



**LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN LA AGENDA JUDICIAL PARA LA SEGURIDAD
CIUDADANA:
Entre el garantismo y la eficacia en la persecución
penal**

Elky Alexander Villegas Paiva*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La seguridad ciudadana se constituye en uno de los temas de la agenda política que ha despertado mayor interés y generado los debates más encendidos en la sociedad actual, y es que pese a las enormes diferencias identificadas en todo el mundo, sea en lo que compete a la incidencia y a la naturaleza de los fenómenos modernos de la violencia y de la criminalidad, sea en lo que dice con respecto a las respuestas presentadas por los poderes constituidos, parece claro que las sociedades de este inicio de siglo se encuentran sumergidas en una avasalladora “sensación de inseguridad”¹ creada en gran medida por la proliferación del fenómeno delictivo².

El abordaje de esta problemática no puede ser individual ni sectorizado, sino multi e interdisciplinario, y es que el panorama de la realidad criminal demanda la actuación de políticas públicas encaminadas a aminorar lo

* Profesor asistente de Derecho penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Director Académico del Centro de Estudios e Investigación en Ciencias Penales (CEICPE). aleksamder.evp@gmail.com

¹ DO SOCORRO BARBOSA, María. *Aspectos político-criminales de la seguridad ciudadana en España y Brasil. Reflexiones comparadas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, p. 21.

² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

máximo posible el fenómeno de la criminalidad, desde los diferentes sectores de los poderes del Estado.

En tal sentido el Poder Judicial activamente ha implementado la denominada Agenda Judicial para la Seguridad Ciudadana, cuyo eje gira en torno a dos ámbitos concretos de actuación: a) Medidas urgentes o de ejecución inmediata y, b). Medidas de mediano y largo plazo, que incluyen propuestas legislativas de modificación a la ley Orgánica del Poder Judicial, Código Penal, Código de Procedimientos Penales y Código de Ejecución Penal, e implementación de artículos pertinentes del Código Procesal Penal de 2004. También comprende las decisiones que al interior de la institución se vienen ejecutando, que incluye la labor que desempeña la Oficina de Control de la Magistratura, la emisión de circulares de la Presidencia del Poder Judicial, y la doctrina jurisprudencial vinculante que en materia penal se vienen dando a través de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema.

Ello, como seguramente estaremos de acuerdo, resulta altamente positivo y loable³, pues toda esta labor que ya viene realizando el Poder Judicial redundará en una mayor seguridad jurídica, lo que implica un avance en la eficacia del sistema penal, lo cual a su vez conlleva a una disminución de la inseguridad ciudadana.

Sin embargo, no se debe perder de vista que estas acciones concretas en la búsqueda de una mayor y mejor eficacia del sistema penal con miras a lograr que la inseguridad ciudadana descienda al mínimo posible, no implica que tales acciones puedan afectar arbitrariamente los derechos fundamentales de las personas que eventualmente puedan verse implicadas en un proceso penal como si estuviésemos en un estado de policía, sino que tal activismo judicial debe tener como punto de partida -o de llegada en todo caso- las directrices diseñadas por la Constitución Política, conforme lo predica un Estado Constitucional de Derecho.

³ Así, se ha señalado respecto al sistema de precedentes vinculantes en materia penal que “constituye el aporte más importante, significativo y fundamental que la Corte Suprema ha realizado en toda su historia a la cultura jurídica del país y al ordenamiento jurídico peruano. Ha demostrado con dicha labor un liderazgo y un compromiso histórico que hasta ahora se echaba de menos. Los precedentes vinculantes suponen un hito y marcan un antes y un después en cuanto a la posición y misión que le corresponde asumir a la Corte Suprema dentro del Poder Judicial, la organización de justicia y la vida del país”. Véase CASTILLO ALVA, José Luis. “Presentación”, en: CASTILLO ALVA, José Luis (Dir.). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Grijley, Lima, 2008, p. 21.

Dicho esto resulta imprescindible analizar y debatir el contenido de tales acciones, resaltar lo positivo y también criticar lo negativo, con el único afán de construir un ordenamiento jurídico mejor para el beneficio de todos los ciudadanos, buscando pues un equilibrio entre la eficacia en la persecución penal y las garantías fundamentales de los imputados⁴.

Pues bien dentro de las medidas urgentes o de ejecución inmediata de la Agenda Judicial para la Seguridad Ciudadana, la Presidencia del Poder Judicial ha emitido una serie de Circulares con criterios interpretativos orientadores sobre diversas instituciones jurídico-penales. Así tenemos por ejemplo la emisión de la circular sobre la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. Luego, fue seguida por la circular de la correcta determinación judicial de la pena; después, sobre la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Asimismo, se emitió otra directiva sobre la medida de internamiento y procesos de seguridad para los inimputables, así como también la creación del Observatorio Judicial, que se encargará de la gestión del sistema de alerta temprana de procesos de especial relevancia y emblemáticos, además de la circular sobre los presupuestos de la prisión preventiva.

Es en esta última donde nos detendremos para subrayar algunos aspectos de capital importancia, comentado lo que se ha sostenido en la Circular sobre prisión preventiva emitida a través de la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ.

II. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva es una medida de naturaleza cautelar personal, que la hace provisional, es decir variable, según las condiciones que se presenten; y, que si se solicita y acuerda, debe suceder, solo cuando sea absolutamente indispensable⁵, y por un tiempo estrictamente necesario y razonable⁶.

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2005, p. 223, indica con razón que: “La lucha contra el crimen manifiesta su superioridad ética en el Estado Constitucional democrático respecto de otros tipos de Estado por el respeto y garantía efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellos de los imputados”.

⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Las medidas cautelares personales”, en: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y doctrina*, Año II, N° 3, Palestra, Lima, enero-junio de 2006, p. 140.

⁶ Cfr. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “Los límites temporales de la detención preventiva. A propósito de la STC Exp. N° 06091-2008-PHC/TC”, en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 255 y ss.

De su propia naturaleza, se entiende que la prisión preventiva tiene una finalidad instrumental, la cual consiste en la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias, en tal sentido, su objetivo es asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia; de ello se colige que no tiene el carácter de medida punitiva.

En tal perspectiva la prisión provisional no puede perseguir objetivos del Derecho penal material⁷, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, sino que las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación⁸, por lo que toda norma o resolución judicial que imponga tal coerción con cualquier otra finalidad es inconstitucional⁹.

Este aspecto es resaltado por la Circular sobre prisión preventiva que comentamos, así en dicha resolución se manifiesta en el considerando segundo que:

“Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena]”.

Ahora bien, en tanto constituye la afectación más grave en la esfera de la libertad individual, sin que haya sentencia de por medio, sino solo para que el proceso penal pueda desarrollarse eficazmente, su utilización debe ser lo más restrictiva posible, acudiéndose a ella solo cuando las demás medidas coercitivas -en el caso concreto- no puedan cumplir con la finalidad aludida.

Solo así el uso de esta medida será legítimo. No se trata de renunciar a ella, pues aunque -como ya se mencionó- es la injerencia más grave en el

⁷ HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.109.

⁸ BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 62-63.

⁹ JAUCHEN, Eduardo. *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 276.

ámbito de la libertad individual¹⁰, su utilización resulta útil y hasta imprescindible¹¹ en casos *in extremis* para lograr una persecución penal eficiente¹², por ello es necesario acompañarla a los fines constitucionales del proceso, que cuando se deba hacer uso de ella, lo sea respetando la Constitución, y ello será cuando sea auténticamente la *ultima ratio*¹³; de ese modo se trata de armonizar dicho instituto con la presunción de inocencia¹⁴.

Para cumplir con ello su imposición debe estar sujeta, por un lado, a los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, prueba suficiente, instrumentalidad, proporcionalidad, provisionalidad, y por otro lado, debe darse la concurrencia de los presupuestos materiales que justifican tal medida, regulados en el art. 268 del CPP de 2004.

Asimismo la resolución que ordena el mandato de detención preventiva debe estar debidamente fundamentado¹⁵, para demostrar que la decisión adoptada es racional y no un capricho del juzgador que afecta indebidamente el derecho fundamental a la libertad personal. Es más tratándose del mencionado instituto, “la exigencia de motivación debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la prisión preventiva”¹⁶.

¹⁰ Cfr. SANGUINE, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 23.

¹¹ ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “La prisión preventiva y sus presupuestos materiales”, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011, p. 15.

¹² Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor de la 25ª edic. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 257. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*; Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 439, 482-483. PASTOR, Daniel. *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*; Buenos Aires, 2004, p. 186. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*; Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 84-85, 115.

¹³ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 535.

¹⁴ “Al ser los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de la restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente como última ratio, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia” (STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, f.j. 4).

¹⁵ Sobre ello, véase más ampliamente: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La debida motivación de las resoluciones judiciales y su relevancia en el mandato de detención preventiva”, en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 44, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011, p. 182 y ss.

¹⁶ Véanse SSTC Exp. N°s 1091-2002-HC/TC, f.j. 18; 03784-2008-HC/TC, f.j. 7. Acogiendo este criterio el CPP de 2004, prescribe en el artículo 271°, numeral 3, que *el auto de prisión preventiva será*

III. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. *Fumus delicti comissi*

El primero de los presupuestos que debe ser tomado en cuenta para el dictado de la prisión preventiva, es el *fumus delicti comissi*, equiparable con el *fumus boni iuris* exigible en el Derecho civil, y se halla establecido en artículo 268, numeral 1, literal a) del Código Procesal Penal del 2004¹⁷, el cual se refiere a la presencia de elementos de convicción, indicativos de que la persona a la cual se le imputa la comisión de un delito, pueda tenersele, razonablemente, como autora o partícipe del ilícito penal.

Constituye el primer presupuesto a analizar, por un cuestión lógica, pues antes de discutir si de alguna forma se limitarán los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable o muy probable de que el proceso penal se realizará, ya que solo en ese supuesto hay una expectativa a proteger; luego si al inicio de un proceso penal se necesita de indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un ilícito penal para abrir procesamiento a una persona, también se necesitará de una información vinculatoria suficiente para dictar alguna medida coercitiva, entonces no se puede aplicar la prisión preventiva sino existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la intervención del imputado en él.

El fumus delicti comissi consta de dos reglas¹⁸: la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito.

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.

¹⁷ Código Procesal Penal del 2004

Artículo 268.1“El juez 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”.

¹⁸ Ortells Ramos, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano-2004*, T. II; Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2004, p. 627.

Sobre este presupuesto la circular sobre prisión preventiva emitida por la Presidencia del Poder Judicial señala, en su considerando segundo:

“Que el primer presupuesto material a tener en cuenta -que tiene un carácter genérico- es la existencia de fundados y graves elementos de convicción -juicio de imputación judicial- para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti commissi*].

Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos -del material instructorio en su conjunto-, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)”.

Consideramos acertado el criterio expuesto en esta parte de la circular, puesto que –como ya hemos sostenido en otras oportunidades¹⁹, y conforme a la doctrina mayoritaria²⁰ - en este estadio procesal de lo que se trata es que los elementos recolectados en los actos de investigación, al

¹⁹ Véase VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “Principios y presupuestos de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 18; *Gaceta Jurídica*, Lima, diciembre de 2010, p. 286; VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La debida motivación de las resoluciones judiciales y su relevancia en el mandato de detención preventiva”, cit., p. 191;

²⁰ Cfr. BOVINO, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en: BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*; Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 158; BARREIRO, Alberto Jorge. “La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (I)”, en: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, N° 51, Madrid, 2004, pp. 40, 42; HORVITZ LENNON, María/LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, 1ª edición, 1ª reimpresión, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 407; DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal penal. Presupuestos, procedimiento y duración”, *Actualidad Jurídica*, Tomo 160; *Gaceta Jurídica*, Lima, 2007, pp. 157-167; DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Anuario de Derecho penal 2008: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Fondo Editorial de la PUCP- Universidad de Friburgo, Lima, 2009, p. 107; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*; cit., p. 178; ORTELLS RAMOS, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”, cit., p. 627; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*, Grijley, Lima, 2011, p. 322. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. “Análisis del peligro procesal en el mandato de detención aplicado en el caso Carlos Cacho”, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 22; *Gaceta Jurídica*, Lima, abril de 2011, p. 181.

momento de ser valorados, arrojen - como se menciona expresamente en la circular- un *alto grado de probabilidad* de que el imputado ha intervenido en el hecho punible, es decir, se requiere algo más que una simple sospecha razonada; debe tratarse de una sospecha muy fundada²¹, lo que supone un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal (sentencia), pero tampoco se trata de exigir un juicio de certeza, en cuanto esta última es un estado que solo puede alcanzarse en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio; así pues no parece del todo correcta la redacción del código adjetivo cuando se refiere a “elementos de convicción”, pues la convicción se adquiere con la certeza, pero como ya mencionamos el nivel de certeza no puede ser exigido en esta etapa inicial del proceso; si se exigiera se convertiría a la prisión preventiva en un adelanto de los efectos de la sentencia²².

Debe tenerse en cuenta que una cosa es la base probatoria para privar de la libertad cautelarmente y otra es la base probatoria para condenar; entre una y otra hay una distancia cuantitativa y cualitativa muy nítida²³. En la prueba suficiente para condenar se debe haber alcanzado la verdad material con grado de certeza o seguridad, agotando todos los actos probatorios incorporados al proceso. En cambio, en la prueba suficiente para detener, solo se necesitará un elevado y racional grado de probabilidad de atribución del delito imputado, en la cual habrá un mayor grado de duda, de incertidumbre objetiva al no estar todo el acopio del material probatorio a valorar libremente.

No se trata de una apreciación final de la actividad probatoria ni mucho menos puede exigirse solidez de la misma, pues dichos elementos probatorios pueden desvanecerse en el curso del proceso y, además, no se juzga sobre el fondo sino se realiza una valoración probatoria para decidir una medida cautelar provisional.

²¹ Como señala RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integradora”, en: *Anuario de Derecho penal-2004: La reforma del proceso penal peruano*; Fondo Editorial de la PUCP- Universidad de Friburgo, Lima, 2004, p. 159 “...para su aplicación no basta con la mera constatación de la concurrencia de meras sospechas o indicios de criminalidad, sino la necesidad de que consten en lo instruido elementos indiciarios que, por su número e importancia, permitan afirmar con un escaso margen de error que, en el caso de hacerse valer en el acto del juicio por la acusación, permitirán considerar probada la culpabilidad del imputado”.

²² En este sentido CHECKLEY SORIA, Juan Carlos. “Prisión preventiva. Del dicho hay hecho, hay un buen trecho”, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo, 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011, p. 32.

²³ Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*; cit, p. 178.

Asimismo, como se observa, la referida circular hace mención a que en el momento de valorar la existencia de suficientes indicios que incriminan al imputado con los hechos del ilícito penal, también debe tenerse en cuenta la presencia de todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)²⁴.

En tal perspectiva la prisión preventiva debe quedar descartada cuando se acredite razonablemente la concurrencia de algunas causas de exención o de extinción de responsabilidad, reguladas en el artículo 20 del Código Penal peruano. Si se observa alguno de estos elementos, debe desecharse la utilización de la medida coercitiva, se trata de tomar en consideración la probable -no es necesario un juicio de certeza- existencia de elementos reveladores de las circunstancias reguladas en el artículo 20 del Código Penal, que puedan ser demostrados en el proceso.

2. Sanción penal superior a 4 años

Otro presupuesto que debe presentarse de manera concurrente, es que la probable sanción a imponer al imputado –tal como prescribe el artículo 268, apartado 1, literal b) del CPP de 2004- “sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad”.

La aplicación de un límite penológico de cuatro años para imponer la prisión preventiva, es un requisito que, entendido en su real dimensión, importa un presupuesto indispensable para dotar a la prisión preventiva de una lógica proporcional. Es cierto que una utilización automática y aislada de dicho requisito pervierte el sistema procesal y convierte a la prisión preventiva en un anticipo de la pena, que es un efecto no deseado con su regulación. Pero también es cierto que si los cuatro años de pena privativa de libertad constituyen el límite para aplicar una pena de ejecución suspendida condicionalmente (artículo 57.1 CP), entonces es necesario establecer un criterio que más que permitir, impida aplicar la medida en los casos que la pena no supere dicho límite. Este criterio no imprime otra

²⁴ En este sentido –con anterioridad- se ha pronunciado ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor de la 25ª edición alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 259 y 260.

lógica que no sea la de considerar abiertamente desproporcionada la utilización de una medida limitativa, que pueda infligir un daño mayor que el que pueda esperarse de la pena a imponer en la sentencia condenatoria²⁵.

En la circular que comentamos, respecto a este presupuesto se sostiene lo siguiente:

“CUARTO.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la prisión preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente -motivada y objetiva- de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una “doble lectura”. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aún cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra -desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia- puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

²⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal penal. Presupuestos, procedimiento y duración”, en: *Actualidad Jurídica*, Tomo 160; Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 157-167.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal’ (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal)”.

Estamos de acuerdo con lo señalado en este considerando, pues este presupuesto no solo exige que se examine la pena conminada en la ley para el ilícito de que se trate, sino que se obliga a considerar la pena concreta, lo que supone analizar todas situaciones materiales que se presentan, respecto de cada imputado, y que determinarían una pena concreta superior a los cuatro años²⁶. El juez debe valorar el caso en concreto y no aplicar una regla penológica general, como se afirma en la circular.

Asimismo se debe tomar en cuenta como esa probable pena a imponerse al imputado podría influir en el comportamiento procesal de este, debe analizarse la reacción en la persona concreta. Como explica Del Río Labarthe: “No se trata de una ‘presunción’, sino de la constatación de una determinada situación. Si bien se acepta que la gravedad de la pena puede generar una mayor tentación de fuga en el imputado, es esta una mera probabilidad estadística de base sociológica y es perfectamente posible que las particulares circunstancias del procesado excluyan la huida pese a la gravedad del hecho que se imputa”²⁷.

Por otro lado en la circular se hace mención a que por regla general la gravedad de la pena no puede ser el único criterio que justifique la utilización de la prisión preventiva (recodemos por nuestra parte que hemos señalado que este es un presupuesto *recurrente* con los otros), hasta ahí todos de acuerdo, sin embargo no compartimos la excepción a esta

²⁶ ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “La prisión preventiva y sus presupuestos materiales”, p. 21.

²⁷ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, Lima, 2008, p. 55.

regla contenida en el tercer párrafo del considerando tercero de la citada circular, en el cual se sostiene que:

“El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso”²⁸.

A nuestro parecer, cuando se indica que en la fase inicial del proceso se puede requerir y dictar mandato de prisión preventiva basándose únicamente en el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve como único fundamento para acreditar el peligro procesal, haría que en casi todos los casos en que el fiscal requiera prisión preventiva, esta sea aceptada, pues ya no será necesario verificar en concreto la existencia del peligro procesal (al menos en ese primer estadio procesal), sino que este se presumiría simplemente por el hecho que el imputado viene siendo investigado por un delito grave que conllevaría probamente un pena superior a los cuatro años.

Con este criterio la prisión preventiva podría dejar de ser una medida excepcional para tornarse en general, pues es sabido que la prisión preventiva mayormente es solicitada al inicio del proceso, y en tal sentido el debate en la audiencia de prisión preventiva se reduciría a la prognosis de pena para determinar el peligro procesal, lo que facilitaría su imposición, restringiendo el derecho de defensa y afectando el *status* de inocencia que le asiste a toda persona que se halla dentro de un proceso, privilegiando una presunción de culpabilidad.

²⁸ El resaltado es nuestro.

En esa perspectiva se echa de menos que la prisión preventiva es la *ultima ratio* entre las medidas coercitivas, es más se olvida precisamente que existen otras medidas que pueden ser impuestas para cautelar el normal desarrollo del proceso penal (comparecencia restringida por ejemplo). Si se piensa que el delito cometido como la gravedad de la pena generan ya de por sí el peligro procesal (sin la necesidad de datos objetivos contrastables en el caso en particular), se podría hacer uso de las otras medidas coercitivas establecidas en nuestro ordenamiento procesal penal. Recordemos que demostrar el peligrosismo procesal es una exigencia para la imposición de cualquier medida coercitiva, y solo cuando dicho peligro sea de tal magnitud que no pueda ser neutralizado con cualquier otra medida, recién se podrá hacer uso de la prisión preventiva.

Además debemos enfatizar que cuando se trata del peligro procesal, no nos estamos refiriendo a una presunción²⁹ sino a la constatación de una determinada situación, debe comprobarse un peligro real y no virtual, cuyo basamento tiene como punto de partida, acontecimientos concretos emanados de conductas del imputado orientadas a perturbar los actos de investigación o sustraerse de la actividad procesal³⁰, por ello no parece adecuado –aun cuando se trate del inicio del proceso penal- el partir de la gravedad de pena como único criterio para sostener que existe peligro procesal y por ende dictar la prisión preventiva.

Sobre este aspecto el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“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 la pena a*

²⁹ Sobre ello explican BOBINO, Alberto/BIGLIANI, Paola. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 144: “La existencia del peligro procesal es importante destacarlo no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno. No basta entonces con alegar, sin consideración con las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno”.

³⁰ Cfr. RIZZARDI, Jesús. “Medidas Cautelares en el Proceso Penal. Prisión: ¿Condena o Medida Cautelar?”, en: *Revista de Derecho Penal*, Tomo 9, Juris, Rosario de Santa Fe, 2003, p. 40.

*la que, en 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*³¹.

3. Periculum in mora

El presupuesto más importante para la imposición de la prisión preventiva, es el *periculum in mora* (peligro procesal), que abarca tanto el peligro de fuga como el peligro de obstaculización de la investigación. La ausencia de estos riesgos determina que no pueda dictarse mandato de detención aunque subsistan los otros presupuestos ya aludidos en el presente trabajo. En este sentido el TC ha tenido oportunidad de señalar que:

“La única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo no responde a una decisión arbitraria del juez, es observar o analizar determinados elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de los indicios o medios probatorios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y del *quantum* de la eventual pena a imponerse, existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que la doctrina denomina peligro procesal”³².

El CPP de 2004, en su art. 268, apartado 1, literal c, reconoce expresamente la posibilidad de la utilización de la prisión preventiva para evitar cualquiera de estos dos riesgos, lo cual consideramos correcto, pues ello deriva de los fines asignados al proceso penal: la averiguación de la verdad y la aplicación o realización del derecho penal sustantivo. Como afirma con razón Bovino: “Si la coerción procesal se orienta a alcanzar los fines del procedimiento, solo dos tipos de situaciones justifican la privación de libertad anticipada: a) todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad,

³¹ STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f.j. 8 (el resaltado es nuestro); igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria de 27 de junio de 1968, ha sostenido que: “El riesgo de fuga no se puede apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena; se debe analizar en función de un conjunto de factores suplementarios que puede confirmar la existencia de un peligro de desaparición o bien a inducir a pensar que este peligro es remoto y por tanto, no puede justificarse la prisión preventiva”.

³² STC Exp. N° 1567-2002-HC/TC, f.j. 5.

es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación – por ejemplo, amenazar testigos, destruir ilegalmente elementos de prueba, etcétera-, y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el Derecho penal sustantivo –por ejemplo, la posibilidad de una fuga-.”³³.

Ahora, entre el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento, generalmente se le atribuye mayor relevancia al primero de ellos³⁴, en tanto el Estado se halla imposibilitado de realizar juicios en ausencia (art. 139°, numeral 12 de nuestra Constitución Política). Se necesita que el imputado pueda estar físicamente en el juicio oral defendiéndose de la acusación que realiza el Ministerio Público, cumpliendo con el principio de contradicción, en el caso de presentarse una fuga, es decir, el no presentarse al juicio, cuando se le ha requerido es un grave problema, toda vez que el procedimiento no se puede realizar normalmente.

Por otro lado el peligro procesal –a diferencia del *fumus delicti comissi*– para ser tomado en cuenta para la imposición de la prisión preventiva, o en general para la aplicación de cualquier medida de coercitiva, requiere de un juicio de certeza sobre su presencia en el proceso, tal es así que la Comisión IDH ha dicho que: “si los magistrados que entienden en una causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento la prisión se vuelve injustificada”³⁵.

³³ BOVINO, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, cit., p. 140.

³⁴ Véase, en este sentido: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, cit, p. 260: “En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, en cuyo caso, para fundar una fórmula preponderante, se invoca la expectativa de una pena elevada”; HASSEMER, Winfried. “Los presupuestos de la prisión preventiva”, en: HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, 2ª edición, 1ª reimposición.; Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 115-116. “La ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga. Menos necesario, pero evidente en un procedimiento obligado a la búsqueda de la verdad es el interés de asegurar esa búsqueda de la verdad frente a estrategias de obstrucción de la averiguación de la verdad. En tanto deban permanecer firmes estos presupuestos de nuestro procedimiento penal, la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y - menos necesariamente- por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables”; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Vol. II, Grijley, Lima, 2003, p. 1238: “La detención o encarcelamiento preventivo se legitima, como hemos sostenido enfáticamente, sobre la base del ‘peligrosismo procesal’ y, en esencia, sobre la regla del peligro de fuga y, muy menor medida, por el peligro de oscurecimiento o entorpecimiento de la actividad probatoria. La naturaleza, el carácter o la gravedad de la infracción penal imputada no justifican por sí misma la limitación de la libertad personal”.

³⁵ Comisión IDH Informe N° 2/97. En el mismo sentido STC Expediente N° 1260-2002-HC/TC, f.j. 6: “(...) la inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la

Si ello es así, es decir si la falta de evidencia suficiente del peligro procesal torna arbitraria la prisión preventiva, podemos concluir que no es la gravedad de la conducta delictuosa ni la dimensión de la sanción punitiva que está atribuida a esa conducta la que justifica la privación cautelar de la libertad, por lo que un delito menos grave que otro puede justificar la prisión preventiva -siempre y cuando sea proporcional- durante el proceso, si hay riesgo de que la finalidad del proceso sea burlada y esquivada por la persona a la que se le imputa ese delito, y a su vez que un imputado de un delito más grave pueda estar solo con una medida de comparecencia restringida o simple –de acuerdo a las circunstancias concretas- si el peligro procesal es mínimo o inexistente.

Por lo tanto la fundamentación del peligro procesal no debe estar basado en conjeturas, hipótesis o verosimilitudes, puesto que el juez en su resolución debe citar datos ciertos, objetivos, fehacientes, que aparezcan frente a sus sentidos, que le generen la convicción que el procesado se sustraerá a la persecución penal u obstruirá la investigación, en caso se le deje en libertad o se revoque el mandato de prisión preventiva. En consecuencia el peligro procesal debe ser valorado objetivamente con datos certeros, pues si le permite a un juez que valore esta figura como mejor le parezca, damos tribuna a que se convierta – en lugar de un magistrado garantista-, en un ser peligroso, con razonamientos tan subjetivos como caprichosos, donde de por medio se violenta la libertad ambulatoria de un ser humano³⁶.

En tanto el examen del peligro procesal no se afirma en forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino que debe realizarse conforme al caso concreto, tenemos que no se viola el principio de igualdad constitucional, cuando el mismo operador jurídico decide de manera

evasión de la justicia por parte del procesado, termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva (prisión preventiva) en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada”.

³⁶ Similar PANTA CUEVA, David. “Criterios referentes al peligro procesal. A propósito de su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, 2007, p. 3, disponible en www.iuspenalismo.com.ar

distinta la temática de la libertad en el caso de coimputados, pues el caso concreto le permitirá llegar a conclusiones distintas³⁷.

Por otro lado, resulta acertado que el CPP de 2004 en sus artículos 269^{o38} y 270^{o39} ofrezca criterios específicos para analizar el peligro procesal. Sobre ello -y acorde con lo señalado por la doctrina⁴⁰- en la circular que comentamos se sostiene adecuadamente que:

“...tales postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la detención”.

Más adelante se enfatiza este aspecto:

“Sexto.- (...) Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269 y 270 del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede denominar “tipologías referenciales”, destinadas a guiar el

³⁷ GUERRERO PERALTA, Ocas Julián. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, p. 476.

³⁸ Artículo 269°.- Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto en él;
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;
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.

³⁹ Artículo 270°.- 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.

⁴⁰ASENCIO MELLADO, José María. “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”, *Portal del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 2005, disponible en www.incipp.org.pe. “La norma no determina, ni establece criterios tasados cuya concurrencia haya de conducir a presumir el referido riesgo de evasión del imputado, sino que se limita a señalar una serie de criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente para a partir de ellos determinar la existencia o no de 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, debiendo, adicionalmente bajo pena de nulidad de la resolución, motivar su decisión en la forma prescrita por los arts. 254 y 271.3”

análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal”.

En tal sentido debe quedar claro que los indicadores reconocidos en los Artículos 269 y 270 del CPP de 2004, no están estipulados de manera taxativa, ni tampoco determinan obligatoriamente la restricción de la libertad. Se trata solo de indicaciones que el legislador estima regularmente relevantes para mostrar la presencia del peligro procesal, y que pueden ser consideradas para fundar la solución aplicable, pero cuya existencia en el caso específico solo puede ser establecida por un tribunal.

Ahora bien, uno de los criterios fundamentales para determinar la existencia del peligro de fuga es el arraigo del imputado en el país⁴¹, entendido como el establecimiento permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas, manteniendo relaciones de una intensidad determinada con el medio en donde se desenvuelve. Jurídicamente el concepto de arraigo está determinado, en principio, por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo del imputado y de las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Sobre el arraigo, la Resolución-Circular que motiva este trabajo, hace importantes y necesarias especificaciones para que se entienda dicha figura, y valorarla adecuadamente en la configuración del peligro procesal. En la citada circular se sostiene que:

SÉPTIMO.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal -la norma no expresa en ningún caso tal situación- para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un

⁴¹ Así VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. “La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal: ¿Medida cautelar o pena anticipada?, en: *Investigación preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 194-195.

concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aún cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo - medido en términos cualitativos- descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto -que no lo es- sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: “las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

Conforme a lo expuesto en este considerando de la circular, la comprobación que el imputado tiene por ejemplo domicilio conocido, o un trabajo estable no implica la denegación automática al requerimiento de prisión preventiva, pues puede darse la situación que efectivamente tenga algún tipo de arraigo, pero por ejemplo no asista las citaciones o notificaciones que le hagan llegar, tenga solvencia económica o contactos en el extranjero para poder huir del país, o haya amenazado a las víctimas o testigos del delito, con lo cual a pesar de contar con arraigo, se estaría frustrando el éxito del proceso penal.

Asimismo si por solamente por el arraigo se determinara la existencia del peligro procesal, entonces aquellas personas que viven en asentamientos humanos y no tienen una vivienda propia, o que solo tienen trabajos eventuales y se verían sometidas a un proceso penal, todas ellas terminarían con mandato de prisión preventiva. Ello resulta a todas luces injusto, por ello deben ser valorados diversos factores tales como la conducta del imputado frente al proceso.

Se debe considerar este aspecto, pues el concepto de arraigo está estrechamente ligado a cuestiones socio-económicas que deben tenerse en cuenta al momento del dictado de la prisión preventiva. Debe estimarse la posibilidad de huir al extranjero o de ocultarse para un imputado que posea un mayor poder económico. Pero el peligro de fuga no puede basarse respecto de quienes no poseen vivienda, debido a sus escasos recursos económicos o de quienes viven en asentamientos humanos precarios, derivados de una política económica que los marginó, justificando solo por ello la necesidad de la prisión preventiva⁴².

4. La pertenencia a una organización delictiva

El legislador, en el numeral 2 del artículo 268°, introduce la posibilidad de dictar mandato de prisión preventiva cuando existan elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, pero solo cuando se demuestre que pueda utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

⁴² Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 223.

Acerca de este requisito en el considerando noveno de la circular se señala lo siguiente:

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva -o su integración a la misma- no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva -que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales-. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de banda, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.

En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos sólo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

Estamos de acuerdo con esta exposición, pues como ya hemos señalado en otra oportunidad, este requisito no tiene sustento propio, es decir el mero hecho de que se demuestre la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su posible reintegración a la misma no fundan el mandato de prisión preventiva, sino que esta será aplicable solo cuando dicha organización criminal sea el medio para facilitar la fuga del o demás imputados o que obstruya la actividad probatoria⁴³.

En efecto, constituye motivo para valorar la procedencia de la prisión provisional la pertenencia del imputado a una organización delictiva o la

⁴³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “Principios y presupuestos de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, cit., p. 293; en el mismo sentido REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*; cit, p. 254.

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 banda⁴⁴.

Sin embargo en el considerando décimo de la circular se manifiesta lo siguiente:

“Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, *es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva*, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa”⁴⁵.

Nos parece que aquí otra vez se presume el peligro procesal, basándose en la gravedad de pena y la pertenencia a una organización delictiva, lo cual como ya hemos explicado no es legítimo presumir el peligro procesal, sino que debe basarse en datos ciertos del caso en concreto. Sin duda es cierto, según la experiencia, que en varios casos los imputados se sustraen del proceso penal ayudados por dicha organización, sin embargo creemos que en todos los casos, sin excepción, debe valorarse un mínimo de datos objetivos que permitan colegir el peligro procesal en el caso en concreto derivados de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o banda. Además puede presentarse el caso de que, atendiendo a las primeras investigaciones, el imputado pertenezca a una organización delictiva pero de esas mismas investigaciones se deduce que no puede existir peligro procesal, entonces no se puede imponer la prisión preventiva.

⁴⁴ ASECIO MELLADO, José María. “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”, *Portal del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 2005, disponible en www.incipp.org.pe.

⁴⁵ El resaltado es nuestro.