo que devela de manera plausible que podría reiterar esa conducta en este proceso". Es decir, no presenta como hipótesis la influencia en los testigos por parte del imputado, sino como un hecho probado.

    En otro pasaje de la misma resolución se lee lo siguiente también en relación con el investigado Humala: "A la gravedad de la pena hay que añadir la magnitud del daño causado y a ello también hay que añadir su condición de integrante de una organización criminal" (a fojas 66 del expediente 04780-2017-PHC/TC). Una vez más, el juez no presenta como una sospecha razonable la pertenencia a la organización criminal, sino como una situación acreditada.

    Por su parte, en algún momento la Sala sostiene que "es la pertenencia a la organización [criminal] la que genera un riesgo procesal", incurriendo en el mismo lenguaje.

137. Corresponde recordar, nuevamente, que el espacio del debate acerca de la justificación del dictado o no de una medida de prisión preventiva es de naturaleza

cautelar y no punitivo, por ende, no existe margen alguno, so pena de violar la presunción de inocencia, para afirmar y dar por establecido ningún tipo de responsabilidad penal.

138. Podría considerarse que se trata tan solo de afirmaciones desprolijas, pues de hecho en la mayoría de ocasiones las resoluciones son respetuosas del uso de un lenguaje hipotético respecto de la responsabilidad penal. Empero, no dejan de ser expresiones reñidas con la presunción de inocencia. El TEDH acierta cuando señala que la presunción de inocencia también se vulnera si antes de que el acusado sea declarado penalmente responsable conforme a un debido proceso, alguna resolución judicial refleja la idea de que es culpable (Cfr. TEDH, Caso Barberá, Messegué y Jabardo *v.* España, Sentencia del 6 de diciembre de 1988, párr. 91; Caso Allenet de Ribemont *v.* Francia, Sentencia del 10 de febrero de 1995, párr. 33).

139. En el *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013, se indica lo siguiente:

> "Otro de los factores relevantes que incide en que la prisión preventiva no sea utilizada excepcionalmente y de acuerdo con su naturaleza cautelar lo constituyen las injerencias sobre las autoridades judiciales directamente encargadas de decidir acerca de la aplicación de esta medida, lo que es más grave aún en vista de las significativas deficiencias estructurales y flaquezas de los sistemas judiciales de muchos países de la región. En los hechos, estas presiones o injerencias provienen fundamentalmente de tres sectores: (a) altos funcionarios de otros poderes u órganos del Estado, que ante los reclamos sociales o por motivaciones de otra naturaleza mantienen un fuerte discurso punitivo, en ocasiones acompañado de medidas de presión concretas hacia los operadores de justicia; (b) las cúpulas de los poderes judiciales que muchas veces hacen eco del mensaje que se transmite desde el poder político; y (c) los medios de comunicación y la opinión pública" (p. 46).

140. En todo caso, es evidente que de no mediar el máximo esfuerzo por generar un compromiso introspectivo con la propia independencia institucional, los jueces, corren el riesgo, de resultar influenciados por los juicios paralelos o mediáticos, que muchas veces, haciendo tabula rasa de las mínimas garantías del debido proceso, pretenden que la institución de la prisión preventiva sea aplicada como una sentencia anticipada a aquél que, sin mediar aún un justo proceso, la mayoría de la población o un sector con capacidad de posicionamiento mediático, ya ha "juzgado" como culpable. Es deber irrestricto de la judicatura, mantenerse inmunes frente a esas presiones. La condición de Juez o Fiscal de la República así lo exige.

141. Más allá del juicio mediático, y más allá de la gravedad de los cargos, los jueces deben recordar que tener ante sí a un procesado, es interactuar, en principio, con una persona inocente, porque la protege la presunción de inocencia y que, en tanto tal, merece el tratamiento que corresponde a esa condición.

142. El Juez Sergio García Ramírez afirmó alguna vez lo siguiente:

> "Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad –aunque ésta tropiece con el tecnicismo– la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. (…) Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva" (cfr. Voto razonado, párr. 18, recaído en la sentencia de la Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, de 1 de febrero de 2006)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADAS** las demandas de hábeas corpus presentadas por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda.
2. Declarar **NULA** la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; y **NULA** la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional.
3. Retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, devolviendo la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones que tenían al momento inmediato anterior, esto es, devolver la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida a los favorecidos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N°. 04780-2017-PHC/TC
EXP. N.° 00502-2018PHC/TC (Acumulado)
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y
NADINE HEREDIA ALARCÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

En el caso, si bien estoy de acuerdo con que se declare fundadas las demandas de *habeas corpus*, no comparto algunos de los fundamentos que sustentan la decisión colegiada. Formulo precisiones que juzgo necesarias para fortalecer, si cabe, lo resuelto, sino también las razones que robustecen mi convicción.

*

Es usual que, al momento de resolver demandas que versan sobre procesos de tutela de derechos, el Tribunal Constitucional fije en las sentencias criterios que, a modo de reglas, puedan utilizarse para resolver casos futuros. En ocasiones por la vocación garantista que lo define y en otras porque, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal sanciona claves interpretativas de su contenido. Estas sentencias, en no pocas oportunidades, ostentan un nivel de vinculación cercano al de los precedentes, pese a que formalmente no son tales. Ello se debe a que el grado de eficacia de estas decisiones no se deriva solo de la autoridad del órgano que las emite, sino que también se corresponde con la frecuencia con que se emplean determinados criterios –cuya importancia justifica esta recurrencia- en la resolución de controversias. Uno de ellos se relaciona con el deber de motivar las resoluciones judiciales, sobre todo aquellas que tienen una especial incidencia en el derecho a la libertad personal.

Es, no obstante, sumamente complejo extrapolar un criterio o regla a otro caso, pese a que, al menos aparentemente, exista un nivel considerable de conexión y proximidad. Cada caso representa –aun cuando gire en torno a debates jurídicos muy similares– una realidad particular, y por su propia entidad demanda que se examine qué diferencias constitucionalmente relevantes pueden presentarse. Es, por ello, deber del juez constitucional (pero también del juez penal) atender cada caso con especial interés, sabiendo que resolverlo pasa también por reconocer su especificidad.

Y acaso, a propósito de lo que se ha resuelto en este caso, la judicatura ordinaria y el Ministerio Público podrían, eventualmente, extraer reglas rígidas para resolver casos que contengan hechos similares a los que motivaron estas demandas de *habeas corpus*. No es este, entiendo, el propósito de la sentencia emitida en el caso. Las razones que ahora permitieron estimar las demandas puede que no sean del todo aplicables en una decisión sobre un caso distinto.

La labor de los jueces puede ser discrecional incluso, pero nunca arbitraria, y sí muy escrupulosa en este examen procesal a la luz de las normas infraconstitucionales, pero también sobre la base de la Constitución y del orden convencional. Será ante todo necesario justificar, con rigor suficiente, las decisiones que implican una restricción severa de la libertad personal, sobre todo cuando, como en el caso de la prisión preventiva, aún no existe una condena.

El Poder Judicial y el Ministerio Público –así como los demás órganos y actores competentes– tienen a su cargo la trascendental y delicada misión de investigar y juzgar los casos de corrupción. Tal gestión, sin embargo, debe realizarse en estricta armonía con el respeto y protección de los derechos fundamentales, y sin obviar las singularidades de cada caso.

Esta responsabilidad alcanza, cómo no, al Tribunal Constitucional, por tener como misión la defensa de la supremacía constitucional. La corrupción, precisamente, debilita el sistema democrático, porque genera una sensación persistente de desconfianza en las instituciones, así como en los funcionarios y servidores públicos.

El Tribunal, en concordancia con el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ha declarado, con la firmeza adecuada, que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos [*Cfr.* Exp. 1271-2008-PHC/TC y Exp. 019-2005-PI/TC], y ha puesto de relieve que los actos de los funcionarios públicos que atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado [Exp. 00017-2011-PI/TC, fundamento 17].

Sin embargo, el mandato imperativo de luchar contra la corrupción no puede desbordar las fronteras que el mínimo respeto por los derechos fundamentales exige. Incluso, en el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción obliga a los Estados a tomar en consideración el respeto, por ejemplo, del derecho de defensa de las personas que pudieran estar implicadas en esta clase de hechos gravísimos, tal y como se desprende de su artículo 30.

Este es precisamente el escenario peligroso ante el que los operadores judiciales que conocen casos graves de corrupción no deben sucumbir, pues podría conculcarse libertades en la pretendida búsqueda de la verdad. La lucha contra la corrupción se desvirtúa si vulnera los más básicos derechos y garantías dentro del proceso judicial y fuera de él, inclusive. Y es que la legitimidad de la lucha contra la corrupción no radica en concebirla como una batalla sin cuartel, avasallante, en la que el fin justifique los medios; sino más bien en su escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de quienes son investigados y juzgados. La corrupción se combate con la ley y Constitución en la mano. La misma

firmeza que se confiere a la lucha contra aquella debe asumirse en defensa de las garantías que nuestra Carta Política y los tratados internacionales consagran.

**

Es oportuno expresar aquí mi disenso con los criterios que se han expuesto en la sentencia para declarar la procedencia de la demanda -que postulan que se ajusta a los términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional-. Esto no quiere decir, claro está, que considere que la demanda deba ser declarada improcedente; tan solo expongo que las razones por las cuales se declararon la procedencia no son, a mi juicio, del todo precisas.

A tenor de las demandas, se cuestionan básicamente dos resoluciones: En primer lugar, la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que revocó la comparecencia con restricciones que se había decretado contra don Ollanta Humala Tasso y doña Nadine Heredia Alarcón y dictó contra ambos mandato de prisión preventiva; en segundo lugar, la Resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, mediante la cual la Sala Penal Nacional de Apelaciones confirmó la precitada Resolución 3.

Contra la Resolución 9 la defensa técnica de los recurrentes interpuso recursos de casación. El auto que concede los recursos fue expedido con fecha 28 de agosto de 2017. El recurso de casación fue resuelto por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, que declaró nulo el auto concesorio e inadmisibles los recursos de casación mediante Auto de fecha 18 de diciembre de 2017.

Por otro lado, las demandas de *habeas corpus* fueron interpuestas con fechas 23 de agosto de 2017 (Exp. 04780-2017-PHC/TC) y 25 de agosto de 2017 (Exp. 0502-2018-PHC/TC), respectivamente; es decir, ambas fueron interpuestas antes de la emisión del auto consesorio de los recursos de casación. Este fue el motivo principal por el que tanto en primera como en segunda instancia ambas demandas de *habeas corpus* fueron rechazadas liminarmente, bajo el argumento de que en la fecha en que fueron presentadas, se encontraban pendientes de resolución los aludidos recursos de casación.

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia, la firmeza recién fue adquirida el 18 de diciembre de 2017, con la expedición del auto de la Corte Suprema; esto es, 11 días después de que ingresó al Tribunal el Exp. 04780-2017-PHC/TC y 42 días antes de ingresar el Exp. 0502-2018-PHC/TC.

En consecuencia, en el presente caso, como se expresa en la sentencia, a la fecha las resoluciones judiciales cuestionadas han adquirido "firmeza sobrevenida", de modo que el

análisis sobre el fondo de la controversia se justifica por virtud de los principios *pro actione* y *pro personae.*

Una de mis certezas de mi labor como juez constitucional –acaso la mayor- es que ella me impone la obligación de resguardar los derechos fundamentales, y que la Constitución provee legitimidad a esta labor; a la majestad y primacía de la Norma Fundamental se somete la labor jurisdiccional. A esto sigue como corolario que la efectiva protección de un derecho fundamental no puede ponerse en riesgo por la taxatividad o rigidez de algún dispositivo procesal; no puede abdicarse de la obligación de resguardar un derecho fundamental. Por lo demás, si algo ha inspirado la elaboración y diseño de los procesos constitucionales es su flexibilidad y ductilidad, y el rechazo a solemnidades legales que devengan obstructoras, para atender con prontitud la urgencia de tutela a toda amenaza o vulneración concreta de un derecho. Estimo del todo concluyente, entonces, que el ritualismo procesal no debe impedir la efectiva protección de un derecho fundamental.

Es de utilidad recordar que el Tribunal en su jurisprudencia ha reconocido el imperativo de una pronta y eficaz protección jurisdiccional, en los términos siguientes "una regla de procedibilidad tan restrictiva como la prescrita en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional debe ser correctamente interpretada y morigerada en virtud del principio *pro personae*, que postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales" [Exp. 3300-2012-PHC/TC].

En lo tocante al caso bajo examen, el criterio de la "firmeza sobrevenida", aunque noble en sus propósitos, puede generar que los procesos constitucionales pierdan su carácter de subsidiarios. En efecto, podría volverse bastante común, por la carga procesal que afronta el Tribunal Constitucional, que los litigantes interpongan sus demandas incluso antes de que el proceso en sede ordinaria haya finalizado.

En tal línea, considero que la demanda debió ser declarada procedente no por virtud de la denominada "firmeza sobrevenida", sino por aplicación estricta del principio de interpretación *pro personae,* ya que, al menos en este caso, existe una duda razonable sobre la idoneidad del recurso de casación para cautelar los derechos vulnerados. Por ello, estimo que, frente a la duda de si era posible (o no) exigirle a los recurrentes la interposición del recurso de casación, lo más favorable era optar por emitir un pronunciamiento de fondo en los procesos de *habeas corpus*, como efectivamente se ha hecho.

***

Es oportuno, también, expresar, con el mayor énfasis posible, que bajo ningún contexto puede comprenderse que en el caso de autos el Tribunal Constitucional está invadiendo las competencias constitucionalmente asignadas al Poder Judicial o al Ministerio Público. El principio de corrección funcional exige "al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado" [Exp. 5854-2005-PA/TC, fundamento 12].

El control constitucional que aquí se ha realizado sobre las resoluciones judiciales cuestionadas en el *habeas corpus* ha estado circunscrito a si han observado, con la diligencia exigible, la debida motivación (que es una obligación del juez y un derecho); y se ha concluido que no lo han hecho. El Tribunal, y esto es bueno remarcarlo, no ha emitido un juicio de valor sobre la responsabilidad penal de los recurrentes, porque, como es obvio, no le corresponde hacerlo; esa es una tarea que le compete exclusiva y excluyentemente a la judicatura penal ordinaria.

Lo único que en sede constitucional se ha resuelto es que hubo una violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, por conexidad, del derecho a la libertad personal. La consecuencia lógica de esta decisión es que se declare nulas las resoluciones defectuosas y se retrotraiga las cosas al estado anterior a su emisión; es decir, que se restaure la libertad de los favorecidos y que su situación jurídica vuelva a la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida.

En la sentencia se precisa, sobre la vulneración del derecho a la debida motivación, que, entre otras cosas, en las resoluciones sometidas a examen no se explicó cómo es que los audios del caso denominado "Madre Mía" suponían una prueba concluyente de que el recurrente Ollanta Humala Tasso compró efectivamente testigos en dicho proceso; tampoco se justificó que solamente se hayan merituado los elementos de convicción que presentó el Ministerio Público para sustentar el pedido de variación de comparecencia con restricciones por el de prisión preventiva, y no así los contraargumentos esgrimidos por la defensa técnica.

Las falencias como las expuestas dieron lugar a determinar, entonces, que tanto la resolución que impuso la medida de prisión preventiva, como aquella que la confirmó, mostraban defectos insalvables en la motivación, y que no podían sino declararse nulas. El análisis efectuado, a riesgo de ser reiterativo, estuvo sometido al canon constitucional de la debida motivación. A la judicatura ordinaria le correspondió el examen de conformidad legal de los presupuestos procesales y materiales para el dictado de una medida restrictiva de la libertad como lo es la prisión preventiva.

Ha de destacarse que la decisión adoptada por el Tribunal no supone desconocer que la judicatura ordinaria, a pedido del Ministerio Público, pueda disponer otras medidas a fin de asegurar el desarrollo óptimo de las investigaciones. En efecto, el mandato contenido en la decisión del Tribunal no es uno definitivo e invariable, debido a que se trata tan solo de devolver las cosas al estado anterior inmediato en el que se encontraban ambos recurrentes antes de la emisión de la Resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017. Es pues, posible, que, siempre que se motiven adecuadamente las resoluciones y se garanticen los derechos fundamentales de los beneficiarios, se adopten las medidas que sean necesarias para preservar el desarrollo normal del proceso y se dilucide la verdad de los hechos.

****

Dejo constancia, asimismo, de que no comparto las razones expuestas desde el fundamento 131 al 142 de la sentencia, ya que me parece que abordan cuestiones que no son relevantes para la resolución del caso concreto, y que se relacionan con temas que ya han sido objeto de desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal.

*****

No quiero culminar sin referirme a la naturaleza de la prisión preventiva. Esta, como se sabe, tiene una condición contingente y accesoria, y su imposición no es consecuencia de una declaración de culpabilidad del procesado (al que, es bueno recordarlo, le asiste el derecho a la presunción de inocencia[1]). La prisión preventiva es un mecanismo, entre otros, para asegurar el resultado adecuado de las indagaciones y pericias que se desarrollen en el marco de la investigación fiscal; siempre tendrá la condición de *última ratio* y de excepcionalidad, y no de recurrencia, pues su imposición limita severamente el ejercicio de derechos fundamentales de una persona que no ha sido sometida a juicio y no ha recibido, por ende, sentencia condenatoria.

El hecho que se acumulen nuevos medios probatorios en el marco de la investigación del proceso penal ordinario, no implica la imposibilidad que el inculpado afronte el proceso en

[1] Este derecho tiene entidad de principio universal y así está reconocido en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos: artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Nuestra Constitución le otorga también prelación en el artículo 2.24.

libertad. Más bien es deber del Ministerio Público, a la vista de esas pruebas, si las hubiera, formular oportunamente acusación. El uso de la prisión preventiva como instrumento de determinación de culpabilidad anticipada, o que se le confiera rango ejemplificador contra conductas supuestamente inmorales, es por demás aberrante; porque, de ser así, carecería de sentido la instauración de un juicio penal, las garantías procesales concomitantes, y en buena cuenta el Derecho mismo, pues se habría consumado, no solo una contrareforma al proceso penal acusatorio, adversarial y garantista, que con dificultad se ha desarrollado entre nosotros, sino también la regresión al imperio de la arbitrariedad.

Sr.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lpderecho.pe

EXP. N.° 4780-2017-PHC/TC y Exp. N.° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado)
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con mis colegas en el sentido del fallo de la presente causa, aunque considero necesario realizar las siguientes precisiones:

La naturaleza de una prisión preventiva y lo que se busca como resultado del presente proceso

1. Los jueces en general, y sobre todo los jueces constitucionales, tenemos, dentro de un Estado Constitucional que se precie de serlo, una particular manera de actuar. Y es que nuestro accionar corresponde a las especiales características de nuestra función. Además, al darse en el marco de un Estado Constitucional, nuestro quehacer responde a ciertos límites.

2. El juez constitucional no es pues un político, y no le corresponde hacer una evaluación político-partidaria de aquello que es puesto en su conocimiento. No responde entonces en función a sus simpatías políticas personales, sino busca concretizar en cada caso los valores, principios, derechos y demás preceptos recogidos en su Constitución, o que se infieren de su interpretación sistemática o convencionalizada. Ello, claro está, se produce dentro de ciertos parámetros marcados en algún caso por su carácter de autoridad (racionalidad, razonabilidad, deber de motivación, corrección funcional) o en mérito a la naturaleza jurisdiccional de su labor (con un punto de partida fijado por el texto constitucional, y, repito, por lo que se infiere de él, máxime luego de su interpretación sistemática o convencionalizada; alejado en principio de juicios de calidad o de oportunidad; respetuoso de lo que conoce, y por ende, se pronuncia en función a las pretensiones que se le plantea, con un saludable activismo, pero con seguimiento a una necesaria congruencia procesal; conocedor de los efectos y pautas que se desprenden de una "convencionalización del Derecho", así como mesurado frente al margen de acción que le dejan los denominados "casos difíciles" y "casos trágicos"), por solamente hacer mención a alguna de sus limitaciones.

3. Por ende, una sentencia constitucional no necesariamente es, por ejemplo, lo deseable en una agenda político-partidaria o lo que resulte más popular para un buen sector de la ciudadanía o para determinados medios de comunicación. Es, con mayor o menor acierto, la concretización de los valores, principios, derechos

y preceptos que distinguen a un Estado Constitucional en alguna o algunas situaciones. En este caso en concreto, la situación a analizar, para ver si se ha dado o no dentro de esos parámetros, es la concesión de medidas cautelares de detención o prisión preventiva, las más drásticas que puede dictar un juez penal para asegurar el cumplimiento del futuro resultado del proceso que en ese momento viene siguiéndose. Son las medidas más drásticas, pues implican una pérdida del pleno ejercicio de la libertad personal (antes que de la libertad individual, como explicaremos después).

4. Ahora bien, debe quedar claro que, en tanto y en cuanto nos desenvolvemos aquí en un escenario cautelar, la declaración de inconstitucionalidad de una prisión preventiva nada tiene que ver con la eventual absolución de quienes vienen siendo procesados, así como la reafirmación de la constitucionalidad de un otorgamiento de esta medida no garantiza necesariamente la condena del o de los que en ese instante vienen siendo procesados. El pronunciarse sobre la constitucionalidad de una prisión preventiva implica únicamente decidir si esa medida cautelar fue dictada conforme a las pautas constitucionales vigentes (y en su caso, a las legales, leídas, claro está, dentro del parámetro fijado por la normativa constitucional y convencional). No es pues una decisión sobre el fondo de la controversia, ya que corresponde a otras autoridades, y no al juez constitucional, pronunciarse en principio al respecto.

Una necesaria distinción entre los términos "libertad personal" y "libertad individual", y sus alcances en este caso en particular

5. La ponencia afirma que el derecho a la libertad personal constituye un elemento integrante del derecho a la libertad individual. Para lo que aquí importa en concreto, lo referido a que derechos pueden o no tutelarse mediante hábeas corpus, lo primero que habría que señalar en este punto es que el hábeas corpus surge precisamente como un mecanismo de protección de la libertad personal o de la dimensión física de la libertad y lo que le resulte conexo. En efecto, ya desde la Carta Magna inglesa (1215), e incluso desde sus antecedentes (vinculados con el interdicto *De homine libero exhibendo*), el hábeas corpus tuvo desde sus inicios siempre como finalidad la tutela de la libertad física; es decir, se constituye como un mecanismo de tutela urgente frente a detenciones arbitrarias, o demás vulneraciones o amenazas de vulneración de la libertad personal.

6. De otro lado, si bien en nuestra historia el hábeas corpus ha tenido un alcance diverso, conviene tener el cuenta que, en lo concerniente a nuestra actual Constitución, se establece expresamente en el inciso 1 del artículo 200, que "Son garantías constitucionales: (…) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la *libertad individual* o los derechos constitucionales conexos". Asimismo, tenemos que en el literal a, inciso 24 del artículo 2 también de la Constitución se establece que "Toda persona tiene derecho: (…) A la *libertad* y a la seguridad *personales* (…)" para hacer referencia luego a diversas formas de constreñimiento de esa libertad.

7. Al respecto, vemos entonces, que la Constitución usa dos términos diferentes en torno a un mismo tema: "libertad personal" y "libertad individual". Por mi parte, en muchas ocasiones he explicitado las diferencias existentes entre las nociones de *libertad personal*, que alude a la libertad física, y la *libertad individual*, que hace referencia a la libertad o la autodeterminación en un sentido amplio. Sin embargo, esta distinción conceptual no pareciera necesariamente haber sido la que ha tenido en cuenta una lectura literal de lo previsto por el constituyente (el cual, como también ya se ha dicho también en anteriores oportunidades, no siempre se pronuncia con la suficiente rigurosidad técnico-jurídica, en mérito a que sus definiciones están inspiradas en consideraciones políticas, resultando una obligación del Tribunal emplear adecuadamente las categorías correspondientes). Siendo así, es preciso esclarecer cuál o cuáles ámbitos de libertad son los finalmente protegidos a través del proceso de hábeas corpus.

8. Lo expuesto es especialmente relevante, pues el constituyente no puede darle dos sentidos distintos a un mismo concepto. Aquí, si se entiende el tema sin efectuar mayores precisiones, puede llegarse a una situación en la cual, en base a una genérica referencia a "libertad individual", podemos terminar introduciendo materias a ser vistas por hábeas corpus que en puridad deberían canalizarse por amparo. Ello podría desnaturalizar la demanda del uso del hábeas corpus, proceso con una estructura de mínima complejidad, precisamente para canalizar la tutela urgentísima (si cabe el término) de ciertas pretensiones.

9. Lamentablemente hasta hoy la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco ha sido clara al respecto. Y es que en diversas ocasiones ha partido de un *concepto estricto de libertad personal* (usando a veces inclusive el nombre de *libertad individual*) como objeto protegido por el hábeas corpus, al establecer

que a través este proceso se protege básicamente a la libertad e integridad físicas, así como sus expresiones materialmente conexas. Asume así, a mi parecer, el criterio que se encuentra recogido por el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, el cual, si bien con una redacción equívoca, se refiere a los "derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual", pasa luego a enumerar básicamente diversas posiciones iusfundamentales vinculadas con la libertad corporal o física.

10. En otros casos, el Tribunal Constitucional ha partido de un concepto amplísimo de libertad personal (el cual parece estar relacionado con la idea de libertad individual como libertad de acción en sentido amplio). De este modo, ha indicado que el hábeas corpus, debido a su supuesta "evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria", actualmente no tiene por objeto la tutela de la libertad personal como "libertad física", sino que este proceso se habría transformado en "una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio". En esa línea de pensamiento, se ha sostenido que el hábeas corpus protege a la libertad individual, entendida como "la capacidad del individuo de hacer o no hacer todo lo que no esté lícitamente prohibido"; o también, supuestamente sobre la base de lo indicado en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*), que la libertad protegida por el hábeas corpus consiste en "el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones".

11. Ahora bien, y con relación a la referencia al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, quiero precisar que lo que en realidad la Corte Interamericana allí indicó es cuál es el ámbito protegido el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse a la "libertad y seguridad personales". Al respecto, la misma Corte señaló que el término "libertad personal" alude exclusivamente a "los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico" (párr. 53), y que esta libertad es diferente de la libertad "en sentido amplio", la cual "sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido", es decir, "el derecho de toda persona de

organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones" (párr. 52). La Corte alude en este último caso entonces a un derecho genérico o básico, "propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana", precisando asimismo que "cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de [esta] libertad del individuo". Es claro, entonces, que la Corte Interamericana no señala que esta libertad (individual) en este sentido amplísimo o genérico es la que debe ser protegida por el hábeas corpus. Por el contrario, lo que señala es que la libertad tutelada por el artículo 7 de la Convención Americana (cláusula con contenidos iusfundamentales similares a los previstos en nuestro artículo 2, inciso 24 de la Constitución, o en el artículo 25 de nuestro Código Procesal Constitucional) es la libertad física o corpórea.

12. Como es evidente, la mencionada concepción amplísima de libertad personal (o de libertad individual) sostenida por algún sector puede, con todo respeto, tener como consecuencia una "amparización" de los procesos de hábeas corpus. Por cierto, es claro que muchas de las concreciones iusfundamentales inicialmente excluidas del hábeas corpus, en la medida que debían ser objeto de atención del proceso de amparo, conforme a esta concepción amplísima del objeto del hábeas corpus, ahora deberían ser conocidas y tuteladas a través del hábeas corpus y no del amparo, con todo lo que ello pueda involucrar en una eficaz tutela de los derechos. En efecto, asuntos que corresponden a esta amplia comprensión de libertad, tales como la libertad de trabajo o profesión (STC 3833-2008-AA, ff. jj. 4-7, STC 02235-2004-AA, f. j. 2), la libertad sexual (STC 01575-2007-HC/TC, ff. jj. 23-26, STC 3901-2007-HC/TC, ff. jj. 13-15) o la libertad reproductiva (STC Exp. N° 02005-2006-PA/TC, f. j. 6, STC 05527-2008-PHC/TC, f. j. 21), e incluso algunos ámbitos que podrían ser considerados como menos urgentes o incluso banales, como la libertad de fumar (STC Exp. N° 00032-2010-AI/TC, f. j. 24), el derecho a la diversión (STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC, f. j. 49), o decidir el color en que la propia casa debe ser pintada (STC Exp. N° 0004-2010-PI/TC, ff. jj. 26-27), merecerían ser dilucidados a través del hábeas corpus, conforme a dicha postura.

13. En tal escenario, me parece evidente que la situación descrita conspiraría en contra de una mejor tutela para algunos derechos fundamentales, e implicaría una decisión de política institucional muy desfavorable al mejor posicionamiento de las labores puestas a cargo del Tribunal Constitucional del Perú. Y es que el diseño de tutela urgentísima, y con menos formalidades

procesales previsto para el hábeas corpus responde, sin lugar a dudas, a que, conforme a la Constitución, este proceso ha sido ideado para tutelar los derechos fundamentales más básicos y demandantes de rápida tutela, como es el de la libertad personal (entendida como libertad corpórea), así como otros ámbitos de libertad física equivalentes o materialmente conexos (como los formulados en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional).

14. Señalado esto, considero que el objeto del hábeas corpus debe ser entendido como el de la libertad y seguridad personales (en su dimensión física o corpórea) y lo que le resulte materialmente conexo. Y es que, tal como lo establece la Constitución vigente, también el hábeas alcanza a aquellos derechos que deban considerarse como conexos a los aquí recientemente mencionados. En otras palabras, sostengo que el Tribunal Constitucional debe mantener al hábeas corpus como un medio específico de tutela al concepto estricto de libertad personal (y lo que razonablemente le circunda), el cual, conforme a lo expresado en este texto, no está ligado solo al propósito histórico del hábeas corpus, sino también a su carácter de proceso especialmente célere e informal, en mayor grado inclusive que el resto de procesos constitucionales de tutela de derechos. Así, puede entenderse, entre otros factores que es el hábeas corpus el escenario destinado a atender casos como el que hoy toca analizar, más no corresponde utilizarle para ver otro tipo de controversias.

La restricción del derecho a la libertad personal mediante norma con rango de ley

15. El inciso 1 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que *"toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"*. A continuación, los incisos 2 al 7 consagran derechos y garantías específicas derivadas de aquel. En especial, el inciso 2 establece que "*nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*".

16. Por su parte, el artículo 9 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Señala además que: i) nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias; y que ii) nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

17. Igualmente, el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Constitución Política del Perú, de manera simultánea al reconocimiento del derecho a la libertad y seguridad personales, establece expresamente que *"no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley"*. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley (STC. Exp. 2516-2005-PHC/TC, fundamento 5).

18. Entonces, la limitación del derecho a la libertad personal, de acuerdo a la Constitución, y en concordancia con lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe realizarse, como mínimo, mediante una norma con rango de ley (reserva de ley, a partir de una remisión directa) la cual, además, deberá establecer las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley para su procedencia (aspecto material), así como los procedimientos objetivamente definidos para ello (aspecto formal).[1] Caso contrario, *"si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana."*[2]

La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004

19. En atención a la exigencia señalada anteriormente, el Código Procesal Penal de 2004 (aprobado por Decreto Legislativo 957) regula en la sección III del Libro Segundo, como parte de las medidas de coerción procesal aplicables a los imputados en un proceso penal, a la medida de prisión preventiva (artículos 268 al 285). Este mecanismo determina, previo cumplimiento de determinados requisitos, la restricción de la libertad personal de una persona investigada por la comisión de un delito, de manera temporal, mientras dura el proceso penal. Así, es aplicada antes que se emita condena firme.

20. En ese sentido, la prisión preventiva constituye un mecanismo diseñado por ley que permite restringir temporalmente el pleno ejercicio del derecho a la libertad

[1] Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Párrafo 47.
[2] Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301. Párrafo 181.

personal, tal como lo reconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución. Ahora bien, dicha restricción debe fundamentarse en un principio o valor de primer orden, como es el deber estatal específico de perseguir eficazmente el delito en el ámbito del proceso penal.[3] Así también lo ha señalado el Tribunal Constitucional al afirmar que *"(...) la constitucionalidad de la prisión provisional encierra el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, como una manifestación negativa del derecho a la libertad personal"* (STC. Exp. 7624-2005-PHC/TC, fundamento 2).

21. En concreto, el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004 señala que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

    a. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
    b. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
    c. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

22. Se aprecia entonces que la medida de prisión preventiva constituye un mecanismo adoptado por una norma con rango de ley, que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal a partir de la configuración de determinados requisitos Por tanto, es *formalmente* compatible con la Constitución, con la Convención Americana y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, no debe olvidarse que es *la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.*[4]

Naturaleza cautelar de la prisión preventiva

23. Por otro lado, el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos

[3] SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen II. 2da Edición. Grijley. Lima, 2003. pp. 1113-1114.
[4] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Párrafo 53.

Humanos señala que *"(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios"*. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho artículo prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido.[5]

24. En otros términos, un mandato de prisión preventiva regulado por ley formalmente es conforme con los instrumentos internacionales y con la Constitución, en tanto mecanismo destinado a restringir drásticamente el ejercicio de la libertad personal de, valga la redundancia, de una persona. Sin embargo, conviene tener presente que su aplicación al caso concreto, si no se toman ciertos especiales recaudos, puede devenir en un acto que vulnere diversos derechos fundamentales. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando la resolución judicial que adopta la prisión preventiva no se encuentra debidamente motivada al no detallarse los presupuestos que la configuran, previstos en el artículo 268 del Código Procesal Penal.

25. Y es que debe tomarse en cuenta que la prisión preventiva, en la medida que implica la limitación de la libertad personal de alguien sobre quien todavía no se ha determinado su responsabilidad penal, tiene implicancias directas con *el derecho a la presunción de inocencia* (reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 2 inciso 24 literal "e" de la Constitución). Al respecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado, en la STC. Exp. 00156-2012-PHC/TC (fundamentos 42-45), que dicho derecho se configura:

> i) Como *una regla de tratamiento del imputado*, que exige que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. De esta regla 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.
> ii) Como *una regla de juicio,* que exige que una persona no pueda ser

[5] Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 66.

condenada mientras no exista prueba plena [entiéndase prueba suficiente y pertinente] de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

26. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser usada como castigo, o como sanción permanente o injustificada. Por ende, solo puede ser utilizada con objetivos *estrictamente cautelares*: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena, evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad.[6] De allí que la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, no puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.[7]

27. En esa lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la aplicación excepcional de la medida de prisión preventiva y su naturaleza cautelar:[8]

> 67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.
>
> 68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.
>
> 69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no

[6] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. p. 4.
[7] Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párrafo 311 inciso "a".
[8] Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 67-69.

> punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.

28. Inclusive, la doctrina define a la prisión preventiva como un *"instrumento del instrumento"*, porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye, a su vez, un instrumento de aplicación del derecho denominado por algunos derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el Derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Por ende, si a la prisión preventiva se le atribuyen funciones propias del Derecho penal, se vulnera o amenaza de vulnerar al derecho a la presunción de inocencia.[9]

29. De manera conjunta con su instrumentalidad, la prisión preventiva también debe obedecer a un criterio de *provisionalidad,* en el entendido de que la adopción o el mantenimiento de dicha medida solo podrá ser válido si es que subsisten las circunstancias fácticas que dieron origen a la misma. De lo contrario, es obligatorio que se disponga su cese inmediato, para lo cual es permisible la aplicación de otras medidas limitativas de la libertad previstas en el Código Procesal Penal, si ese fuera el caso.[10]

30. Así también lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que:

> La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.[11]

31. Esto evidencia que la prisión preventiva constituye un instituto de vital importancia, dado que permite valorar el carácter *democrático* de un Estado, porque en ella se reflejan aquellas pautas que subyace a la configuración de un

---

[9] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. p. 4.
[10] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La regulación de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004. p. 626.
[11] Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párrafo 311 inciso "c".

ordenamiento jurídico determinado. Y es que allí se vislumbra el conflicto que existe entre el necesario respeto de los derechos a la *libertad personal* y a la *presunción de inocencia* del imputado, frente a la necesaria eficacia del *ius puniendi* del Estado.[12]

32. Sin embargo, lo expuesto no quiere decir que nunca se deba recurrir a la prisión preventiva. En ese sentido, entender que su uso es excepcional no equivale a propugnar su prohibición. Al contrario, en aquellos supuestos en los que se evidencie la presencia de los requisitos exigidos por el artículo 268 del Código Procesal Penal, y siempre que no se advierta la posibilidad de recurrir a otra medida de coerción personal menos gravosa que la prisión preventiva, por las particulares condiciones del caso concreto (lógica aplicación del principio de proporcionalidad), es totalmente constitucional que se utilice la prisión preventiva.

Uso y abuso de la prisión preventiva en el Perú

33. En este momento puede lamentablemente constatarse un uso frecuente de la prisión preventiva en nuestro país, desnaturalizando su carácter de medida cautelar excepcional. Y es que, de acuerdo a información del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) a diciembre de 2017, existen 85,811 personas que se encuentran en establecimientos penitenciarios, de las cuales **35,191** tienen la calidad de procesados y 50,620 están con condena.[13]

34. Esta gran cantidad de personas con prisión preventiva es motivo de preocupación del INPE, tal como se expone a continuación:

> Entre los problemas de la administración penitenciaria se tiene la sobrepoblación y el hacinamiento existente en los establecimientos penitenciarios, así como el gran porcentaje de internos que se encuentra sin sentencia y que, en calidad de procesados, se encuentran recluidos durante un tiempo que excede lo previsto por la ley, aunque esto último se ubica en la esfera de control del Poder Judicial y el Ministerio Público. Un indicador que refleja esta divergencia, es que al mes de diciembre se cuenta con 35,191 internos en calidad de procesados contra los 50,620 sentenciados. Asimismo, es preocupante que a nivel nacional, figuren 4,181

[12] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La regulación de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004. p. 620.
[13] Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario (diciembre 2017). p. 6. Disponible en: https://www.inpe.gob.pe/concurso-a/estad%C3%ADstica/2017-1/534-diciembre-2017/file.html (consultado el 27 de marzo de 2018).

> internos que están recluidos por más de 5 años en situación jurídica de procesados, lo más alarmante de esta situación, es que solo en los penales de Lima existen 73 privados de libertad que estarían recluidos más de 15 años en esta condición. Sobre este hecho, surgen dos explicaciones: la primera, que los internos siguen en situación de procesados, con lo que se habría incumplido los plazos procesales dentro del proceso penal y cabría responsabilidad en los entes judiciales; la segunda, que los internos están sentenciados, pero el órgano judicial no habría informado adecuadamente a la unidad de registro penitenciario correspondiente para ingresar los datos del privado de libertad (en todo caso será necesario realizar coordinaciones con los órganos correspondientes).[14]

35. Ahora bien, desafortunadamente esta situación no es privativa de nuestro país. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *"Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas"* del 2017, ha señalado que *"el uso no excepcional de la prisión preventiva continúa constituyendo uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. Esta situación constituye un problema estructural en las Américas, y que ha sido identificado también por los distintos mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas cuyo mandato se relaciona con la privación de libertad".*[15]

36. Asimismo, la Comisión Interamericana advierte que la prevalencia del uso de la prisión preventiva responde principalmente a los siguientes enfoques de política y desafíos: "a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva y que restringe la posibilidad de aplicación de medidas alternativas; b) preponderancia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido; c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas; d) inadecuada defensa pública, y e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de

---

[14] Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario (diciembre 2017). p. 37. Disponible en: https://www.inpe.gob.pe/concurso-a/estad%C3%ADstica/2017-1/534-diciembre-2017/file.html (consultado el 27 de marzo de 2018).

[15] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA. 2017. Párrafo 224.

justicia".[16]

37. Lo expuesto permite constatar un preocupante uso *punitivo* de la prisión preventiva, fuera de los fines estrictamente cautelares para los que está diseñado, lo que distorsiona su finalidad y naturaleza. Y es que, en efecto, en un Estado Constitucional, no se justifica que la prisión preventiva sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo de la instrucción.[17]

Análisis del caso concreto

38. A partir de las consideraciones expuestas, y en atención a las piezas procesales que obran en los expedientes penales acumulados, soy de la opinión que en el presente caso se debe declarar fundada la demanda, por las siguientes consideraciones:

a. Sobre la valoración de todos los elementos de convicción para el dictado de la prisión preventiva a los inculpados *(fumu boni iuris)*

39. El artículo 268.a del Código Procesal Penal de 2004 exige, como uno de los requisitos para la concesión de una prisión preventiva, que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Al respecto, las resoluciones de primer y segundo grado, que conceden y confirman la prisión preventiva sobre los recurrentes, consideran cumplido dicho requisito al existir diversos elementos de convicción que acreditarían, en alto grado de probabilidad, la recepción de dinero por parte de los investigados de dinero proveniente de Venezuela para la campaña presidencial del año 2006. Sin embargo, frente al ofrecimiento de elementos de descargo por parte de los investigados, que cuestionaban la posición de la fiscalía, la sala de la judicatura ordinaria que se pronunció al respecto consideró que no podían valorarse, por cuanto, básicamente *"(...) el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud"* (foja 15 del Exp. 04780-2017-PHC/TC).

---

[16] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA. 2017. Párrafo 225.
[17] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. p. 4.

40. Al respecto, es cierto que el grado de convicción requerido para la imposición de una prisión preventiva no exige la certeza sobre la responsabilidad de los imputados, toda vez que ello recién se determinará al final del proceso penal, luego de un juicio con un debate contradictorio. Respecto al carácter cautelar, en síntesis, sí se exige *un grado de probabilidad* de que el imputado ha cometido el hecho (específico en ese caso concreto) y no una mera conjetura.[18] Para ello, como no puede ser de otro modo, es indispensable que el juez valore todos los elementos ofrecidos por las partes en el proceso, lo que requiere atender también a los elementos de descargo ofrecidos por los imputados.

41. Esa es la lógica, además, que impera en el diseño de la audiencia de prisión preventiva, regulada en el artículo 271 del Código Procesal Penal de 2004, dado que exige para la misma la presencia del imputado y su defensor, como regla general, a fin de que participen en el debate para la adopción de la prisión preventiva. Así también lo ha considerado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Casación 626-2013 MOQUEGUA, en cuyo fundamento décimo séptimo ha señalado que:

> (…) En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán integrante la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

[18] Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párrafo 311 inciso "b".

42. Dicha dinámica se repite en la impugnación de la prisión preventiva: el artículo 278 inciso 2 del Código Procesal Penal señala que *"(...) la Sala Penal se pronunciará **previa vista de la causa,** que tendrá lugar, dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, **con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado**"* (resaltado nuestro).

43. Por ende, soy de la opinión que en este extremo existió una vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad personal, porque los órganos jurisdiccionales emplazados expresamente dejaron de valorar los elementos de descargo ofrecidos por los investigados, dejando así de lado el carácter excepcional de la prisión preventiva. Ello, a su vez, implicó una violación del derecho a la debida motivación, por cuanto las resoluciones que impusieron la prisión preventiva a los recurrentes no expresaron los elementos de descargo ofrecidos.

b. Sobre el control de constitucionalidad de las razones acerca del peligro procesal

b.1. En el caso de Ollanta Humala

44. En la investigación seguida contra los recurrentes, los jueces emplazados han valorado de manera favorable algunos audios que presumiblemente podrían acreditar que el investigado Ollanta Humala habría comprado testigos en una distinta y pasada investigación. Ello, a consideración de los juzgadores emplazados, constituye un elemento que justificaría la presencia del peligro procesal, en su dimensión de obstaculización probatoria.

45. Sobre el particular, muy respetuosamente considero que dicha valoración supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y a la libertad personal. del investigado. Ello, en mérito a que: a) dichos audios no fueron incorporados de manera legítima a la investigación, conforme a lo señalado en los artículos 189 inciso 3 y 190 del Código Procesal Penal de 2004; b) a pesar de ello, la sala emplazada señaló que el cuestionamiento a la incorporación de dichos audios se deberá realizar en el momento correspondiente, sin tomar en cuenta que *ya en dicha etapa inicial constituye un elemento de juicio relevante para justificar el peligro de obstaculización probatoria y, por ende, imponer la prisión preventiva;* c) dichos audios no acreditan una efectiva compra de testigos en otra investigación, sino una *sospecha razonable* de que ocurrió así, lo cual también requiere ser demostrado

en la investigación que es materia de cuestionamiento.

46. Es necesario resaltar que el criterio referido a que el imputado *"influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente"*, para acreditar el peligro de obstaculización probatoria (Art. 270.2 del CPP), exige un peligro *concreto* y *fundado,* atendiendo además a la capacidad del sujeto pasivo de la medida para *influir en los imputados, testigos, peritos o quienes puedan serlo.*[19] En ese sentido, en este caso no se evidencia un peligro concreto y fundado, sino más bien una especulación sobre un hecho no comprobado y que, además, no fue incorporado al proceso penal de acuerdo a las formalidades exigidas en la normativa procesal penal.

47. En igual sentido, la Casación 626-2013 MOQUEGUA, en su fundamento *quincuagésimo cuarto*, señala que un elemento de juicio que provenga de un proceso anterior *"debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano que debe ser evaluado de conformidad con los otros presupuestos del peligro de fuga"*. Esta interpretación, por cierto, constituye doctrina jurisprudencial, de acuerdo a lo señalado en la propia sentencia casatoria.

b.2. En el caso de Nadine Heredia

48. En este caso, soy de la opinión que también se estarían vulnerando los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad personal de la recurrente, toda vez que la resolución de segundo grado no señala por qué la distorsión de su puño gráfico, determinada mediante un informe pericial, configura una conducta vinculada al peligro procesal, elemento central para la imposición de la prisión preventiva.

49. Asimismo, no se toma en cuenta que la falta de colaboración del imputado con la investigación, el silencio respecto a brindar información relevante al proceso, la no confesión de aspectos vinculados a la imputación e inclusive la declaración falsa o la negativa a declarar constituyen situaciones que no pueden ser utilizadas en contra del imputado en el proceso, y menos para la imposición de una medida cautelar como una prisión preventiva. De hacerlo, se vulneraría el

[19] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La regulación de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004. p. 656.

derecho a la no autoincriminación, reconocida en el artículo 8.2.g de la CADH. Por lo demás, este Tribunal en la STC. Exp. 1555-2012-PHC/TC (fundamento 7), ha señalado que *"(...) la versión incoherente de los hechos que [el procesado] pueda manifestar, no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso"*.

50. Dicha situación no debe ser confundida, bajo ningún escenario, con un supuesto "derecho a mentir". Y es que una cosa es que un imputado evite colaborar con el desarrollo de la investigación penal, a fin de evitar la imposición de una condena, lo que es legítimo. Y otra muy distinta que una persona realice falsas declaraciones, involucrando a terceras personas. Como lo ha dicho el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 142/2009 (fundamento 6) *"(...) no puede concluirse (...) que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir"*. Reitero, no debe olvidarse que la carga de probar la imputación corresponde al Ministerio Público, por lo que es a dicho organismo a quien le corresponde sustentar de manera razonable la imputación sobre los recurrentes, más allá de si estos muestran su colaboración con la investigación.

Sobre la pertenencia de los investigados a una organización criminal

51. Por otro lado, a ambos investigados se les imputa la pertenencia a una organización criminal, e inclusive su posicionamiento en la cúspide de la misma. Sin embargo, más allá de la falta de elementos de juicio que permitan corroborar dicha afirmación, esta sindicación, por sí misma, no es suficiente para sustentar una medida de prisión preventiva.

52. Y es que la imputación a una organización criminal, para justificar el peligro de fuga, toma sentido únicamente cuando el investigado, valiéndose de su pertenencia a una organización criminal, *utilice los medios que ésta le brinde para facilitar su fuga,* tomando además en cuenta *su posición en dicha organización.* Esto es, la pertenencia a una organización criminal debe constituir una posibilidad para sustraerse a la acción de la justicia. Sin embargo, a partir del análisis realizado anteriormente, se advierte que: i) la prisión preventiva dictada a los investigados se fundamenta no solo en su presunta pertenencia a una organización criminal sino también en otros criterios que han sido desvirtuados, y; ii) no se ha evidenciado en autos, en el expediente mismo, que los investigados, en tanto presuntos miembros de una organización criminal, se

hayan valido de dicha situación para facilitar su fuga o su sustracción del proceso.

53. Por tanto, la imputación a los investigados de pertenecer a una organización criminal como un elemento que justifique el peligro de fuga y, por ende, la adopción de la prisión preventiva, sin haber explicado en qué medida dicha situación les habría valido para pretender fugar o sustraerse del proceso, vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal.

Sobre la falta de valoración de la situación de los hijos menores de edad de los investigados con la adopción de la prisión preventiva

54. De otro lado, considero que los jueces emplazados, al dictar y confirmar la prisión preventiva a los investigados, no tomaron en cuenta cómo dicha medida impactaría de manera negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en la situación de los hijos menores de edad de ambos.

55. Sobre el particular, el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga a la persona menor de edad el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

56. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14 (2013) *"sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial"* ha señalado que el principio del interés superior del niño también tiene que ser observado por los "tribunales"; término que *"alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje".*

57. Concretamente, sobre la vigencia del principio del interés superior del niño en el ámbito judicial penal, la referida Observación General 14 señala lo siguiente:

> 28. En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), ***así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley***. El Comité subraya que

> la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (resaltado nuestro).

58. A nivel interno, el artículo 5 de la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece que *"(...) los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes"*.

59. En ese sentido, considero que en el presente caso las resoluciones cuestionadas que impusieron la prisión preventiva contra los investigados vulneraron su derecho a la debida motivación así como el interés superior del niño, dado que no fundamentaron cómo dicha medida no tendría una incidencia negativa, directa, concreta y sin justificación razonable, en sus hijos menores de edad.

Sobre las observaciones realizadas a la regulación de la apelación con el derecho a la pluralidad de instancias o grados

60. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la pluralidad de instancias o grados es un derecho de configuración legal, es decir, un derecho cuyo ámbito de protección así como los requisitos, condiciones y límites a su ejercicio corresponden determinar al legislador (STC. Exp. 01665-2014-HC/TC, fundamento 7). En esa medida, es válido que el legislador pueda determinar los requisitos y exigencias para que proceda el recurso de apelación ante autos y sentencias que limiten la libertad personal.

61. Sin embargo, estoy de acuerdo con la ponencia en que la remisión al legislador no supone desnaturalizar el derecho fundamental a la pluralidad de instancias o grados ni vaciarlo de contenido. En esa medida, corresponderá a los jueces ordinarios en cada caso concreto hacer prevalecer el fondo por la forma, permitiendo a los justiciables en la mayor medida posible acceder a la vía jerárquica superior para discutir su pretensión vía recurso de apelación.

62. Corresponderá al legislador democrático cautelar el ejercicio del derecho fundamental a la pluralidad de instancias o grados, en el marco de los procesos penales, con la adopción de una regulación razonable que facilite a que los justiciables puedan acceder al órgano jurisdiccionalmente superior para debatir

su pretensión, máxime si como ya aquí se ha anotado, estamos ante un derecho de configuración legal.

63. En consideración a todo lo expuesto, voto a favor de que la demanda sea declarada **FUNDADA** y, por ende, **NULA** la prisión preventiva impuesta a los investigados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón. En ese sentido, corresponde retornar a la situación jurídica anterior a la vulneración de los derechos de los investigados. Toca a los órganos competentes, y no a este Tribunal Constitucional, analizar, por ejemplo, si resulta conveniente dictar las medidas cautelares que eventualmente resulten correspondientes (siempre y cuando se cuide de que cumplan los requisitos para el otorgamiento de dichas medidas), para garantizar el cabal desarrollo del proceso penal seguido a los recurrentes de habeas corpus, y, sobre todo, el cumplimiento de lo resuelto en dicho proceso. Y es que, en cualquier caso, conviene tener presente que lo aquí resuelto no debilita la necesaria lucha contra la corrupción en el Perú (la cual debe darse dentro de parámetros constitucionales) ni implica pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia de los hoy denunciantes de hábeas corpus, materia que se definirá en su momento mediante decisión de la entidad jurisdiccional correspondiente.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lpderecho.pe

EXP. N.° 04780-2017-PHC/TC
EXP. N.° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado)
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y
NADINE HEREDIA ALARCÓN

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular, por cuanto no comparto el sentido del fallo propuesto en la sentencia en mayoría. Mi voto se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. Concuerdo con lo señalado en la sentencia en mayoría, en el sentido de que en el proceso penal la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla. Asimismo, concuerdo con que esta medida restrictiva incide en forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal del procesado, lo que implica un especial deber del órgano jurisdiccional de motivar su decisión.

2. Asimismo, debe señalarse que no es competencia de la Justicia Constitucional el determinar la responsabilidad penal, por lo que no cabe, a través de la presente sentencia de hábeas corpus, la valoración de los medios probatorios o la evaluación de la relevancia penal de los hechos imputados. La evaluación de las resoluciones jurisdiccionales cuestionadas se realiza sobre la base de los derechos presuntamente afectados.

3. Considero que la resolución de la Sala Superior que confirma la prisión preventiva, está debidamente motivada respecto de los graves elementos de convicción, peligro procesal y pena probable a imponerse.

4. En cuanto al requisito consistente en "fundados y graves elementos de convicción", la resolución emitida por Sala Superior, que confirma la prisión preventiva impuesta, está debidamente motivada. En ella se exponen los medios probatorios que acreditarían la recepción de dinero de parte del gobierno Venezolano (se recoge testimonios que relatan el modo como el dinero habría sido recibido en la embajada de Venezuela). Del mismo modo, en cuanto a la recepción de dinero de Brasil, también se exponen en la resolución los elementos de convicción que lo sustenta (declaración de Jorge Barata, de Marcelo Odebrecht). De otro lado, se sustenta el modo como se pretendía justificar el ingreso de dichas sumas dinerarias a través de contratos simulados con la empresa Apoyo Total S.A., así como los informes de la ONPE, sobre el financiamiento de de las campañas electorales de 2016 y 2011, que sustentan la tesis de la fiscalía sobre el manejo de los fondos dinerarios del Partido Nacionalista, en los que se señala que "no cuentan con libros contables oficiales", "el partido administra fondos en efectivo y no a través de la cuenta bancaria ..." y que "existen aportaciones anónimas procedentes de aportantes no

identificados", lo que a criterio de la Sala Penal Superior, incrementa la fundabilidad y gravedad de los enunciados incriminatorios respecto de las irregularidades en la administración de los fondos de campaña. De lo descrito, se advierte que la sala ha sustentado debidamente la existencia de elementos que vinculan a los imputados con el que es materia de investigación.

5. Para cerrar este punto relativo a la presencia de elementos probatorios, debo recalcar lo señalado por la resolución de la sala superior, citando la casación N° 623-2013-Moquegua, que refiere que la adopción de la prisión preventiva no exige certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar una investigación preparatoria. De este modo, la discusión sobre este aspecto no está referida a si está acreditada la responsabilidad penal, lo que corresponderá ser dilucidado dentro del proceso penal en la etapa correspondiente.

6. En cuanto al peligro procesal, se advierte que el juzgado y la sala han analizado el peso de los nuevos elementos de convicción recabados en la investigación después de dictadas las anteriores medidas restrictivas que pesaban sobre los favorecidos (comparecencia con restricciones, impedimento de salida del país) que hagan incrementar el peligro procesal (peligro de fuga o peligro de obstrucción de la actividad procesal).

7. En cuanto a Nadine Heredia, a quien ya se le había impuesto medida de impedimento de salida del país, la Sala explica los elementos probatorios que elevaron el peligro procesal inicial. Ello se encuentra justificado en el poder extendido a favor de Rosa Heredia Alarcón, facultándola para viajar con sus menores hijos al interior y exterior del país sin limitación alguna. Al respecto, la Sala advierte que anteriormente la misma sala había valorado el peligro procesal que generaba dicho poder para el caso de Ollanta Humala, señalando que "...si bien constituye un acto que puede materializar en uso regular de sus derechos, pone en evidencia la probabilidad de que este pueda ausentarse no solo de la ciudad de Lima sino del territorio nacional, en cuyo escenario cobra fuerza la tesis del Ministerio Público que sostiene que el peligro procesal -posibilidad de sustracción de la acción de la justicia- de este investigado se haya incrementado...", por lo que, a criterio de la sala, tiene virtualidad para elevar el peligro procesal de su coimputada, Nadine Heredia.

8. En el caso de Ollanta Humala, la Sala valoró audios que dan cuenta de compra de testigos, lo que pone en peligro la actividad probatoria.

9. La sentencia en mayoría rechaza este medio probatorio por considerar que los audios no han sido incorporados al proceso penal conforme a las exigencias del Código Procesal Penal. Al respecto, considera que conforme a una interpretación sistemática de los

artículos 189.3 y 190 del referido código, cuando se trate de voces de audios, estas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente del defensor del imputado, seguidamente se cita el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece que "todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo". Al respecto, debo señalar que no debe confundirse la prohibición de obtención de medios probatorios en violación de derechos constitucionales (prueba prohibida) con la controversia sobre aspectos eminentemente legales. Como se sabe, no toda infracción de normas procesales contenidas en el código habilita a la justicia constitucional para corregir el accionar judicial. Del mismo modo, la controversia sobre si el audio sobre compra de testigos debió pasar el reconocimiento, es un asunto de mera legalidad que no invalida en esta sede su evaluación a efectos de ser considerado para dictar una prisión preventiva.

10. Un elemento común a ambos procesados que, a criterio de la Sala, eleva el peligro procesal es la pertenencia a una organización delictiva. Se trata de un elemento relativo a la complejidad de las organizaciones criminales. Por ello es pertinente la cita a la casación 626-2003-Moquegua, que se hace en la sentencia en mayoría (fundamento 116), en el sentido de que "...la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera)...".

11. Para la sentencia en mayoría, este elemento no puede justificar por sí solo la privación de libertad, lo que lo convertiría en una medida punitiva. Al respecto, debe advertirse que los órganos jurisdiccionales han compulsado este elemento junto con otros ya descritos, que elevan, a su criterio el peligro procesal, lo que ha sido debidamente justificado en la resolución que dispone confirmar la prisión preventiva impuesta.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**

SR.
MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lpderecho.pe

EXP. N.° 04780-2017-PHC/TC
EXP. N° 00502-2018-PHC/TC
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y OTRA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

1. Aquí no está en discusión la constitucionalidad de la autonomía del delito de lavado de activos. Tampoco, si es lo mismo el financiamiento no registrado de actividades políticas con dinero bien habido o con dinero mal habido.

2. Lo que aquí está en discusión es solo si la resolución de 3 de agosto de 2017 de la Sala Penal Nacional, que confirmó la prisión preventiva de los procesados, fundamentó debidamente el peligro procesal.

3. Este *habeas corpus* busca la liberación del exPresidente de la República Ollanta Moisés Humala Tasso y su cónyuge Nadine Heredia Alarcón, alegando que se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

4. Este *habeas* corpus debe resolverse, por tanto, a base de lo que establecen los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución. El inciso 3 señala que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es:

> La observancia del debido proceso y la *tutela jurisdiccional* [*itálicas* añadidas].

5. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional, por su parte, detalla que esta tutela es:

> aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos (…) *a probar* [*itálicas* añadidas].

6. Por otra parte, el inciso 5 del mismo artículo 139 establece que otro de tales principios y derechos es:

> La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable *y de los fundamentos de hecho en que se sustentan* [*itálicas* añadidas].

7. La sentencia en mayoría dice que "la Sala ha incurrido en un razonamiento violatorio del derecho fundamental a probar" (fundamento 60). Sin embargo, a mi juicio, no pondera suficientemente la naturaleza cautelar de la prisión preventiva.

8. Las medidas cautelares están previstas en todo tipo de proceso —civil, penal, arbitral, etcétera— a base de consideraciones de urgencia. Naturalmente, ello las libera de un debate probatorio amplio y complejo.

9. Se puede cuestionar que el máximo de la prisión preventiva sea tres cuartas partes de la sanción mínima a imponerse, pero no pretender que se la sujete a un debate probatorio igual al que corresponde al proceso que desemboca en sentencia.

10. La prisión preventiva no es invento del Código Procesal Penal vigente. También estaba prevista en el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 1991.

11. Siguiendo esta tradición jurídica, el artículo 268 del Código Procesal Penal vigente establece que, para ordenar la prisión preventiva, el juez solo debe evaluar si concurren los siguientes requisitos:

    a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

    b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

    c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

12. Contra lo que sostiene la Casación 626-2013 de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Expediente 1091-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que estos requisitos deben concurrir simultáneamente.

13. En la misma sentencia, este Tribunal ha indicado que la prisión preventiva debe ser consistente con el fin que persigue, y con el carácter subsidiario y proporcional que le caracteriza. No puede ser dictada a base del mero capricho del juez.

14. El criterio de esta sentencia, de 16 de agosto de 2002, se ha mantenido en el tiempo. Así consta, por ejemplo, en la reciente sentencia recaída en el Expediente 349-2017-PHC/TC, de 15 de noviembre de 2017.

15. Esta última sentencia ha enfatizado que a la justicia constitucional solo le corresponde verificar si la motivación de la prisión preventiva es:

> mínimamente suficiente a efectos de validar la imposición de la medida cautelar de la libertad personal

16. En este caso, el *habeas corpus* cuestiona la resolución de segunda instancia afirmando que ha confirmado la prisión preventiva de los procesados sin sustentar debidamente la existencia de peligro procesal.

17. Sin embargo, a la luz de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, ocurre que sí lo ha hecho. La sustentación principal del peligro de obstaculización de la justicia es la siguiente:

- Respecto de Humala, el peligro procesal se infiere de los audios referidos a la posible compra de testigos en el caso Madre Mía.

- Respecto de Heredia, de que trató de burlar el peritaje grafotécnico realizado a sus agendas, alterando su puño gráfico.

18. En lo que respecta a la posible compra de testigos, luego de transcribir los referidos audios, en el numeral vii) de su fundamento 7.8.3, la resolución señala lo siguiente:

> Una vez compulsadas cada una de las apreciaciones sobre estos audios, advertimos que existe entidad de razonabilidad y coherencia interna entre estos nuevos elementos de convicción y la argumentación fiscal sobre la vinculación del investigado OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO con actos de compra de testigos (foja 712).

19. Inexplicablemente, estos audios no fueron evaluados en el caso Madre Mía. Sin embargo, habiendo sido obtenidos con autorización judicial, nada impide que los jueces penales los hayan empleado en esta etapa del proceso.

20. En lo que respecta a la alteración del *puño gráfico* de Heredia, en su fundamento 7.3.1, la resolución reseña el argumento esgrimido por su defensa:

> que en la fecha de toma de muestras de la pericia grafotécnica, NADINE HEREDIA ALARCÓN ya había reconocido la propiedad de las agendas y documentos, por lo que no tendría sentido pretender alterar una grafía.

21. Sin embargo, en su fundamento 7.3.8, la resolución responde al mismo en los términos siguientes:

> el hecho que la investigada NADINE HEREDIA ALARCÓN ya había reconocido la propiedad de las agendas y documentos (…) no da respuesta al objeto de la pericia (...) que es determinar si los textos manuscritos que obran en los documentos (libretas y agendas) anteriormente detallados, corresponden al *puño gráfico* de la investigada NADINE HEREDIA ALARCÓN.

22. La Sala explica, pues, que no basta con que Heredia reconociera las agendas como suyas, ya que ellas contienen apuntes efectuados por varias personas. Al alterar su *puño gráfico*, obstaculizó la identificación de los que le correspondían.

23. Esto es tanto más significativo cuanto dichos apuntes se refieren no solo a la recepción y uso de fondos para actividades políticas y personales, sino también a gestiones destinadas a manipular la administración de justicia.

24. El contenido de las agendas de Heredia es un hecho de conocimiento publico. Por tanto, cabe recordar algunos de los apuntes más relevantes para lo que aquí se evalúa.

25. En uno de esos apuntes se lee:

> Martes visitó ojitos
> Miércoles vista de causa.
> Jueves vino ojito a congreso, llamó
> x telf a Sn Martin y fueron a CSup,
> paisanos, hay omisión en dictamen fiscal
> x obviar a los 4 testigos. Se está politizando.
> Hoy fue con Hugo Molina +
> Ojito habló con Sn Martín no
> te preocupes va a salir +.
> Invitar a casa Urquizo y los 2 Cesar.

26. En otro:

> Se puede llegar a Miluska Cano y a Pimentel
> Quien maneja la sala la conforma el Abog
> Hugo Sibina y quien maneja los temas es
> Juan Carlos Valdivia.
>
> 1 congresista comisión justicia o constitución para
> hacer lobby. Pdte Corte, Ministerio Justicia.
> Ver con Alianza Parlamentaria
> Planeamiento de captar gente en el poder judicial.
> Eto Cruz debe ser vocero para este tema de OHT.

lp derecho.pe

27. Y en otro:

Consultar OHT posibilidad de declaraz
notarial de Alvarez Rodrich

Documentos
Informe Juez 1era instancia
" fiscal " "
Sentencia desacumulaz
Resolución cambio testigo-inculpado
Auto apertorio

"Juez se puede escoger"

28. Finalmente:

Documento para que Yalico pida a la sala cumplir
la resolución de Yalico. √
Defensoría del Pueblo. √
Generar consensos interpartidarios en la bancada.
Ayuda memoria para Cayo. √
Fco: Pedida para la Comisión Interamericana de DDHH

Beaumont que llame a Távara para que frene a R.
Ver si Cayo y Fredy se reunieron con T.
¿? Julio M. Comunicado de Juristas.
Consulta jurisprudencia nacional / internacional

Roy pedir que ya no firme y demás medidas. (NO)
Pedir a Blas que presione a Yalico. / Vega Vega
Pedir para el cese de agravio p' suspender el juicio
Pedir la suspensión del Juicio.

29. El artículo 279, inciso 1, del Código Procesal Penal señala que para calificar el peligro de obstaculización de la justicia se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

30. A mi juicio, la sentencia en mayoría se equivoca al negar este peligro, soslayando —a base de recordar las bendiciones del don de la libertad, que nadie discute— los indicios de su existencia.

lpderecho.pe

31. Mal puede decirse que los jueces no han cumplido con motivar su decisión de una manera *mínimamente suficiente*, como lo requiere la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

32. Abunda a lo señalado el hecho de que se plantearan, casi simultáneamente, tres *habeas corpus* —en Piura, Lima y Arequipa— a favor de los procesados, y luego estos ratificaran dos.

33. Esta situación es tanto más significativa cuanto apenas unos pocos días antes los procesados habían interpuesto un recurso de casación contra la resolución cuestionada.

34. Así, tanto el número como la secuencia de estos actos procesales confirma la conducta temeraria —de alguna manera tenemos que llamarla— de los procesados frente a la administración de justicia peruana.

Por todo ello, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de *habeas corpus*.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lpderecho.pe

EXP. N.° 04780-2017-PHC/TC Y EXP. N.° 00502-2018-PHC/TC
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La Constitución no ordena proteger únicamente la libertad individual. También ordena proteger el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad pública

El Poder Judicial y el Ministerio Público han cumplido su rol constitucional en este caso

Este es un caso emblemático para la clase política de nuestro país. No es habitual que ciudadanos que han abrazado los ideales del servicio público y del bien común, terminen procesados y privados de su libertad, en tanto el Ministerio Público realiza la investigación fiscal por la presunta comisión del delito de lavado de activos.

No estamos ante un caso aislado. Lamentablemente, el delito de lavado de activos hoy remece la clase política de nuestro país, de ahí que sostener que *la libertad no consista en hacer lo que nos gusta, como si no existieran límites, sino en hacer lo que debemos conforme a límites,* se torna más vital en estos tiempos. Una persona puede tener el dinero que quiera o pueda, pero tiene la obligación jurídica y moral de justificar su origen.

En ese contexto, una mayoría de Magistrados del Tribunal, a partir del análisis del caso Humala y Heredia, ha procedido a impulsar una nueva mirada sobre las reglas que se deban considerar en el dictado de la prisión preventiva, privilegiando la libertad individual, pero con un claro desmedro del orden y la seguridad pública, como si la sociedad mereciera que

también se proteja a sus ciudadanos, más aún cuando nos encontramos en un contexto de asfixiante criminalidad.

Desde ya anuncio en estas líneas que no suscribo la posición asumida por la mayoría de Magistrados del Tribunal Constitucional pues considero que siempre debe buscarse el *equilibrio* entre la protección de la libertad individual y la protección del orden y la seguridad pública (conforme lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional en más de 20 años), y además porque estimo que no hay razones jurídicas que justifiquen otorgar la libertad a los demandantes Ollanta Humala y Nadine Heredia.

En ese sentido, la demanda de habeas corpus debe declararse **INFUNDADA** pues las resoluciones penales que ordenaron la prisión preventiva de estos demandantes, basándose en la posibilidad de obstrucción de investigaciones, se sustentan en suficientes argumentos y elementos de convicción que justifican tal decisión.

Los jueces penales emplazados sostienen, en el caso de Ollanta Humala, que las grabaciones sobre la compra de testigos en el caso Madre Mía es un antecedente de cómo el procesado podría generar, si éste estuviese en libertad, el despliegue de actividades obstruccionistas en el contexto de un proceso penal. En el caso de Nadine Heredia, tales jueces penales asumen que la alteración de su puño gráfico en la toma de muestras sobre determinadas agendas representa una conducta obstruccionista de las investigaciones.

Además de tales argumentos, los jueces penales emplazados suman otro: que ambos demandantes han incrementado el peligro procesal en la medida que se puso de manifiesto los vínculos con una entidad trasnacional (Odebrecht) que realizaba actividades ilícitas en diferentes países y que por ello los demandantes podrían eludir la acción de la justicia valiéndose de los contactos que habrían generado en su accionar. Por ello, tiene sentido que se haya considerado también la relevancia de los poderes que otorgaron ambos demandantes para que una tercera persona se encargue de acompañar a sus hijos en sus

lpderecho.pe

desplazamientos.

Por otra parte, tampoco convengo con dicha mayoría del Tribunal Constitucional en la formulación de reglas jurisprudenciales cuyo efecto va a generar el debilitamiento del sistema penal al hacerse tan difícil, sino imposible, el dictado de cualquier prisión preventiva en el sistema judicial peruano. Creo que allí tal mayoría del TC no ha valorado suficientemente los graves efectos que van a generar las "nuevas" reglas jurisprudenciales instauradas. Así se diga que el presente caso de los demandantes Humala y Heredia no constituye precedente vinculante, de hecho representa un nuevo criterio del TC sobre prisión preventiva que podría ser utilizado por cualquier juez penal, de modo que allí radica nuestra preocupación por los efectos que va a generar. Abrigo la esperanza de que los jueces penales, en su cotidiano trabajo, realicen una adecuada ponderación de los derecho y principios involucrados, pero sobre todo que no dejen de proteger la seguridad pública.

Es claro que se han podido detectar algunos casos de prisiones preventivas que pudieran considerarse arbitrarias o abusivas –supuesto en el que no se encuentran los demandantes. Sin embargo, ello no justifica que bajo el pretexto de la "constitucionalización de la prisión preventiva" se genere el efecto de inutilización de la prisión preventiva en todo tipo de procesos (secuestro, robo, terrorismo, tráfico de drogas, etc.), y menos aún que se ponga en riesgo tanto la *seguridad* de todos los peruanos como la lucha contra la corrupción. Si recién ahora la mayoría del TC busca "constitucionalizar la prisión preventiva", me pregunto ¿qué es entonces lo que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional desde hace más de 20 años? ¿No es que acaso el Tribunal Constitucional ha controlado numerosos casos de resoluciones sin motivación, con una defectuosa motivación, desproporcionadas, etc., caso concreto por caso concreto? Es debido a esta larga y sostenida jurisprudencia constitucional que el habeas corpus se ha constituido en un mecanismo protector de la libertad, pero no en todos los casos, pues, estadísticamente, la mayoría de prisiones preventivas han sido bien dictadas por los jueces penales.

Lpderecho.pe

Es de público conocimiento que en los últimos tiempos se ha acrecentado la delincuencia (robos, secuestros, feminicidios, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, corrupción de funcionarios, etc.). Es de conocimiento general también que el caso Odebrecht, entre otros, ha generado, genera y podría generar prisiones preventivas de ex funcionarios públicos de todos los niveles e incluso de particulares. Creo que la mayoría del TC ha buscado, premeditadamente, ponerle freno al abuso que algunos jueces han podido hacer de la prisión preventiva, solo que al fijar nuevas reglas jurisprudenciales con vocación general y que hacen casi imposible el dictado de una prisión preventiva, no se está neutralizando solo los casos de abuso de la prisión, sino todos los casos de prisión preventiva. Olvida dicha mayoría que para controlar el abuso de la prisión preventiva el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos como la revisión por otra instancia penal o el pedido de cese de la prisión preventiva, y que los demandantes Humala y Heredia no han utilizado este último mecanismo.

En efecto, en la sentencia en mayoría del TC se han creado las siguientes reglas jurisprudenciales:

Nuevas reglas jurisprudenciales sobre prisión preventiva	
A partir del caso Humala y Heredia **(Mayoría del TC que la suscribe)** **Ernesto Blume** **Augusto Ferrero** **Carlos Ramos** **Eloy Espinosa-Saldaña**	**Crítica a la posición en mayoría**
Fundamentos 63 y 64: Para acreditar la existencia de "fundados y graves elementos de convicción", los jueces penales deben necesariamente "valorar" y "motivar" "todos y cada uno" de los elementos presentados por el Ministerio Público, así como "valorar" y	- Antes de este caso, el TC sólo controlaba la existencia de "**motivación suficiente**" para el dictado de la prisión preventiva. Ahora, la mayoría del TC, va a controlar la existencia de "**motivación perfecta**" para el dictado de la prisión preventiva. Nunca antes en la historia del TC se había exigido tal motivación perfecta. Espero que dicha

Lpderecho.pe

"motivar" "todos y cada uno" de los elementos presentados por la defensa técnica.	exigencia también la practiquen los magistrados del TC que sostienen esta tesis. - En el caso Humala y Heredia, la Sala penal demandada, se basó en 18 elementos de convicción presentados por el Ministerio Público y además valoró "todos" los elementos presentados por la defensa técnica, pero porque "supuestamente" no se *motivó (contraargumentación)* sobre **"un"** elemento (sólo uno) presentado por la defensa, la mayoría del TC considera que se ha vulnerado el derecho a la prueba de los demandantes y se debe anular la prisión preventiva de los demandantes. - Con este criterio, el TC debe empezar por anular los cientos de habeas corpus que tiene en giro en los que se cuestionan prisiones preventivas. De seguro que ninguno de estos supera la nueva exigencia de la mayoría del TC. Esto sin contar, con los habeas corpus que giran en primera y segunda instancia ante el Poder Judicial.
Fundamento 88: De una interpretación sistemática de los artículos 189.3 y 190 del Código Procesal Penal, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas **deberán** pasar por un "reconocimiento" en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria.	- Al TC no le corresponde hacer interpretaciones de la ley procesal penal sobre la forma de darle valor a determinados audios en el ámbito de la prisión preventiva. Esa es una competencia del juez penal. - "Obligar" a que en "todo caso" de prisión preventiva en el que se pretenda valorar un audio, previamente se realice una diligencia de "reconocimiento de voz", es francamente

lpderecho.pe

	un exceso. El propio Código Procesal Penal (artículo 189.1) dice textualmente: "**cuando fuere necesario**". La mayoría del TC no ha entendido que la diligencia de reconocimiento se *puede* realizar cuando el caso lo amerite, y no siempre. - En el caso Humala y Heredia, la mayoría del TC asume que como los jueces penales emplazados no realizaron la "obligatoria" diligencia de reconocimiento de voz, han vulnerado el derecho de defensa, entre otros, justificando así la anulación de la prisión preventiva de los demandantes. Al respecto, teniendo en cuenta esta obligación es "nueva" (2018), no le era exigible a los jueces penales demandados que dictaron sus resoluciones el año pasado (2017). Los jueces penales no pueden estar adivinando lo que va a resolver el TC en el futuro.
Fundamento 111: No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ellas, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía.	- Sorprende que la mayoría del TC asuma que la mentira no pueda servir para obstruir investigaciones. Es claro que en determinados casos la mentira puede servir para ello (por ejemplo, mentir sobre los autores de un delito, cuentas bancarias, montos de dinero, etc., puede llevar a desviar las investigaciones). - Distorsionar una grafía también puede constituirse en un elemento de convicción que pueda servir para obstruir investigaciones: en el fundamento 7.3.4, la sala penal demandada cita el Informe

lpderecho.pe

	pericial grafodocumentoscópico 524-886/2016: "se comprueba que en esta diligencia la investigada (Nadine Heredia) ha evidenciado su voluntad de distorsión gráfica, utilizando un diseño caligráfico que no corresponde a ninguno de sus patrones de variaciones identificados, por lo cual no constituye una muestra idónea para su estudio de cotejo, en tanto podría inducir a error a los peritos a cargo (...)" En tal sentido, no se evidencia la vulneración de derechos de la demandante Heredia, cuando los jueces emplazados sostienen que la comprobada distorsión de sus grafías representa una conducta obstruccionista.
Fundamento 122: En definitiva, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal	- El artículo 269 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: "para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: (...) 2. La gravedad de la pena que se espera (...) 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal (...)" - Al respecto, la Casación 626-2013 prevé en sus fundamentos 57 y 58 que "(...) **en ciertos casos** solo baste la gravedad de la pena y este criterio [de pertenencia a una organización criminal] para imponer esta medida", y que "(...) no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del

Lpderecho.pe

	procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización". - Pese a la claridad de la interpretación de la ley procesal penal expuesta en la mencionada casación, la mayoría del TC, invadiendo competencias del juez penal, interpreta el artículo 269 del Código Procesal Penal y estima que "**en ningún caso**" la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal pueden justificar una prisión preventiva.

Además de lo expuesto, resulta grave y preocupante que las mencionadas nuevas reglas jurisprudenciales de la mayoría del TC se apliquen retroactivamente a este caso concreto. En otras palabras, cuando los jueces penales aquí emplazados dictaron la prisión preventiva de los demandantes Ollanta Humala y Nadine Heredia (13 de julio y 3 de agosto de 2017) no existían las nuevas reglas que recién ahora expone la mayoría del TC (abril de 2018), por lo que tales jueces penales en el año 2017 no tenían cómo suponer los cambios que iba a realizar el Tribunal Constitucional, en mayoría, en el año 2018.

Los jueces penales emplazados han resuelto conforme al marco normativo y jurisprudencial vigente al momento de adoptar sus decisiones y, por lo tanto no han vulnerado ningún derecho fundamental de los demandantes.

Más allá del caso concreto estimo que las reglas jurisprudenciales aquí formuladas no solo no siguen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional formulada hasta antes de este caso, sino que van a contracorriente de la legítima reforma propiciada por el Código Procesal Penal, así como de ponderada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República expedida en el marco de sus competencias.

Lpderecho.pe

Dejo constancia que antes de resolver este caso, el Ministerio Público ha hecho de conocimiento del Tribunal Constitucional que se está realizando la toma de declaraciones de ciudadanos brasileños como una de las últimas diligencias previas a la formulación de la respectiva acusación, y, además, advierte que en la siguiente etapa procesal es trascendental la presencia de los imputados Humala y Heredia, de modo que la prisión preventiva dictada contra ellos sólo trata de evitar que salgan del país o incluso utilicen el asilo político. A pesar de ello, el Pleno del TC decidió seguir adelante. Espero que el tiempo no convierta en reales las que ahora son sólo preocupaciones.

Son estos los puntos principales de mi discrepancia y seguidamente voy a examinarlos con la mayor amplitud dada la trascendencia del caso.

Sobre la inadmisible innovación de la "firmeza sobrevenida"

1. Cabe tener presente que contra las resoluciones penales cuestionadas (de primer y segundo grado) se interpuso recursos de casación. Sin embargo, antes de esperar el resultado de tales recursos, los ahora accionantes Ollanta Humala y Nadine Heredia interpusieron la demanda de *habeas corpus* (23 de agosto y 25 de agosto de 2017, de acuerdo a lo que fluye de los Expedientes 04780-2017-PHC/TC y 0052-2018-PHC/TC, respectivamente).

2. Al respecto, la obligación jurídica que se desprende del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara: todos los justiciables que consideren que una resolución judicial es arbitraria tienen la obligación de utilizar los medios impugnatorios existentes dentro del respectivo proceso ordinario y recién, luego de expedida la decisión definitiva –y por tanto, firme–, pueden acudir a un proceso constitucional.

lpderecho.pe

3. Pese a la obligación mencionada, la posición en mayoría del TC, en los fundamentos 20 y 21, sostiene lo siguiente:

> 20. El Tribunal Constitucional encuentra justificado efectuar un análisis sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales cuestionadas han adquirido firmeza sobrevenida (...)
> 21. Cabe precisar que el caso del cumplimiento sobreviniente de la firmeza de las resoluciones impugnadas, no constituye una excepción a la regla de la firmeza, sino una interpretación complementaria a dicha regla (...).



4. Al respecto, considero que esta figura de la "firmeza sobrevenida", innovación de la mayoría del TC, desnaturaliza claramente la exigencia de firmeza exigida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. ¿Qué consecuencias va a generar esta innovación de la "firmeza sobrevenida"? Que ahora los justiciables, cuando quieran cuestionar una auto de prisión preventiva o cualquier otra resolución judicial de primera instancia que restrinja la libertad, utilicen, a la vez, tanto el respectivo recurso de apelación en el proceso penal como el proceso de habeas corpus. Ya no será obligatorio hacer uso de los medios impugnatorios penales para que, luego de la decisión penal definitiva, recién se pueda acudir al habeas corpus. Esta interpretación de la mayoría del TC solo genera inseguridad jurídica pues, entre otras, puede generar situaciones contradictorias: que el habeas corpus contra una resolución X declare que esta es arbitraria pero que, contrariamente, el recurso de apelación penal declare que la resolución X es conforme a Derecho.

Sobre la innecesaria exigencia de "motivaciones perfectas" en la prisión preventiva

5. La mayoría del Tribunal Constitucional está invadiendo competencias de los jueces penales pues no le corresponde interpretar la ley procesal penal (artículo 268, inciso a, del Código Procesal Penal) y decidir, a partir de ahora, la forma en que los jueces

Lpderecho.pe

penales deben valorar los medios probatorios que sirvan para que estos estimen razonablemente la comisión de un delito.

6. Hasta antes de este caso se asumía en el ámbito de la prisión preventiva desarrollada en el proceso penal, que, dada su naturaleza de medida "cautelar" personal, no se requería consolidación probatoria o acreditativa a plenitud, asumiendo que en el proceso penal hay otras etapas para ello. Sin embargo, ahora con la arbitraria exigencia de la mayoría de TC, sí se requiere tal consolidación probatoria o acreditativa.



7. El mencionado artículo 268 del Código Procesal Penal, establece los presupuestos materiales para dictar una prisión preventiva. Uno de ellos es el inciso a:

> Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

Este inciso fue interpretado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante doctrina jurisprudencial penal (Casación 626-2013), que en su vigésimo séptimo considerando prevé que

> Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, sólo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos (…).

Citando a Julio Mayer, en su texto *Derecho Procesal Penal,* la Sala Penal Permanente explica lo que se entiende por "probabilidad": "significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, estos es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, en el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente, no está convencido de estar en posesión de la verdad pero cree que se ha aproximado bastante a ella (…)".

lpderecho.pe

8. Sin embargo, en el presente caso, la mayoría del TC, cual juez penal, ha interpretado lo siguiente:

> 63. (...) es claro que al negarse a valorar las pruebas aportadas por la defensa técnica, la Sala eludió el deber de motivar por qué, a pesar de su contenido, continuaba asumiendo que las declaraciones del testigo clave y de Ponce Montero continuaban contribuyendo a sostener la formación de fundados y graves elementos de convicción (...)
>
> 64. (...) El Tribunal Constitucional considera que los jueces penales al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción (...) deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados (...)

9. Al respecto, conforme a la reiterada jurisprudencia de Tribunal Constitucional en cuanto al control constitucional de resoluciones judiciales, en las que se incluye aquellas sobre prisiones preventivas, uno de los parámetros de control ha sido si tales resoluciones contenían una motivación suficiente, es decir, aquel "mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada" (*Cfr.* Exp. 03943-2006-PA/TC, entre otras).

10. Es más, en las relevantes sentencias de los Expedientes 01091-2002-HC/TC y 01230-2002-HC/TC, sobre habeas corpus contra prisiones preventivas, el Tribunal Constitucional sostuvo expresamente que son dos las características que debe tener la motivación en dicho ámbito: en primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla y, en segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

LPderecho.pe

11. Sin embargo, en el presente caso, la mayoría del TC cambia ese criterio de "motivación suficiente" y ahora exige una innecesaria "motivación perfecta" de la prisión preventiva. Conforme al nuevo criterio, ahora los jueces penales, no solo deberán valorar y motivar los elementos de convicción que consideren suficientes para el dictado de la prisión preventiva, sino que, además, deberán valorar y argumentar cada uno de los elementos presentados tanto por el Ministerio Público como por la defensa técnica del imputado. Esta innecesaria exigencia sólo conseguirá hacer tan complejo el dictado de la prisión preventiva que terminará inutilizándola.

12. Pero si esta innecesaria regla jurisprudencial no justifica la anulación de las resoluciones judiciales penales impugnadas en el habeas corpus de autos, menos lo justifica aún verificar que, por ejemplo, la Sala penal emplazada identificó hasta **18 elementos de convicción** para estimar razonablemente la comisión del delito, valoró y contraargumentó todos los elementos presentados por la defensa técnica de los demandantes Humala y Heredia, pero por no contraargumentar, explícitamente, **1 elemento** presentado por la defensa (declaraciones de 4 testigos: Pedro Pablo Kuczynski, Alejandro Toledo, Julio Raygada y Jorge Cárdenas), anulan la prisión preventiva dictada contra ellos. En realidad, es un exceso.

13. Si aún quedan dudas de este exceso, veamos cómo argumentó la Sala penal emplazada y luego saquemos nuestras propias conclusiones:

> 4.2.3. El juez de instancia califica ambas declaraciones [del testigo clave y de Ponce Montero] como nuevos elementos, y agrega "que se ha intensificado la apariencia de buen derecho, de tal suerte que si existe un alto grado de probabilidad que ambos investigados hayan recibido dinero de Venezuela". Señala que dan detalles "del lugar y circunstancias en que presenciaron que Ollanta Humala y Nadine Heredia e Ilan Heredia manejaban grandes sumas de dinero en efectivo, que incluso recibían en la embajada de Venezuela,

Lpderecho.pe

prácticamente porque corroboran todos los datos iniciales".

4.2.4. La defensa técnica de la investigada NADINE HEREDIA ALARCÓN cuestiona que no son nuevos elementos de convicción, puesto que fueron actuados con anterioridad a la emisión de la resolución número cincuenta y uno de diecisiete de abril de dos mil diecisiete –de segunda instancia-, y ambos testimonios se encuentran en proceso de investigación, adicionalmente, debe aplicarse el fundamento vigésimo octavo de la CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA respecto de la prueba indiciaria, debe cumplir los criterios establecidos de la EJECUTORIA VINCULANTE N° 1912-2009-PIURA-.

4.2.5. Adicionalmente, postula que existen contraindicios en las declaraciones de los siguientes testigos: i) Pedro Pablo Kuczynski: "que nunca se pudo abrir las maletas", "nunca se verificó el nombre y el destino de los maletines" y "que la señora diplomática antes mencionada Virly Torres era la que portaba los maletines y nunca los abrimos". ii) Alejandro Toledo: "no se vio físicamente el dinero por cuanto eran valijas y no se podía abrir ni por el servicio de inteligencia", "sería irresponsable decir que venían para una campaña política" y "Recuerdo que había informado el servicio de inteligencia al entonces primer ministro Pedro Pablo Kuczynski, pero nunca se supo que contenían las maletas porque nunca se abrieron". iii) Almirante (r) Julio Abel Raygada García: "no recuerdo haber tratado el tema de las valijas o maletas diplomáticas, (…) posiblemente hemos tratado el tema en alguna conversación pero nunca tuvimos evidencias ni siquiera indicios útiles para poder desarrollar un proceso de inteligencia sobre ese tema". iv) Jorge Washington Cárdenas Sáenz:"que no recuerda haber informado al señor Kuczynski en momento alguno" y "que no ha proporcionado esa información en la reunión de los lunes". Estas declaraciones desvirtuarían las versiones de los citados testigos de cargo.

4.2.6. De acuerdo con el criterio temporal pergeñado para calificar los elementos de convicción, apartado 4.1.8, la declaración de Ponce Montero se irradia eficazmente respecto de los dos investigados apelantes, mientras que la declaración del Testigo Clave TP01-2016 solo podría elevar la apariencia de derecho ilícita -fumus delicti comissi- respecto de NADINE HEREDIA ALARCÓN. En consecuencia, se eleva el grado de corroboración de esa apariencia delictiva, respecto de los referidos investigados -en abstracto- en lo que corresponda, pues como reiteramos siguen en la misma línea de la hipótesis

Lpderecho.pe

del pretensor penal.

4.2.7. Respecto de los requisitos de la prueba indiciaria, el Ministerio Público postula un relato hipotético que tiene respaldo en algunas inferencias que propone, no obstante, las mismas en líneas generales deben ajustarse a los requisitos que se exigen para su invocación. Además, en sede cautelar no se puede cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos por la citada jurisprudencia que ha sido recogida en gran medida en el CPP 7. En esa inteligencia, es con la actividad probatoria propia del juicio oral donde se pueden fijar los hechos base que servirán para poder articular las inferencias del caso, de manera que, si los indicios son contingentes se pueda satisfacer los requisitos de pluralidad, concordancia y convergencia y que no existan contraindicios, correlativamente, no es de recibo totalmente la tesis de la defensa técnica, esencialmente porque el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud, esta apreciación liminar no descarta la idoneidad de los argumentos defensivos, los mismos que están en fase embrionaria al igual que los argumentos incriminatorios, los mismos que serán depurados en la etapa intermedia, debatidos, reforzados o refutados en el decurso del ulterior juicio oral.

14. Como se aprecia, la Sala penal emplazada dio más que suficientes razones que contestaban los argumentos de la defensa técnica de los demandantes Humala y Heredia, de modo que no se aprecia la vulneración sus derechos a la prueba o a la defensa, ni se justifica la anulación de la prisión preventiva dictada en su contra.

15. De lo expuesto por la Sala penal también se puede inferir que la mayoría del Tribunal Constitucional ha llegado a una conclusión sobre la base de una premisa inexacta, resultado de la descontextualización de lo sostenido por la mencionada Sala penal. La mayoría del TC parte de la premisa de que la Sala ha señalado que para el dictado de una prisión preventiva no es de recibo que se valoren pruebas de descargo. Pero esto no es cierto. Para la Sala penal la tesis de defensa (que existen contraindicios o declaraciones que "desvirtúan" las versiones de los testigos de cargo), no es de recibo "totalmente". Siendo ello, claro está que es una "apreciación liminar" que "no descarta la idoneidad de los argumentos defensivos, los mismos

LpDerecho.pe

que están en fase embrionaria al igual que los argumentos incriminatorios" (entiéndase sobre este componente fáctico "dinero recibido de Venezuela") y "que serán depurados en la etapa intermedia" (punto 4.2.7. de la resolución de la Sala).

16. Es en ese contexto que la Sala penal emplazada sostiene que el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud, lo que no significa en ningún caso que quede excluida *per se*, como lo refiere la mayoría, la valoración de contraindicios. Simplemente, lo que esta Sala penal sostiene, en otros términos, es que dado el estado embrionario de los argumentos defensivos sobre este componente fáctico ("dinero recibido de Venezuela"), en el que también se encuentran los argumentos incriminatorios, no se puede hablar de contundencia en ninguno de ambos sentidos, lo que es coherente con la naturaleza del escenario cautelar. Por si ello no bastase, cabe tener en cuenta que lo relativo a este componente fáctico es solo una parte del análisis global realizado por la Sala demandada con relación a los fundados y graves elementos de convicción.

Sobre la arbitraria "convicción perfecta" para usar audios en la prisión preventiva

17. La mayoría del Tribunal Constitucional, afirma en el fundamento 88 lo siguiente:

> En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas **deberán** pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria (…). [resaltado agregado]

18. Al respecto, en primer lugar, cabe reiterar que al Tribunal Constitucional no le corresponde hacer interpretaciones de la ley procesal penal sobre la forma de darle valor a determinados audios en el ámbito de la prisión preventiva. Esa es una competencia exclusiva del juez penal.

Lpderecho.pe

19. En el presente caso, la mayoría del Tribunal Constitucional, abierta y expresamente, como si fuese un tribunal penal, refiere cuál es, a su entender, la correcta interpretación de los artículos 189.3 y 190 del Código Procesal Penal, respecto del uso de audios cuando se pretenda dictar una prisión preventiva. Dicha actuación claramente afecta el principio de corrección funcional. Al respecto, recordemos lo señalado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02289-2005-PHC/TC, en el que, compartiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional de España en la STC 104/1985, refiere lo siguiente:

> Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha "encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución.

20. En este exceso de "convicción perfecta" para usar audios en la prisión preventiva, no solo se está reemplazando al juez penal en la interpretación de la ley penal, sino al propio legislador penal en el diseño del proceso penal y las respectivas diligencias penales.

21. En segundo lugar, la mayoría del Tribunal Constitucional no puede obligar a los jueces penales a que en "todo caso" de prisión preventiva en el que se pretenda valorar un audio, previamente se realice una **diligencia de "reconocimiento de**

lpderecho.pe

voz". Ello es francamente un exceso. El propio Código Procesal Penal (artículo 189.1) dice textualmente "cuando fuere necesario", pero dicha mayoría del Tribunal Constitucional no ha entendido que la diligencia de reconocimiento se realiza solo cuando el caso lo amerite.

22. En el caso Humala y Heredia, la mayoría del Tribunal Constitucional asume que como los jueces penales emplazados no realizaron la "obligatoria" diligencia de reconocimiento de voz, han vulnerado el derecho de defensa de los demandantes, entre otros, justificando así la anulación de la prisión preventiva de los demandantes. No comparto de ningún modo tal posición.

23. No corresponde anular las resoluciones judiciales penales impugnadas, pues estas han examinado de modo suficiente el elemento de convicción relacionado con la posible compra de testigos e incluso han respondido a los argumentos de defensa de los demandantes Humala y Heredia. Así, la Sala penal emplazada ha sostenido lo siguiente:

> 7.8. POSIBLE COMPRA DE TESTIGOS 7.8.1. El juez de instancia en el fundamento 8.3.4 y siguientes de su resolución, se ocupa sobre los audios caso Madre Mía y la vinculación que tendría con el investigado OLLANTA HUMALA TASSO, e indica que aquellos tendrían calidad de nuevos elementos de convicción debido a que no se tomó en cuenta cuando se evaluó el peligro procesal inicial. En esa misma línea, el juez afirma que se desprenden de dichas conversaciones las coordinaciones para los pagos y/o depósitos de una presunta compra de testigos relacionados al caso Madre Mía. 7.8.2. La defensa técnica cuestiona que esta afirmación no satisface el grado de "alta probabilidad" sino el de "posibilidad inicial", precisando en su escrito de apelación que debe haber sido verificado -aunque sea mínimamente- en el proceso precedente –escrito de folios un mil seiscientos treinta y cuatro, apartado vi)-, citando el fundamento quincuagésimo cuarto de la CASACIÓN N° 626-2013 MOQUEGUA. Adicionalmente denuncia que existe: i) Carencia de corroboración de los actos de compra de testigos, el único elemento existente son "transcripciones" –actas de transcripción de folios un mil trescientos cincuenta y seis a un mil trescientos

Lpderecho.pe

noventa y unoque no han sido oídas por el juez ni han sido verificadas, ningún interlocutor ha sido identificado formalmente en la carpeta fiscal. ii) Ilegítima incorporación de los audios a la carpeta fiscal, por no haberse realizado la actuación de reconocimiento de audios. iii) No existen otros presupuestos del peligro de fuga. 7.8.3. A fin de absolver la alegación de falta de verificación del contenido de las comunicaciones contenidas en las actas de transcripción postuladas por el fiscal ante el juez de instancia 18, se examinó los siguientes elementos:



i) La comunicación número uno del veintidós de marzo de dos mil once –de folios un mil trescientos cincuenta y ocho-. Interlocutores: 966547297 –atribuido a Andrés y 962984188 –atribuido a Walter/Julio Méndez-. Contenido: "Ahí estaban Almicar, Cinthya y Julio Méndez, un lugareño a quien vinculaban con Humala. Cinthya le entregó dos mil dólares a Almicar y este a Ávila, los otros dos mil se los darían apenas firmara su rectificación. ¿Y qué fue? ¿Te han llamado a ti a juicio oral, algo? ¿Cómo testigo?", "No, ya me llamarán, me van a llamar seguro". Apreciación: El diálogo haría referencia a negociaciones con entregas de dinero, vinculando a Almicar, Cinthya, Julio Méndez, Ávila y Humala –apellido que coincide con del investigado OLLANTA HUMALA TASSO-, refiriéndose explícitamente a una entrega de dos mil dólares apenas el testigo firmara su rectificación en juicio y más adelante se haría referencia a un juicio oral.

ii) La comunicación número uno del cuatro de abril de dos mil once –de folios un mil trescientos sesenta-. Interlocutores: 995313772 –atribuido a Chicho/Almicar- y 999495540 –atribuido a Julio Marco Torres Aliaga -. Contenido: "Julio, este… hay que hacer el depósito para Aucayacu, hoy día por favor, ese Ángel (…) si es posible hoy día o mañana para coordinar todo porque está entrando en contradicciones", "¿Quién?"; "El de Aucayacu, hay que hacerle el giro a nombre de su hija", "pero ya se le ha depositado pues", "es por cada audiencia pues", (…) "oy, y para los otros, la situación", "por eso pues, hay que pedir todo pues, puta mare estar en esta nota, on', yo tengo que pedir para el otro también, mejor tu de una vez haz lo de la nota", "ya voy a ir, pero tu pide toda ten listo a la mano porque yo entre y salgo, porque hoy día tengo examen, tengo que ir al cuartel general a dar mi examen". Apreciación: La conversación nuevamente haría alusión a una testimonial y a una audiencia, términos propios

Lpderecho.pe

de un contexto judicial, relacionando al depósito de dinero para evitar contradicciones; se haría referencia a un contexto castrense (el investigado era militar). Interviene una persona citada como "Julio".

iii) La comunicación número cuarenta y tres del dos de mayo de dos mil once –de folios un mil trescientos setenta y dos-. Interlocutores: 973960950 –atribuido a Comandante/Ollanta- y 988598786 –atribuido a Julio Mario Torres Aliaga/Chicho - Almicar- Contenido: "Pásame con el flaco", "Anda estate cerca de a Pacucha", "en buenas relaciones de repente cómprale una canasta dile a (…) Julio que te dé para que le compres una canasta", "llega con una canasta de parte mía", "cómprate la más grande que hay en Metro, uno de trescientos soles". Apreciación: El diálogo haría referencia a la participación del investigado OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO manteniendo comunicación con su coinvestigado en la presente investigación Julio Mario Torres Aliaga y luego con "Chicho Almicar" disponiendo que se compre una canasta por un valor de trescientos soles que sería entregada a "Pacucha". En este punto es menester destacar que la resolución judicial que autoriza el uso de estos audios –copia simple de folios un mil cuatrocientos a un mil cuatrocientos cinco-, informa que el levantamiento del secreto de las comunicaciones recayó en el número 988598786. Este es el mismo número con el cual JULIO MARIO TORRES ALIAGA reconoce haber mantenido reiteradas conversaciones telefónicas, conforme consta en el acta de transcripción de audio y reconocimiento de contenido y voz de Julio Torres Aliaga e Ilan Heredia Alarcón –de folios cuatrocientos ochenta y tres a quinientos once-. Por tanto, se verificaría la identidad de uno de los interlocutores, que sería una persona del entorno del investigado OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO (incluso le dice a su segundo interlocutor que coordine sobre dinero con "Julio"), el mismo que también forma parte de esta investigación preparatoria -actualmente en calidad de cómplice primario del delito de lavado de activos, imputándosele haberse desempeñado tesorero legal del partido durante la campaña electoral presidencia del dos mil once- 19.

iv) La comunicación número cincuenta y seis del seis de mayo de dos mil once –de folios un mil trescientos setenta y nueve-. Interlocutores: 99941434 –atribuido a Pacucha/Milena- y 995313772 –atribuido a Chicho/Almícar-. Contenido: "¿Cuánto quisieras que le pida?", "Quiero comprar, quiero comprarme algo por

Lpderecho.pe

mi día voy a estar triste", "¿Una luca está bien?, "Ya, hasta más si puedes", "Va ha haber mi comisión o no, para sacarle más pe". Apreciación: Esta comunicación guardaría una relación temporal de cuatro días respecto de la anterior, donde se habría producido la orden del investigado OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, advirtiéndose del contenido que existiría una negociación de dinero a favor de una mujer, el interlocutor sería el mismo varón que recibió del "Comandante/Ollanta" la orden de mantener buenas relaciones con "Pacucha".



v) La comunicación número setenta y cuatro del doce de mayo de dos mil once –de folios un mil trescientos noventa-. Interlocutores: 65380238 –atribuido a Anchoveta- y 999495540 –atribuido a Julio Mario Torres Aliaga-. Contenido: "¿Te acuerdas de (…)?", "¿Quién habla?", "Este, Roni, Anchoveta", "¿Dónde estás?", "Aquí en Iquitos", "Ah, ¿Qué es de tu vida compadre, ya te has perdido?", "Este, como quisiera conversar con el primero", "Ah, es complicado compadre, pucha para viajando está en reuniones, no se puede huevón", "¿sabes?", "ni viene a la oficina tampoco", "¿Sabes por qué Julito? Aquí me están presionando, quieren para hablar (…) no se qué huevada quieren para, para llevarles dice a (…) Madre Mía (…) infinidad de cosas", "Manda al diablo compadre, dile que tu no sabes nada y punto ¿por qué te haces problemas?, (…) "Ya, oye Julio, oye, hágame un favorcito ya, yo estoy bien halagado en mi casa, necesito un apoyo pues", "ta' no se compadre, ahorita, como tu sabes, la campaña nos tiene ahorcados huevón (…) ta' que no sé, no sé, déjame evaluar y no sé ¿a qué número te llamo?, ¿cómo hablo contigo después, ah?", "llámame a este número pues". Apreciación: Este diálogo hace mención expresa a "Madre Mía", el cual coincidiría con el nombre del caso en el que la fiscalía sostiene que son testigos a los que según la comunicación precedente, se les habría hecho un pago. Asimismo, en esta conversación fluye que el interlocutor "Julio" está familiarizado con recursos dinerarios y con gastos de una campaña –coincidiendo con el contexto de la imputación referido a la campaña presidencial del año dos mil once, en cuya condición de tesorero legal del Partido Nacionalista del coimputado JULIO MARIO TORRES ALIAGA-.

vi) La comunicación número treinta y dos del primero de mayo de dos mil once –de folios un mil trescientos sesenta y siete-. Interlocutores: 995313772 –atribuido a Chicho/Almicar- y 962984188 –atribuido a Julio Méndez-.

Lpderecho.pe

Contenido: "Tengo aquí a la señora del Jota, dice que no quiere ir, tiene citación para el miércoles creo", "ya", "no quiere ir, ¿Qué pasa ahí?", "nada, como la vez pasada, nada", "pero me está diciendo que le envié ya su pasaje para Jorge uno (…) y dos (…) como se llama que les envíes para lo que va a gestionar para certificado dice, va a sacar un certificado de que no puede viajar", "pero ten en cuenta si es que manda certificado de que no va a poder viajar, este, le van a volver a citar para otra fecha, porque si, si no viene normal, no, no quiere asistir pues, es una cosa muy, muy distinto", (…) "ya por eso, el hecho de ser testigo contra su esposo le ampara que ella no, no". Apreciación: En esta comunicación se haría referencia a un testigo respecto de una actuación procesal, precisando que tiene una relación con su esposo. Cabe precisar que el interlocutor 995313772 – reconocido con el alías Chicho/Almicar- aparecería en forma constante en sus conversaciones haciendo referencia a negociaciones con testigos.

vii) Una vez compulsadas cada una de las apreciaciones sobre estos audios, advertimos que existe entidad de razonabilidad y coherencia interna entre estos nuevos elementos de convicción y la argumentación fiscal sobre la vinculación del investigado OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO con actos de compra de testigos. No resultando amparable este extremo del agravio, en razón a que es razonable concluir que podría tratarse del despliegue de actividades obstruccionistas en el contexto de un proceso judicial.

7.8.4. En su escrito de apelación la defensa cuestiona la legitimidad de la incorporación de los audios por no haberse llevado a cabo la **audiencia de reconocimiento**, se entiende que si existe un ataque dirigido a excluir evidencia por ilicitud, no es este el momento en que la ley procesal le franquea hacerlo valer, pues no hubo pedido expreso de la defensa técnica instando a la sala revisora que se abstuviera de valorar dichas evidencias, más bien, solicita implícitamente que se pronuncie acerca del hecho de si existe corroboración mínima de las mismas. [resaltado agregado]

7.8.5. Sin perjuicio de ello, el Colegiado en su función de garante de los derechos, aprecia que el nuevo elemento de convicción aportado por la fiscalía, fue incorporado a la presente investigación, en virtud a la autorización de utilización de la información obtenida del levantamiento del secreto de las comunicaciones de los números telefónicos, dispuesta mediante auto del Primer

Lpderecho.pe

Juzgado Penal Nacional el día veintisiete de enero de dos mil diecisiete –de folios un mil cuatrocientos del requerimiento-, al dar respuesta favorable al requerimiento fiscal de la Cuarta Fiscalía Penal Supraprovincial –solicitado a su vez por la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio-. Estas medidas limitativas recayeron en los números objetivos 1) 945100679, 2) 988598786, 3) 999495540, y 4) 995313772 en el marco de investigaciones que tuvieron el objetivo de lograr la desarticulación de la organización terrorista "Sendero Luminoso" que operaba en el Valle del Río Huallaga a través de la captura de su principal cabecilla Florindo Eleuterio Flores Hala "Artemio", de conocimiento de los Juzgados Penales de la Sala Penal Nacional: Expediente 137-2011 (Tercer Juzgado Penal Supraprovincial), 158-2011 (Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial), y 183-2011 (Segundo Juzgado Penal Supraprovincial), durante los años dos mil once y dos mil doce, de tal manera que su incorporación desde una apreciación preliminar se ha ceñido al estándar exigido para cualquier escucha telefónica válidamente obtenida.



7.8.6. En el mismo sentido, en la audiencia de apelación la defensa técnica agrega que la calidad acreditativa de las actas de transcripción de los audios sobre "compra de testigos" por sí mismos no tienen entidad para generar conocimiento por no haber sido previamente oídas por el juez ni por las partes. Al respecto este Colegiado ha establecido como estándar de admisión y ulterior valoración –en respeto al propio precedente- que las actas de intervención, recolección y control de las comunicaciones obtenidas por mandato judicial tienen fuerza acreditativa para formar parte del debate procesal, por cuanto por mandato legal del artículo 231°.2 del CPP, recae en el fiscal realizar el control de la redacción del contenido de las mismas. Esto no obsta a que las partes procesales, al conocer los resultados de la medida restrictiva de derechos ya ejecutada, puedan activar los medios técnicos apropiados para su defensa, por ejemplo, el artículo 231°.3 del mismo cuerpo normativo. Por consiguiente, este Colegiado no ampara este argumento, siendo los audios susceptibles de valorarse en este incidente.

24. Es obvio que toda la escrupulosa argumentación de la Sala penal emplazada no es suficiente para la mayoría del Tribunal Constitucional que ahora ha dispuesto la

"obligación" de realizar la diligencia de reconocimiento cada vez que se pretenda la utilización de audios. Contrariamente, estimo que la Sala penal demandada ha expresado de modo suficiente los argumentos que la han llevado a decidirse por la prisión preventiva de los demandantes.

25. Finalmente, no se justifica anular la prisión preventiva dictada contra los demandantes, pues la ahora "obligación" de realizar la diligencia de reconocimiento no estaba vigente cuando se dictaron las respectivas resoluciones judiciales penales.

Sobre la defectuosa afirmación de que la mentira no puede servir para obstruir investigaciones

26. La mayoría del Tribunal Constitucional, afirma en el fundamento 111 lo siguiente:

> No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ellas, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía.

27. Al respecto, considero que es claro que en determinados casos la mentira puede servir para obstruir investigaciones. Así, por ejemplo, mentir una y otra vez sobre los autores de un delito, cuentas bancarias, montos de dinero, etc., puede llevar a desviar las investigaciones.

28. Asimismo, distorsionar una grafía también puede ser utilizado como un serio elemento de convicción que acredita la obstrucción de investigaciones. Sobre el particular, la Sala penal emplazada sostuvo lo siguiente:

> 7.3.4. En el rubro XI "apreciaciones criminalísticas" del informe pericial grafodocumentoscópico N° 524-886/2016 que figura –de folios un mil ciento uno-, elaborado por los señores peritos Mayor PNP (r) Víctor Manuel Vidal Prieto y Capitán PNP José Antonio Gutiérrez Flores, se señala: Se comprueba

lpderecho.pe

que en esta diligencia la investigada (Nadine Heredia) ha evidenciado su voluntad de distorsión gráfica, utilizando un diseño caligráfico que no corresponde a ninguno de sus patrones de variaciones identificados, por lo cual no constituye una muestra idónea para su estudio de cotejo, en tanto podría inducir a error a los peritos a cargo. Asimismo, la persona inmersa en la investigación gráfica, no presentó muestras de comparación de manuscritos en forma espontánea. (…).



7.3.6. En el rubro conclusiones A. Estudio de la procedencia de manuscritos, figuran cuatro: i) Agenda cuaderno: En lo que respecta al estudio de la procedencia de manuscritos atribuidos a NADINE HEREDIA ALARCÓN consignada como muestra uno y los manuscritos existentes en las muestras de comparación provienen del puño gráfico de NADINE HEREDIA ALARCÓN. ii) Agenda con tapa y contratapa forrada en cuero de color marrón modelo cocodrilo se concluye que provienen de su puño gráfico con excepción de los manuscritos consignados en los folios 67, 69, 72, 75, 76, 79, 90, 96, 97 entre otros. iii) De igual manera se atribuye que provienen del puño gráfico de NADINE HEREDIA ALARCÓN los manuscritos consignados en la libreta pequeña anillada, con excepción de los folios, 4, 5, 6, 9, 10 entre otros. iv) Del cuaderno tipo block anillado provienen del puño gráfico de NADINE HEREDIA ALARCÓN con excepción de los manuscritos consignados en los folios 1, 12, 24 y 39.

7.3.7. En la conclusión en el rubro pertinente los peritos concluyen que existe un solo puño gráfico correspondiente a NADINE HEREDIA ALARCÓN, en la agenda cuaderno, mientras que en las tres agendas restantes concurren manuscritos de distinta procedencia con relación a los grafismos de NADINE HEREDIA ALARCÓN. Así analizado el informe pericial de manera formal proporciona las premisas que luego sustentan las conclusiones. No apreciándose subjetividad.

7.3.8. El argumento que la defensa técnica califica como incontestable no es exacto, pues el hecho de que la investigada NADINE HEREDIA ALARCÓN ya había reconocido la propiedad de las agendas y los documentos, no dejaba esclarecido la incertidumbre; vale decir, este reconocimiento no da respuesta al objeto de la pericia (punto 2) que es determinar si los textos manuscritos que obran en los documentos (libretas y agendas) anteriormente detallados,

Lpderecho.pe

> corresponden al puño gráfico de la investigada NADINE HEREDIA ALARCÓN. El argumento neural es que aún si fuese cierto que la investigada reconoció la propiedad de las agendas no se descarta como han establecido los peritos que hayan participado otras personas con diferente puño gráfico en tres de las cuatro agendas que obran como muestras en esta investigación. Finalmente, hay que señalar que el dictamen si acompaña las muestras donde se habría producido la alteración de las grafías –de folios un mil ciento treinta y dos a un mil ciento treinta y seis-.

29. En tal sentido, no se evidencia la vulneración de derechos de la demandante Heredia cuando los jueces emplazados, de modo contundente, han sostenido que la comprobada distorsión de grafías representa una conducta obstruccionista.

Sobre el débil argumento de que la sola pertenencia a una organización criminal, en ningún caso, pueden bastar para dictar una prisión preventiva

30. La posición en mayoría del Tribunal Constitucional afirma en el fundamento 122 lo siguiente:

> En definitiva, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal

31. Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 269 del Código Procesal Penal establece que "para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: (...) 2. La gravedad de la pena que se espera (...) 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal (...)". Dichas disposiciones han sido interpretadas en la citada Casación 626-2013, que ha establecido que "(...) **en ciertos casos** solo baste la gravedad de la pena y este criterio [de pertenencia a una organización criminal] para imponer esta medida", y que "(...) no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de

Lpderecho.pe

imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización". [resaltado agregado]

32. No obstante lo dispuesto por el legislador penal, así como la claridad de la interpretación de la ley procesal penal expuesta en la mencionada casación, la mayoría del Tribunal Constitucional, invadiendo competencias del juez penal, interpreta el artículo 269 del Código Procesal Penal y estima que "**en ningún caso**" la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal pueden justificar una prisión preventiva.

33. En el fundamento 123 de la posición en mayoría aparece un razonamiento falaz, dando a entender que en el caso de los procesados Humala y Heredia, el criterio de pertenencia a una organización criminal es la **única razón** adoptada por los *jueces penales emplazados* para dictar la prisión preventiva, cuando en realidad dichos jueces penales, en ningún momento, han señalado que esta sea la única razón. Tampoco dichos jueces han referido que el criterio de la gravedad de la pena sea una razón en sí misma suficiente para justificar el peligro procesal exigido por un mandato de prisión preventiva. Es más, el fundamento 54 de la Casación 626-2013 al que alude la sentencia (que en realidad es el fundamento 57) ni siquiera ha sido citado o evocado por la resolución de la Sala.

34. Antes bien, en el punto 7.8.8. la Sala penal emplazada indica que "de una apreciación holística que realiza este Colegiado, es la pertenencia a la organización la que genera un riesgo procesal que debe **ser conjurado con los instrumentos que proporciona la Ley conforme al siguiente fundamento**" (**peligro procesal valorado integralmente**). Sin perjuicio de lo anterior, considero pertinente precisar que se entiende que la pertenencia a una organización en tales términos en el presente caso es presunta como se desprende del punto 8.5. de la resolución, y que

lpderecho.pe

la mención hecha por la Sala sobre el particular en todo caso reitera la redacción del propio artículo 269, inciso 5, del Código Procesal Penal.

35. Pero, además de ello, advierto que nuevamente la mayoría parte de una premisa errónea: no es cierto, como he sostenido hasta el momento, que sean inconstitucionales todos los argumentos relacionados con el peligro procesal esgrimidos por la Sala penal emplazada con relación a Ollanta Humala y Nadine Heredia. Pareciera que la mayoría necesita asumir esta premisa como cierta para poder concluir que, en razón de ello, únicamente se ha considerado la presunta pertenencia a una organización criminal por parte de los referidos procesados, a efectos de la determinación del peligro procesal. De la revisión concienzuda de la resolución de la Sala penal emplazada no se desprende, pues, que únicamente dicho aspecto haya bastado, por sí solo, para sostener la configuración del peligro procesal o, peor aún, que haya sido suficiente para fundamentar, junto con la gravedad de la pena, sin más, una medida de prisión preventiva.

En suma, por los argumentos expuestos, considero que la demanda ser declarada **INFUNDADA**, toda vez que las resoluciones judiciales cuestionadas no han vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lpderecho.pe

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL