

**AMICUS CURIAE SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA  
CASO DE GREGORIO SANTOS**

Señor Doctor:

**Emilio Álvarez Icasa**

Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

**WDC.-**

**Referencia: Medida Cautelar 530-2014, Gregorio Santos, Perú.**

De mi mayor consideración:

Reciba mi cordial saludo. Quien suscribe es abogado y doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires, profesor de Derecho Procesal Penal en el Departamento de Posgrado de la misma universidad, así como de otras casas de estudio de América Latina. Soy fundador y Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP); miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; asesor técnico de procesos de reforma judicial en la región; codirector de la Revista Sistemas Judiciales del Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA).

Sirva la presente para solicitarle tenga a bien alcanzar a la Ilustrada Comisión este Informe de carácter jurídico sobre el caso de referencia, a fin de que pueda operar como *Amicus Curiae*.

He elaborado este *Amicus Curiae* a propósito del caso de Gregorio Santos Guerrero, comunero rondero indígena, presidente electo del Gobierno Regional de Cajamarca, criminalizado con más de cien procesos penales, la mayor parte vinculados a su liderazgo en las movilizaciones de resistencia indígena y social contra el megaproyecto minero Conga (Cajamarca-Perú), y actualmente con medida de prisión preventiva prolongada (más de un año), bajo el régimen penitenciario más drástico, en un penal de máxima seguridad, donde comparte pabellón con militares confesos de masacres, y en una ciudad distinta a donde se encuentra su familia, comunidad, organización rondera y partido político.

El objeto del *Amicus Curiae* es proponer a la Ilustrada Comisión que pueda desarrollar, a propósito de este caso, estándares de intolerabilidad de la prisión preventiva: la prohibición absoluta de la prisión preventiva en caso de líderes que realizan legítima protesta social; y la prohibición absoluta de prisión preventiva y de pena de prisión en el caso de autoridades o miembros de pueblos indígenas que protestan, reivindican o ejercen sus derechos, pues a éstos, en todo caso, les corresponde como regla la aplicación preferente de sanciones distintas al encarcelamiento, y una supuesta medida cautelar no puede ser más gravosa que la posible pena en caso de ser aplicada.

Me despido, quedando a su disposición para sustentar este *Amicus* ante la Ilustrada Comisión.  
Buenos Aires, 30 de agosto 2015.



Alberto Binder DNI 12317673.  
Vicepresidente del INECIP

**AMICUS CURIAE**  
**INFORME SOBRE LA MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA**  
**A PROPÓSITO DEL CASO DE GREGORIO SANTOS GUERRERO**

*Alberto Binder*<sup>1</sup>

I. INTRODUCCIÓN .....	3
1. Libertad física, prisión preventiva y sociedad democrática .....	3
2. Modelos teóricos de aproximación al uso de la prisión preventiva (PP) .....	4
3. Hacia la intolerabilidad de la prisión preventiva en una sociedad democrática y plural.5	
II. RESUMEN DE LA DOCTRINA YA ACEPTADA POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	5
1. Estándares generales del uso de la prisión preventiva .....	5
Principio de legalidad.....	5
Principio de no-arbitrariedad.....	5
2. Carácter excepcionalísimo de la prisión en caso de indígenas.....	10
a) Respeto de la jurisdicción indígena y no intervención de la jurisdicción ordinaria..	
.....	10
b) Exención o reducción de pena por cultura o costumbres.....	11
c) Preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento.....	12
d) Interdicción de medida cautelar de encarcelamiento .....	12
e) No criminalización de indígenas por protestar, reivindicar y ejercer sus derechos..	12
III. LA NECESIDAD DE CONSTRUIR NUEVOS ESTÁNDARES. ....	13
A. La función de las reglas de prohibición de la prisión preventiva.....	13
B. La prohibición del dictado de prisión preventiva en los casos de crítica pública .....	14
C. Del derecho de protesta al ejercicio de la libre determinación y derechos territoriales indígenas. La necesidad de prohibir la criminalización indígena .....	16
D. Conclusiones .....	19

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Penal en el Departamento de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires y de otras Universidades de América Latina. Abogado y Doctor en derecho por esa misma universidad. Fundador y Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Asesor técnico de los procesos de reforma judicial en varios países de América latina. Codirector de la Revista Sistemas Judiciales del Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA).

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Libertad física, prisión preventiva y sociedad democrática

En un modelo de Estado social, democrático y plural de derecho, y, según los estándares internacionales de derechos humanos, la libertad física constituye un principio y un derecho intrínseco, derivado de la dignidad humana, y es la forma natural de la existencia y sociabilidad humana, que permite el desarrollo personal y colectivo. La restricción de la libertad personal sólo se puede dar bajo ciertas condiciones previstas constitucionalmente y justificadas en cada caso, luego de un juicio justo, resultado de un debido proceso.

La institución de la *prisión preventiva* es definida como la privación de la libertad que no resulta de una sanción penal, sino de una medida de aseguramiento de la acción de la justicia, a fin de que el acusado no evada u obstaculice la investigación o el desarrollo del procedimiento judicial. Esta medida, en tanto restringe la libertad sin mediar una condena, está prevista como una medida de carácter excepcional, subsidiaria, razonable y proporcional, según sostiene la doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.<sup>2</sup> Dentro de ese marco, la prisión preventiva no puede constituir una suerte de pena anticipada y arbitraria; ni puede ser utilizada para intimidar, neutralizar o escarmentar a colectivos sociales que expresan su opinión política, que ejercen sus derechos o que, como los indígenas, conforman movimientos de resistencia frente a la invasión de sus territorios.

No obstante su naturaleza excepcional y restrictiva, en la práctica, la medida de prisión preventiva es utilizada de forma frecuente, amplia y no excepcional –más bien como regla general-, por la mayoría de operadores judiciales de la región americana, con base en políticas criminales que no se condicen con los derechos humanos. Según los datos estadísticos de la Comisión Interamericana, varios Estados de la OEA tienen más de la mitad de personas procesadas reclusas en una cárcel junto a las personas condenadas.<sup>3</sup>

El uso indiscriminado del encarcelamiento preventivo configura una de las formas de selectividad social y represión de la pobreza, de la protesta social y de la resistencia indígena, lo que no sólo constituye una de las causas de sobrepoblación carcelaria, sino de una masiva violación de derechos humanos, como dan cuenta las cortes constitucionales e internacionales.<sup>4</sup> De ahí que podemos definir a la prisión preventiva como la “institución maldita del derecho procesal”.

---

<sup>2</sup> CIDH, Informe No. 01/13, Caso 12.693. Fondo (Publicación). MARÍA NINA LUPE DEL ROSARIO ANDRADE SALMÓN. Bolivia. 18 de marzo de 2013, párr. 221 y 222. CIDH, Informe No. 86/09, Caso 12.553. Fondo (Publicación); JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO. República Oriental del Uruguay. 6 de agosto de 2009, párr. 81; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

<sup>3</sup> En el caso del Perú, de un total de 58, 681 personas reclusas en una cárcel, entre hombres y mujeres, 34,508 (58.8% del total de reos en cárcel) son procesados, mientras que 24,173 (41.2%) son condenados. De allí que podemos colegir que en el Perú la prisión preventiva no es aplicada de modo excepcional, sino parece ser la regla general. Los datos estadístico del Perú y de otros Estado pueden verse en: CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 52-76.

<sup>4</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 9. Véase: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf> (última visita: 5 de abril de 2015).

## 2. Modelos teóricos de aproximación al uso de la prisión preventiva (PP)

Hay cinco modelos teóricos y de política criminal que tratan sobre el uso de la prisión preventiva.<sup>5</sup>

- a) **Modelo de política criminal autoritaria, que usa la PP como una herramienta masiva de lucha contra el crimen.** Una política criminal de base autoritaria, que se autoconcibe realista y eficaz, justifica el uso de la medida de prisión preventiva como regla, bajo la supuesta necesidad de “combatir” ciertos sujetos “peligrosos que realizan hechos graves”. Aquí, la prisión preventiva es la principal herramienta político-criminal de una política criminal sin límites ni garantías. Esta política califica a ciertos sectores como “enemigos”. Esto es, a los sectores más vulnerables, a grupos contestatarios, a movimientos sociales de protesta, a organizaciones indígenas de resistencia; a fuerzas políticas opositoras, etc.
- b) **Modelo teórico basado en una visión generalista y formalista del derecho penal, que justifica la PP como una medida cautelar, bajo ciertos requisitos legales.** Esta perspectiva asume que se puede justificar la restricción de la libertad sin condena, por una decisión judicial, mientras cumpla con ciertos requisitos formales, definidos por la ley. Esta visión asume que el uso de la PP se da en el marco de una “verosimilitud del derecho” (por cumplir los requisitos legales para adoptarla) y la necesidad de cautela, esto es, la protección de los fines del proceso. Asume que la PP equivale a un embargo u otra medida cautelar, sin considerar que está en juego un bien jurídico esencial.
- c) **Modelo que pone límites constitucionales a la PP.** Este modelo presupone una reflexión desde los derechos y ubica al proceso penal dentro del marco del derecho constitucional. Así, establece exigencias constitucionales al encarcelamiento preventivo, respecto de los requisitos actuales a la PP (base de sospecha, fundamentación, finalidades). Y, además, añade nuevos requisitos para considerar constitucional la PP (límites temporales, crítica a los motivos “sustantivistas”, la revisión permanente, etc.).
- d) **Modelo basado en los derechos humanos, que considera inconstitucional la PP.** Este modelo parte del presupuesto constitucional de que “ninguna persona puede ser encarcelada sin juicio previo”, por lo que la PP no puede ser considerada como una herramienta constitucional, y no cabe su justificación, ni aún con límites. La PP deviene en una práctica inconstitucional, sin base legal. Y, así debe ser denunciada. Sólo desde esa claridad y fuerza, esta posición plantea la abolición de la PP, como se hizo cuando se consideró que la tortura era ilegal, mientras que ello no pudo hacerse cuando sólo se le impuso límites.
- e) **Modelo basado en el derecho humano a juicio, que no justifica la PP, y desarrolla estándares de intorelabilidad.** Esta visión se basa en la concepción de que la PP es intrínsecamente inconstitucional e inmoral –como dice Carrara<sup>6</sup>–, y que, por lo tanto, hay que buscar su abolición. No obstante ello, si bien la PP no tiene justificación constitucional,

---

<sup>5</sup> En otro texto, desarrollo los modelos teóricos que tratan la problemática de la prisión preventiva. Véase: Binder, Alberto (2011): "La intolerabilidad de la prisión preventiva." En Revista Pensamiento Penal (Publicación Online). 17 de julio de 2011. Véase: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/29870-intolerabilidad-prision-preventiva>

<sup>6</sup> CARRARA, Francisco. "La inmoralidad del encarcelamiento preventivo", en Opúsculos de Derecho Criminal, Tomo IV, Temis, Bogotá, año 1.978, segunda edición, p. 223 y ss.

aún existe en la práctica. Por lo tanto, una forma de contribuir con su abolición es construir “estándares de intolerabilidad” o supuestos en los que, de todas maneras, hoy y ahora, debería cesar el uso de la PP. Asimismo, este modelo elabora supuestos de “tolerabilidad” temporal, referidos a casos extremos en los que, sin justificarla, aún es posible tolerar la PP, como último recurso, porque todavía no encontramos otra medida ahora.

### **3. Hacia la intolerabilidad de la prisión preventiva en una sociedad democrática y plural**

En la práctica, la prisión preventiva es utilizada por el poder para violar los derechos humanos de los sectores más vulnerables de la sociedad, así como de movimientos sociales e indígenas. En una sociedad democrática y plural, no es justificable la institución de la prisión preventiva, por su intrínseca inconstitucionalidad e inmoralidad. Y, como señala Carrara, lo que cabe es elaborar estándares de intolerabilidad de la misma, para que no se aplique tal medida de ningún modo. Y, sólo en casos muy excepcionales o extremos, podríamos tolerarla, pero sin llegar a justificarla.

Considerando la práctica social, planteamos que el uso de la prisión preventiva en caso de líderes o miembros de pueblos indígenas sea considerado un supuesto de intolerabilidad absoluta; así como el uso de la prisión preventiva para aplacar protestas sociales, legítimas en una sociedad democrática y plural.

## **II. RESUMEN DE LA DOCTRINA YA ACEPTADA POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

### **1. Estándares generales del uso de la prisión preventiva**

#### **Principio de legalidad.**

La medida de prisión preventiva debe ser legal, esto es, ella tiene que encontrarse reconocida con anterioridad en la legislación interna, especificando las causas y condiciones para que proceda su aplicación. Así lo indica el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos<sup>7</sup>, así como la Constitución Política Peruana (art. 2, 24, “b”).<sup>8</sup>

#### **Principio de no-arbitrariedad.**

Además de ser legal, la prisión preventiva no debe ser arbitraria, como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>9</sup>. Por ello, los jueces deben evaluar si procede o no su aplicación, con base en los presupuestos enmarcados en un test de proporcionalidad que establece la doctrina y jurisprudencia del SIDH.<sup>10</sup> El principio de

<sup>7</sup> CADH. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

2. 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.

<sup>8</sup> Constitución Política del Estado.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

“24. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

(...) b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”.

<sup>9</sup> CADH. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

<sup>10</sup> CIDH, Informe No. 01/13, Caso 12.693. Fondo (Publicación). MARÍA NINA LUPE DEL ROSARIO ANDRADE SALMÓN. Bolivia. 18 de marzo de 2013. Párr. 213; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs.

interdicción de la arbitrariedad, como una forma de control del poder público, también ha sido recogido por el Tribunal Constitucional del Perú.<sup>11</sup> Para evaluar si la restricción del derecho a la libertad está enmarcada dentro de los estándares internacionales, la medida que restringe tal derecho debe cumplir, por lo menos, cuatro (4) requisitos:

- a) Fin legítimo, en una sociedad democrática.
- b) Idoneidad
- c) La necesidad
- d) La proporcionalidad.

a) **Fin legítimo, en una sociedad democrática.**

En cuanto al fin de la medida, si bien tiene un carácter procesal<sup>12</sup>, esto es, que la persona acusada no evada la acción de la justicia ni obstaculice el desarrollo del procedimiento o investigación judicial, la adopción de la misma debe ser compatible con los fines de un Estado social, democrático y plural de derecho. No puede darse con el fin de perseguir enemigos políticos, líderes de la oposición o colectivos sociales que protestan o se resisten ante la vulneración de sus derechos.

La Comisión Interamericana ha señalado que ninguna disposición puede ordenar la prisión preventiva de forma obligatoria, pues no puede codificarse vía legislativa el debate judicial.<sup>13</sup>

Según los estándares internacionales, es arbitrario que un juez autorice prisión preventiva solamente por la expectativa de la pena, por el tipo de delito o por la mera existencia de indicios razonables que vinculan al acusado, según el SIDH.<sup>14</sup> Para el Sistema Europeo de Derechos Humanos, igualmente “la expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes pero no son decisivos en sí mismos. En ausencia de otros elementos, el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías. La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga.<sup>15</sup>

### **Sobre el peligro de fuga**

En cuanto al peligro de fuga, ésta no puede basarse en evaluaciones someras o superficiales. La sustentación de que existe un verdadero peligro de fuga debe ser estricta y rigurosa. El hecho de que el juez solo atienda a la posible pena a imponerse y la considere como posible factor que instará al procesado a fugarse, hace que la medida de prisión devenga ilegal. De

---

Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00045-2004-AI/TC, Fs. 33-40.

<sup>12</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 21

<sup>13</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 137 y 326.

<sup>14</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 137

<sup>15</sup> Véase los siguientes casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso *Piruzyan versus Armenia* (Aplicación N.º 33376/07), Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párrafos 95 y 96. Caso *Panchenko versus Rusia* (Aplicación N.º 45100/98), Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párrafo 105. Caso *Becciev versus Moldavia* (Aplicación N.º 9190/03), Sentencia del 4 de octubre de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párrafo 58. Caso *Muller versus Francia* (Aplicación N.º 2180/93), Sentencia del 17 de marzo de 1997 (Pleno de la Corte), párrafo 43. Caso *Letellier versus Francia* (Aplicación N.º 12369/86), Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párrafo 43.

esta forma se ha pronunciado el Tribunal Europeo cuando estableció que el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse **en conjunto con otra serie de factores relevantes.** (...) La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga<sup>16</sup>.

La norma procesal penal peruana prevé la prisión preventiva para los casos de posible fuga u obstaculización de la justicia, en el supuesto de delitos considerados graves (los que tienen más de cuatro años de prisión como pena), en los que el juzgador tenga indicios serios de convicción.<sup>17</sup> En cuanto al supuesto del “peligro de fuga”, la norma procesal penal exige que se tome en cuenta el arraigo, la gravedad de la pena, el comportamiento del imputado, el daño causado y la voluntad de repararlo, y el peligro de obstaculización del proceso.<sup>18</sup>

### **Sobre la obstaculización del proceso.**

En el caso de la **obstaculización del proceso**, se trata de la realización de **actos concretos y dolosos** del procesado, y no en suposiciones de lo que el imputado podría realizar en el goce de su libertad. Así, se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso, no pudiendo justificarse desde el carácter del delito.<sup>19</sup>

La Corte IDH y la CIDH han señalado que el peligro procesal no puede presumirse, sino que debe ser verificado y fundado en circunstancias objetivas y ciertas.<sup>20</sup> Por ello, el Estado no debe detener a una persona para luego investigar, sino que debe contar con indicios suficientes y no meras conjeturas o intuiciones abstractas.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Véase los siguientes casos ante el TEDH. Caso *Piruzyan versus Armenia* (Aplicación N.º 33376/07), Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párrafos 95 y 96. Caso *Panchenko versus Rusia* (Aplicación N.º 45100/98), Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párrafo 105. Caso *Becciev versus Moldavia* (Aplicación N.º 9190/03), Sentencia del 4 de octubre de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párrafo 58. Caso *Muller versus Francia* (Aplicación N.º 2180/93), Sentencia del 17 de marzo de 1997 (Pleno de la Corte), párrafo 43. Caso *Letellier versus Francia* (Aplicación N.º 12369/86), Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párrafo 43.

<sup>17</sup> **Nuevo Código Procesal Penal (NCP) del Perú, Art. 268. Presupuestos materiales**

“El juez, a petición 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 a la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

<sup>18</sup> **Nuevo Código Procesal Penal, art. 269.** “Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: **1.** El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; **2.** La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; **3.** La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; **4.** El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior en la medida que se indique su voluntad de someterse a la persecución penal”.

<sup>19</sup> TEDH, Sentencia del Caso *Wemhoff vs Alemania*, párr. 14.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso *Argüelles y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 127.

<sup>21</sup> CIDH, Informe No. 01/13, Caso 12.693. Fondo (Publicación). *MARÍA NINA LUPE DEL ROSARIO ANDRADE SALMÓN*. Bolivia. 18 de marzo de 2013. Párr. 219, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

Según la legislación peruana, el juez debe evaluar si hay un riesgo razonable de que el imputado alterará las pruebas o influirá en los coimputados.<sup>22</sup> El “riesgo razonable”, para cumplir con los estándares de derechos humanos, debe referirse a hechos concretos y específicos, y no a silogismos o a un mero razonamiento lógico-formal de lo que “podría hacer” el procesado de estar en libertad.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que el peligro de obstaculización “se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios,(...) aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique. (...) Debe tenerse en cuenta que la ausencia de motivación en referencia a la obstaculización del proceso o de la eventual sustracción del actor al proceso convertiría a la imposición de la medida cautelar de la libertad personal (llámese prisión preventiva o mandato de detención provisional) en arbitraria y por tanto, vulneratoria de lo establecido en la Constitución (artículo 139° numeral 3).<sup>23</sup>

La sola descripción del imputado por su posición o cargo, que a criterio del juez pueda constituir un factor que incida en el peligro de obstaculización, no puede de ninguna forma constituir una razón válida para alegar el peligro que se sostiene. Una medida así representa una decisión arbitraria, por cuanto el cumplimiento del peligro de obstaculización debe representar un peligro concreto y no una mera suposición. Deben existir antecedentes que hagan presumir fundadamente al juzgador de una posible conducta obstaculadora, y de ninguna forma la decisión debe caer en una simple alegación a la condición del imputado.

El mero cumplimiento de los requisitos normativos (peligro de fuga u obstaculización) no es suficiente para cumplir con los estándares internacionales; pues éstos requieren que el juez justifique la adopción de una medida de prisión preventiva dentro de los fines de una sociedad democrática. De adoptar la medida de prisión preventiva sólo con el cumplimiento de los requisitos legales, la misma se convertiría en una regla y perdería su carácter excepcional.

**b) Idoneidad.**

El presupuesto de idoneidad se refiere a que la medida de privación de la libertad adoptada es el medio más adecuado al fin legítimo que persigue la misma. Es decir, que hay una relación de causalidad entre la medida y los fines que persigue el proceso. Una medida es idónea en tanto sea la medida más eficaz para lograr el fin buscado.

**c) Necesidad.**

La medida de prisión preventiva se considera necesaria en tanto sea indispensable para lograr los fines legítimos propuestos, tras demostrarse que es la más apta y efectiva dentro de otras

---

<sup>22</sup> **Nuevo Código Procesal Penal, art. 270**

“Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará o suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2. Influirá para que coimputados, testigos, o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 01555-2012-HC/TC, p 6.

medidas coercitivas, las cuales no permitirían cumplir con los fines procesales perseguidos.<sup>24</sup> Las primeras opciones para asegurar un proceso deben ser siempre medidas alternativas a la prisión preventiva: comparecencia, fianza, detención domiciliaria, etc. Y, sólo si éstas no permiten cumplir con los fines buscados, se requeriría adoptar una medida más gravosa como es la prisión preventiva. Se trata de una comparación entre distintos medios, para adoptar el medio menos gravoso que permita cumplir el fin.

En el último informe de la Comisión Interamericana sobre la prisión preventiva en las Américas, la Comisión recomienda a los Estados que incorporen, regulen y apliquen medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, con el fin de que puedan ser utilizadas a favor de un número mayor de personas.<sup>25</sup> Y, que los fiscales, cuando soliciten la prisión preventiva, sustenten *“el por qué no sería viable la aplicación de otra medidas menos gravosa”*.<sup>26</sup>

El examen de la necesidad de la imposición de la prisión preventiva, nos reporta que ante la existencia de la persecución del aseguramiento del proceso, existen medios igualmente satisfactorios, medios que no son tan lesivos como la privación de la libertad. Por lo que, al ser la medida de la prisión preventiva la más gravosa, debe evaluarse medios alternativos que permitan que no se dé la vulneración al derecho a la libertad personal.

En la legislación procesal peruana existen medidas coercitivas diferentes a la prisión preventiva, tales como la comparecencia restrictiva (art. 287), la caución (art. 289), la detención domiciliaria (art. 290) y la comparecencia simple (art. 291).

#### **d) Proporcionalidad.**

La Corte IDH señala que la prisión preventiva se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad.<sup>27</sup> Es decir, que el sacrificio que causaría la prisión preventiva no sea exagerado respecto del fin legítimo que busca. El Estado debe evitar que la prisión preventiva sea igual o más gravosa que la pena esperada por la condena.<sup>28</sup> Esto supone una relación de correspondencia, en cuanto a la magnitud o grado, entre el medio usado (prisión) y el fin buscado.

No es suficiente que la prisión preventiva esté amparada en la ley; para su aplicación, se requiere además, que el juzgador realice “un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan”<sup>29</sup>, en el marco de los fines legítimos en una sociedad democrática.

---

<sup>24</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 159.

<sup>25</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 253 y 326.

<sup>26</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 326.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 68; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228; Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

<sup>28</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 161.

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 68.

Como ha señalado la Corte IDH, las restricciones de derechos sólo son razonables cuando resultan necesarias para el ejercicio de otros derechos y de allí que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (...) la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.<sup>30</sup>

Asimismo, es menester que antes de aplicar la prisión preventiva, los operadores jurídicos evalúen la aplicación de otras medidas no privativas de la libertad, de lo contrario, tal como lo señala la Comisión Interamericana, “cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada”.<sup>31</sup>

En la evaluación de proporcionalidad del uso de la medida de prisión preventiva juega un papel muy importante el principio de inocencia, del cual gozan todos los procesados no condenados. Según el Tribunal Europeo, el derecho de presunción de inocencia sería vulnerado si, antes de que el procesado sea hallado culpable conforme a derecho, existiese alguna resolución judicial que refleje o sugiera la idea de que éste es culpable.<sup>32</sup>

La prisión preventiva utilizada sin un juicio de proporcionalidad dará lugar a penas sin condena, de carácter anticipado y arbitrario.

## **2. Carácter excepcionalísimo de la prisión en caso de indígenas**

Respecto del procesamiento de indígenas, el derecho internacional y constitucional comparado ha establecido ciertos estándares que exigen al Estado un deber de protección especial.

### **a) Respeto de la jurisdicción indígena y no intervención de la jurisdicción ordinaria.**

En el caso de pueblos indígenas, el derecho internacional y constitucional comparado les garantiza el respeto de sus sistemas jurídicos, como señala la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su art. 34, en el marco del respeto de los derechos humanos.<sup>33</sup> Ello comprende la aplicación del derecho consuetudinario e instituciones propias. Asimismo, el derecho internacional garantiza a los pueblos indígenas el respeto de los métodos de control de presuntos delitos entre indígenas, lo que puede darse dentro y fuera de su ámbito territorial.

### **Convenio 169 de la OIT, art. 8 inciso 1**

“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2.

---

<sup>30</sup> Corte IDH, “La colegiación obligatoria de periodistas” (art. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva N° 5, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párrafo 46.

<sup>31</sup> CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas OEA/Ser. L/V/II. Doc.46/13. 30 de diciembre de 2013. Párr. 161.

<sup>32</sup> Caso *Allenet de Ribemont versus Francia* (Aplicación N.º 15175/89), Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Sección Segunda de la Corte), párrafo 33.

<sup>33</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 34.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

**Convenio 169 de la OIT, art. 9,2**

“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

En el derecho comparado, la Constitución del Perú, como la de otros países andinos, reconoce la jurisdicción especial indígena aplicada por las autoridades propias, dentro de su ámbito territorial, según su propio derecho consuetudinario.<sup>34</sup> Esto comprende la competencia de la jurisdicción indígena respecto de cualquier materia y gravedad, incluyendo hechos punibles. En contrapartida, esto supone la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria en los casos ocurridos dentro del ámbito territorial de la jurisdicción indígena, tal como establece el art. 149 de la Constitución y el art. 18 inc. 3 del Código Procesal Penal. Asimismo, por aplicación integrada del Convenio 169 de la OIT (art. 9, inc. 2) ello comprende, el respecto de los métodos de control penal entre indígenas, aún en los casos por fuera de su ámbito territorial.

**Constitución del Perú, art. 149:**

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

**Código Procesal Penal, art. 18, inc. 3.**

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: (...) 3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

El Estado debe respetar la jurisdicción indígena y no puede procesar a indígenas por seguir o aplicar su derecho propio, o por ejercer la jurisdicción indígena, como autoridad comunal o rondera.

**b) Exención o reducción de pena por cultura o costumbres.**

En el caso de indígenas juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, cuando el caso no corresponde a la jurisdicción indígena (porque los hechos se han realizado fuera del ámbito

---

<sup>34</sup> Véase un desarrollo mayor sobre el derecho constitucional comparado relativo al reconocimiento de la jurisdicción indígena en: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004): “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos” En: *El Otro Derecho*. Bogotá: Revista ILSA N° 30. (Disponible en: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>), e Yrigoyen Fajardo, Raquel (2011): “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, En: César Rodríguez, coord.: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Pp. 139-160 (Disponible en: [http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi\\_name\\_recurso.8.pdf](http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf)).

territorial indígena, respecto de terceros), el juez está obligado a considerar la cultura y costumbres de los mismos.

**Convenio 169, art. 9, inc. 2**

“2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

En el caso de la normativa nacional peruana, en este supuesto de aplicación de la jurisdicción ordinaria, el juez está obligado a eximir o reducir la pena al tratarse de la comisión de hechos punibles con base en la cultura o costumbres.

**Código Penal, art. 15, error de prohibición culturalmente condicionado.**

“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena”.

**c) Preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento.**

En el supuesto que el caso corresponde a la jurisdicción ordinaria y los jueces no han podido eximir de pena a los indígenas procesados (en aplicación del art. 9, inc. 2 del Convenio 169 y del art. 15 del Código Penal del Perú), y les corresponde condenar, tales jueces deben tener en cuenta las condiciones socio-económicas y culturales, y están obligados a preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento, tal como lo indica el Convenio 169 de la OIT.<sup>35</sup>

**Convenio 169 de la OIT (1989). Artículo 10**

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

**2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.**

**d) Interdicción de medida cautelar de encarcelamiento**

Si al establecer el pronóstico de pena, el juez debe preferir una sanción distinta al encarcelamiento, el mismo está obligado a no aplicar una medida más gravosa cuando le toca decidir una medida cautelar de aseguramiento de la investigación y proceso penal. Es decir, si en caso de condena, el juez deberá preferir una sanción alternativa a la prisión, no podría aplicar una medida más gravosa al aplicar una medida cautelar. De esta forma, la regla general, en caso de indígenas procesados por la justicia ordinaria debería ser una medida alternativa a la prisión, y sólo en casos extremos o excepcionalísimos, y debidamente justificados, el juez podría aplicar una medida o pena de prisión, respectivamente.

**e) No criminalización de indígenas por protestar, reivindicar y ejercer sus derechos**

El caso de los lonkos mapuche, visto por la Corte IDH, se trata de la persecución penal arbitraria y discriminadora de autoridades indígenas por la protesta, defensa y reivindicación de sus territorios, aguas, bosques, frente a la invasión de terceros, que buscaban imponer proyectos extractivos o de desarrollo. En dicho caso, el Estado de Chile fue condenado por la

---

<sup>35</sup> El Perú ratificó el Convenio 169 el 2 de febrero de 1994, el mismo que entró en vigor un año después, esto es el 2 de febrero de 1995.

aplicación de legislación anti-terrorista de modo discriminatorio contra los indígenas, pues no lo hacía con ningún otro sector social. El Estado de Chile estigmatizó a los lonkos mediante estereotipos desfavorables, al definir el llamado “conflicto mapuche” como una forma de deslegitimación de la reivindicación de los derechos territoriales del pueblo indígena mapuche, y calificar su protesta, de forma generalizada, como “violenta” o “generadora de un conflicto entre el pueblo indígena mapuche y el resto de la población”. Además, la Corte IDH dio cuenta que la persecución arbitraria de los lonkos no sólo afectaba a los dirigentes, sino a todo el pueblo indígena al que tales pertenecían (fundamento 385), como sigue:

“385. Igualmente, cabe destacar, también por la condición de líderes y dirigentes mapuche de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao (Lonkos), así como del señor Ancalaf Llaupe (Werkén), que la restricción de los derechos políticos de éstos también afecta a las comunidades de las cuales hacen parte puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no sólo su derecho individual resultó afectado sino, también, el de los miembros del Pueblo indígena Mapuche a quienes representaban”<sup>36</sup>.

Hubo una acción discriminadora y parcializada por parte de los juzgadores cuando impusieron a los lonkos sanciones penales como si fueran terroristas. En consecuencia, el Estado violó los derechos de defensa, libertad personal; libertad de pensamiento y expresión; así como derechos políticos, entre otros.

De aquí se derivan estándares de protección referidos a la prohibición de la estigmatización y criminalización de indígenas por el ejercicio y defensa de sus derechos, incluyendo el uso de medidas de protesta y reivindicación de sus territorios frente a la invasión o imposición de proyectos extractivos o de desarrollo por terceros.

### III. LA NECESIDAD DE CONSTRUIR NUEVOS ESTÁNDARES.

#### a) *La función de las reglas de prohibición de la prisión preventiva.*

1. Ya hemos señalado precedentemente la importancia de la fijación de la doctrina constitucional sobre las medidas restrictivas de la libertad durante el proceso, en particular el encarcelamiento preventivo. Pero, es evidente, que un nivel es el del esclarecimiento normativo, y otro muy distinto el de la práctica de los tribunales, los que no necesariamente toman esas decisiones con base en la doctrina constitucional. En la *orientación de la práctica judicial*, cumplen una muy diferente función los estándares positivos, que dan indicación de cuando procede o del carácter excepcional de las medidas de prisión; de las *reglas negativas sobre la prisión preventiva*, que constituyen *verdaderas prohibiciones* para dictar una medida de encierro durante el proceso, que ya no tienen un *mero carácter orientativo sino que constituyen una regla de invalidez clara*.
2. En las últimas dos décadas, se ha trabajado más intensamente en la fijación de la doctrina general de la prisión preventiva, de indudable base constitucional y fundada en los principios que emanan de los Pactos internacionales de Derechos Humanos. Hoy es necesario avanzar hacia un esclarecimiento de las reglas básicas de prohibición. En este sentido, la doctrina constitucional ha tenido el mérito de fijar la limitación de los motivos de prisión preventiva (peligro de fuga, protección de la prueba y víctimas, etc.), la necesidad de fundamentación y litigio previo, la duración acotada, etc. Sin embargo, la experiencia práctica de los tribunales muestra que ese esclarecimiento no logra todavía torcer de un modo definitivo la práctica del encarcelamiento arbitrario. El mismo, se

---

<sup>36</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) VS. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, reparaciones y costas).

encuentra enraizado en viejas prácticas del sistema judicial y en la necesidad de compensar notorias ineficacias en la investigación, producto de la burocratización o de la falta de preparación de los acusadores que, para evitar el escándalo social del fracaso de los casos, le hacen pagar a los imputados, utilizando de un modo impropio como variable de ajuste, los derechos fundamentales del acusado.

3. Dado que todas las instituciones procesales, aún las más básicas y vinculadas a derechos elementales, se encuentran sometidas a estos mecanismos de ajustes (equilibrios entre las necesidades político criminales del proceso y el sistema de garantías) hoy es necesario avanzar hacia una nueva doctrina internacional que fije, con absoluta claridad, los casos de *prohibición absoluta del dictado de encarcelamiento preventivo*. Ello es algo ya existente en nuestras legislaciones procesales. Por ejemplo, se entiende que en ningún caso se puede dictar prisión preventiva en los delitos que no tienen prevista pena de prisión o en los que son de acción privada. De hecho en la legislación peruana existen casos reconocidos legalmente (art. 485 inciso 2 NCPP). La idea que sustenta estas prohibiciones es que los casos de que se trata no permiten el dictado de una medida intrusiva de tal naturaleza, porque una *ponderación adecuada de los valores en juego, hace que, retomando una vieja terminología de Francesco Carrara, se considere intolerable el encierro del imputado en esos casos*.
4. Urge pues, para continuar desarrollando una doctrina sobre la prisión preventiva, fundada en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, desarrollar con precisión esos casos de *intolerabilidad de la prisión preventiva, es decir, reglas de absoluta prohibición del dictado de la prisión preventiva*.

#### **b) La prohibición del dictado de prisión preventiva en los casos de crítica pública.**

5. El uso de la justicia penal para la persecución política es un fenómeno clásico que, precisamente, ha hecho nacer lo que conocemos como el derecho penal liberal, es decir, la preocupación por construir un sistema de garantías que evite o disminuya la posibilidad de un uso de los mecanismos penales para esos fines. Sin embargo, lo cierto es que se ha demostrado que la tentación de la malversación de los instrumentos penales es permanente y reclama una atenta vigilancia y fortalecimiento de las garantías penales y judiciales. Justamente ha sido esa vigilancia lo que hoy dificulta que puedan existir sentencias fundadas en notorias razones de persecución política. No obstante ello, existen nuevos fenómenos de uso de la justicia penal para la persecución política o la limitación de la actividad crítica que se ha desplazado ahora con mayor intensidad al uso de instrumentos procesales, ya se ha generado *redes de imputados y procesados* a los que se los deja en esa situación por años, afectando y debilitando su propia vida o sus posibilidades de liderazgo y construcción social y política, o se usa directamente las *herramientas de la prisión preventiva para castigarlos precisamente por su actividad crítica o para desmoralizar a sus seguidores*.
6. El fenómeno de criminalización de la protesta social ha sido denunciado reiteradamente en Perú, así, en los últimos años, la conflictividad social –que comprende como actores a la misma población, las organizaciones sociales, el Estado y las empresas privadas- ha ido en aumento. Así, por ejemplo, si tomamos como base el año 2005 en que se registraron 73 conflictos<sup>7</sup>, debemos dar cuenta de que la curva de la conflictividad social ha seguido una lógica ascendente, pues en el año 2006 se registraron 97 conflictos<sup>8</sup>; en 2007 se reportaron 78 conflictos<sup>9</sup>; en 2008 subió a 197 casos<sup>10</sup> y en 2009 acontecieron 267

conflictos<sup>37</sup>. Para el mes de Junio en el Perú la Defensoría del Pueblo reporta que se registran 210 Conflictos Sociales<sup>38</sup>, lo que evidencia la abundancia de este fenómeno en la coyuntura del país. Casos como el de Miski Mayo- Vale en San Marcos, Cajamarca, en el que se acusaba a Dirigentes Campesinos de tomar las carreteras, esto en el contexto de una protesta contra la minera Miski Mayo, de la misma forma las detenciones ocurridas en el contexto del Baguazo, lo que implica una violación directa al derecho a la reunión y la libertad de expresión.

7. Derechos que encuentran su amparo tanto en las normas del derecho regional enmarcadas en el sistema Americano como en el Derecho Internacional los casos que constituyen jurisprudencia relevante están enmarcados en la vulneración a los artículos 19 (derecho a la libertad de expresión) y 21 (derecho a la libertad de reunión) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde un caso emblemático es el de Kivenmaa vs. Finlandia<sup>39</sup>, así mismo en el caso Tae- Hoon Park c. República de Corea <sup>40</sup>, en los que se aprecia la voluntad de sus estados por impedir el libre ejercicio de sus derechos, así como de condenarlos por hacer efectivo sus derechos, cuando estos se materializaban en protestas que criticaban sus respectivos gobiernos, bajo estos antecedentes y en el contexto que el país reporta en cuanto a las tensiones sociales, se observa que la criminalización es un fenómeno universal.
8. En el mismo sentido la CIDH se ha pronunciado respecto al respeto del derecho a la protesta pacífica, así, acota que participación en manifestaciones, como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo y forma parte del buen funcionamiento del sistema democrático inclusivo de todos los sectores de la sociedad. Por ello, el Estado no sólo debe abstenerse de interferir con el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica, sino que debe adoptar medidas para asegurar su ejercicio efectivo<sup>41</sup> la preocupación se hace más evidente cuando se constituye en sistemáticos medios de protesta de parte de grupos sociales que son marginados o excluidos de la colectividad nacional, así también lo cree la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: *estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio*<sup>42</sup>.
9. La selección estatal de un acto de protesta como ilícito penal, cuando esta selección se realiza en infracción a aquellos principios del poder penal de Estado –por ejemplo, porque

---

<sup>37</sup> Defensoría del Pueblo, Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, 70º Reporte de Conflictos sociales, diciembre de 2009.

<sup>38</sup> Reporte N°136. Defensoría del Pueblo Registro 210 Conflictos Sociales durante el mes de Junio.

<sup>39</sup> Comité DH, caso “Kivenmaa c. Finlandia”. Decisión del 10/6/1994

<sup>40</sup> Comité DH, caso “Tae- Hoon Park c. República de Corea”. Decisión del 3/11/1998

<sup>41</sup> CIDH. *Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. 7 de marzo de 2006, párrafo 55

<sup>42</sup> Relatoría especial para la libertad de expresión, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, CIDH, Washington DC, 2010, p. 33.

el acto de protesta está amparado en el ejercicio legítimo de un derecho– constituye un supuesto de criminalización ilegítima, o de “criminalización de la protesta”.<sup>43</sup>

10. Pero la criminalización judicial de la protesta ha gestado su naturaleza más propia en la iniciación de miles de procesos penales al margen del derecho, con la única finalidad de controlar ilícitamente la acción política en el campo popular. El tremendo poder coercitivo que se despliega contra quien es imputado en un proceso penal, además de la latente posibilidad de una pena, ha sido utilizada por la administración de justicia como una auténtica herramienta de sometimiento sobre los manifestantes.<sup>44</sup>
11. El que la protesta sea criminalizada ha sido incluso una preocupación de la doctrina en los últimos años que si el Poder Judicial, como ocurre en países como el nuestro, se coloca a la vanguardia de la sanción o la persecución de los grupos más débiles de la sociedad, la situación que resulta es trágica<sup>45</sup>.
12. Todo ello, debe llevar a que sea necesario fijar una *nueva regla de prohibición absoluta* del dictado de prisión preventiva cuando ella es utilizada como un mecanismo de criminalización de la protesta social. La fórmula de esa regla debe ser clara y precisa, para evitar un uso arbitrario de la discrecionalidad judicial. En ese sentido, la nueva legislación federal argentina sobre el proceso penal ha establecido una regla clara, sencilla y fuerte en el nuevo Código Procesal Penal Federal (art. 185 c.):

**Código Procesal Penal Federal. Art. 185:**

“No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

c) cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.”

13. Como podemos ver se trata de una regla que no admite excepciones. Las circunstancias fácticas determinan si se trata de un caso que ingresa dentro de los supuestos de hecho de la norma, pero la norma en sí misma carece de excepciones o ambigüedades. Según los principios generales que rigen la interpretación de este tipo de norma, toda interpretación judicial deberá ser ampliatoria de este derecho, es decir, no podría restringir su aplicación sino ampliarla. Por otra parte, esta norma reconoce un antecedente en la Constitución provincial de la Provincia de Neuquén la que hace ya varios años prohíbe la prisión preventiva cuando está vinculada a casos en los que se encuentra en juego la libertad de expresión. El valor de los principios de libertad de expresión y crítica pública es tan grande para el desarrollo de democracias de mayor calidad en nuestros países, que la ponderación de valores hace que realmente resulte *intolerable* la aplicación de estas medidas en casos que puedan limitar un derecho humano tan básico que, por otra parte, cumple funciones sociales tan positivas.

**c) Del derecho de protesta al ejercicio de la libre determinación y derechos territoriales indígenas. La necesidad de prohibir la criminalización indígena.**

---

<sup>43</sup> CELS, “El Estado frente a la protesta social- 1996-2002” (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina 2003) p. 48

<sup>44</sup> CELS, El Estado frente a la protesta social, Informe CELS, Argentina, p. 24

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. En: Derechos y Humanidades, N°12/2006,/141-151, p.146.

14. En las últimas décadas, y sobre todo a partir del llamado “Consenso de Washington”, los Estados de la región flexibilizaron reglas para facilitar la penetración de corporaciones en territorios ancestrales de pueblos originarios, sin procesos de consulta o siquiera sin información de los mismos, para la realización de megaproyectos extractivos mineros, forestales, hidrocarburíferos; turísticos, de agroexportación de monocultivos (como la palma aceitera o biodiesel); energéticos, energéticos, de infraestructura, turísticos u otros proyectos de desarrollo en sus territorios. La dimensión de esta penetración configura un nuevo ciclo histórico de invasión territorial de los pueblos originarios, por la gran cantidad de áreas afectadas y por el grave impacto en sus condiciones de vida y subsistencia, debido a la destrucción, contaminación y/o secamiento de aguas y suelos; ante la cual los pueblos han desarrollado acciones y movilizaciones de resistencia, como lo han hecho en otros momentos de invasión.
15. Las acciones y movilizaciones de reivindicación o defensa de sus territorios, frente a la invasión de terceros que ingresan inconsultamente a sus territorios no se fundan sólo en el derecho de protesta, la libre expresión y opinión, sino en el derecho a la libre determinación de los pueblos (DNU DPI, art. 3), autonomía (DNU DPI, art. 4; Constitución del Perú, art. 89), el derecho a definir sus prioridades de desarrollo (Convenio 169 de la OIT, art. 7), participación en la vida política, derechos territoriales, derecho propio, e, incluso, derecho a la vida e integridad.
16. Los pueblos indígenas tienen el derecho específico de no permitir la intrusión no autorizada en sus territorios (Convenio 169 de la OIT, art. 18) por lo que cuando impiden el ingreso de terceros en sus territorios no están realizando protestas, sino que están ejerciendo su autonomía y propiedad territorial. Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Nativa Tres Islas (Exp. 1126-2011/HC-TC)<sup>46</sup>, cuyas autoridades fueron procesadas penalmente por presunto delito de obstrucción del transporte, con un pedido fiscal de 6 años de prisión, por impedir el ingreso de mineros, taladores ilegales y de quienes establecían prostíbulos dentro del territorio indígena, con base en una decisión comunal. Al final, el Tribunal Constitucional ordenó el cese de la violación de la autonomía y la propiedad territorial, y, en consecuencia, el archivo del caso penal, por considerar su actuación como parte de su autonomía.
17. Cuando los indígenas realizan acciones y movilizaciones de oposición a concesiones de megaproyectos extractivos, de infraestructura u otros en sus territorios, el derecho fundamental en juego no es tanto la protesta social cuanto el derecho específico de los pueblos indígenas a “otorgar o no otorgar su consentimiento en caso de megaproyectos de impacto significativo en sus condiciones de vida y subsistencia”, como establece la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam* (2007)<sup>47</sup>. Estos derechos no sólo están vinculados a libertades públicas como la libre expresión u opinión, sino al ejercicio de derechos relacionados a la autonomía y a la misma existencia como pueblos.

---

<sup>46</sup> El 25 de setiembre de 2012, el Tribunal Constitucional publicó la sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas (Expediente N°. 1126-2011-HC/TC, Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2012). Véase: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>

<sup>47</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. 172. Véase: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

18. Frente a la defensa indígena de sus territorios, el Estado ha respondido con violencia, declaratoria de estados de emergencia y persecución indígena, incluyendo el uso arbitrario y discriminatorio de la detención preventiva.
19. Otra fuente de criminalización de indígenas en el Perú está asociada al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Así, por ejemplo, alrededor de mil indígenas ronderos<sup>48</sup> han sido procesados por “usurpación de funciones” de la administración justicia, cuando la Constitución les ampara en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (art. 149).
20. En el caso del Perú, la criminalización de autoridades indígenas (comunales y ronderas) que ejercen su autoridad o lideran movimientos de resistencia indígena frente a megaproyectos extractivos en sus territorios se da a través de la aplicación de medidas de carácter discriminatorio y más drástico que al resto de la población. Entre estas medidas están: el seguimiento de los servicios de inteligencia sin orden judicial; el uso de la figura de la “denuncia fiscal preventiva” por parte del Ministerio del Interior ante la Fiscalía, para solicitarle la autorización medidas de seguimiento policial, filmación, etc. durante marchas o movilizaciones; la apertura de decenas de procesos a cada una de las autoridades o líderes indígenas; y en distintas ciudades (por donde han pasado movilizaciones o marchas), lo que hace imposible su defensa; la instalación de una sala nacional para investigar específicamente el caso del comunero rondero Gregorio Santos Guerrero en la ciudad de Lima, cuando los hechos investigados se han realizado en Cajamarca; el uso de prisión preventiva sin siquiera cumplir con los requisitos legales, y prolongada más allá de un plazo razonable (más de un año); el desconocimiento del carácter indígena de los líderes durante el proceso penal y dentro del establecimiento penitenciario; el procesamiento en jurisdicción distinta del juez natural, y encarcelamiento en ciudad distinta al del domicilio familiar y laboral; el uso de los regímenes penitenciarios más drásticos (de máxima seguridad); la colocación en pabellones con delincuentes confesos de crímenes de lesa humanidad, en agravio de otros indígenas; y sin posibilidad de tener la visita frecuente de familiares (un hermano sólo puede visitar dos horas al mes), de miembros de la propia comunidad, organización rondera o partido político.
21. El caso de Gregorio Santos Guerrero (GSG), es un caso emblemático de criminalización del ejercicio de la autoridad rondera, de la defensa de la libre determinación frente a la imposición violenta de un megaproyecto minero, incluyendo el encarcelamiento preventivo, el uso de estereotipos y la estigmatización de las reivindicaciones indígenas, y el impedimento del ejercicio de derechos políticos (no-entrega de credencial como presidente regional electo).

En este caso, el Ministro de Justicia publicó un comunicado de Prensa MINJUS N.º 02-2015 anunciando que el Estado peruano no acataría la Medida Cautelar otorgada por la CIDH a favor de GSG porque se trataba de un “líder del movimiento antiminerero del país”,

---

<sup>48</sup> De acuerdo con la información del Ministerio Público durante el periodo 1994-2006, 784 denuncias a miembros de Rondas Campesinas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas. Véase: [http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/rondas\\_campesinas2010.pdf](http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/rondas_campesinas2010.pdf)

estigmatizando así al movimiento de resistencia indígena y social que se opone a megaproyectos inconsultos<sup>49</sup>.

Una somera revisión de los aproximadamente cien (100) procesos que le ha abierto el Estado peruano a GSG, arroja que la mayor parte se refiere a “disturbios”, por movilizaciones en contra del inconsulto megaproyecto minero Conga; otro grupo de casos se refiere a procesos por “usurpación de funciones”, esto es, por ejercer su autoridad jurisdiccional rondera; y un número menor de procesos está relacionado a supuestos delitos de “cohecho, colusión y asociación ilícita para delinquir”, referidos a su actuación como presidente regional, considerando que su participación en la creación de un partido político ha sido calificada como “asociación criminal”. Junto con él están procesados otros dirigentes comunales ronderos indígenas, en los diferentes procesos mencionados. Asimismo, están procesados otros ronderos por la promulgación y aprobación de una ordenanza que declara “intangibles las aguas” e “inviabile” un megaproyecto minero inconsulto, lo que ha sido calificado como “usurpación de funciones del gobierno central”.

La persecución de GSG, primer comunero rondero que ha llegado a ser presidente de un Gobierno Regional, no es casual, pues es el símbolo de la resistencia indígena y social contra el megaproyecto minero aurífero que se define como el más grande de Sudamérica. Por ello, su criminalización busca ser un “escarmiento” a todos los indígenas que se atrevan a oponerse a megaproyectos mineros, o tentar el gobierno.

22. En el Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígenas Mapuche) Vs. Chile (Caso conocido como Lonkos) por defender sus derechos territoriales, arriba referido, el estándar de protección que emerge es el principio de no criminalización arbitraria y discriminatoria contra indígenas, debido a que, en el caso, se probó el uso de estereotipos denigrantes; la aplicación de normativa más drástica que al resto de la población (legislación anti-terrorista), y la estigmatización, bajo el calificativo de “conflicto mapuche”, de las legítimas reivindicaciones de los pueblos indígenas a su territorio y aguas, frente a proyectos de desarrollo inconsultos.

#### **D. Conclusiones**

En consecuencia, cabe concluir lo siguiente:

1. El desarrollo de una doctrina sobre la validez del encarcelamiento preventivo durante el proceso, no sólo debe ratificar los estándares que ya hoy son patrimonio de toda interpretación constitucional, sino que debe avanzar en el desarrollo de *reglas prohibitivas absolutas*.
2. Ello permitirá reducir el margen de uso arbitrario de la discrecionalidad judicial, ya que la claridad de los estándares internacionales no ha podido hasta ahora revertir de un modo claro el *abuso de la prisión preventiva en la región*.

---

<sup>49</sup> En su Comunicado de Prensa, el MINJUS afirma sobre la Resolución No. 18/2015 de la CIDH que: “(...) es notoriamente improcedente pues carece de fundamento legal que la ampare. La Comisión IDH no está facultada por la Convención [Interamericana sobre derechos humanos] para emitir este tipo de medidas cautelares; por tanto, el Gobierno peruano no se siente en la obligación legal de cumplirla y no lo hará.” Véase: <http://www.minjus.gob.pe/ultimas-noticias/noticias-destacadas/comunicado-de-prensa-minjus-no-02-2015/>

3. El uso de herramientas procesales para criminalizar la protesta social y afectar una de las herramientas centrales del desarrollo de la democracia es un nuevo fenómeno que debe ser identificado y frenado con claridad.
4. Por tal razón es indispensable que se establezca como norma de prohibición absoluta del dictado de una prisión preventiva cuando se trate de casos vinculados a la protesta social, es decir, sean el ejercicio de la libertad de expresión y de la crítica política a los asuntos públicos.
5. El uso de herramientas para criminalizar autoridades y colectivos indígenas de forma arbitraria, discriminatoria y masiva, por el ejercicio legítimo de su libre determinación, de su derechos de no otorgar su consentimiento a megaproyectos de desarrollo en sus territorios o al ingreso de terceros en el mismo; por reivindicar o defender otros derechos; por ejercer su autoridad, autonomía y funciones jurisdiccionales en su territorio, entre otros, es parte de un nuevo ciclo histórico de invasión territorial indígena que viola derechos humanos y atenta contra el carácter plural de las sociedades donde existen pueblos originarios.
6. El desconocimiento del carácter indígena de líderes de pueblos originarios, que el derecho denomina comuneros, campesinos o ronderos, y el uso de medidas altamente drásticas, como la criminalización masiva (a gran cantidad) e intensa (apertura de muchos procesos penales a cada dirigente), el uso de prisión preventiva prolongada y la aplicación de regímenes de máxima seguridad penitenciaria, busca neutralizar a los líderes indígenas criminalizados y desmovilizar la resistencia de los colectivos indígenas frente a megaproyectos inconsultos.
7. En consecuencia, se requiere establecer una prohibición absoluta y expresa al dictado de prisión preventiva de autoridades o miembros de pueblos indígenas cuando se trata de la reivindicación o ejercicio legítimo de sus derechos, como el derecho a la libre determinación, derechos territoriales, derecho consuetudinario; derecho de no otorgar su consentimiento en caso de megaproyectos o de no permitir la intrusión no autorizada de terceros en sus territorios, entre otros.
8. Dado que el derecho internacional de pueblos indígenas exige a los jueces preferir sanciones distintas al encarcelamiento, no sólo debería estar prohibida la prisión preventiva, sino la prisión como sanción misma, y sólo en supuestos totalmente excepcionales y debidamente justificados, podría tolerarse la misma.
9. El caso de Gregorio Santos Guerrero (GSG) es un caso paradigmático para construir una regla sobre la prohibición de la prisión preventiva, que resulta armónica con toda la interpretación que ha realizado la Corte sobre el principio de inocencia, el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo y el carácter discriminatorio de la criminalización de indígenas, que incluye el uso de estereotipos y la estigmatización de las reivindicaciones indígenas como “conflictos” (como el Caso Norín Catrimán y Otros vs. Chile)<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y Otros VS. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costos). Véase: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)

La persecución de GSG, con más de 100 procesos penales y prisión preventiva prolongada en un penal de máxima seguridad, lejos de su ciudad, no sólo busca afectarlo personalmente, sino desmovilizar a los pueblos originarios impactados por dicho megaproyecto. De ahí la importancia de desarrollar el estándar de prohibición absoluta de prisión preventiva en casos de indígenas. Es más, la prohibición de la sanción de prisión misma, como mecanismo de control social de indígenas.