

CRITERIOS VALORATIVOS REFERENTES AL PELIGRO PROCESAL. A PROPÓSITO DE SU TRATAMIENTO LEGAL, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Por: David Fernando Panta Cueva¹

I.- INTRODUCCIÓN

Abordar académicamente el tema del peligro procesal, como uno de los presupuestos de las medidas cautelares de naturaleza personal, es desde ya hacer alusión a la medida que fundamenta, legitima, avala y constituye el requisito más importante de éstas². 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 que nos ha otorgado la constitución. La libertad.

En este breve trabajo trataremos en lo posible de esbozar, cuáles son esos criterios que se deben tener en cuenta a la hora de valorar este presupuesto. Asimismo nuestras ideas que vayamos exponiendo las iremos confrontando – en algunas veces – y coordinando – en otras - con las distintas sentencias que ha expedido nuestro supremo intérprete de la constitución, con el tratamiento doctrinario y con el marco legal que actualmente presenta el N.C.P.P.

¹ Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo - Filial Piura. Apoderado de la Oficina de Normalización Previsional – Piura. Abogado en ejercicio en materias penales.

² En Ese sentido, Mauricio Duce / Riego, Cristian, citados por el profesor **ALCÓCER POVIS**, Eduardo, <<Superación del pasado a través del proceso penal. Consideraciones acerca de los criterios para la aplicación de medidas limitativas de la libertad en el marco del “sistema anticorrupción”>>, en “Medidas privativas de libertad”, edit., Tabla III editores, ed., 1º, Trujillo, Noviembre, 2005, p., 151. Ese mismo criterio es el seguido por nuestro Tribunal Constitucional. Así la Sentencia recaída en el Expediente 2268 – 2002 – HC/TC. Lima. Caso **Moisés Wolfenson Woloch**, claramente señala “ (...) 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 / **ROBLES BRICEÑO**, Mery Elizabeth, “Jurisprudencia Penal del Tribunal Constitucional”, ed., 1º, edit., Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Mayo 2006, p. 353. Asimismo tenemos la sentencia recaída en el expediente N° 1091 – 2002 – HC/TC. Lima. Caso **Vicente Ignacio Silva Checa**, donde nuestro Tribunal menciona “El principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal (...)” en **ÁVALOS RODRÍGUEZ**, Constante Carlos / **ROBLES BRICEÑO**, Mery Elizabeth, “Jurisprudencia Penal del Tribunal Constitucional”, ob., cit., p. 370. La sentencia recaída en el Expediente N° 1634 – 2003 – HC/TC. Lima. Caso **Wilmer Reyes Tejada**, donde el Tribunal señala lo siguiente <<Por ello, la única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo no responde a una decisión arbitraria de Juez, pasa por la observancia de determinados elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de que existan indicios o medios probatorios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y más allá del quantum de la eventual pena a imponerse, exista 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”>> en **RODRÍGUEZ**, Constante Carlos / **ROBLES BRICEÑO**, Mery Elizabeth, ob., cit., p. 354.

II.- PRESUPUESTOS ELEMENTALES DEL PELIGRO PROCESAL COMO REQUISITO PRIMORDIAL DEL MANDATO DE DETENCIÓN

Tal y conforme lo hemos anotado en párrafos arriba, el peligro procesal constituye el requisito más importante de las medidas cautelares de naturaleza personal, puesto que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento³, sino en la futura aplicación sentencia^{4 5}; por ello, se asevera que el peligro procesal está en función a que el imputado posterior a su libertad, asista voluntariamente a cuántas veces lo requiera el Juzgado o la Sala Penal⁶.

En ese sentido, el Juez debe hacer un pronóstico, para determinar cuáles serán esas posibilidades que hagan presagiar, que el inculpado asistirá al proceso penal y en su defecto, no hará ningún tipo de maniobra tendiente a dificultar el mismo.

Es por ello que se exige un razonamiento *integral*, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos, ciertos, y no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas, que hagan precisamente suponer que el inculpado, no perturbará la actividad probatoria, fugará del país o tratará en lo posible de esconder u ocultar sus bienes^{7 8}.

³ Basado en la diligencia que debe tener el Juez, para custodiar su material probatorio contenido en un determinado expediente. Pues dependerá de éste, que se dicte una sentencia acorde con los Derechos fundamentales de las personas, desterrando sentencias contradictorias.

⁴ La misma que lleva ínsita el pago de la reparación civil.

⁵ De ese mismo pensar es el profesor Pablo Sánchez Velarde, citado por **ALCÓCER POVIS**, Eduardo, <<Superación del pasado a través del proceso penal. Consideraciones acerca de los criterios para la aplicación de medidas limitativas de la libertad en el marco del "sistema anticorrupción">>, en "Medidas privativas de libertad", ob cit., p. 152.

⁶ Opinión similar es la del profesor Víctor Cubas Villanueva, citado por **ALCÓCER POVIS**, Eduardo, ob., cit., p. 151.

⁷ En su artículo "Problemas de Aplicación de las Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal Peruano" el profesor Arsenio **ORÉ GUARDIA**, nos enseña las posturas referentes al peligro procesal. Dice el autor <<Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, podemos encontrar 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". Igual tesitura proclama 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" (...) 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 procesal de fuga que: "se reconoce a 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. 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

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

Sostenemos que 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, en caso se le ordene su libertad. En consecuencia el peligro procesal debe de ser valorado objetivamente con datos certeros, pues si le permitimos que un Juez 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 humano⁹.

En lo concerniente a la perturbación de la actividad probatoria, debemos precisar que también debe tratarse de *datos objetivos ciertos*, relacionados con el inculpaado, pero con su futura manera de proceder. Somos del parecer a que ello debe ser valorado en función

reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc. Consideramos que esta postura contradice el modelo constitucional garantista de política criminal asumida desde el Código Procesal Penal de 1991, por las siguientes consideraciones” >>. En http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/arsenio_ore.pdf. p.12-13. Comillas y cursivas en el original.

⁸ De la misma opinión es el Tribunal Constitucional. En la sentencia recaída en el Expediente N° 1567 – 2002 – HC/TC. LIMA. Caso **Alejandro Rodríguez Medrano** “(...) La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpaado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión del procesado, termina convirtiendo el dictado de la detención preventiva o, en su caso, su mantenimiento en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados” en **ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth**, “*Jurisprudencia Penal del Tribunal Constitucional*”, ob., cit., p. 394 -. 395. En el mismo sentido tenemos la sentencia signada con el N° 1260 – 2002 – HC/TC. Lima. Caso **Amadeo Domínguez Tello**, donde nuestro supremo intérprete señala “(...) la inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la de la detención judicial preventivas en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada” en **ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery**, ob., cit., p. 359; y la sentencia recaída en el expediente 3380 – 2004 – HC/TC. Huánuco. Caso **Feliciano Aranda Baltazar**, donde nuestro tribunal constitucional, expresa iguales criterios a los antes mencionados. En **ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery**, ob., cit., p. 399.

⁹ En ese sentido, tenemos la sentencia recaída en el Expediente N° 2915 – 2004 – HC/TC. Lima. Caso **Federico Tiberio Berrocal Prudencio**, donde el Tribunal Constitucional señala “(...) Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta automáticamente deviene en ilegítima (...)” en **ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery**, ob., cit., p. 406. De la misma opinión es el profesor **ALCÓCER POVIS**, quien señala “No todo perjuicio derivado de la demora de la definición del proceso penal puede consagrar un presupuesto de *periculum in mora*; para que así suceda es preciso que, en el momento de emitir la medida cautelar, el mismo aparezca a los ojos del juzgador como un daño inmanente y de una entidad tal que ponga en peligro la efectividad práctica de la posterior sentencia” en **ALCÓCER POVIS**. Ob., Cit., p. 152.

a sus comportamientos dentro del proceso, los cuales pueden ser tanto físicos como procesales. Físicos, como por ejemplo comportamientos destinados a amedrentar a testigos, peritos, co inculpados o conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen. Procesales, en el sentido de presentar constantes recursos destinados al fracaso, 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 Juzgado o Sala Penal, como por ejemplo, de no concurrir a las declaraciones de instructivas y sus respectivas ampliaciones, de no ir a las diligencias procesales de confrontaciones, y de cuanta diligencia sea ordenada por el magistrado.

Este mismo pensamiento ha sido recogido por el N.C.P.P, el cual en su artículo 270, inc., 1¹⁰, 2¹¹ y 3¹², claramente estipula los criterios a seguir al momento de valorar el peligro procesal, en su manifestación de entorpecimiento de la actividad probatoria. Considero acertado que el N.C.P.P 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 que estos no caigan en razonamientos subjetivos de *interpretación propia* de este instituto jurídico. Esta manera de proceder por parte del legislador, se condice con un criterio de respeto a los derechos fundamentales de las personas¹³.

El peligro de fuga, debe ser entendido, desde mi modesto punto de vista, en función a los antecedentes que el inculpadado presente dentro del proceso, pero cuando usamos la palabra “antecedentes”, no estamos haciendo mención a los antecedentes penales del sujeto, pues estos no sirven para argumentar el peligro procesal (como veremos más adelante), sino estos deben estar en función al comportamiento que ha tenido el sujeto en procesos anteriores¹⁴; aquí el Juez debe desplegar labor de investigación, oficiando a los distintos juzgados – de su distrito judicial-, a fin que informen sobre el o los procesos que anteriormente ha tenido el inculpadado y de ser posible ingresar al principal, a fin de ver cuál fue su comportamiento dentro de uno u otro proceso. Asimismo este criterio debe ser analizado, en función a las posibilidades económicas que presenta el inculpadado, puesto

¹⁰ “Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba”.

¹¹ “Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

¹² “Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.

¹³ Así, nuestro supremo intérprete en la sentencia recaída en el expediente N° 1753 – 2003 – HC/TC. Lima. Caso **José Julio Dellepiane Massa**, sostiene “(...) resulta necesario que, a efectos de calificar la existencia de entorpecimiento de la actividad probatoria, la Sala Penal demandada precise, de manera objetiva y concreta, qué hechos o actos en particular le resultan verosímiles o le crean convicción respecto de una supuesta conducta procesal obstruccionista verificable en la actuación personal de don José Julio Dellepiane Massa, y que estaría destinada a destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como a influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (...) en **ÁVALOS RODRÍGUEZ**, Constante / **ROBLES BRICEÑO**, Mery, ob., cit., p. 400.

¹⁴ Aspecto recogido en el artículo 269 inc., 4 del N.C.P.P, al prescribir “*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*”.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

que no es lo mismo un inculpado con propiedades en el extranjero de quien no las posee; aquí mismo el Juzgado debe analizar la posición geográfica que presenta su despacho con algún país extranjero, ello a raíz que no es lo mismo un juzgado posicionado en un espacio geográfico alejado de países extranjeros, de aquellos que se encuentren en posición de frontera. Esto que acabamos de mencionar, debe ser valorado en correspondencia con el arraigo¹⁵ en nuestro país que presenta el imputado¹⁶. Decimos ello, pues precisamente el *arraigo* será el vínculo o lazo familiar, que haga al imputado seguir permaneciendo dentro del territorio nacional, por más cerca que se esté a un país extranjero.

Normalmente los abogados cuando tratamos de descartar el peligro procesal y queremos de alguna manera demostrar la comparecencia del inculpado al proceso penal, realizamos lo siguiente. Primero, demostrar que el inculpado tiene domicilio habitual, esto se acreditaba anteriormente con una inspección policial, donde el efectivo policial, tenía que dar fe que la persona habitaba en dicho lugar, sin embargo, con la dación de la Ley 27839 del año 2002, impide a los efectivos policiales otorgar ese tipo de documentación. A la fecha se apela a las inspecciones in situ que hacen los notarios y a falta de estos los Jueces de Paz (en correspondencia con la Ley Orgánica del Poder Judicial); segundo, se recurre a memoriales firmados por personas (identificadas con su DNI –anexado en copia certificada al final de dicho documento- y su ocupación) las cuales refieren conocer a la persona del inculpado; finalmente, un certificado de trabajo, el cual es expedido por la persona jurídica o natural que da fe que el inculpado trabaja para ella.

En lo referente a este último punto, debemos recordar que no es lo mismo un certificado de trabajo expedido por una persona jurídica que uno dado por una persona natural. Considero que la valoración debe darse de una manera distinta en ambos supuestos.

Somos del parecer que un certificado de trabajo expedido por una persona jurídica, genera la convicción que efectivamente el inculpado viene laborando para dicha empresa, decimos ello, pues las personas jurídicas – mayormente- se encuentran dentro del ámbito de la formalidad y sus trabajadores de una u otra manera, adoptan esa misma situación (con algunas excepciones). Pero ello no significa que el Juez no haga labor de investigación, muy al contrario, él como director del proceso penal, debe percatarse que dicha entidad se encuentra dentro del ámbito de la formalidad, a fin de colegir el *grado de seriedad y de veracidad* de dicho instrumento, como por ejemplo, viendo el número de RUC, dirección real de la misma, o remitiendo oficios a la SUNARP, a fin que esta institución estatal informe sobre la existencia o no de dicha entidad; por lo tanto, no debe conformarse – tal y conforme se viene haciendo- con solamente remitir un oficio a la

¹⁵ El término arraigo tiene que ver con “el establecimiento fijo en un lugar y en donde el imputado mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio donde se desenvuelve. Obviamente este concepto comprende el otro parámetro de la profesión, domicilio recursos y lazos familiares del imputado, pues el establecimiento de un determinado lugar depende de la actividad económica o laboral que desempeña, así como de sus familiares y recursos”, en **ALCÓCER POVIS**, ob., cit., p. 156. [Pie de página N° 52].

¹⁶ Así lo ha entendido el N.C.P.P., en su artículo 269, inc., 1, al prescribir “*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*”.

entidad, para que esta informe si el certificado de trabajo que contiene información para con el inculpado, es veraz o no.

Ahora, un certificado de trabajo emitido por una persona natural, debe ser valorado con pinzas. Cuantas veces, nosotros como abogados, hemos anexado a nuestra defensa, certificados emitidos por personas naturales y muchas veces hemos visto a Jueces que le dan un mérito probatorio de veracidad alto, como algunos que ni le prestan atención. A modo de ejemplo, imaginemos que el abogado defensor trata de desvirtuar el peligro procesal, anexando un certificado emitido por una persona "X" la misma que da fe que la persona del inculpado labora como mototaxista para su persona. ¿Cómo valorar ello?

Creemos que este tipo de certificados emitidos por una persona natural, presenta o lleva ínsito una desconfianza para con el juzgador. Decimos ello, pues nada le costó al abogado, abordar a la persona "X" a que manifieste conocer a la persona del inculpado, y sostener que esta labora para aquella.

Considero que así como hay jueces, que le dan un mérito probatorio alto y así como existen quienes no le prestan la menor importancia, a nuestro entender este tipo de documentos deben ser valorados con absoluta reserva. Creemos que el Juez debe desplegar una mayor labor de investigación, en lo referente a corroborar el grado de veracidad de estos documentos. Esta labor lo puede hacer recurriendo a la Policía Nacional del Perú, la misma que en función a su labor de absoluta investigación, puede claramente colegir si dicho documento es veraz o no, como por ejemplo interrogando a vecinos, compañeros de trabajo o en su defecto llamando a la persona del supuesto empleador al proceso, a fin que este acredite haber expedido el certificado en cuestión, bajo apercibimiento de ser denunciado por uno de los delitos contra la impartición de justicia. Otro de los factores a evaluar sería la remuneración mensual que percibe mensualmente el inculpado, pues a menor remuneración obviamente se tiene que descartar el criterio del trabajo habitual (incluso me atrevo a pensar que este criterio debe ser seguido para los trabajos en empresas formales). Igualmente se debe valorar con reserva los memoriales que se presentan dentro del proceso, pues aquí el juzgador debe examinar de qué personas se trata, pues no es lo mismo un documento firmado por personas "amigas" del inculpado que no tienen incluso trabajo habitual, de personas, por ejemplo, con una profesión determinada las que dan fe conocer al procesado.

En ese sentido, los certificados de trabajo expedidos por personas naturales, así como los documentos que llevan firmas de personas que acreditan conocer al inculpado, debe ser analizado de distinta manera a los expedidos por personas jurídicas, pues – como vuelvo a repetir – aquellos llevan desde ya un alto grado de desconfianza.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

Siguiendo con el análisis del peligro de fuga, debo manifestar mi alejamiento, con el criterio seguido por el N.C.P.P., al prescribir que éste debe estar en función a “*la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento (...)*”^{17 18}.

Este criterio *puede ser* interpretado como una duplicidad con el inciso 1.b del artículo 268 del N.C.P.P, donde el legislador establece una “presunción legal de incomparecencia”¹⁹, entendiéndose como “a mayor pena esperada, mayor es el riesgo de evasión a la justicia del imputado”²⁰. Considero que debemos detenernos un momento, para dejar en claro este asunto y marcar nuestra postura personal.

El tema de la prognosis establecido en el artículo 268, inc., 1.b, está en función al tope penológico, que el legislador ha establecido, al momento de dictar una medida de prisión preventiva. Pero, ¿la prognosis debe ser valorada en función a qué presupuesto?

Al respecto Del RIO LABARTHE señala “(...) que la sanción a imponer en el proceso sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, criterio que debe ser siempre analizado desde la perspectiva del riesgo de fuga”²¹.

Esto significa que para Del RIO LABARTHE el presente criterio está en función al análisis cautelar - objetivo del propio magistrado intérprete, razonando de la siguiente manera: en caso sea condenado el inculpaado, este recibirá una pena superior a cuatro años, por ende, el inculpaado se sustraerá de la persecución penal; asimismo este pensador señala que este criterio debe ser valorado junto con otras circunstancias. A contrario sensu, el criterio de la gravedad de la pena, está en función ya no del magistrado intérprete, sino en relación a cómo la pena influirá en uno y otro inculpaado, en palabras de dicho pensador <<No se parte de una “presunción”, sino de la constatación de una determinada situación>>²². En otras palabras, el primer presupuesto presenta un análisis cautelar de aseguramiento del

¹⁷ Del mismo parecer es el profesor Arsenio ORÉ GUARDIA, quien, citando la Sentencia recaída en el expediente N° 010- 2002-AI/TC. F.J. N° 126) anota <<Justificar la medida de coerción sobre la base de la **gravedad de los hechos imputados**, supone atribuirle a ésta un carácter ajeno a su naturaleza cautelar. En este sentido, 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 la peligrosidad o a 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*>>. Ob., Cit. p. 13. Cursiva, negritas y comillas en el original.

¹⁸ Artículo 269 inc., 2 del N.C.P.P.

¹⁹ Cfr., IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, M., citado por **Del RIO LABARTHE**, Gonzalo, “*La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración*” en Actualidad Jurídica, edit., Gaceta Jurídica, Tomo 160, Marzo 2007, p. 160.

²⁰ **Del RIO LABARTHE**, Gonzalo, “*La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración*”, ob., cit., p. 160.

²¹ *Ibíd.*

²² **Del RIO LABARTHE**, ob., cit., p. 162. Comillas en el original.

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.

Si es de marcar una postura personal, en lo relacionado a este punto, debo mencionar que el tema de la prognosis, es un instituto jurídico procesal que no debe formar parte de los presupuestos de las medidas cautelares, puesto que estamos ante un residuo del sistema inquisitivo. Por ello es que me adhiero al pensamiento de BURGOS MARIÑOS, quien aboga por la supresión de este presupuesto, por atentar contra un principio rector que informa el debido proceso, como es la presunción de inocencia²³.

Pero ya que la prognosis forma parte de uno de los presupuestos del mandato de detención, esta debe ser interpretada, como un presupuesto propio y autónomo de las medidas cautelares, como el único que presenta una valoración *eminente cautelar* y que la misma debe estar – tal y conforme piensa Del RIO LABARTHE - en función al peligro procesal (peligro de fuga). Es decir, su valoración debe ir por el aseguramiento del inculpado al proceso. En ese sentido, los criterios de valoración radican en que el Juez debe evaluar el tipo de injusto, así como el elemento culpabilidad, pasando por los criterios de la determinación de la pena, hasta arribar a un *posible quantum* de la misma²⁴. Por lo que el tema de la prognosis como presupuesto eminentemente cautelar debe ser analizado en función al aseguramiento del inculpado al proceso, cotejándolo con el peligro de fuga. Sin embargo, pienso que otra arista que debe presentar la prognosis de pena, es que ella debe estar en función a la *gravedad de la pena que ha de esperarse*, pues si estamos hablando 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.

Lo que acabamos de exponer responde a la pregunta ¿qué sucede si desde el criterio de prognosis del Juez, este detecta una pena futura de seis años?. La respuesta es sencilla, esta debe ser confrontada con el segundo análisis objetivo que realiza el magistrado, vale decir, con el impacto que la pena acarreará en el futuro sentenciado. Así desde el punto de vista objetivo del magistrado puede que un sujeto que será –a futuro- condenado a seis años de pena privativa de la libertad, no le genere tanto impacto como para poder sustraerse de la ejecución penal.

²³ BURGOS MARIÑOS, Víctor “Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal” en “El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales”, ed., 1° era, edit., Palestra Editores, Lima, 2005, p. 67 – 68.

²⁴ El artículo 268 inc., 1.b del N.C.P.P no nos informa siquiera un criterio a tener en cuenta diferente al de la prognosis, lo cual considero un acierto porque no se puede mezclar temas de derecho penal sustantivo a temas cautelares. Lo que no sucede con el artículo 135 del C.P.P – 91, el mismo que con la modificatoria del 09.05.2006, introdujo a la prognosis los criterios de la habitualidad y de la sumatoria de penas (en concurso real), conformando un absurdo jurídico, pues a parte que los temas de habitualidad y reincidencia, son vestigios del Derecho penal de autor y parte de una cultura inquisitiva vulnerante de los Derechos fundamentales, en todo caso estos criterios de “penas probables” y “habitualidades”, en su defecto deben ser valoradas en el peligro procesal.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

En consecuencia, no comparto este criterio seguido por el N.C.P.P al haber separado la prognosis de pena y la gravedad de la misma, como dos formas de valoración distinta, pues considero que eso llevaría a razonamientos equívocos, contradictorios y sobre todo asistemáticos.²⁵

En lo estimado a “*la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él*”²⁶, este es otro criterio con el que no estoy de acuerdo. Admitir ello, es tratar de configurar criterios de índole *civil* a razonamientos eminentemente penales (sobre todo cautelares), decimos esto, en razón a que tácitamente el N.C.P.P., nos infiere que si un proceso penal lleva ínsito un daño patrimonial de ingentes cantidades, el mismo debe automáticamente configurar un peligro procesal, o lo que es lo mismo decir que *un daño económico puede cuestionar la libertad de un ser humano*. Entiendo la preocupación del legislador, en el sentido que un desmedido daño produce la inquietud que el sujeto fugue o se sustraiga de cualquier manera a la persecución penal, pues no va a tener cómo afrontar un pago reparatorio, en caso sea condenado; considero que este análisis más pasa por ámbitos civiles²⁷ que procesales penales, puesto que el tema cautelar como el peligro de fuga, no debe estar en función a cantidades de dinero, pues de ser así, debemos tener por admitido el peligro de fuga en un delito de hurto simple, donde la cantidad hurtada es de – supongamos – 10, 000 dólares, cuando la pena privativa de libertad es no menor de uno ni mayor de tres años. Pareciera –desde una interpretación teleológica - que la *importancia del daño resarcible* que pregonan el N.C.P.P debe tener relación directa con la prognosis de pena, pues debe haber *conformidad valorativa cautelar* en la prognosis de pena superior a los cuatro años y la importancia del daño a resarcir, pues no me cabe la idea que se configure un peligro de fuga por la ingente cantidad dañada, cuando la pena sea inferior a cuatro años. Pero si modificamos un poco el ejemplo, podemos notar la asistematización de este requisito, pues ¿qué sucede si se trata de un delito de daños, por la misma cantidad, donde la pena es no mayor a dos años. Como podemos advertir, el presupuesto de la *importancia del daño resarcible* no tiene fundamento académico²⁸.

²⁵ **EN CONTRA: Del RIO LABARTHE** Quien ha señalado “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” en **Del RIO LABARTHE**, ob., cit., p. 162.

²⁶ Artículo 269 inc., 6 del N.C.P.P.

²⁷ En ese mismo sentido **Del RIO LABARTHE**, quien señala “No es cierto que del daño resarcible se pueda interpretar un peligro de fuga, cuando la reparación civil por la comisión de un hecho delictivo puede solicitarse en la vía civil, y toda vez que para declarar fundada la demanda no es necesaria la presencia en juicio del demandado” “Al punto que incluso es posible condenarlo al pago de una reparación civil, cuando el procesado es absuelto o sobreseído (artículo 12.3 del N.C.P.P)”, ob., cit., p. 162.

²⁸ **EN CONTRA:** La sentencia recaía en el Expediente 7361 – 2005 – HC/TC. Lima. Caso **Jacqueline Antonieta Beltrán Ortega**, se señala “Cumplir con resarcir los daños ocasionados por el delito no constituye una obligación de orden civil, sino que es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal; en cuyo caso su incumplimiento sí puede legitimar la decisión de declarar improcedente la concesión del beneficio penitenciario, cuyo requisito de procedibilidad es precisamente el pago del íntegro del pago de la reparación civil. Esto es así porque el origen de la obligación de pago se afianza en el ámbito penal, sede en que se

Diferente es el criterio referido a *la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él*. Sin embargo, soy de la idea que en relación a este criterio, se debe valorar en sentido *positivo* dicha actitud, pues este es un criterio que sirve para disminuir el peligro procesal del mismo, pero nunca en el sentido negativo de la misma. Tiene razón Del RIO LABARTHE cuando anota "(...) Si el imputado adopta una posición activa para reparar el daño ocasionado, debe de interpretarse como un criterio que desincentiva el riesgo de huída, debe ser valorado como un elemento a favor en el análisis de su conducta procesal"²⁹, continúa el autor << (...) 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 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"³⁰.

En consecuencia, considero que *la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él*, es un criterio con el que coincido en parte a la hora de valorar el peligro procesal, siendo precisamente la parte referida a *la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él* la que se condice con los razonamientos propios de las medidas cautelares de naturaleza personal.

Finalmente, en lo referente al ocultamiento del inculpado de sus bienes, este criterio debe estar en función a la cantidad de bienes que el mismo tenga como parte de su patrimonio, puesto que no podemos valorar similarmente a un inculpado con bienes patrimoniales, que a un procesado con algún o ningún bien. El déficit en la labor de investigación del Juez, que a manera de costumbre se ha hecho, es que el Juez se conforma con oficiar a las distintas entidades financieras, así como a Registros Públicos, a fin que estas informen sobre la situación económica del inculpado. Parece irrisorio ello, pues todos sabemos que en nuestro país, lamentablemente la mayoría de habitantes viven subsumidos en la cultura de la informalidad, donde las compras – ventas o "negocios jurídicos" que celebran las personas, en muchas oportunidades quedan a nivel de documentos privados, y en otras en meros acuerdos verbales. Entonces, investigar de esa manera los bienes de un procesado es desde mi modesto punto de vista, una gran y grosera pérdida de tiempo por parte del Juzgador. Considero que en este tipo de casos, se debe analizar a la persona del inculpado en función a sus ingresos económicos, ya que no será lo mismo la valoración que se haga de un empresario o persona dedicada a negocios formales y de grandes cantidades de ingresos, que una persona dedicada a labores esporádicas. Aquí es fácil presumir que uno tendrá sus bienes resguardados por la seguridad registral que le ofrece el Estado y/o entidades financieras privadas; y el otro lamentablemente, -seguidor de la cultura de la informalidad- tendrá uno que otro bien, de manera informal. En ambos casos, si se sigue una eficiente labor de investigación por parte del Juez, fácilmente se puede conseguir futuros pagos reparatorios con los bienes propios del inculpado y con la

condenó a la beneficiaria imponiéndole como condena el reparar el daño ocasionado por el delito. En "*Medidas privativas de libertad*", ob., cit., p. 365.

²⁹ Del RIO LABARTHE, ob., cit., p. 162.

³⁰ *Ibíd.* Comillas en el original.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

subsecuente satisfacción del o los agraviados. Pero como vuelvo a repetir es cuestión de una eficiente investigación.

III.- CRITERIOS QUE NO DEBEN CONSIDERARSE AL MOMENTO DE VALORAR EL PELIGRO PROCESAL

3.1.- En función a los antecedentes penales que presenta el inculpado

Cuántas sentencias de magistrados – de primera instancia sobre todo – han esbozado, que el peligro procesal, debe estar en función a los antecedentes penales del inculpado. Desde mi óptica considero un craso error la presente argumentación, pues ello sería desconocer cientos de años referidos a la teoría de la pena.

Como todos sabemos la teoría de la pena, ha tenido que pasar todo un estadio dogmático, para llevar a conceptualizarla tal y conforme la conocemos ahora. Es decir, no ha sido de la noche a la mañana lo que hoy nos informan sus teorías. No, todo fue producto de un paciente desarrollo que se fue perfeccionando, conforme fueron apareciendo uno u otro pensador o escuela.

Así, hoy la pena no puede ser concebida como una retribución, menos como un fin en sí misma o como parte de la negación del delito y la concerniente restitución del Derecho vulnerado. Hoy la pena es concebida en función a fines, fines que están dirigidos no sólo a la colectividad, sino también que están dirigidos al propio inculpado sentenciado³¹.

Efectivamente, a partir de aquellos fines que presenta la pena, están los preventivos especiales, los cuales están dirigidos a la persona del sentenciado, y que llevan ínsitos el anhelo estatal basado en los ya conocidos prefijos “re”. Lamentablemente, en nuestro país este tipo de anhelo aún no haya materialización, y ello no tiene en absoluto que ver con las ciencias penales, creo que este fracaso más lleva impregnado la mano humana, o el factor humano, el mismo que directamente obstaculiza este tipo de anhelo. Pero, al fin y al cabo estamos ante fines que no debemos desconocer y que por ende, debemos respetar y ceñirnos a ellos.

Ilustrativa es la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, cuando señala “:

“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

³¹ Vide **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús María, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, edit., Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1992, pp. 179 – ss. **PRADO SALDARRIAGA**, Víctor, “Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú”, ed., 1º era, edit., Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Setiembre, 2000, pp. 13 – 40.

negar el Derecho de rehabilitación y reinserción en la sociedad del individuo que ha delinquido, 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 nom* 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 reincidencia de quien, encontrándose en calidad de procesado, antes tuvo la condición de condenado por idéntico o diferente delito”³².

Considero acertada esta sentencia, en razón que respeta los fines preventivos especiales de la pena, por ello, considero un error que los magistrados, tengan a manera de “norma” que si un procesado tiene antecedentes penales, el peligro procesal sigue latente.

3.2.- A las manifestaciones contradictorias, mentirosas o silencios del inculpado

Uno de los Derechos más importantes del inculpado dentro de un proceso penal, es el Derecho a la defensa³³. 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, no siendo necesaria la presencia de la defensa técnica, ejercida por un letrado. Por lógica consecuencia, este Derecho puede ser vulnerado no sólo por el Estado, a través de sus órganos de control social, sino también por el propio abogado defensor del inculpado³⁴.

En efecto, el Derecho a la defensa será ejercido directamente por el propio imputado, cuando este preste su libre *declaración*, por lo que coincido con BINDER cuando señala “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

³² Expediente N° 1126 – 2004 – HC/TC. LIMA. Caso Vladimir Carlos Villanueva, en **ÁVALOS RODRÍGUEZ**, Constante / **ROBLES BRICEÑO**, Mery, ob., cit., p. 403.

³³ Así, **BINDER**, Alberto M, “*Introducción al derecho procesal penal*”, ed., 1° era, edit., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, Abril, 1993, pp. 151., señala “El derecho a la defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho a la defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho a la defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal”.

³⁴ Por ejemplo tenemos los casos donde la defensa actual del ex presidente Alberto Fujimori, ha entablado sendas nulidades procesales en sus causas tramitadas en el Perú, ello producto a que al abogado designado por el Estado, no entabló recurso y/o defensa alguna a favor de su patrocinado.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

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”³⁵.

Asimismo, todos sabemos que el titular de la acción penal es el Ministerio Público, el mismo que está del lado puesto a la defensa, y tiene a la vez la facultad, para ofrecer, generar, aportar, producir material probatorio, que avale su tesis que este le ha imputado a un procesado. Así es que como se configura esta dialéctica procesal adversarial.

Siguiendo estos razonamientos, podemos entonces esgrimir que en virtud al Derecho a la defensa y sobre todo al *principio de no incriminación* – 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, quien demostrará que las declaraciones prestadas por el inculpado, son mentiras 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 testigos³⁶.

3.3.- Referentes a la pena conminada para el delito materia de investigación

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 alta, el procesado irremediabilmente eludirá la persecución penal y por ende, se sustraerá de la misma.

Considero que un razonamiento como el descrito, no hace sino vulnerar dos cosas; 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 penal.

³⁵ **BINDER**, Alberto M, “*Introducción al derecho procesal penal*”, ob., cit., p. 153.

³⁶ Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, pues en la Sentencia recaída en el expediente N° 0376 – 2003 – HC/TC. Lima. Caso **Laura Cecilia Bozzo Rotondo**, señala “Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a lo incriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un 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 (...)” en **ÁVALOS RODRÍGUEZ**, Constante / **ROBLES BRICEÑO**, Mery, ob., cit., p. 245. En el mismo sentido el profesor Caroca Pérez, Alex, citado por **ALCÓCER POVIS**, ob., cit., p. 158, quien señala “no es que el inculpado tenga un derecho a mentir sino que tiene el derecho a declarar, entendido como autodefensa, y donde siempre la parte hará valer sus puntos de vista; si es verdadero o falso lo que introduce al proceso, ello será establecido al final del proceso (...) existe una inmunidad para el declarante de que su declaración, si resulta falsa, no le acarreará responsabilidad penal ya que se hizo en el ejercicio legítimo de su derecho a la defensa”.

Decimos ello, pues 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. Esto para nosotros significa que el inculpado no es sujeto del proceso, sino un objeto, una cosa del mismo. Además, el criterio de la pena conminada no tiene en absoluto ápices de valoración, pues aquí el “análisis” se hace de una manera unilateral, desde el punto de vista del castigo estatal, sin siquiera valorar la persona del procesado. Además, esto traería una consecuencia funesta, la misma que estaría dada en que todo delito que amerite una pena máxima fuerte, el inculpado detenido, no tendría forma de recuperar su libertad, sino mediante una sentencia absolutoria.

Finalmente, basarse en criterios de penas conminadas, atenta contra el principio de presunción de inocencia, puesto que el mismo requiere de una suficiencia probatoria de la parte acusadora, que resquebraje o destruya aquella cápsula que cubre al inculpado desde el momento en que este es investigado por el Estado; por ende, si la prueba no logra conseguir los objetivos descritos en líneas arriba, irremediablemente la presunción de inocencia se hace más pétrea y sólida, logrando una absolución del inculpado de los cargos formulados.

3.4.- Respecto a la reincidencia y habitualidad del inculpado

Como todos sabemos con fecha 09.05.2006, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley 28726, la misma que incorporó los artículos 46-B (reincidencia) y 46- C (habitualidad). Se considera reincidente “El que después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de la libertad, incurre en nuevo delito doloso (...)”³⁷, y se entiende por habitual “Si el agente 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. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante (...)”³⁸, asimismo esa misma Ley afectó en lo que a habitualidad se refiere el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991.

No haremos un análisis *in extenso* de estas figuras, sino brevemente haré una valoración en lo que a su legitimidad se refiere.

Ya la exposición de motivos de nuestro Código Penal vigente, expedido por el Decreto Legislativo 635 promulgado el 03.03.1991 y publicado el 08.04.1991, las figuras en comento recibieron el siguiente tratamiento “(...)Hoy no resultan 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

³⁷ Texto del Artículo 46-B del Código Penal vigente, modificado por la Ley 28726.

³⁸ Texto del Artículo 46-C del Código Penal vigente, modificado por la Ley 28726.

Criterios valorativos referentes al peligro procesal

consecuencias penales ya han sido satisfecho conlleva una violación del principio *non bis idem* (...)”³⁹.

Al respecto el profesor ORÉ GUARDIA señala “(...) una vieja figura incluida ya en el artículo 10 del Código Penal de 1863 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 estipula en el artículo 4 del Decreto Legislativo 921 (el Decreto Ley 25475 también la regulaba)”⁴⁰.

Creemos que el peligro procesal, por ser un elemento de las medidas cautelares, no puede ser valorado teniendo como indicadores a estas figuras. Decimos esto, pues su constitucionalidad de aquellas es muy discutida, en razón a que el peligro de fuga no puede presumirse por hechos que el sujeto agente haya cometido con anterioridad. De ser así, significaría aplicar una ultractividad de las secuelas de un hecho punible a temas eminentemente cautelares; por ende, y desde mi modesto criterio, esta figura vulnera principios constitucionales como el de *non bis in idem*, culpabilidad, proporcionalidad, fines de la pena (prevención general y especial), y sobre todo el de presunción de inocencia. Asimismo podemos decir que estas figuras –sobre todo la reincidencia- trata por igual al reincidente que ya cumplió condena de quien no lo ha hecho aún. En conclusión, no podemos sostener un elemento de las medidas cautelares personales, en figuras de dudosa constitucionalidad.

³⁹ Exposición de Motivos del Código Penal Vigente.

⁴⁰ **ORÉ GUARDIA** Arsenio, *Ob., Cit.* P.13.