

## EL PELIGRO PROCESAL COMO PRESUPUESTO DE LA MEDIDA COERCITIVA PERSONAL DE PRISION PREVENTIVA

Jorge A. Pérez López <sup>1</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/04/2014*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Definición de peligro procesal. III. Posturas respecto al contenido del peligro procesal. IV. Presupuestos del peligro procesal. IV.1. El peligro de fuga. IV.1.1. 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. IV.1.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. IV.1.3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. IV.1.4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. IV.2. La obstaculización de la actividad probatoria. IV.2.1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba. IV.2.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. IV.2.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. V. Otros presupuestos de peligro procesal aplicados en la doctrina jurisprudencial. VI. Pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma. VII. La incomunicación como forma de cumplimiento de la prisión preventiva.

---

<sup>1</sup> Abogado penalista. Con Maestría en Ciencias Penales en la Universidad San Martín de Porres, docente universitario de D. Penal, D. Procesal Penal y D. de Ejecución Penal.

## I.- INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal que consiste en la total privación del derecho a la libertad ambulatoria del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la substanciación de un proceso penal<sup>2</sup>. Representa la más grave intromisión que puede ejercerse en la esfera de la libertad del individuo, pues se aplica sin mediar todavía una sentencia penal firme que la justifique, razón por la cual debe ser cuidadosamente analizada, desde la perspectiva del derecho comparado, la interpretación constitucional y la reglamentación específica que emana de la ley adjetiva.

Por consistir en una auténtica anticipación de pena futura e incierta, la prisión preventiva se debe aplicar con una finalidad cautelar, único caso en que se podría justificar la privación de derechos de un imputado; en ese sentido, el Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, en la sentencia expedida en el expediente N° 1874-

---

<sup>2</sup> Ver GIMENO SENDRA; Vicente; MORENO CATENA, Victor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ra. edición, T. II (proceso penal), Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 381.

<sup>3</sup> Respecto a la prisión preventiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha dejado sentado lo siguiente: 1) Que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso, que no es una medida punitiva y que es una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (evitar la fuga y garantizar la presencia del imputado durante el proceso es típicamente cautelar, pero no lo es evitar la perturbación probatoria) (STC, Exp. N° 1567-2002-HC/TC, asunto Alejandro Rodríguez Medrano, de 5 de agosto de 2002; 2) Que, definida a partir de su función estrictamente cautelar, esta medida “... Se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria” (STC, Exp. N° 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002, párrafo 4); 3) Que es una medida que no puede constituir la regla, es por el contrario excepcional, de carácter subsidiario, razonable y proporcional (STC, asunto Alejandro Rodríguez Medrano, de 5 de agosto de 2002, párrafo 4); 4) Que es una medida también provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, asunto Vicente Silva Checa, de 12 de agosto de 2002, párrafo 16); 5) Que el principio de proporcionalidad se expresa en que, sobre la base del grado de exigencia cautelar, la medida a dictarse debe ser la menos gravosa o aflictiva posible (STC, Exp. N° 612-2000-HC/TC, asunto Moisés Polo Giraldo, de 23 de agosto de 2000, párrafo 4); 6) Que en cuanto al principio de excepcionalidad sostuvo que: “...una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas” (STC, Exp. N° 500-2000-HC/TC, asunto Gregorio Martín Velarde Queirolo, de 25 de agosto de 2000); 7) Que la prisión preventiva “...solo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia directa del derecho a la presunción de la inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva” (STC recaída en el Exp. N° 808-2002-HC/TC, de 8 de julio de 2002, caso Carlos Zelada Dávila).

2005 PHC/TC - Madre de Dios, sostuvo que *“en la medida que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por tanto, se tiene que la naturaleza, tanto del mandato de detención como su otra variante (el de comparecencia), es la de constituir una garantía del proceso, buscando hacer más justa y adecuada la situación personal del inculpado, durante la sustanciación de un proceso penal, a la naturaleza de los delitos imputados y del contexto en que estos ocurrieron”*.

Una breve mirada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite establecer lo siguiente respecto de la prisión preventiva<sup>4</sup>: 1) Que el artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado “peligro de fuga”; 2) Que la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) autoriza la privación de la libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción, o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; en el Caso “T” vs. España (Resolución de 28 de junio de 1994), estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en varias sentencias (vid. asuntos “Martznetter”, STEDH de 10 de noviembre de 1969; “Stogmuller”, STEDH de 10 de noviembre de 1969; “Clooth”, STEDH de 12 de diciembre de 1991; y “Wemhoff”, STEDH de 27 de junio de 1968); 3) Que el artículo 58°.1, b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, igualmente, incorpora esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva; 4) En igual sentido, se pronuncian los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2.b lo siguiente: “solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Vol. II. 2da.edición, Grijley, Lima, 2003. pp. 1116-1117.

<sup>5</sup> Ibidem.

La prisión preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado<sup>6</sup>. Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el “riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental<sup>7</sup>. Consciente de esta realidad, el Código Procesal Penal peruano de 2004 (en adelante NCPP) se aparta de regulaciones de dudosa constitucionalidad, que contemplan entre los fines de la prisión provisional algunos tan inadmisibles como la prevención de comisión de futuros delitos, más o menos indiscriminados o la satisfacción inmediata de las demandas sociales de seguridad. Éste cuerpo de leyes contempla en su artículo 268<sup>8</sup>, como presupuestos habilitantes de la prisión preventiva, la evitación de la fuga del imputado y el aseguramiento de la investigación.

Como vemos, la única manera de determinar si la prisión preventiva de una persona responde a una decisión razonable y proporcional del juez pasa por la observancia de los elementos objetivos señalados en la ley, los que deben cumplirse copulativamente, y que permitan concluir que, más allá de que existan indicios o medios probatorios que vinculan razonablemente al imputado con la comisión del hecho delictivo y más allá del *quantum* de la eventual pena a

---

<sup>6</sup> Vid. STC Exp. N° 0791-2002-HC.

<sup>7</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 512.

<sup>8</sup> **Artículo 268° del Código Procesal Penal de 2004.-**

1. 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).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

imponerse, existe el **peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria**. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que en doctrina se denomina “**peligro procesal**”<sup>9</sup>.

## II. DEFINICIÓN DE PELIGRO PROCESAL

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta<sup>10</sup>; por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros, válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado en la Constitución después de la vida, que es la libertad, en este caso del imputado.

El peligro procesal hace alusión al *periculum in mora*, que constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena<sup>11</sup>.

El *periculum in mora* desarrolla el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad.

El peligro procesal tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez<sup>12</sup>; como hemos indicado, es la regla

---

<sup>9</sup> Vid, STC, Exp. N° 1821-2006-PHC/TC-Ica.

<sup>10</sup> Ese mismo criterio es seguido en la STC recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, que señala lo siguiente: “*El principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente...*”. También en la STC recaída en el Exp. N° 2268-2002-HC/TC. Lima. Caso Moisés Wolfenson Woloch, en el que claramente se indica: “*(...) El elemento más importante para evaluar la validez de la medida cautelar es el peligro procesal, de manera que, a mayor o menor peligro procesal, la medida cautelar podrá ser más o menos gravosa, respectivamente*” (En: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Jurisprudencia Penal del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 353).

<sup>11</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. Ob cit, pp. 513-514.

<sup>12</sup> En ese sentido, PEÑA CABRERA FREYRE refiere que se deben advertir respecto al peligro procesal, ciertas particularidades y características personales del imputado, como el factor reincidencia, su grado de participación delictiva (en calidad de líder, dirigente, cabecilla, etc.), la forma cómo fue aprehendido por la policía (por ejemplo, en estado de flagrancia) que infieren altas posibilidades de fuga. Obviamente, el delito cometido tiene incidencia, pues no da igual un

que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros, considerados autónomamente que la ley reconoce: **peligro de fuga y peligro de obstaculización**. El primer peligro, se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguradora de la prueba –distinta de la propiamente cautelar- de dicha medida provisional<sup>13</sup>.

Constituye un aporte del NCPP, la enunciación de supuestos para calificar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, ya que esta calificación en la práctica judicial no ha sido homogénea y en algunos casos fue arbitraria y subjetiva<sup>14</sup>, como veremos más adelante.

### III. POSTURAS RESPECTO AL CONTENIDO DEL PELIGRO PROCESAL

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, Oré Guardia<sup>15</sup> señala la existencia de tres posturas:

La primera de ellas, de corte **restrictivo**, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto, la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos (en su artículo 7°, numeral 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9° numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales”. Al respecto, expresa Alberto Binder<sup>16</sup> que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más

---

delito de estafa que un secuestro o violación sexual. Pueden también tener incidencia significativa los antecedentes penales y penitenciarios del imputado, el grado de readaptación social en el caso de registrar ingresos carcelarios y si obtuvo beneficios penitenciarios (PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Rhodas, Lima, p. 716).

<sup>13</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1132.

<sup>14</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2004, p. 43

<sup>15</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Trabajo expuesto en el evento denominado “Derecho Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, 18 de mayo de 2006, pp. 43 y 44.

<sup>16</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia”.

La segunda postura, que puede denominarse **intermedia**, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: “se reconocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales” (STEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmüller de 10 de noviembre de 1969, párrafo 15).

Siguiendo esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que tal peligro sea concreto y no abstracto (Informe 2/91 párrafo 33).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más específico, pues señala que el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que develen su intención de suprimir la prueba (STEDH, asunto Wenhoff, de 27 de junio de 1968, párrafo 14). Este mismo Tribunal ha indicado que si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados (STEDH, asunto Tomasi, de 27 de agosto de 1992, párrafo 92/95; asunto Kemmache, de 12 de diciembre de 1991, párrafos. 46/47; asunto Letellier, de 27 de noviembre de 1991, párrafos. 37/38).

Finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de **prevención radical** de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc. Oré Guardia<sup>17</sup> considera que esta postura contradice el modelo constitucional y la opción política criminal asumida desde el Código Procesal Penal.

#### IV. PRESUPUESTOS DEL PELIGRO PROCESAL

---

<sup>17</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 45.

Tal y conforme lo hemos anotado, el peligro procesal constituye el requisito más importante de la prisión preventiva, puesto que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de la sentencia. En ese sentido, el juez debe hacer un pronóstico, para determinar cuáles serán las posibilidades que hagan presagiar, que el imputado asistirá al proceso penal y no hará ningún tipo de maniobra tendiente a dificultar el mismo (no perturbará la actividad probatoria, fugará o tratará en lo posible de esconder u ocultar pruebas, etc.) en caso se le ordene su libertad. Para ello, se exige un razonamiento *integral*, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos, ciertos, y no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas. El peligro procesal debe de ser valorado objetivamente con datos certeros. Los presupuestos del peligro procesal son, como hemos indicado con anterioridad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la actividad probatoria.

#### **IV.1. El peligro de fuga.**

El peligro de fuga supone, en términos positivos, el aseguramiento de la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal<sup>18</sup>. El presupuesto de *impedimento de fuga*, dice Asencio Mellado<sup>19</sup>, se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculcado a la ejecución de la presumible pena a imponer.

El peligro de fuga está relacionado con la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de justicia y no se puedan cumplir los fines del proceso por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos del tiempo que le quita el proceso, como no tiene arraigo se va al lugar donde domicilia realmente, etc.)<sup>20</sup>; esto en la investigación puede causar un grave perjuicio pues el procesado si bien está protegido por el derecho a la no autoincriminación<sup>21</sup> tiene el deber de soportar las actuaciones procesales

---

<sup>18</sup> Vid, MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal argentino*. Vol. 2. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 279.

<sup>19</sup> ASENSIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Civitas, Madrid, 1987, p. 104.

<sup>20</sup> Vid, NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 516.

<sup>21</sup> La no autoincriminación constituye un derecho humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El inculcado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra éste y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio. El imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio.

El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho; se configura como una de las

que se le exijan; como las confrontaciones, extracción de sangre, etc. Siguiendo la línea de este razonamiento podemos manifestar que existiría mayor menoscabo para los fines del proceso en el juzgamiento o juicio oral (al no ser posible la realización de ésta etapa procedimental sin la presencia del acusado)<sup>22</sup>, sin contar con el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria.

Nos damos cuenta entonces que la principal condicionante de la viabilidad de un proceso la conforma normalmente la garantía de comparecencia del imputado, pues su fuga o falta de comparecencia impediría la realización del juicio y, aunque el sujeto sea luego capturado y el juicio se lleve a efecto más tarde, esto produciría la elevación de los costos del sistema, además de deslegitimarse el proceso a los ojos del público, generando todo tipo de problemas organizativos, contribuyéndose además a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva como anticipación de la pena. Es por esta razón que desde la primera comparecencia los jueces deben, a petición de los fiscales, prestar mucha atención al modo como garantizarán la comparecencia futura del imputado.

El NCPP de modo genérico en su artículo 268°, y particularmente en el artículo 269°<sup>23</sup>, contempla la evitación del riesgo de fuga del imputado como motivo legitimador de la prisión preventiva. Los dispositivos legales mencionados no determinan, ni establecen juicios tasados cuya concurrencia haya de conducir a presumir el referido riesgo de evasión del imputado, sino que se limitan a señalar una serie de criterios que el juez podrá valorar, individual o

---

manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra. Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de nulidad absoluta. Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus faltas, pues no podría exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra (Bacigalupo citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El Proceso penal aplicado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Pág. 231).

<sup>22</sup> Vid. NEYRA FLORES, José Antonio. Ob cit, p. 516.

<sup>23</sup> **Artículo 269° del Código Procesal Penal de 2004.-** 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 importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; y
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

conjuntamente para que a partir de ellos, pueda determinar la existencia o no del riesgo de fuga en el caso concreto. No cabe, pues, una interpretación automática de ninguno de los elementos de referencia establecidos en la ley, ni siquiera la gravedad de la pena por muy elevada que esta sea. Muy al contrario, el juez debe ponderar todos ellos y su incidencia real y práctica en el caso concreto, debiendo adicionalmente, bajo pena de nulidad de la resolución, motivar su decisión en la forma prescrita por los artículos 254° y 271°.3<sup>24</sup> del NCPP<sup>25</sup>.

En efecto, el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada, según el caso, no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular; asimismo, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga<sup>26</sup>.

Cabe hacer una atinencia respecto a la frase “el imputado, en razón a sus antecedentes” señalada en el artículo 268°.1.c) del NCPP, ésta no puede llevarnos a la conclusión equivocada de entender que su mera presencia justifica la adopción de la prisión preventiva; asimismo, cuando se usa la palabra “antecedentes”, no se hace mención a los antecedentes penales del sujeto, pues estos no sirven para argumentar el peligro procesal, como veremos más adelante, sino que deben estar en función al comportamiento que ha tenido el sujeto en

---

<sup>24</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. Ob cit, p. 514.

<sup>25</sup> **Artículo 254° del Código Procesal Penal de 2004.-**

1. Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203°.

2. El auto judicial debe contener, bajo sanción de nulidad:

a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.

b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.

c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

**Artículo 271° del Código Procesal Penal de 2004.-**

(...) 3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes (...)

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 260.

procesos anteriores; aquí el juez debe desplegar una labor de investigación, a fin que recabar información acerca de los procesos que anteriormente ha mantenido el imputado, a fin de verificar cuál fue su forma de actuar dentro de uno u otro. Asimismo, este criterio debe ser analizado, en función a las posibilidades económicas que presenta el imputado, puesto que no es lo mismo un procesado con propiedades en el extranjero de quien no las posee; aquí mismo el juez debe analizar la posición geográfica en el que se encuentre ubicado su despacho, ello a raíz que no es lo mismo un órgano jurisdiccional posicionado en un espacio geográfico alejado de países extranjeros, de aquellos que se encuentran en posición de frontera. Los antecedentes y el resto de circunstancias, previstas en el artículo 269°, tienen un mismo valor; dotar de preferencia a los antecedentes comporta siempre una presunción de culpabilidad incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia<sup>27</sup>.

Analizando en concreto los alcances del peligro de fuga, la Corte Suprema de Justicia de la República ha dejado sentado lo siguiente<sup>28</sup>: a) que se prevé la no existencia de peligro procesal si el inculpado ha señalado domicilio y tiene ocupación conocida, así como que carece de antecedentes y no registra requisitorias en su haber (vid. Ejecutoria Suprema de 16 de enero de 1998); y b) que, por el contrario, si el imputado no acudió a rendir su manifestación policial, si no acreditó con documentos su calidad personal y la ocupación laboral que aduce, entonces, se evidencia peligro procesal en su conducta (vid. Ejecutoria Suprema de 15 de julio de 1998)<sup>29</sup>. Llama la atención la Ejecutoria Suprema de 25 de abril de 1996, particularmente equivocada, que no cumple con ratificar la presencia conjunta de todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva; en efecto, ésta resolución señala: *“Que, de otro lado, en cuanto al peligro procesal, (...) si bien es cierto no existe en autos elementos que indiquen una razonable probabilidad que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, más aun si éste se ha sometido a las investigaciones iniciales desde el nivel policial, también lo es que por la gravedad de los hechos, resulta coherente asegurar el sometimiento procesal al imputado, cumpliéndose así en el caso materia de autos en forma concurrente con los tres supuestos materiales establecidos en (...) la ley”*<sup>30</sup>. La Corte Superior de Justicia de Lima ha establecido que por la modalidad empleada y las circunstancias que rodean los hechos imputados, encontrándose el procesado en calidad de no habido, se presume que éste tratará de eludir la acción de la justicia<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Vid, ASECIO MELLADO, José María. “La regulación de la prisión preventiva en el Código procesal Penal del Perú”. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. Ob cit, p. 514.

<sup>28</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1133.

<sup>29</sup> Exp. N° 7158-97-A, Lima; y Exp. N° 1013-98-B.

<sup>30</sup> Exp. N° 80-96, Callao (NOGUERA RAMOS, Iván. *Detención y libertades en el proceso penal peruano*. Ediciones Forenses, Lima, 1997, pp. 324-325).

<sup>31</sup> Ejecutoria Superior de Lima de 13 de agosto de 1998, Exp. N° 3792-98-C.

En la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado no está consagrada como fundamento legítimo de la prisión preventiva sino sólo del otorgamiento de garantías, a las cuales puede quedar subordinada la libertad del imputado mientras se encuentra pendiente el proceso (artículos 9°.3 PIDCP y 7°.5 CADH), la asociación entre ambas nociones (aseguramiento de la comparecencia y peligro de fuga) puede elaborarse ya a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aunque el artículo 7°.5 de la CADH establece que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable “o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido que la frase siguiente: “Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”, importa una autorización para restringir la libertad del detenido dentro de los límites estrictamente necesarios para asegurar que éste “no eludirá la acción de la justicia”<sup>32</sup>.

Para calificar el peligro de fuga, según el artículo 269° del NCPP, el juez tendrá en cuenta los siguientes criterios: 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 importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; y 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

*IV.1.1. 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.*

La Real Academia de la Lengua Española<sup>33</sup> define arraigo como acción y efecto de arraigar. Por su parte, arraigar significa (en su tercera acepción) establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. En ese sentido, el NCPP señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

El *arraigo* será el vínculo o lazo familiar, que haga al imputado permanecer dentro del territorio nacional, por más cerca que se encuentre de un país extranjero. Normalmente los abogados tratan de descartar el peligro procesal

---

<sup>32</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 409-410.

<sup>33</sup> En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=arraigo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arraigo)

acreditando el arraigo mediante la presentación de certificados o constancias domiciliarias, certificados de trabajo, partidas de nacimiento de hijos y otros, con la finalidad de demostrar al juez que el imputado tiene motivos suficientes para no huir, pues esto importaría salir del entorno familiar y social en el que se desenvuelve, lo que le resultaría incluso perjudicial.

Respecto a éste criterio, se tienen que tomar en cuenta los vínculos que el imputado tiene en el territorio nacional, sean éstos de carácter familiar, amical y de negocios, así como el grado de influencia que éste puede ejercer en determinados ámbitos sociopolíticos. Incidirá también su situación económica, es decir, quien goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores posibilidades de abandonar el país que un reo que a duras penas cuenta con lo necesario para subsistir. Asimismo, el arraigo al país, también puede valorarse conforme a los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente cuando éste cuenta con una doble nacionalidad o más de dos<sup>34</sup>, situación legal que le permitiría abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado. Las mismas facilidades que le otorgan las situaciones antes descritas para salir del país, pueden ser utilizadas para permanecer oculto, por ejemplo, contar con varios domicilios, sean estos residenciales o laborales.

Debemos advertir, como señala Del Rio Labarthe<sup>35</sup>, que la falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, para presumir que la evadirá, por lo que es necesario tener más elementos que demuestren el peligro de fuga.

Dentro de la doctrina jurisprudencial, respecto a éste tema, podemos indicar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 5490-2007-HC/TC, ha señalado que el peligro procesal debe ser evaluado en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada<sup>36</sup>. Por ese motivo, en ese caso concreto, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente: *“en este orden de ideas y de lo argumentado por el juez penal (...) el juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos que obran en autos y que pudieron ser evaluados para determinar el grado de coerción personal que debió imponerse al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que,*

---

<sup>34</sup> Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, p. 718.

<sup>35</sup> Vid. DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2008, p. 53.

<sup>36</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. Ob cit, p. 517.

*razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país”. Lo que demuestra que el arraigo es una cláusula abierta, donde hasta el ser profesor universitario debe ser valorado positivamente<sup>37</sup>. Asimismo, en la STC expedida en el Exp. N° 3200-2005-PHC/TC-Junín, el Tribunal señaló que “el peligro procesal es evidente toda vez que la denunciada es persona que no tiene una ocupación conocida que le otorgue arraigo en el lugar, ni domicilio conocido en esta ciudad, pues el lugar en el que opera la empresa es propiedad ajena alquilada solo para estos efectos”<sup>38</sup>.*

En la Resolución de 16 de enero de 1998, expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 7158-97 A<sup>39</sup>, respecto al arraigo, se indicó lo siguiente: “al advertirse que el inculpado ha señalado domicilio y ocupación conocidos, así como estando a las condiciones personales del mismo, esto es que en autos no obra certificado que le registre antecedentes penales, ni policiales, ni requisitorias, lo cual hace prever la no existencia de peligro procesal”. Es importante también mencionar la polémica resolución expedida con fecha 30 de junio de 2009 por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el caso de Rómulo León Alegría (Exp. N° 105-08-E) en la que sustenta la variación de la detención por la comparecencia por el supuesto decaimiento del requisito del peligro procesal, sobre la base de razones como la entrega voluntaria del imputado a las autoridades, el tiempo de prisión preventiva que ha cumplido con relación a la pena de los delitos incriminados y su arraigo al país.

Las posibilidades de que alguien fugue son menores si es que muestra mayor arraigo social y económico en el lugar donde el proceso se desarrolla. Esto es, si cuenta con vínculos familiares, laborales, comunitarios, si tiene propiedades o cualquier tipo de expectativas positivas, los costos de fugarse son mayores al constituir, todos estos elementos, aspectos centrales de la vida de cualquier persona.

#### *IV.1.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.*

Hay que analizar este requisito con mucho cuidado, pues como indica el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no basta la seriedad de la pena a imponerse, sino que “la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este u otros procesos,

---

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> GACETA JURÍDICA. *El proceso penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 602.

<sup>39</sup> Idem, p. 601.

antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada”. En ese sentido, el informe N° 64/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que la “privación de libertad sin sentencia, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social”.

Respecto a éste tema, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC señaló lo siguiente: *“En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de pena a la que, en el caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”*. Éste mismo Tribunal también ha reconocido que la magnitud de la pena concreta influye en la determinación del peligro procesal; así en la STC del 21 de junio de 2002 (Exp. N° 791-2002-HC/TC, asunto Riggs Brousseau, fundamento 19) señala: *“Es preciso observarse, juntamente con tales factores -suficiencia probatoria y prognosis de pena-, fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en serio riesgo el éxito del proceso. Para ello es necesario considerar (...) la magnitud de la pena correspondiente a los delitos por los que se juzga a la actora (...)”*.

La gravedad de la pena constituye un elemento del peligro procesal de mucha carga subjetiva que no podría vaticinarse a comienzos del procedimiento, pues las circunstancias valorativas que rodearon al hecho punible trascenderán en etapas posteriores, cuando se realice la actividad probatoria, no antes, a menos que el imputado haya sido aprehendido en flagrancia, y se cuenten con los elementos de juicio para formar una reflexión de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento<sup>40</sup>. Cabe advertir que al modificarse las razones que en un principio podrían presagiar una sanción punitiva grave, en el transcurso del procedimiento, la medida de coerción podría ser legalmente variada por el juzgador, por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos y concluyentes como para estimar cerradamente una sanción determinada<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, p. 718.

<sup>41</sup> En ese sentido el Tribunal Constitucional ha mencionado en el Exp. N° 0222-2004-HC/TC que *“se ha afectado el principio de proporcionalidad al mantenerse vigente el mandato de detención dictado contra el beneficiario, no obstante que se acredita en autos el debilitamiento de la suficiencia de pruebas que dieron lugar a dicha medida, resultando plausible optar por*

La pena conminada es entendida como la pena que el legislador ha estipulado para cada tipo penal, presentando un mínimo y máximo legal. Al respecto, se viene entendiendo que si un determinado tipo penal, presenta una pena máxima grave, el procesado irremediamente eludirá la persecución penal y por ende, se sustraerá de la misma. Un razonamiento como el descrito, por un lado, violenta la esencia misma de las medidas cautelares, y por el otro, invierte el principio de presunción de inocencia que es un principio que informa al debido proceso. Si el fin de las medidas cautelares de naturaleza personal, tienen como objetivo asegurar al inculpado al proceso penal, basarse en criterios penológicos establecidos por el legislador, es ingresar a planos de culpabilidad, sin siquiera tener un proceso terminado que así lo establezca.

El criterio seguido por el NCPP al haber separado la prognosis de pena y la gravedad de la misma, como dos formas de valoración distinta, puede conllevar a razonamientos equívocos, contradictorios y sobre todo asistemáticos. El criterio de la *gravedad de la pena* del artículo 269°.2, donde el legislador establece una presunción legal de incomparecencia, entendiéndose como “a mayor pena esperada, mayor es el riesgo de evasión a la justicia del imputado”, puede ser interpretado como una duplicidad con el inciso 1.b del artículo 268°; en donde el tema de la *prognosis* establecida está en función al tope penológico (*quantum* de pena a más de cuatro años de pena privativa de libertad), que el legislador ha determinado para el momento en que se dicte una medida de prisión preventiva. La *prognosis de pena* del artículo 269°.2 del NCPP debe estar en función a la *gravedad de la pena que ha de esperarse*, pues si estamos hablando de que se trata de un presupuesto eminentemente cautelar, el magistrado debe valorarla también en función al impacto que la pena ha de influir en el sujeto. Luego de estos dos razonamientos propios de un presupuesto cautelar, queda expedito el camino para valorar el peligro procesal.

Del Rio Labarthe<sup>42</sup> es de la idea que la *prognosis de pena* debe ser siempre analizada desde la perspectiva del riesgo de fuga; es decir, debe estar en función al análisis cautelar, objetivo del propio magistrado intérprete, quien razonará de la siguiente manera: en caso sea condenado el inculpado, este recibirá una pena superior a cuatro años, por ende, el inculpado se sustraerá de la persecución penal; asimismo, señala que este criterio debe ser valorado junto con otras circunstancias. Refiere además que el criterio de la *gravedad de la pena*, está en función ya no del magistrado intérprete, sino en relación a cómo la pena influirá

---

*una alternativa menos gravosa respecto del derecho a su libertad física, lo que no implica de modo alguno, un pronunciamiento sobre su responsabilidad penal, la que deberá ase determinada por el juez ordinario competente”.*

<sup>42</sup> Del Rio Labarthe señala: “Este análisis ya no parte de una presunción vinculada al límite penológico, sino que requiere un análisis concreto. Y no solo un análisis vinculado a la prognosis de pena en el caso concreto –eso también ocurre en el límite penológico– sino a la reacción que puede ocasionar en determinada persona la posible pena a imponer” (DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 162).

en uno y otro inculpado, pues no se parte de una “presunción”, sino de la constatación de una determinada situación. En otras palabras, el primer presupuesto presenta un análisis cautelar de aseguramiento del imputado, mientras que el segundo, presenta un razonamiento que responde a criterios subjetivos de uno u otro inculpado, pero desde la óptica objetiva –como es obvio– del propio magistrado.

Burgos Mariños<sup>43</sup> aboga por la supresión del presupuesto de gravedad de la pena, por atentar contra un principio rector que informa el debido proceso, como es la presunción de inocencia, además de constituir un rezago del sistema inquisitivo.

#### *IV.1.3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él*

Admitir este presupuesto es tratar de configurar criterios de índole *civil* a razonamientos eminentemente penales (sobretudo cautelares), decimos esto, en razón a que tácitamente el NCPP, infiere que si un proceso penal lleva insito un daño patrimonial grave, el mismo debe automáticamente configurar un peligro procesal (un daño económico puede cuestionar la libertad de un ser humano).

Se introduce de esta forma, un elemento extraño a la punibilidad, que ingresa al ámbito resarcitorio, es decir, con respecto a la responsabilidad civil generada por el daño producido por la conducta criminal. En efecto, muy difícilmente se advertirá un imputado muy voluntarioso en satisfacer la deuda civil, mas aun si su defensa se dirige a enervar la punibilidad de la conducta atribuida. Si conducimos la valoración coercitiva sobre la base del daño ocasionado y en base a la actitud del imputado hacia su responsabilidad indemnizatoria, estaríamos vulnerando el precepto constitucional de la proscripción de la prisión por deudas<sup>44</sup>. Bastaría que se adopten las medidas precautorias de naturaleza real idóneas (como es el caso del embargo preventivo, por ejemplo), según el caso concreto, que sirvan para asegurar la indemnidad del patrimonio del deudor. Empero, no es correcto, que el elemento patrimonial pueda utilizarse para privar de libertad a una persona<sup>45</sup>.

Si el imputado no adopta una actividad voluntaria de reparar el daño respecto del cual no ha sido declarado responsable, no puede considerarse como una falta de buen comportamiento procesal y, por ende, como un criterio de riesgo de fuga. Es distinto el caso que el imputado repare el daño ocasionado, pues esto sí podría ser considerado como una buena conducta procesal del

---

<sup>43</sup> Vid. BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal”. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. Ob cit, pp. 67–68.

<sup>44</sup> **Artículo 2 de la Constitución Política del Estado.**- Toda persona tiene derecho. (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios (...)

<sup>45</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, pp. 718-719.

mismo<sup>46</sup>, sin embargo, este último supuesto sería parte del requisito que a continuación vamos a comentar.

*IV.1.4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.*

Este criterio es uno de los más importantes, pues permite hacer una prognosis del posible comportamiento del procesado en base a efectivas conductas que se han dado en el pasado, que es la esencia de la determinación del peligro procesal, ya que a diferencia de la sentencia, la medida de prisión preventiva no se basa en pruebas y no se necesita una certeza para declararla fundada, sino que lo que se acredita es que existe un peligro; no se prueban hechos, se establece una probabilidad, por lo cual debe ser este examen muy cercano a la declaración de certeza, pero no necesariamente llegar a ella<sup>47</sup>.

Se refiere a la conducta procesal del imputado con respecto a la relación jurídico-procesal que se configura en el proceso penal; se debe valorar en sentido *positivo* la actitud del imputado, pues este es un criterio que sirve para disminuir el peligro procesal del mismo, pero nunca en el sentido negativo. Si el imputado adopta una posición activa para reparar el daño ocasionado, que se manifiesta en el interés de aquél para esclarecer el objeto de la investigación, no necesariamente confesando su culpabilidad, sino a partir de una participación positiva en cuanto diligencia o acto procesal que fuese llamado a intervenir por la instancia judicial, esto se debe de valorar como una circunstancia que desincentivaría el riesgo de huída, debe ser valorado como un elemento a favor del imputado en el análisis de su conducta procesal. No se puede obligar a un imputado a tomar una actitud voluntaria de reparar un daño respecto del cual no ha sido declarado responsable, ni se puede inferir el peligro de fuga de una situación estrechamente ligada a la condena, pero que no forma parte del objeto penal del proceso. Ello importa una afectación, aunque indirecta, de la presunción de inocencia.

En este criterio es especialmente revelador el comportamiento procesal desde el inicio de las investigaciones, como la negativa del imputado a participar en un acto procesal, su inasistencia a una audiencia a la que fue emplazado, su voluntad dilatoria en el procedimiento, su actitud de eludir la acción de la justicia, las declaraciones de contumacia, el haber afectado efectivamente la actividad probatoria, etc., todas éstas son manifestaciones de una inconducta procesal<sup>48</sup>. Otro conjunto de factores a ser ponderados tienen que ver con la existencia de contactos anteriores con el sistema de justicia criminal. Esto, junto con otros antecedentes sobre la vida anterior del sujeto, puede otorgar al juez una

---

<sup>46</sup> Vid. NEYRA FLORES, José Antonio. Ob cit, p. 519.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, p. 719.

visión acerca de su predisposición a acatar o no las reglas legales y sociales y, en consecuencia, fundar un cierto pronóstico acerca de la disposición del sujeto a someterse al marco del proceso con lealtad y respetar su obligación de comparecencia.

#### **IV.2. La obstaculización de la actividad probatoria.**

En lo concerniente a la obstaculización de la actividad probatoria, debemos precisar que ha sido generalmente considerada como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia<sup>49</sup>. Si se acepta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida<sup>50</sup>.

Hay que enfatizar la excepcionalidad del alcance de ésta causal de peligrosismo procesal, vinculando claramente su utilización con el peligro de actos concretos y dolosos del imputado destinados a atentar contra el desarrollo de la actividad investigativa o probatoria. El solo desarrollo de la investigación no puede autorizar a restringir o privar de libertad al imputado para facilitar esta labor, sino que para hacerlo se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso<sup>51</sup>. Tampoco, como hemos indicado, es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos que se sospecha pudiera desarrollar el imputado puedan quedar abarcados dentro de su derecho a la defensa; razón por la cual se podría decir que el alcance de este criterio resulta problemático en cuanto a su exacta delimitación.

El principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y sólo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares, entonces, se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a comportarse conforme a ella y, sobre todo, a exigir que la carga de la persecución y la prueba recaigan sobre el fiscal.

---

<sup>49</sup> Vid. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino: Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural*. Tomo I, Vol. B. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 274 y ss. En contra: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 556.

<sup>50</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Ob cit, p. 408.

<sup>51</sup> Así lo señala la STEDH, asunto “Wemhoff” de 27 de junio de 1968, párrafo 14: El riesgo de derivar la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba.

La doctrina señala que para fundamentar el peligro de obstaculización las conductas requieren que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso) lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba<sup>52</sup>.

Al igual que en el peligro de fuga, para determinar el peligro de obstaculización se deben verificar *datos objetivos ciertos* relacionados con el imputado, pero con su futura manera de proceder. Ello debe ser valorado en función a su comportamiento dentro del proceso, el cual puede ser tanto **físico** (como por ejemplo, acciones destinadas a amedrentar a testigos, peritos, coimputados o conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin de que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen) como **procesal** (en el sentido de presentar constantes recursos destinados al fracaso del procedimiento, como por ejemplo, interposición de libertades sin fundamento fáctico o dogmático, nulidades procesales, tachas, o de la constante negativa a cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, como el no concurrir a las declaraciones instructivas y sus respectivas ampliaciones, el no acudir a las diligencias procesales de confrontaciones, y a cuanta diligencia sea ordenada por el magistrado correspondiente).

El NCPP, en su artículo 270<sup>53</sup>, estipula claramente las razones a seguir al momento de valorar éste presupuesto de peligro procesal. Es acertado que el mencionado cuerpo de leyes haya señalado los criterios a seguir, pues así le marca el mapa conceptual de valoración al juez y al operador del Derecho, con el fin de que estos no caigan en razonamientos subjetivos de interpretación, propia de este instituto jurídico.

Al peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, Grevi<sup>54</sup> lo denomina “cautela instrumental y de carácter específicamente procesal”, en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; mientras que al peligro de fuga lo denomina “cautela final”, que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de

---

<sup>52</sup> DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob cit, p. 60.

<sup>53</sup> **Artículo 270° NCPP.**- Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, 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>54</sup> Citado por SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1118.

condena. Ahora bien, la “cautela instrumental”, como resulta evidente, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, “(...) por lo que al ser una finalidad de menor entidad debe hacerse uso de ella de manera excepcional”<sup>55</sup>. Desde esta perspectiva, es posible considerar que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar, sino provisional –del cual el primero es solo una de sus expresiones institucionales-, aunque es de resaltar su plena legitimidad<sup>56</sup>. Sin embargo, otros como Chiavario<sup>57</sup> llegan a señalar que el aseguramiento de prueba es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido, sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla<sup>58</sup>. En contra de esta última posición se pronuncia Gimeno Sendra<sup>59</sup>, apuntando que “por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno ‘no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio’, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado”. El riesgo de este “peligro” -sin perjuicio de que solo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional-, estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él, el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados<sup>60</sup>.

En lo atinente al peligro de obstaculización, la Corte Suprema en una ocasión<sup>61</sup>, sentó la doctrina jurisprudencial en lo referente a los delitos cuya fuente probatoria tiene base documental y pericial, en estos casos, según la ejecutoria correspondiente, debe precisarse en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso. Asimismo, en el caso del conductor de televisión Carlos Cacho Livora, la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior

---

<sup>55</sup> LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. Jurídica Continental, San José, 1998, p. 541.

<sup>56</sup> Málaga Dieguez citado por SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, pp. 1118-1119.

<sup>57</sup> Idem, p. 1119.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE PUMPIDO TOURON, Cándido y otros. *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias*. T. VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 142.

<sup>60</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p.1119.

<sup>61</sup> Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997

de Justicia de Lima, con fecha 27 de enero de 2011 (Exp. N° 31020-2010) calificó como conducta obstruccionista de la acción de la justicia, el hecho de que la persona a quien se le imputa conducir en estado de ebriedad, se niegue a realizarse la prueba de dosaje etílico; situación que, al evidenciar la presencia de peligro procesal (concretamente, peligro de entorpecimiento de las investigaciones), fundamenta la imposición de la medida cautelar de detención preventiva. Por otro lado, el Tribunal Constitucional<sup>62</sup> no considera arbitrario que el juez sustente el peligro de entorpecimiento en el hecho de que el reo se niegue a firmar las actas de reconocimiento elaboradas en sede judicial; dicho razonamiento se debe a que el ejercicio al derecho de contradicción no puede estimarse como obstaculización probatoria.

Los criterios para determinar la existencia de perturbación probatoria son los siguientes: 1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, 2. influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3. Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

*IV.2.1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba (artículo 270°.1 NCPP).*

La apreciación de las circunstancias establecidas en el artículo 270° del NCPP ha de hacerse con referencia siempre al caso concreto, sin que sean asumibles presunciones generales basadas en la naturaleza del delito o en las circunstancias genéricas del imputado<sup>63</sup>. La necesidad de garantizar la investigación de los hechos constituye un presupuesto estrictamente cautelar, instrumental del proceso y constitucionalmente aceptado.

El peligro de obstaculización, viene a comprender la actividad del imputado referida a ocultar pruebas de relevancia para la investigación, trasladándolas a diferente lugar, pretendiendo comprar testimonios, o cuando se amenaza a los testigos o coimputados por las sindicaciones realizadas por éstos en la investigación, así como cuando se realiza una concreta defensa obstruccionista, destinada a dilatar los plazos procesales, o también evitando la conservación de las pruebas, en el caso de que el imputado mismo sea una fuente de la misma, vía intervenciones corporales y otras medidas de semejante naturaleza. En este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva, un ejemplo de éste criterio es el caso del administrador de una empresa, involucrado en un delito fiscal, que destruya u oculte los libros contables que reflejan el estado financiero de la persona jurídica.

Ha de diferenciarse entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos

---

<sup>62</sup> STC, Exp. N° 0808-2002-HC/TC de 8 de julio de 2002, asunto “Santiago Tello Díaz” (El Peruano, Lima, 12 de febrero de 2003, pp. 5775-5776).

<sup>63</sup> ASENSIO MELLADO, José María. Ob cit, p. 515.

exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una *capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba*, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta<sup>64</sup>.

Cuando de *pruebas materiales* se trate, sólo será procedente acordar la prisión preventiva cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos (el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados<sup>65</sup>); es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse.

*IV.2.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (artículo 270°.2 NCPP).*

Las maniobras más usuales para desvirtuar una acusación de forma ilícita, es comprando testigos o peritos, esto es, corrompiendo voluntades, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos. La influencia puede también ser ejercida bajo violencia o amenaza, sobre todo, en caso de delitos graves (como el terrorismo, narcotráfico, etc.), sirviéndose el imputado de los mecanismos coaccionadores de la organización criminal<sup>66</sup>, con la finalidad de intimidar a los testigos de los hechos para que no colaboren con las autoridades encargadas de la persecución penal.

En el caso de *elementos de prueba personales* se tiene que apreciar una determinada capacidad razonable de influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados (Cfr.: STEDH, asunto “Tomasi”, de 27 de agosto de 1992, párrafos 92/95; STEDH, asunto “Kemmache”, de 12 de diciembre de 1991, párrafos 46/47; STEDH, asunto “Letellier”, de 27 de noviembre de 1991, párrafos 37-38). A ello debe destacarse, como menciona Asencio Mellado, la naturaleza del delito, y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria<sup>67</sup>. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad<sup>68</sup>. El juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica

---

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Como se señala en la STEDH, asunto “Tomasi”, de 27 de agosto de 1992, párrafos 92/95; STEDH, asunto “Kemmache”, de 12 de diciembre de 1991, párrafos 46/47; STEDH, asunto “Letellier”, de 27 de noviembre de 1991, párrafos 37-38

<sup>66</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, pp. 719-720.

<sup>67</sup> ASECIO MELLADO, José María. Ob cit, p. 137.

<sup>68</sup> Las medidas de protección (Artículos 247° y siguientes del NCPP).

voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso<sup>69</sup>. Para evitar estos supuestos, debe fortalecerse la protección a testigos, peritos y colaboradores.

#### *IV.2.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (artículo 270°.3 NCPP)*

La influencia hacia otros sujetos procesales, la puede ejercer el imputado de forma personal o por medio de interpósita persona, quien la ejecuta materialmente y podría desconocer la ilicitud de la conducta o ser llevada a esta situación bajo amenaza. Cabe esa posibilidad en caso de que el imputado forme parte de una organización delictiva y haga uso de dicho poder para que otros ejerzan esta conducta manipuladora.

Los actos de perturbación de la actividad probatoria son elementos que – cuando concurren con los de suficiencia probatoria y pronóstico de pena privativa de libertad superior a los cuatro años- exceptúan la necesidad de buscar una alternativa cautelar menos gravosa que la prisión preventiva. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa) es clara al respecto: *“El solo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física (...) solo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria (...)”*.

## **V. OTROS PRESUPUESTOS DE PELIGRO PROCESAL APLICADOS EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

El peligro procesal comprende, como hemos indicado, tanto el peligro de fuga como el de entorpecimiento de la investigación, pero atendiendo a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Para la configuración del peligro procesal no deben comprenderse factores ajenos como son: el carácter personal del imputado, vínculos personales, familiares y profesionales, etc.; argumentos que no corresponden a un debido proceso garantista<sup>70</sup>.

**A. La naturaleza del delito imputado** (gravedad del delito) y todas las circunstancias que condicionen una elevación de la pena que eventualmente haya de aplicarse, constituyen elementos que teóricamente incentivan el estímulo a evitar el riesgo de la condena. Pedraz<sup>71</sup>, no solo exige que la limitación de la

---

<sup>69</sup> ASENCIO MELLADO, José María. Ob cit, p. 515.

<sup>70</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 50.

<sup>71</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Derecho Procesal Penal I. Colex, Madrid, 2000, p. 154.

libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que ésta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo. Así las cosas, los motivos materiales de prisión preventiva requieren tomar en consideración diversos planos, es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar una excepción al principio de presunción de inocencia (Informe 2/97, párrafos 51/52)<sup>72</sup>.

Justificar la medida de coerción sobre la base de la gravedad de los hechos incriminados, supone atribuirle a ésta un carácter ajeno a su naturaleza cautelar. Ejemplo de esta desnaturalización de la coerción la encontramos en la Resolución N° 29 de la Sala Penal Especial Anticorrupción de fecha 03 de mayo de 2001, que impone una medida de coerción personal afirmando lo siguiente: *“...Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos incriminados y las dimensiones sociales, que los mismos han adquirido (...) se torna necesario imponérsele al encausado la medida de impedimento de salida del país.”*

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido con acierto que *“si ese fuera el sentido(...), esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a su peligrosidad o la naturaleza del delito, podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley”* (Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento N° 126)<sup>73</sup>.

**B.** En el Derecho Penal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del **peligro de reiteración delictiva**, cuya finalidad descansa en impedir, mediante la privación de libertad, que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquél que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento<sup>74</sup>.

Sabemos que en el derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada (no sólo en la CEDH, sino en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa, y en la jurisprudencia española conforme a la STCE, asunto “Sotos”, de 26 de julio de 1995). Es más, la Comisión Interamericana de Derechos

---

<sup>72</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1125.

<sup>73</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 45.

<sup>74</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1119.

Humanos ha justificado la prisión preventiva por el “riesgo de la comisión de nuevos delitos”, aunque recomienda para dictarla por ese motivo que se centre en la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real, y que se tenga en cuenta la historia personal y la evaluación profesional y el carácter del acusado (Informe 12/97, de 11 de marzo de 1997, párrafo 32).

Este supuesto también está contenido en una exhortación del Tribunal Constitucional, realizada en la sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC que establece que “(...) además de las razones previstas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva en particular, las que tiene que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público”. No obstante, el mismo Tribunal, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que “no debe olvidarse que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

La reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros) y en doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a fundar su existencia: unos basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc. Sin embargo, el rechazo de esta forma de agravación es doctrina dominante.

A propósito de ello la Ley N° 28726<sup>75</sup>, publicada el 09 de mayo de 2006, incorporó al Código Penal las dos agravantes genéricas de reincidencia (artículo 46°-B) y habitualidad<sup>76</sup> (artículo 46°-C). La reincidencia constituye una vieja figura incluida ya en el artículo 10° del Código Penal de 1963 y reproducida en el Código de 1924. El Código Penal de 1991 proscribió la reincidencia, sin embargo, el legislador lo restableció para los casos de terrorismo, conforme se

---

<sup>75</sup> Que luego fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29604, publicado el 22 de octubre de 2010 y antes, por el artículo 1° de la Ley N° 29407 y por el artículo 1° de la ley N° 29570.

<sup>76</sup> Se considera reincidente al que después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de la libertad, incurre en nuevo delito doloso, y se entiende por habitual al agente que comete un nuevo delito doloso siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

estipula en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 921 (el Decreto Ley N° 25475 también la regulaba).

Ya en la exposición de motivos de nuestro Código Penal vigente, las figuras en comento recibieron el siguiente tratamiento “(...)Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor) (...) Dentro de este razonamiento, castigar a una persona teniendo en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho conlleva una violación del principio *non bis idem* (...)”.

Contra un motivo de detención semejante existen varias objeciones: representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad; además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera; por último, es perjudicial desde el punto de vista político-criminal, porque –bajo condiciones de ejecución manifiestamente muy desfavorables- vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización<sup>77</sup>.

Se pueden considerar inconstitucionales tanto la institución de reincidencia como la habitualidad, pues atentan contra el principio de resocialización de las penas consagrado en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución<sup>78</sup> (se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado), y el de presunción de inocencia pues comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena prescindiendo de actividad probatoria alguna; por lo demás, el Tribunal Constitucional ha declarado que “*ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente*” (Sentencia recaída en el Exp N° 019-2005-AI/TC, caso arresto domiciliario: Ley N° 28568. Fundamento N° 41, publicada el 21 de julio de 2005)<sup>79</sup>.

La mención que cumple el peligro de reiteración no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria, ni entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda, la función de este motivo es

---

<sup>77</sup> ROXIN, Claus. Ob cit, pp. 261-262.

<sup>78</sup> **Artículo 139° de la Constitución Política del Estado.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

<sup>79</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 47.

tuitiva, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual –resalta Barona Vilar<sup>80</sup>- se erige en un instrumento de verificación de la política criminal del Estado, convirtiéndose, pues, en medio para obtener una determinada prevención especial.

Entre otros muchos, Barreiro<sup>81</sup> sostiene que la finalidad de reiteración delictiva está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que se encausa la prisión preventiva hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad. Asencio Mellado<sup>82</sup> agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquir. Duce y Riego<sup>83</sup>, señalan que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no es este un objetivo del proceso, calificándola en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales.

En el sentido arriba indicado, pero con mayor énfasis crítico, Faraldo Cabana<sup>84</sup> señala que con el peligro de reiteración delictiva se alude a una especie de juicio de peligrosidad similar al que se ha de realizar para determinar la necesidad o no de aplicación de las medidas de seguridad; que es un juicio de futuro que se centra en la probabilidad de que el sujeto que ha cometido un hecho previsto como delito vuelva a delinquir, pero en el caso de la prisión preventiva se ha de realizar cuando ni siquiera se ha probado que el imputado ya ha delinquirido una vez; que el juicio de peligrosidad, en tanto que basado en un pronóstico de futuro, puede conducir a fórmulas que se limiten a presumir la peligrosidad por el mero dato de que un sujeto haya cometido un delito con anterioridad y haya sido condenado por ello, o existan indicios de que lo ha cometido; que por estos motivos este criterio ha sido objeto de numerosas críticas en los ordenamientos que lo contemplan, pues se entiende que en realidad no se trata de una medida de aseguramiento del proceso sino de una medida de seguridad preventiva, esto es, predelictual en el sentido de que todavía no existe una condena ni se ha probado por tanto la culpabilidad, existiendo únicamente una mera sospecha no probada.

---

<sup>80</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Bosch, Barcelona, 1988, p. 26.

<sup>81</sup> BARREIRO, Jorge. *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. La Ley, Madrid, 1997, p. 4.

<sup>82</sup> Citado por SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1120.

<sup>83</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, p. 259.

<sup>84</sup> FARALDO CABANA, Patricia. “El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional”. En: *Actualidad Penal* N° 25, del 16 al 22 de junio, Madrid, 2003, p. 4.

Por el contrario, Málaga Diéguez acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado; y, acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumplen un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección, de las que ya existen en el proceso penal contemporáneo, sería justificable<sup>85</sup>.

Desde el punto de vista de los principios constitucionales y procesales, una medida de coerción contra el imputado dictada en virtud del riesgo de comisión de otros delitos no constituye en realidad una medida cautelar, puesto que no es éste un objetivo del proceso. Se trata, por el contrario, de una medida de seguridad, dictada con objetivos de prevención especial, y su determinación en forma previa a la condena vulnera flagrantemente la presunción de inocencia y el conjunto de garantías procesales y penales.

Más allá del principio de intervención indiciaria (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación a él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura –que hace inaceptable al peligro de reiteración delictiva– se da con el principio de proporcionalidad –que, al igual que el principio mencionado, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho–. Si bien el peligro de reiteración delictiva no puede tener una naturaleza cautelar, en tanto no está en función de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, y más bien cumple una función preventiva de ulteriores delitos, a partir de una conducta previsible al imputado definida a partir de un conjunto de parámetros ya esbozados por la jurisprudencia internacional, la incoherencia hemos señalado, se manifiesta específicamente desde la “estricta proporcionalidad”, en tanto que la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico –que descansa sobre bases poco firmes, acota Llobet<sup>86</sup>– sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa, como es la detención o la prisión preventiva<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Citado por SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1121.

<sup>86</sup> LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Ob cit, p. 530.

<sup>87</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1122.

La noción de peligro de reiteración delictiva se basa en la idea de que si bien los jueces cumplen una función contramayoritaria, su alejamiento de las expectativas de la población tiene como límite el hecho de que en una sociedad democrática ese alejamiento no puede llegar al grado de generar una completa deslegitimación, una insatisfacción que se traduzca por ejemplo en que por medio de una ley se prive al juez de sus facultades.

Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva basada en el peligro de reiteración delictiva, destinada a evitar una infracción concreta y determinada<sup>88</sup> (STEDH, asunto “Guzzardi”, de 6 de noviembre de 1980, párrafo 102): 1) criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y 2) criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En cuanto al primer bloque de criterios se ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo y a su personalidad (vid. STEDH, asunto “Clooth”, de 12 de noviembre de 1991, párrafo 40; STEDH, asunto “Matznetter”, 4 de abril de 1967, párrafos 9 y 11; STEDH, asunto “Toth”, de 12 de diciembre de 1991, párrafo 70; STEDH, asunto “Herczegfalvy”, párrafo 60). Respecto al segundo bloque de motivos, se han de tener presente dos condiciones básicas: la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

En la práctica este objetivo tiene mucha aplicación en la determinación de medidas cautelares y seguirá probablemente teniéndola en el futuro debido a la presión pública por respuestas inmediatas frente a algunos tipos de situaciones bastante comunes, que generan gran preocupación en la población. Dado el carácter precario de su justificación, debiera tenderse a una utilización muy restrictiva y a procurar el juzgamiento en plazos especialmente breves con el fin de evitar la masiva utilización de las medidas cautelares como medidas de seguridad de duración indeterminada.

C. El Tribunal Constitucional, respecto al criterio de peligrosidad procesal por **antecedentes penales del imputado** señala lo siguiente: *“Una cosa es considerar que los antecedentes penales no puedan ser dados como único factor que fundamente la existencia del peligro procesal, entendiéndose que ello implicaría negar el Derecho de rehabilitación y reinserción en la sociedad del individuo que ha delinuido, además de afectar el principio de presunción de inocencia que le asiste una vez cumplida su condena, y otra, muy distinta, es considerar que ese elemento, aunado a otros que permitan presumir razonablemente el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria, no pueda ser tenido en cuenta por el juez penal al momento de dictar un mandato de detención. En efecto, si bien el peligro procesal es argumentado sine qua non que justifica el dictado de la prisión preventiva, no resulta inconstitucional que como elementos complementarios el juez penal acuda a criterios que permitan presumir un riesgo social materializado en la eventual*

---

<sup>88</sup> Idem, pp. 1127-1128.

*reincidencia de quien, encontrándose en calidad de procesado, antes tuvo la condición de condenado por idéntico o diferente delito*”<sup>89</sup>.

También en la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 010-2002-AI/TC citando el informe 02/97 de la Comisión Interamericana e Derechos Humanos, consideró como criterio válido para ponderar la existencia de peligro procesal **“la historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado”** (Fundamento N° 143). En este extremo, la Corte Suprema de Justicia de la República ha dejado establecido que el juez debe precisar el tercer elemento fijado en la ley para determinar la procedencia de la prisión preventiva, de lo contrario, estaría ausente la motivación genuina para la procedencia de la citada medida, siendo el caso que lo primero que debe valorar son los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado<sup>90</sup>.

De acuerdo a la opción ideológica de nuestra Constitución, una medida de coerción no puede justificarse en aspectos subjetivos, propios de la esfera personal del imputado. Una medida de coerción basada en criterios personales, implica desnaturalizar el carácter cautelar y excepcional de estas medidas. Además, si este supuesto de peligro procesal fuera válido, la pregunta que surgiría sería quien define que parte de la historia personal se sanciona y cual no, a ello hay que agregarle el carácter resocializador que pregona la propia Constitución<sup>91</sup>.

**D.** Otro de los supuestos previstos por el Tribunal Constitucional para determinar el peligro procesal consiste en la apreciación de los **valores morales del procesado, su ocupación, los bienes que posee, vínculos familiares** y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada (sentencia recaída en el Exp. N° 1567-2002-PHC/TC, Caso Rodríguez Medrano, Fundamento 6). Este intento de justificar el peligro procesal, se enmarca dentro de un Derecho penal de autor, proscrito por el ordenamiento jurídico nacional, como ya hemos señalado.

**E.** A partir de la sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, se ha discutido la legitimidad de la incorporación de la **alteración del orden público** como presupuesto para ordenar la prisión preventiva. Esta sentencia del Tribunal Constitucional insinúa lo siguiente: *“en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal”* (Fundamento 45).

---

<sup>89</sup> Expediente N° 1126–2004–HC/TC. Lima. Caso Vladimir Carlos Villanueva. En: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, ob. cit., p. 403.

<sup>90</sup> Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1999, Exp. N° 1007-99, Huaura. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*. T. I. Idemsa, Lima, 2002, p. 183.

<sup>91</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 48.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 2/97 incorpora la función de preservación del orden público señalando que “(...) en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”. Esta argumentación, sin duda, siguiendo determinados fallos del TEDH (asuntos “Tomasi”, de 27 de agosto de 1992, y “Letellier”, de 26 de junio de 1991), no es convincente en tanto –según Asencio Mellado<sup>92</sup>- no sólo no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella; además se identifica con la pena privativa de libertad en su función de prevención general, que son circunstancias por completo ajenas al imputado y su conducta procesal.

La alteración del orden público no justifica plenamente un diseño constitucional de la coerción personal; hace recaer en el procesado una situación que no depende de su conducta; el orden público debe ser preservado por el Estado, además constituye un concepto indeterminado que recurrentemente es invocado por los medios de comunicación para encubrir el endurecimiento del sistema penal<sup>93</sup>. De la causal de que la libertad del imputado constituya un riesgo para la seguridad de la sociedad no se vislumbra un exacto contenido, ni de los mecanismos para su determinación en cada caso concreto, por lo que la aplicación de éste criterio resulta muy problemático. Resulta evidente que, en este caso, la prisión preventiva deja de ser una medida cautelar para convertirse en un instrumento de control social, lo que claramente pone en crisis su legitimidad.

Se trata, como recuerda críticamente Ferrajoli, de un criterio que promueve la utilización de la prisión preventiva como “instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”. El mismo autor afirma que “tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida ‘procesal’ o ‘cautelar’ y, en consecuencia, ‘no penal’, en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*”<sup>94</sup>.

La idea de que en el peligro para la seguridad de la sociedad se encuentra implícita la idea de prevención especial negativa y de necesidad de defensa

---

<sup>92</sup> Citado SAN MARTIN CASTRO, César. Ob cit, p. 1122.

<sup>93</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob cit, p. 48.

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ob cit, p. 553.

social, parece evidente en criterios tales como el número de delitos que se le imputare al procesado, el carácter de los mismos y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla<sup>95</sup>.

Asimismo, en el Exp. N° 1567-2002-HC/TC (Caso Rodríguez Medrano) el Tribunal Constitucional expuso como criterio la **puesta en riesgo de la viabilidad del sistema democrático**, al señalar que: “*la medida judicial de los hechos que son materia del proceso penal y la repercusión de los delitos por los cuales se le juzga, no sólo en lo que atañe a la afectación de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, a la puesta en riesgo de la viabilidad del sistema democrático*” (Fundamento 10).

**F.** Uno de los derechos más importantes del inculpado dentro de un proceso penal, es el Derecho a la defensa; éste debe ser entendido como un derecho irrestricto, inalienable e irrenunciable, mediante el cual el inculpado, contradice, alega, contesta, solicita, invoca y genera la prueba que ha de favorecerle, generando esa dialéctica contra las argumentaciones contrarias, propias del principio contradictorio. A través del Derecho a la defensa, el inculpado puede incluso, defenderse por sí sólo de la tesis imputativa que se investiga, este Derecho será ejercido directamente por el propio imputado, cuando este preste su libre *declaración*: BINDER<sup>96</sup> señala que “la declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga a éste, en virtud del derecho constitucional de defensa en juicio, para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente el juicio”.

Siguiendo estos razonamientos, podemos entonces esgrimir que en virtud al Derecho a la defensa y sobre todo al *principio de no autoincriminación* –como manifestación de este-, el inculpado tiene el derecho -y no la obligación- a decir la verdad, mentir y callarse dentro de un proceso penal, puesto que será la parte acusadora (Fiscal), quien deberá demostrar que las declaraciones prestadas por el imputado, son falsas o que su silencio obedeció en todo caso a tratar de evadir su responsabilidad. En este orden de ideas, la declaración libre que debe prestar el procesado, es un derecho que le otorga este principio constitucional y por ende, no puede configurar una obligación, tal y conforme sucede con los testigos.

En ciertas ocasiones, los tribunales han introducido criterios para la determinación del peligro procesal que lindan con la violación de este derecho a la no autoincriminación. Así se observan referencias a la **falta de sinceridad del imputado** (resolución de 19 de enero de 1998, expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 7218-97 A; la **no puesta en conocimiento**

---

<sup>95</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. Ob cit, p. 416.

<sup>96</sup> BINDER, Alberto. ob. cit., p. 153.

**de hechos que incriminan al imputado** en la STC de 12 de agosto de 2002, caso Vicente Silva Checa, Exp. N° 1091-2002-TC/HC párrafo 22; o la **existencia de contradicciones en las declaraciones del imputado** en la STC de 7 de abril de 2003, caso Laura Bozzo Rotondo, Exp. N° 376-2003-HC/TC, párrafo 8<sup>97</sup>.

Respecto a la sentencia recaída en el Expediente N° 1091-2002-PHC/TC (caso Silva Checa. Fundamento 11, publicada el 16 de agosto de 2002), el Tribunal Constitucional afirmó que: *“No se afecta la libertad física del recurrente, pues el actor obstaculizó la investigación judicial al ocultar hechos relevantes para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue”*. En ese sentido, el Tribunal considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión para no variar un mandato de detención. Esta argumentación lesiona el derecho a la no autoincriminación; tanto más si se tiene en cuenta que la supuesta omisión se refería a hechos que en el caso citado no eran materia de la imputación fiscal y del auto de apertura de instrucción.

Otro tanto ocurre en la sentencia recaída en el Exp. N° 1567-2002-HC/TC, en el cual el Tribunal Constitucional expone lo siguiente: *“si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues ésta parte de una presunción constitucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación”* (caso Rodríguez Medrano. Fundamento 7).

Asimismo, en otro caso, si bien se trataba de una detención domiciliaria, en la sentencia recaída en el Exp. N° 376-2003-HC/TC (caso Laura Bozzo), el Tribunal Constitucional expuso que el peligro procesal se configura al existir *“profundas inconsistencias en las sucesivas declaraciones...si todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”* (Fundamentos 8 y 9).

En forma similar se han pronunciado nuestros tribunales en diversos supuestos como por ejemplo, el **no apersonamiento del imputado a las investigaciones preliminares** (Resolución de 12 de noviembre de 1997 expedida por la Sexta Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con

---

<sup>97</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob cit, pp. 415-416.

Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 7616-97 A; Resolución de 27 de noviembre de 1998, expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 4342-98 A; Resolución de 15 de julio de 1998, expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 1013-98 B; Resolución de 20 de octubre de 1998 expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 4763-98 A; Resolución de 13 de agosto de 1998 expedida por la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 3792-98 C<sup>98</sup>.

## **VI. PERTENENCIA DEL IMPUTADO A UNA ORGANIZACIÓN DELICTIVA O SU REINTEGRACIÓN A LA MISMA.**

El apartado 2 del artículo 268° del NCPP introduce un extraño supuesto habilitador de la prisión preventiva que confunde pertenecer a organizaciones delictivas con el peligro procesal. En efecto, constituye motivo para valorar la procedencia de la prisión preventiva la pertenencia del imputado a una organización delictiva o la posibilidad de su reintegración a la misma, siempre y cuando, este hecho ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización proveniente, no tanto del imputado, sino de los elementos materiales o personales de la banda. Este supuesto no habrá de exigirse en casos comunes sino en aquéllos donde la investigación judicial involucre al imputado con una organización delictuosa y que esta pueda ayudar a procurar su fuga.

La existencia de éste presupuesto, se extiende a un factor criminológico<sup>99</sup>. Tratándose de aparatos criminales que cuentan con toda una estructura organizacional, la cual permite a sus miembros servirse de sus instrumentos intrínsecos y extrínsecos, verbigracia, contactos con el exterior, influencias con el poder político, poder económico, etc., que permite a sus miembros más emblemáticos sustraerse de la acción de la justicia con mayor facilidad; dicho en otras palabras, siendo el imputado un dirigente, líder o integrante importante de una organización delictiva u otro aparato criminal de poder real configurante, supone un mayor peligro de fuga o de perturbación probatoria, dados los medios facilitadores que dichas estructuras criminales le proporcionan de forma permanente; sirviéndose además de medios de coacción que le proporciona el aparato de poder criminal sobre el cual asienta su pertenencia delictiva. Ahora bien, debe precisarse que no basta la pertenencia delictiva o indicios que revelen su reintegración asociativa, sino que debe advertirse que el imputado esté en posibilidad de servirse de dicha organización para eludir la acción de la justicia,

---

<sup>98</sup> Idem, pp. 414-415.

<sup>99</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob cit, pp. 716-717.

por eso, Peña Cabrera<sup>100</sup> considera que debe tratarse de un miembro importante de la organización delictiva, no cualquier miembro fungible de la misma.

## VII. LA INCOMUNICACIÓN COMO FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los artículos 280° a 282° del NCPP<sup>101</sup> regulan la incomunicación como forma de cumplimiento de la prisión preventiva con el objeto de evitar un concreto peligro de obstaculización. La incomunicación sólo podrá acordarse cuando sea estrictamente necesaria para asegurar la investigación y prueba, y siempre que no sea posible verificar tales resultados a través de la prisión ordinaria y comunicada.

Esta excepcionalidad de la incomunicación aparece con claridad de la redacción ofrecida por los preceptos citados, los cuales, en el marco expuesto, la supeditan a la existencia de indicios por delitos en todo caso graves y limitan su duración a un máximo de diez días, sin posibilidad alguna de prolongación, cuyo transcurso ha de dar lugar al inmediato levantamiento de la restricción en forma automática, sin necesidad, pues, de resolución judicial expresa<sup>102</sup>.

No cabe duda de que la incomunicación, entendida siempre en el marco de la prisión preventiva, como medida cautelar y en relación, por tanto, con las funciones que tiene asignadas, solo y exclusivamente puede ser decidida para el cumplimiento de este específico fin, procediendo en aquellas situaciones en que es necesario reforzar la prohibición de comunicación del imputado con personas que puedan influir en las pruebas materiales y personales con preponderancia en el proceso. Acordar una incomunicación del imputado para prevenir riesgos de fuga carece absolutamente de sentido, de modo que, de decretarse, se estaría frente a una sanción injustificada, una anticipación de la pena, y tal vez, lo que

---

<sup>100</sup> Idem, p. 717.

<sup>101</sup> **Artículo 280° del NCPP.-** La incomunicación del imputado con mandato de detención preventiva procede si es indispensable para el establecimiento de un delito grave. No podrá exceder de 10 días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

La resolución que la ordena se emitirá sin trámite alguno, será motivada y puesta en conocimiento a la Sala Penal. Contra ella procede recurso de apelación dentro del plazo de un día. La Sala Penal seguirá el trámite previsto en el artículo 267°.

**Artículo 281° del NCPP.-** El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión. Recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada.

**Artículo 282° del NCPP.-** Vencido el término de la incomunicación señalada en la resolución, cesará automáticamente.

<sup>102</sup> ASECIO MELLADO, José María. Ob cit, p. 516.

siempre debe evitarse, un medio de presión que bien podría utilizarse para inclinar la voluntad del inculgado obligándole a colaborar en su propia condena.

La incomunicación se hace compatible, en todo caso, con los derechos que al preso se confieren en el artículo 281° del NCPP y, en modo alguno, puede afectar al derecho de defensa, de manera que las relaciones entre preso y abogado defensor quedan absolutamente garantizadas. Si la incomunicación tiende a asegurar la investigación, difícilmente podría extender sus efectos a la prohibición de conductas que ninguna relación tuvieran con dicha función, por lo que no hay motivo alguno, salvo que se pretenda una sanción encubierta, para prohibir al preso la lectura de libros, periódicos, revistas, etc., o escuchar o ver la televisión. Concluir lo contrario carece de justificación en la incomunicación regulada en el NCPP, que constituye una forma de cumplimiento de la prisión provisional y no una consecuencia establecida por las normas penitenciarias derivada de la imposición de determinadas sanciones. No se pueden confundir ambas medidas que nada tienen en común<sup>103</sup>.

Cierto es que, especialmente en casos de delitos cometidos por bandas organizadas, terroristas o delitos económicos, los abogados pueden realizar funciones de colaboración con la ocultación o eliminación de pruebas o elementos de investigación; pero, esta realidad no debe siempre solucionarse a través del fácil mecanismo de limitar los derechos fundamentales del imputado. Muy al contrario, si un abogado comete tales hechos ilícitos, la respuesta legal ha de ser la de exigirle la correspondientes responsabilidad, incluso penal, pues el derecho de defensa no garantiza actuaciones contrarias a la ley.

---

<sup>103</sup> Ibidem.