

---

# ¿Simplismo o racionalidad?

Críticas a la motivación -del peligro procesal- de

## **PRISIÓN PREVENTIVA de OLLANTA HUMALA**

---

Por:

**FERNANDO UGAZ ZEGARRA\***

---

\* Socio principal del Estudio Ugaz Zegarra. Presidente del Instituto Peruano de Negociación y Desjudicialización Penal. Profesor de Derecho penal, procesal penal y litigación oral en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Piura y en la *American Bar Association Defending Liberty Pursuing Justice* - ABA Rule Perú.

**OPINIONES**



**UGAZ ZEGARRA**  
**& ABOGADOS ASOCIADOS**

[www.fuzfirma.com](http://www.fuzfirma.com)

*“Firma especializada en brindar asesoramiento cualificado en Ciencias Penales”*

© 2017

## I. LA IMPORTANCIA DEL PELIGRO PROCESAL EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

El objetivo de este trabajo no es exponer verdades absolutas ni, mucho menos, bulas papales sobre la prisión preventiva; pues, pensar ello nos llevaría, indudablemente, a ser creyentes de utopías jurídicas: las que, por cierto, no deben ser tomadas en las bases sustanciales del Derecho. Por ello es que la finalidad de esta redacción es analizar a temática del peligro procesal establecido en la resolución judicial que se impuso prisión preventiva sobre el expresidente Ollanta Humala Tasso.

Si bien uno de los factores que repercutieron en la decisión oral, emitida por el juez Richard Concepción Carhuacho (en adelante: el juez), es que a criterio de la judicatura, *sí existe un alto grado de probabilidad en que Ollanta Humala y Nadine Heredia estén involucrados en el delito de lavado de activos*; la cual permitió anotar que “existe un alto grado de probabilidad a la luz de los nuevos elementos de convicción de que Nadine Heredia y Ollanta Humala habrían recibido dinero de Venezuela y Brasil. Y lo habrían colocado para las campañas del 2006 y 2011 con un alto grado de probabilidad. Y para ello habrían simulado mediante aportantes fantasmas e incluso habrían colocado parte del dinero en compra de equipos, en Prodín (ONG creada por la ex primera dama) e incluso tienen otros fondos en el BCP, fondos mutuos, e incluso en cuentas del Banco de Comercio”<sup>1</sup>.

Es claro que lo anotado demuestra, sin duda, la conformidad con el presupuesto de la apariencia de la comisión delictiva (*fumus comissi delicti*) y, obviamente, con el de la pena probable (*dignum verisimile*), ya que el delito de lavado de activos tiene como pena abstracta la superioridad a los cuatros años, como la comunidad jurídica penal conoce. Sin embargo, no puede permitirse la omisión del tercer presupuesto que vendría a ser el peligro de fuga (*periculum in mora*): sobre todo porque el objetivo de la prisión preventiva, únicamente, es el contrarresto de esa inseguridad, contingencia o amenaza que los investigados ejecuten para evadir la justicia penal.

Por eso es que, en su momento, la Corte Interamericana de Derecho Humanos había señalado que “aún verificado este extremo [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 en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo

---

<sup>1</sup> Cita extraída del vídeo de la audiencia.

se puede fundamentar (...) en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”<sup>2</sup>.

De ahí que se haya sostenido, enhorabuena, que “es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de la igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de la libertad”<sup>3</sup>.

No obstante ello, en el presente caso, la judicatura ha tomado en cuenta *tres nuevos elementos –supuestamente de convicción–* presentados por parte de la fiscalía, los cuales habrían permitido variar la medida de comparecencia con restricciones por la de prisión preventiva; como lo son: el “acta de incomparecencia que elude la acción de la justicia (a citación fiscal del 20 de junio), la ficha registral del inmueble de Armendáriz (Miraflores) por el cual se desprende sus bienes para no hacer frente a la reparación civil y los audios del Caso Madre Mía que dan cuenta de su conducta de obstaculizar la actividad probatoria. Puede replicar esa conducta en este proceso”<sup>4</sup>. Razón por la cual es que a continuación expondremos los alcances sustanciales sobre los mencionados. Veámoslos:

## II. ANÁLISIS DE LOS TRES NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

### 2.1. ¿La impuntualidad de llegada a una diligencia hace merecedora a una privación de la libertad?

El juez ha tenido como nuevo elemento de convicción a una constancia de inasistencia a diligencia a la cual no fue Ollanta Humala, la que a criterio del magistrado es probable que la pueda replicar.

Debemos indicar que la tardanza de llegada a una diligencia no hace propenso a una prisión preventiva, sobre todo porque esas clases de situaciones se dan en muchos casos y porque es imposible, asimismo, evidenciar un desacato a una citación, ya que ha sido un hecho público que ese día sí llegó a la diligencia, aunque con veinte minutos de retraso: más aún porque -ante el Fiscal- se

<sup>2</sup> Ver: Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n° 187, párr. 74; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.

<sup>3</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. 2da ed. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2005, p. 199.

<sup>4</sup> Cita extraída del vídeo de la audiencia.

levantó un acta y porque, con posterioridad, la mencionada fue reprogramada y, del mismo modo, realizada.

Desde aquel panorama, no es razonable sostener que llegar tarde a una diligencia conlleve a la determinación del peligro de fuga, cuando es un hecho notorio que el investigado Ollanta Humala se ha sometido al estricto y constante de todas las restricciones impuestas (biométrico, caución, impedimento de salida del país, domicilio conocido, etc.). El Juez le da valor a la impuntualidad en una diligencia, dejando de lado la valoración de todo el comportamiento del procesado: el juez no ha ejecutado, por tanto, una interpretación teleológica; simplemente, se ha conformado con una de carácter literal, la que deja mucho que desear, por cierto.

## **2.2. ¿El anticipo de legítima como evidencia de peligro procesal?**

Es inevitable precisar que el departamento de Ollanta Humala llega a ser un bien que no forma parte de una sociedad conyugal, pues, el exmandatario lo adquirió mucho antes de los hechos imputados. Más aún porque la transferencia de aquel bien, fue ejecutada cuando Humala no tenía condición de procesado, motivo por el cual es que él no tenía ninguna obligación, absolutamente, o restricción para disponer de dicho bien.

En tal óptica, debe dejarse en claro que no existe norma alguna que prohíba a una persona disponer de su patrimonio cuando, ni siquiera, tiene condición de procesado. No por gusto se establece, en la norma fundamental, que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe<sup>5</sup>”.

En todo caso, -por qué no decirlo- existen otros mecanismos para proteger la futura reparación civil: embargo, orden de inhibición, nulidad de transferencia, entre otras articulaciones jurídicas que no se encuentran englobadas en la última ratio. Nunca se impuso, hasta la fecha, ninguna medida cautelar contra dicho inmueble. Ni siquiera anotación preventiva del proceso en los registros correspondientes.

## **2.3. Concluir –sin probar- que ha existido compra de testigos en un proceso anterior ¿determina la obstaculización de la actividad probatoria?**

No hay sentencia alguna que establezca que Humala “compró testigos”. Tampoco hay proceso penal abierto. El juez no ha sido alturado al no verificar esta situación, al no indagar -menos preguntó a las partes en la audiencia-; sin embargo, concluyó que hubo compra de testigos.

La única evidencia que el juez tuvo -a la vista- es la transcripción de audios que ni él, ni el Fiscal, ni la defensa, ni los inculcados escucharon, mucho menos. El

<sup>5</sup> Art. 2.24.a de la Constitución.

propio fiscal Juárez, dispuso que no se hiciera reconocimiento de esas transcripciones.

De modo que se ordenó prisión, sin haberse verificado esas transcripciones (no audios: ojo). La defensa no los contrastó, no pudo hacerlo porque no hubo reconocimiento, obviamente. El Fiscal nunca citó a declarar a los interlocutores de esos audios. Razón por la cual es que ese indicio no tuvo corroboración alguna: carece de razonabilidad.

### III. LAS LACERACIONES HACIA LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para motivar, correctamente, una resolución se debe respetar las tres luces del semáforo judicial que todo Estado constitucional de Derecho exige: quedarse en un *contexto de descubrimiento* (luz roja); estar atento al *paso de la explicación hacia la justificación* (luz ámbar), y; situarse, correctamente, en el *contexto de justificación* (luz verde). En el presente caso, lamentablemente, el juez se ha quedado en la luz roja, porque “una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión”<sup>6</sup>.

Desde ese panorama, es fácil apreciar que la decisión del juez ha sido una *estancada en el contexto de descubrimiento*, ya que asistir tarde a una diligencia implicaría, simplemente, una irresponsabilidad moral de cada persona, más no un acto obstruccionista a la justicia: una cosa distinta hubiera sido si Ollanta Humala ‘no hubiera asistido’, más aún porque *solo se ha limitado a describir que el investigado llego tarde, no ha justificado, en ningún momento, si llegar tarde a una diligencia implica obstrucción alguna a la justicia*.

Sin ir lejos –a modo de un hipotético caso-, ¿A caso es razonable pensar que si una novia llega tarde a la iglesia, donde va a contraer nupcias con su pareja, quiere decir que ella no está enamorada de él? Cosa distinta sería, claro está, que ella no llegase –jamás- a la iglesia: ahí sí se puede sostener que ella no estaba enamorada de él (claro, descartando la posibilidad de que algo de fuerza mayor le haya podido suceder, situación que incluso ella podría explicar a su novio y fácil llevara a cabo el matrimonio en otra fecha).

Es más -en modo de abogado del diablo-, podríamos pensar que el juez ha considerado algunas máximas de experiencia<sup>7</sup> que le hayan podido –supuestamente- indicar que Ollanta Humala replicaría la conducta de asistir

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. *La razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra. 2004, p. 32.

<sup>7</sup> “(...) juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2da ed. Bogotá: Temis. 1999, p. 27.



tarde a diligencias futuras y, por ende (según su concepción moralista), un peligro de obstaculización de la justicia. Sin embargo, este magistrado no ha tomado en cuenta que, al ser las máximas de la experiencia criterios generalizados, implica calificar una inducción generalizadora que va a conllevar a dar un salto de las premisas (Ollanta llega tarde y, por ende, siempre llegara tarde y posiblemente ni llegue) hacia la conclusión (Ollanta obstaculizará la actividad probatoria), ésta podrá ser calificada, obviamente, como una de característica más o menos probable, más no como una verdadera.

Incluso, el juez ha olvidado que la contundencia de las máximas de la experiencia van a depender –sí o sí- de la solidez de la inferencia que éste haya aplicado –de darse el caso- si hubiera tenido la intencionalidad de dar una buena justificación racional de su resolución: “cuando más alto sea el número de casos examinados y mayor la regularidad observada, la probabilidad de una máxima subirá en esa proporción; y a la inversa”<sup>8</sup>.

Por tales motivos es que el juez, en el presente caso, ha emitido una resolución carente de racionalidad, pues *se ha basado en máximas de la experiencia sin justificarlas en su decisión*. De ahí que se sostenga que “la inferencia que da lugar a una máxima de la experiencia, por lo general, no es expuesta como parte del razonamiento”<sup>9</sup>.

Más aún cuando estas clases de resoluciones se vuelven irrazonables porque se conforman, simple y llanamente, con aplicar los *entinemas*; vale decir, “una inferencia con premisas implícitas. Normalmente, esta es la manera cómo razonamos: damos por presupuestas ciertas premisas y expresamos aquellas que no son evidentes. El problema se presenta cuando damos por evidente una máxima de la experiencia que no lo es”<sup>10</sup>.

Desde esa cosmovisión jurídica, *no es tampoco razonable admitir que el juez haya impuesto prisión preventiva a una persona que no ha infringido ningún mandato normativo*, como lo es, por ejemplo, que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”<sup>11</sup>. Situación tal que deja mucho que desear en su decisión, sobre todo porque el magistrado ha infringido la justificación interna (no aplicar una logicidad adecuada) y externa (ir en contra de un mandato constitucional)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003, p. 168. En la misma línea, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons. 2004, 180.

<sup>9</sup> ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. “La justificación racional de los hechos”, p. 410. En: GRÁNDEZ / MORALES (edit.). *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Lima: Palestra. 2013.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Art. 2.24.a de la Constitución.

<sup>12</sup> Vulnerando, sin duda, lo estipulado en el art. 139.5 de la Constitución.

Generando, incluso, una motivación aparente, dado que *está proscrito que un juez tome en cuenta audios que no ha escuchado y que, mucho menos, no han estado incorporados al expediente*; por tanto, se ha dado una motivación inexistente o aparente, ya que “no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”<sup>13</sup>.

#### IV. COLOFÓN

Es inaceptable que la judicatura no tenga la posibilidad de contar con magistrados que no justifiquen, de forma racional, resoluciones que restringen la libertad de personas. Al interior de tal marco, se evidencia el *surgimiento de un Derecho penal máximo*, “desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal; el principio de lesividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confín entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Exp. n° 04298-2012-PA/TC (FJ. 13.a).

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Escritos sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Volumen 2. Buenos Aires: Hammurabi. 2014, p. 45.