



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**TESIS:**

“Hacia un estándar objetivo del fumus comissi delicti en la prisión  
preventiva”

**Autor:**

**Bach. Martínez De la cruz, Raúl**

**Asesor:**

**Dr. Hernández Rengifo, Freddy Widmar**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Lambayeque, 2021.**

Tesis denominada “Hacia un estándar objetivo del fumus comissi delicti en la prisión preventiva”, presentada para optar el **TÍTULO DE ABOGADO, por: RAÚL MARTÍNEZ DE LA CRUZ.**

-----  
Bach. Martínez De la cruz, Raúl  
**Autor**

-----  
Dr. Hernández Rengifo, Freddy  
**W.**

**Aprobada por los catedráticos:**

-----  
Abog. Martínez Oblitas, Carlos M.  
**Presidente**

-----  
Mag. Cevallos de Barrenechea,  
Carlos M. A.  
**Secretario**

-----  
Mag. Delgado Paredes, Francisco S.  
**Vocal**

*Para aquellos que dieron luz a mi vida, mis padres;  
para mis hermanos y aquellos seres que me ayudaron  
a transitar por el camino académico.*

*Para los me brindaron un granito de arena y me  
dieron las ansias de caminar a la cima.*

*A Eithan Jared*

### **Agradecimiento**

A mi madre por su abnegable amor y por el esfuerzo brindado en el interin del pre grado, a mis hermanos y padre también. A los maestros que me enseñaron a dar los primeros pasos por el derecho y que ya no están, a los grandes maestros que me inspiran con el re-pensamiento de las instituciones penales y procesales.

Y un sincero agradecimiento al maestro y asesor de la presente tesis.

## INDICE

<i>Agradecimiento</i> .....	<b>4</b>
<i>INDICE</i> .....	<b>5</b>
<i>RESUMEN</i> .....	<b>10</b>
<i>ABSTRACT</i> .....	<b>10</b>
<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	<b>12</b>
<i>CAP. I: ASPECTOS METODOLÓGICOS</i> .....	<b>15</b>
<b>1. Realidad problemática</b> .....	<b>16</b>
1.1. Planteamiento del problema .....	16
1.2. Formulación del problema.....	18
<b>2. Justificación e importancia del estudio</b> .....	<b>18</b>
2.1. Justificación del estudio .....	18
2.2. Importancia.....	19
<b>3. OBJETIVOS</b> .....	<b>20</b>
3.1. Objetivo general .....	20
3.2. Objetivos específicos.....	20
<b>4. HIPÓTESIS</b> .....	<b>20</b>
<b>5. VARIABLES</b> .....	<b>20</b>
5.1. Variable independiente: .....	20
5.2. Variable dependiente: .....	21
<b>6. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos</b> .....	<b>21</b>
6.1. Métodos .....	21
6.1.1. Métodos generales.....	21
6.1.2. Métodos específicos.....	21
6.2. Técnicas .....	22
<i>CAP. II: MARCO CONCEPTUAL</i> .....	<b>23</b>
<i>PARTE I: PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL</i> .....	<b>24</b>
<b>1. Preámbulo a esta sección</b> .....	<b>24</b>
<b>2. Fundamento constitucional</b> .....	<b>27</b>
2.1. Legalidad.....	28
2.2. Proporcionalidad .....	29
a) Idoneidad.....	30
b) Necesidad.....	32
c) Proporcionalidad en sentido estricto .....	32
2.3. Motivación.....	33
2.4. La naturaleza cautelar .....	37
2.4.1. El carácter instrumental .....	38
2.4.2. Provisionalidad. ....	38

2.5.	Jurisdiccionalidad .....	39
<b>3.</b>	<b>PRISIÓN PREVENTIVA .....</b>	<b>40</b>
3.1.	Concepto.....	40
3.2.	Funciones.....	41
3.3.	Presupuestos .....	41
3.3.1.	Presupuestos procesales .....	42
a)	Fumus delicti comissi .....	42
b)	Periculum in mora .....	42
c)	Prognosis de pena.....	44
3.3.2.	Presupuestos formales .....	45
a)	Respecto a la proporcionalidad.....	46
b)	Plazo de la medida .....	46
<b>PARTE II: EL DELITO ANALIZADO DESDE SUS CATEGORIAS-NIVELES DE IMPUTACIÓN.....</b>		<b>47</b>
<b>I.</b>	<b>DELITO Y LA PRECAUTORIA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....</b>	<b>48</b>
1.	LA TRASCENDENCIA DE LAS CATEGORIAS DEL DELITO EN LO PROCESAL CAUTELAR DE PRISION PREVENTIVA .....	48
2.	TEORIA DEL DELITO.....	49
3.	EL DELITO.....	50
3.1.	Niveles de imputación penal .....	50
1)	Acción .....	51
1.1.	Supuesto de ausencia de acción .....	52
a)	Fuerza física irresistible .....	52
b)	Movimientos reflejos .....	53
c)	Estados de inconciencia .....	54
2)	TIPO Y TIPICIDAD.....	54
2.1.	El tipo objetivo: .....	54
a)	Elementos referentes al autor .....	55
b)	Elementos referidos conducta .....	55
c)	Elementos concomitantes:.....	55
1)	Causalidad e imputación objetiva.....	56
2.2.	El tipo subjetivo .....	56
a)	Error de tipo por falta del elemento cognitivo del tipo .....	57
3)	Antijuricidad .....	57
3.1.	De las causas de justificación en general .....	58
1)	Legítima defensa.....	58
1.1)	Requisitos para su configuración: .....	58
a)	La ilegitimidad de la agresión.....	58
b)	Falta de provocación suficiente .....	60
c)	La necesidad de la defensa .....	61
➤	Idónea .....	61
➤	Medio más benigno.....	61
	¿En qué momento debe evaluarse la necesidad de la defensa? .....	62
	Límites de su ejercicio .....	62
3.2.	EL CONSENTIMIENTO .....	63

3.2.1.	Requisitos para su efectividad .....	63
a)	Bien jurídico disponible .....	63
b)	Sujeto legitimado para la disposición .....	64
c)	Capacidad de consentimiento .....	64
3.3.	ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE .....	64
3.3.1.	PERMISIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	64
a)	Ejercicio regular de un derecho .....	64
	Derecho de corrección .....	65
b)	Ejercicio legítimo de un cargo u oficio .....	65
c)	El cumplimiento de un deber .....	66
3.4.	ABEDIENCIA DEBIDA .....	66
a)	Requisitos .....	66
1)	El carácter obligatorio de la orden .....	67
2)	Orden emitida por una autoridad competente .....	67
3)	Dimanada del ejercicio de sus funciones .....	67
4)	CULPABILIDAD .....	67
4.1.	Sus presupuestos .....	67
a)	Imputabilidad .....	68
b)	Conocimiento del injusto .....	68
c)	Exigibilidad de otra conducta .....	69
4.2.	Supuestos de ausencia de culpabilidad .....	69
4.2.1.	<i>Causales de exclusión de la culpabilidad</i> .....	69
a)	Inimputabilidad .....	69
b)	Supuestos de inimputabilidad .....	70
a.	Minoría de edad .....	70
b.	Anomalía psíquica .....	70
c.	Grave alteración de la conciencia .....	70
d.	Alteraciones de la percepción .....	71
4.3.	<i>Error de prohibición</i> .....	71
5.	Casos inexigibilidad (Causas de exculpación) .....	72
5.1.	Supuestos .....	72
5.1.1.	Estado de necesidad disculpante o exculpante .....	72
5.1.1.1.	Requisitos para su configuración .....	72
1.	Situación de necesidad .....	72
2.	Acción necesaria .....	73
3.	Personas beneficiarias .....	73
6.	Miedo insuperable .....	73
5)	PUNIBILIDAD .....	73
<b>PARTE IV. ESTRUCTURA DEL FUMUS COMISSI DILICTI Y SU</b>		
<b>ESTANDAR .....</b>		<b>74</b>
1.	<b>¿QUE ES UN ESTÁNDAR? .....</b>	<b>75</b>
2.	<b>DE LA ESTRUCTURA DEL PRIMER PRESUPUESTO .....</b>	<b>77</b>
2.1.	Sobre la apariencia de un hecho con carácter delictivo .....	77
a)	El hecho .....	77

Hecho jurídicamente relevante: .....	78
Hechos y enunciados.....	79
b) El carácter delictivo.....	80
2.2. Imputación a título de autoría o participación .....	82
2.3. APARIENCIA DEL DELITO .....	83
2.3.1. Cuestiones a considerar.....	83
a) Sobre el objeto del proceso y la verdad .....	83
b) <b>QUE SE DEBE ENTENDER POR PROBABILIDAD O VEROSIMILITUD</b> 84	
c) La relación entre probabilidad y verdad, certeza .....	85
1. Sobre la certeza.....	86
2. Sobre la verdad .....	86
3. Sobre la probabilidad.....	87
d) <b>LA VEROSIMILITUD Y LA PROBABILIDAD EN EL PROCESO CAUTELAR.</b> .....	88
1. Los tipos de probabilidad .....	89
1.1. Probabilidad cuantitativa (pascualina) .....	89
1.1.1. Objetiva .....	89
1.1.2. Subjetivo .....	89
1.2. Probabilidad cualitativa (baconiana) .....	90
2. LA CONFIRMACIÓN DE HIPÓTESIS .....	91
a) Formulación de la hipótesis respecto al hecho delictivo.....	92
b) Individualización analítica de las pruebas .....	93
c) Procedimiento de comprobación o aceptabilidad de una hipótesis.....	95
1) Requisitos de confirmación .....	95
d) La elección de la hipótesis.....	96
3. EL ESTANDAR DE LA PRISIÓN CAUTELAR- OBJETIVO O SUBJETIVO .....	97
3.1. QUÉ GRADO DE PROBABILIDAD SE REQUIERE EN LA PP .....	102
4. EL PRIMER PRESUPUESTO EN LOS CÓDIGOS EXTRANJEROS.....	105
4.1. En Bolivia.....	105
4.2. En Chile.....	105
4.3. En Colombia .....	106
4.4. En Brasil.....	107
4.5. Ecuador .....	107
4.6. En Costa Rica .....	107
4.7. Nicaragua.....	108
<b>CAP. III. ANÁLISIS Y RESULTADOS .....</b>	<b>110</b>
1. ANÁLISIS DE PRONUNCIAMIENTOS REFERENTES A LA PP .....	111
a) DEL ANÁLISIS CASACIONES Y PLENARIOS EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE.....	111
CUADRO 1:.....	111
SE REQUIERE QUE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN GUARDEN .....	111
CUADRO 2:.....	113
SE REQUIERE QUE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN TENGAN FIABILIDAD .....	113
CUADRO 3:.....	114

CUADRO 4 .....	115
<b>QUE SE ENTIENDE POR PROBABILIDAD</b> .....	115
CUADRO 5 .....	116
<b>CUÁL ES EL POSIBLE ESTÁNDAR PARA DICTAR LA CAUTELAR DE PRISIÓN</b> .....	116
CUADRO 6 .....	118
<b>SE EVALÚA ALGUNA DE LAS CATEGORÍAS DEL DELITO</b> .....	118
CUADRO 7 .....	119
<b>QUE CATEGORÍA DEL DELITO SE ANALIZA</b> .....	119
b) Discusión de resultados .....	121
<b>CAP. IV. VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	<b>124</b>
<b>1. ANÁLISIS REFERENCIA A LOS OBJETIVOS</b> .....	<b>125</b>
1) Respecto al objetivo específico: Analizar la PP como medida cautelar. ....	125
2) Respecto al objetivo específico: La teoría del delito desde sus categorías. ....	125
3) Respecto al objetivo: Analizar la estructura del <i>fumus comissi delicti</i> y su estándar	126
<b>2. Contrastación de la hipótesis planteada</b> .....	<b>127</b>
Hipótesis concluyente: .....	128
<b>3. PROPUESTA DE UN MODELO TEÓRICO</b> .....	<b>128</b>
A) El estándar del <i>fumus comissi delicti</i> .....	129
B) Criterios objetivos, que el juez deberá verificar: .....	129
I) La presencia de una hipótesis adecuada, .....	129
1) <i>debe estar formulada sobre un hecho jurídico-penalmente relevante</i> , .....	129
2) La hipótesis debe estar fundada en los medios de prueba o las pruebas (preconstituida, anticipada), .....	130
3) La hipótesis deberá ser contrastada empíricamente en base a los elementos existentes (medios probatorios, pruebas).....	130
II) Individualización atómica de los medios de prueba, pruebas ( <i>traslada, preconstituida, anticipada</i> ),.....	131
III) Procedimiento para comprobar la aceptabilidad de la hipótesis: .....	131
IV) Elección de la hipótesis:.....	131
<b>II. CONCLUSIONES</b> .....	<b>133</b>
<b>III. RECOMENDACIONES</b> .....	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>137</b>

## RESUMEN

La presente investigación plantea, para afirmar que se está ante un estándar del *fumus comissi delicti*, se requiere un determinado grado de probabilidad, uno de alta probabilidad del injusto penal de intervención delictual y del injusto penal delictual, pero entendiendo por probabilidad, no a la mayor existencia de elementos positivos que los negativos, sino como el grado de corroboración a partir de los elementos existentes y de soporte de una hipótesis (concebida desde la perspectiva de la probabilidad inductiva). Para ello se deberá concatenar criterios objetivos, como los siguientes: 1) La correcta formulación de hipótesis de atribución de un *factum delictivo* de un hecho jurídico-penalmente relevante, 2) La verificación si la hipótesis está suficientemente justificada, 3) La elección de la hipótesis que mejor justifique la intervención delictual o autoría (no la certeza). Acotando, los criterios del “ser” no son exclusivos en la determinación de la prueba y su valoración, sino que es necesario la concatenación con los criterios del “deber ser”, dado que las instituciones jurídico penales se construyen a partir de este último, por lo que es necesario conocer las categorías de imputación y la dogmática.

## ABSTRACT

This research proposes that to affirm that a standard of *fumus comissi delicti* is being faced, a certain degree of probability is required, one of high probability of the “unfair criminal”<sup>1</sup> of delictual intervention and the “unjust criminal” delictual, but understanding by probability, not to the greater existence of positive elements than negative ones, but as the degree of corroboration from the existing elements and support of a hypothesis (conceived from the perspective of inductive probability). For this, objective criteria must be concatenated, such as the following: 1) The correct formulation of hypotheses of attribution of a criminal factum of a legally-criminally relevant fact, 2) Verification if the hypothesis is sufficiently justified, 3) The choice of the hypothesis that better justifies the criminal intervention or authorship (not the certainty). In addition, the criteria of "being" are not exclusive

---

<sup>1</sup> Generated translation of the name "INJUSTO PENAL" well known in the Civil Law System.

in determining the evidence and its assessment, but rather it is necessary to link it with the criteria of "should be", since criminal legal institutions are built from the latter, so it is necessary to know the categories of imputation and dogmatics.

## INTRODUCCIÓN

El Estado garantiza a sus ciudadanos el goce y disfrute de la libertad, pero no una libertad ilimitada, sino una reglada, y por tanto con límites. Frente a la rotura de esquema de reglas, el leviatán reacciona de distintas maneras, mediante multas, denegación de permisos, afectación al patrimonio, etc., y también acepta en algunas situaciones el sacrificio de sus siervos para garantizar la paz y por tanto el derecho, por ejemplo, la legítima defensa, entre otros. Tal como decía Isaiah Berlin, es necesario el sacrificio de algunos rebaños para que sobrevivan los lobos. Y, asimismo, en el proceso también es necesario afectar algunos derechos para garantizar que el derecho consiga su objetivo y por tanto esté vigente. En ese sentido, en el rubro procesal para garantizar que el derecho penal material se realice en algunas situaciones es necesario hacer uso de medidas precautorias, lo que implica restricciones adelantadas a los bienes jurídicos valiosos. Es así, la cautelar preventiva, interviene en la libertad sin la dictación de una condena, la cual es adoptada no solo por su utilidad sino más bien por su necesidad en base a criterios razonables de justificación. Su adopción y reacción del leviatán frente al *periculum libertatis*, está si el individuo permanece en libertad causaría una grave afectación irreparable en caso de la destrucción de pruebas, o en todo caso se fugaría, dificultando así la celebración del juicio en el tribunal llegado el momento. Pero no se trata de adoptar ésta medida en cualquier tiempo y circunstancia, sino cuando la necesidad lo requiera. Ante, esto surge la cuestión de establecer cuando está justificado su adopción, si existen criterios objetivos que orienten al juez a tomar su decisión, esto conlleva al asunto de los estándares de las medidas precautorias.

En esta investigación no se habla del estándar holístico de la cautelar privativa como criterio para su concesión, sino se trata de establecer un estándar referente al *fumus comissi delicti*, es decir al primer requisito. Al respecto, existen diferentes nociones sobre el grado de conocimiento que se debe obtener para dictar la prisión

preventiva, de tal manera algunos autores hablan sobre la verosimilitud o probabilidad de la existencia del hecho delictivo.

La Corte Suprema, ha fijado, se requiere de sospecha grave y fundada para su dictación, sin embargo, no ha establecido cómo llegar a ese conocimiento, cómo examinar los elementos de prueba (mal llamados elementos de convicción), dado que basarse en grados de sospecha es bastante subjetivo. Sumado a ello, los tribunales penales no se han puesto de acuerdo si para dictar una cautelar, la verificación de las categorías del delito debe o no estar exentas de aquellos elementos que eliminan sea la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, si bien esta cuestión se ha abordado en el plenario 1-2019, pero no ha dado una respuesta contundente, por ejemplo, en qué medida debería discutirse la cuestiones que eliminan la tipicidad o las demás categorías del delito, si esta es sustentada por la defensa. Estando a ello, en la presente tesis, se trata de proporcionar criterios racionales para adoptar una decisión objetiva en la tutela cautelar (es decir se busca establecer un estándar en especial en cuanto a la suplencia del primer elemento).

Con la finalidad de postular nuestra proposición, en la parte I referido a la prisión preventiva como providencia cautelar, se esclarecen una serie de conceptos, como que es lo que concibe por motivación, al respecto hacemos referencia que este término es excesivamente indeterminado e indefinido, por lo que deberá utilizarse el término de justificación, porque involucra dar razones de una decisión; así mismo se habla de legalidad lo que implica no solo el cumplimiento una serie de requisitos legales, sino que también deberá responder a criterios constitucionales y convenciones de derechos humanos. Así también, se explica, el término jurisdiccionalidad al que deberá concatenarse con garantías como independencia, defensa eficaz, publicidad, proporcionalidad, contradicción entre otros. En la parte II referido al análisis del delito desde sus categorías-niveles de imputación, se explica con la finalidad de concebir cuando una conducta configura un injusto culpable, ya que solo un hecho jurídico-penalmente relevante genera consecuencias jurídicas. En la parte II, concerniente, al estándar del *fumus comissi delicti*, se

explica desde un aspecto doctrinario que es un estándar, del mismo modo se estudia la estructura del *fumus commissi delicti*, se diferencia un hecho de la naturaleza y los hechos jurídico-penalmente relevantes, hechos de enunciados, se explica si el término de apariencia del delito resulta satisfactorio en la cautelar, para ello se diferencian conceptos como verdad y certeza, probabilidad y verosimilitud, especialmente se desarrolla la noción que la verdad es objetiva no depende del sujeto, en cambio la certeza es algo interno al sujeto (Taruffo), así también probabilidad se diferencia de verosimilitud porque éste último significa lo que normalmente ocurre, en cambio la probabilidad hace alusión al grado de justificación a partir de los medios de prueba. También se desarrolla de manera breve criterios que orientan para a establecer cómo llegar a un determinado estándar, en este caso se adopta el de alta probabilidad, para ello se señala los siguientes criterios como: la formulación de una hipótesis de un hecho delictivo, la individualización analítica de las pruebas, procedimiento para aceptar una hipótesis, como elegir una hipótesis, y por último en este título se hace referencia de manera breve la regulación del primer presupuesto en el derecho comparado, en el Título IV, se realiza el análisis y se explica los resultados obtenidos, se plantea el modelo teórico y propuesta de *lege ferenda* a efectos de incluir el término probabilidad respecto a la existencia del delito y su vinculación a partir de los elementos de convicción.

## **CAP. I: ASPECTOS METODOLÓGICOS**

## 1. Realidad problemática

### 1.1. Planteamiento del problema

La imposición de la prisión preventiva es y será la más “grave injerencia en la libertad” (ROXIN, 2000, pág. 250) de un ser humano en el ínterin de un proceso. Su aplicación solamente será justificada cuando la necesidad lo requiera y cuando a partir de datos epistemológicos se llegue a justificar la existencia de su primer elemento, el cual permita inferir razonadamente una condena futura, al mismo tiempo de una estimación racional se establezca la existencia de un peligro existencial deducible a partir de algún elemento que comunique ello. Resaltando, la existencia del primer elemento es imprescindible para la existencia de la medida, pero no es determinante para su dictación, en tanto es necesario la presencia de los peligros (*periculum libertatis*).

El *código* Procesal Penal vigente establece una serie de requisitos y de estos aquí se pretende estudiar es el referido a lo que comúnmente se denomina el *fumus comissi delicti*, es decir su primer presupuesto. Lo que se trata es de pretender crear lineamientos generales y objetivos para que el juez en sus decisiones establezca, cuando está justificado el primer elemento. O, a partir de qué grado de justificación es necesario tener por cumplido el primer presupuesto y por ende pasar a evaluar los peligros procesales. Si se revisa la jurisprudencia, la Suprema a postulado se requiere “la sospecha grave y fundada” para que se dicte una cautelar de PP. Ante ello se levanta las voces cómo establecerlo, cómo sé que estoy ante tal sospecha, cuál es ese algoritmo que me indique que estoy en esa gradación postulada por la Suprema. La Corte al hablar de “sospechas” hace que el primer presupuesto depende netamente de convencimientos internos, dado que las sospechas no se pueden sopesar en sí, sino esto depende de la imaginación, porque lo que es grave para uno no necesariamente será grave para el otro, incluso lo que es leve para alguien puede ser muy grave para el otro. Y, por cierto, hablar de sospechas es bastante ambiguo no existen conocimientos

científicos que postulen la existencia de tales sospechas postuladas por la Suprema y tampoco como medirlos.

Si bien se ha postulado el supuesto estándar por la Suprema, pero ha dejado muchas cosas atrás, como por ejemplo, si es necesario verificar la presencia de las categorías del delito respecto al primer elemento, parecería en su último plenario el mismo que no es vinculante haber sellado tal cuestión, pero la respuesta es no, no ha dado las razones y justificaciones porque es necesario que un hecho circunscripto pertenezca al injusto culpable y en qué medida es necesario constatarlo en el caso de la cautelar de PP.

Si remamos en torno a las sospechas, al juez se le deja decidir en la mayoría decisiones en base a criterios subjetivos, porque la sospecha es esencialmente psíquica que pertenece a lo interno del juzgador, y por tanto convirtiendo a ésta medida en arbitraria e irracional, porque las decisiones en el proceso penal no se deciden teniendo en cuenta el grado de creencia del juez, sino en atención a las justificaciones, verificaciones, corroboraciones de elementos externos al tribunal, y por qué los hechos son producidos por conductas atribuibles a un sujeto. Asimismo, la existencia o no del primer elemento no puede depender de lo interno del juez, sino a partir de elementos objetivos que comuniquen aquello, de la justificación de una hipótesis.

Para llegar a un estándar o para darle por cumplido, es necesario, ciertos criterios objetivos y cuál ese estándar. Para ello es necesario dejar de manera unidimensional que criterios deben satisfacerse y que medida, si bien la Corte establece que el *factum* atribuido o atribuible tiene que tener las características de injusto culpable más la punibilidad (véase fj.27, plenario 1-2019). No obstante, no establece en qué medida debe discutirse si la defensa de un imputado plantea algunas cuestiones que eliminan algunas categorías del delito, y como se ha precisado *supra*, tampoco brinda lineamientos y el cómo arribar al supuesto estándar diseñado bajo el *nomen iuris* de sospecha grave y fundada.

Estando a lo anterior, surge la necesidad de buscar criterios objetivos como cuál es ese supuesto estándar y sus lineamientos para llegar a ella, los cuales no deberán depender de sospechas sino de justificaciones externas y objetivas.

## **1.2. Formulación del problema.**

¿En el proceso penal es viable establecer un estándar objetivo del *fumus commissi delicti* a fin de imponer la prisión preventiva?

## **2. Justificación e importancia del estudio.**

### **2.1. Justificación del estudio**

Las decisiones en los Estados Democráticos deberán tener cierta correlación y direccionamiento con los derechos, en mayor sentido cuando las decisiones emanan las jurisdicciones penales. Teniendo en cuenta la grave incidencia en los derechos de las personas una simple decisión por más justa que sea siempre genera incidencia, entonces mayor será la gravedad de los daños que se puede causar con una decisión arbitraria que se dicta sólo para satisfacer la sed de justicia de la población.

En tanto, en un proceso penal donde se respetan los derechos y las libertades, las decisiones estarán encaminadas siempre en busca de soluciones objetivas, cada vez más racionales y predictibles.

Ahora, cuando la suprema establece su supuesto estándar en base a la sospecha, no da las pautas, criterios, ingredientes para llegar a ella, sólo establece la meta, pero no el camino, dejando de esta manera abandonado al juez a su suerte, máxime si la sospecha es un concepto que está más relacionado con criterios altamente subjetivos. Bajo lo anterior, en aras de contribuir a la ciencia procesal, es que la presente investigación está orientada estudiar si se puede establecer un

estándar, que pueda orientar decidir cuando está satisfecho el *fumus comissi delicti* en la PP.

Si bien existe una directriz de la Suprema, fijando en supuesto estándar, donde admite que el hecho atribuido en la cautelar de PP sea un injusto culpable, pero no ha referido en qué medida resulta factible la discusión de los elementos negativos de las categorías del delito del hecho materia de imputación, por lo que en la presente investigación es menester precisar y proponer soluciones ante las variadas posturas y posiciones doctrinales sobre el tema, así como los diferentes criterios jurisprudenciales justifican la presente investigación desde la perspectiva teórica.

Se espera que la presente investigación cumpla con suplir las necesidades de sistematizar la doctrina y jurisprudencia nacional estableciendo un estándar y los criterios objetivos para llegar a ella, de tal manera que se establezca como acreditar el *fumus comissi delicti*, en aras del respeto del principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, motivación, principio favor *libertatis*, y *prohomine*.

## **2.2.Importancia**

Lo que nos convoca a investigar, contribuirá al uso racional de la medida cautelar de prisión preventiva como una medida de *ultima ratio* de todas las medidas de coerción personal, toda vez que, si se tiene ciertos criterios orientativos, los jueces tendrán un camino más fácil de establecer cuando se ha satisfecho el estándar requerido para tener por cumplido el primer presupuesto, y no concluir con meras subjetividades o sospechas sin fundamento objetivo para la dictación de una resolución.

Y, asimismo, este trabajo beneficiará de manera directa a los abogados litigantes que día a día se ven inmersos de los avatares de audiencias de prisión preventiva

en razón de que se aportaran soluciones con criterios epistémicos y racionales de manera general.

Cabe resaltar también que la presente investigación es de trascendencia para la formación académica y profesional de todo abogado, en razón que se harán estudios pormenorizados referentes al estudio de los hechos desde la más reciente teoría del razonamiento probatorio y así mismo se estudiará de manera sucinta con criterios prácticos las categorías del delito las mismas que deberán analizarse en la audiencia de prisión preventiva.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1.Objetivo general**

Determinar un estándar objetivo del *fumus comissi delicti* en la prisión preventiva.

#### **3.2.Objetivos específicos**

1. Estudiar la prisión preventiva como medida cautelar.
2. Analizar la teoría del delito desde sus categorías de imputación.
3. Analizar la estructura del *fumus comissi delicti* y su estándar

### **4. HIPÓTESIS**

“En el proceso penal es viable establecer un estándar objetivo del *fumus delicti comissi* a fin de imponer la prisión preventiva cuando a partir de los elementos de convicción se determina con alta probabilidad la concurrencia de las categorías del delito ya sea para el autor o partícipe”

### **5. VARIABLES**

#### **5.1.Variable independiente:**

El estándar del *fumus comiss delicti*.

## **5.2.Variable dependiente:**

Justificación objetiva del *fumus comissi delicti*

## **6. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos**

### **6.1.Métodos**

#### **6.1.1. Métodos generales**

##### **1) Método dialéctico**

Porque se estudiará los criterios contenidos en las resoluciones emitidas por los juzgados penales unipersonales y colegiados en materia penal.

##### **2) Inductivo**

Mediante este método causal se estudiará los materiales de estudio para que llegado el momento se puede demostrar o no la hipótesis, y asimismo, elaborar la conclusión.

##### **3) Histórico**

Se analizará antecedentes de formulaciones teóricas y sentencias para sustentar la viabilizarían de la propuesta.

##### **4) Descriptivo:**

La presente investigación describirá la institución de la prisión preventiva y las diversas instituciones sobre los cuales esta tiene incidencia directa.

#### **6.1.2. Métodos específicos**

##### **5) Método dogmático**

Se buscará comparaciones de conceptos, teorías o interpretaciones dadas por los juristas de la materia o a que aporten nociones que ayuden a dar una posible respuesta a lo que se busca.

## **6) Derecho comparado**

Se estudiará las principales legislaciones del sistema jurídico del *civil law* en específico los códigos procesales penales en la parte pertinente a la regulación de la prisión preventiva.

### **6.2.Técnicas**

## **7) Recopilación documental**

Se han utilizado fichas bibliográficas de libros, artículos, etc., específicamente referidos a la prisión preventiva.

## **8) Cuestionarios**

Elaborará un cuestionario con preguntas a fin de saber si existe o no un consenso respecto al estándar del *fumus commissi delicti* en la prisión preventiva.

## **9) Encuesta:**

Que se ha realizado a algunos especialistas de la materia sobre si es factible nuestra propuesta.

### **6.3.Instrumentos**

**10) Internet:** Se ha utilizado como motor de búsqueda de artículos en pdf, sentencias, etc.

**11) Guía de encuesta:** se ha realizado una serie de preguntas con el fin de determinar en qué medida los jueces y fiscales tienen en claro cuál es en sí el estándar del tema.

## **CAP. II: MARCO CONCEPTUAL**

## **PARTE I: PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL**

### **1. Preámbulo a esta sección**

Para la realización del proceso penal son imprescindibles las injerencias en la esfera de la libertad [...] (CLAUS & BERND, 2019, pág. 359), pues muchas veces sin una medida coercitiva los procesos no serían eficaces, como es el caso de la prisión preventiva que constituye injerencia en la libertad individual, su aplicabilidad [...] “para una administración de justicia penal eficaz” [...] (CLAUS & BERND, 2019, pág. 373) es indispensable en mayor medida en casos de crimen organizado, delitos económicos y otros, en los cuales el aparato persecutor del delito tiene mayor dificultad en realizar los actos de investigación con el propósito de encontrar los medios probatorios a efectos de solicitar la acusación y por ende que el investigado sea condenado.

El interés de aplicar las medidas de coerción personal “es el de asegurar la presencia del imputado en los actos del proceso y eventualmente la de su disponibilidad para la ejecución de la condena” (LEONE, 1963, pág. 554). La limitación o la restricción a los derechos elementales como la libertad física o individual y su protección, encuentran su cimiento en las constituciones de los Estados, en los cuales “[...] tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente” (BOROWSKI, 2003, pág. 33), y así mismo, en los pactos internacionales de Derechos Humanos con carácter vinculante de los que el Estado es Parte. Como es el caso peruano la limitación de la libertad individual o física se aplicará conforme el dispositivo constitucional de 1993, apartado 2, inciso 24 literal “f”, de conformidad a la cuarta disposición final y transitoria del mismo cuerpo legal, y el mismo se ve resaltado artículo 253 del *code procedure* Penal.

A partir de la denuncia sea verbal o escrita, o cualquier forma que se tome conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, la fiscalía empieza a realizar diligencias y para ello tiene apoyo de la Policía. Ante tal *factum*, ¿existe un deber que toda persona colabore con la fiscalía, cuando es citado a declarar o cuando la fiscalía realice cualquier diligencia?

En la parte material del derecho penal, en términos Jakobsianos existe un rol de todo ciudadano de cumplir con los roles generales de todo el ordenamiento jurídico (*neminen laede*), y también existen normas institucionales que están orientadas a ciertos sujetos por su cualificación (institucionales). Teniendo en cuenta lo anterior, ¿En el código procesal penal existen roles para con el investigado, procesado o acusado según denomine a la persona en el ínterin del proceso?

En el proceso penal, existen roles especiales cuando existe vinculación de un sujeto (sujetos procesales) a un proceso penal, solo especiales porque dicha vinculación nacería a partir de la notificación a una persona (artículo 66 del CPP) y una vez citado la persona adquiere una cualidad especial frente al orden jurídico procesal, sea este de imputado, testigo, perito, etc., y estos tienen el deber de contribuir con las diligencias cuando se les cite, porque de lo contrario el leviatán faculta en este caso en la fase preparatoria al fiscal conducir compulsivamente a la declaración a un sujeto citado.

No obstante, las investigaciones del titular de la acción penal (Ministerio Público) en los delitos o la Policía no tienen carácter jurisdiccional (art. IV, inciso 3 del T.P. C.P.P). Al no tener carácter jurisdiccional las decisiones de la fiscalía de una interpretación superficial no impregnan al parecer que los sujetos colaboren con las investigaciones que realice este. No obstante, los actos que realiza la fiscalía como persecutor del delito o cuando la policía ejecuta algún acto dispuesto por la fiscalía, encuentran su fundamento en las normas dadas por una autoridad que es el legislador, y “cuando la autoridad da las normas [...]”

*procesales* [...] quiere que estas sean cumplidas” (VON WRIGHT, 1970, pág. 27) por los sujetos procesales para que el proceso sea efectivo y eficaz. A partir de ello las normas procesales comunican que los sujetos deben cumplirlas.

El acto coactivo que puede realizar el Juzgado penal “es un acto jurídico y pertenece en tanto a un determinado orden jurídico” (HANS K. , 2003, pág. 97) penal, y este encuentra su fundamento a partir de la norma *normarum*. Este derecho manifestado en Ley penal, “no solo es derecho material, sino también derecho formal” (Derecho Procesal Penal). Las normas materiales y procesales son dadas por una autoridad, comunican explícitamente o implícitamente cumplirlas. La no actuación dentro del ámbito permitido por las normas sustanciales tiene como consecuencia jurídica una sanción.

Ahora, el incumplimiento de las normas procesales, en cuanto al imputado, ¿tienen una consecuencia jurídica? ¿implican una sanción?, ¿Cuál es el tipo de sanción?

Respecto a la última interrogante (ZAFFARONI, 2006) respondería: “Las normas procesales se distinguen de las penales por la naturaleza de las sanciones: *la sanción penal es la pena y la procesal es la nulidad*” (p.94). La respuesta de Zaffaroni, es un adelanto a las posibles respuestas, toda vez, que en esta sección no corresponde responder a las interrogantes, sino introducir al lector en algunas nociones donde han corrido ríos de tinta para fundamentar.

“Quien sospecha va a ser investigado, o cuando ya es citado puede prevenir la imposición de las medidas de coerción personal presentándose voluntariamente” (MANZINI, 1952, pág. 554). Sin embargo, nada obsta, aún con colaboración del investigado, procesado o acusado, el magistrado a solicitud del ministerio público, “no tenga el deber de emitir igualmente las medidas de coerción que la ley permite” (MANZINI, 1952, pág. 555). Empero, en este último, la *condicio sine qua non*, para que el juez imponga las medidas

de coerción, serán exigibles en mayor medida y rigurosidad tanto su fiabilidad de los medios de prueba o elementos de convicción que deberá aportar el Ministerio Público que cuando el sujeto no colabore.

La restricción o las limitaciones en los derechos básicos en un Estado Constitucional de Derecho, responde a una plataforma jurídica de la cual dimana, en ese sentido se procede a desarrollar el fundamento de las medidas de coerción personal en el ordenamiento jurídico peruano.

## **2. Fundamento constitucional**

La constitución es la norma *normarum* o *lex superior*, en tres sentidos “a) no hay en el ordenamiento normas supra-ordenadas a aquella, ni desde el punto de vista formal (o estructural), ni desde el punto de vista material (o sustancial), y es por ello la constitución no puede ser válida ni inválida. b) es la fuente suprema del ordenamiento en el sentido de que disciplina-directa o indirectamente-la producción de fuentes del propio ordenamiento, de modo que la constitución resulta supra ordenada a aquellas. c) puede calificarse como fuente suprema del ordenamiento toda vez que no hay en el ordenamiento ninguna fuente que pueda contradecirla válidamente. (GUASTINI R. , 2016, pág. 215)

De lo anterior, solo aquellas limitaciones que tengan fines constitucionales y respeten la fuente de fuentes de las normas será permitidas. Si bien, pueden presentarse situaciones o decisiones o incluso normas que serían contradictorias a la *lex superior*, no obstante, estos no tendrán validez aun cuando existan decisiones arbitrarias emanadas por jueces, porque solo aquellas normas y decisiones tendrán validez en términos constitucionales en tanto en cuanto se circunscriba a ésta. En tanto la PP, en lo referido a su fundamentación, aplicación y en todos los efectos que pueda generar será dentro del radio de acción permitida por la ley fundamental, una extralimitación por más mínima que sea no puede ser concebida en un Estado que garantiza la vigencia de su *lex superior*.

## 2.1. Legalidad

En el Estado de Derecho el gobierno despótico y arbitrario deja de ser tal, ingresa a regir el “principio de la libertad y el principio de legalidad” (GUASTINI R. , 2016, pág. 289). Este principio de legalidad, “en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento[...]” (ZAGREBELSKY, 2011). No obstante, en la actualidad no estamos en el Estado de Derecho sino en un Estado Constitucional Derecho, donde ese acto normativo superior deberá adecuarse y subordinarse a la esfera más alta de las normas existentes en un Estado. Es decir, los poderes públicos están sujetos a la ley y está a la constitución, en tal sentido la limitación de los derechos responde y encuentra su legitimidad en el principio de legalidad y ésta en la Constitución.

El principio de legalidad, implica, que los “ciudadanos conozcan las reglas por adelantado, pues sólo así les serán útiles” (SHAPIRO, 2014, pág. 473). Conocer las reglas delimita la esfera de libertad y las consecuencias que derivarían si el ciudadano se extralimita de su esfera de actuación, que es la restricción o limitación.

Siguiendo el espíritu de legalidad, la Constitución vigente, literal b) inciso 24, apartado 2 establece, solo y exclusivamente se restringirá la libertad personal en los casos que así esté establecido en la ley. De la disposición [Disposiciones jurídicas ( fragmentos de textos normativos) y las normas que tales disposiciones expresan( el contenido de las disposiciones) (GUASTINI R. , 2016, pág. 214)] precitada toda restricción a la libertad personal o a cualquier derecho básico se hace a partir de la ley (reserva legal), pues es de evidenciar que en un Estado Constitucional de Derecho, “ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un crimen” (HOBBS T. , 1980, pág. 372) y también en el proceso penal rige *nulla coactio sine lege* . Bajo esta nomenclatura la legalidad es garantía indispensable para la realización y protección de las libertades individuales, pues sólo se intervendrá en ella por

expresiones de la ley, y no por inferencias o deducciones de ella. (GONZALES NAVARRO, 2009, págs. 103-104).

El sólo establecimiento de la limitación o restricción de los derechos esenciales mediante una ley no garantiza de por sí el respeto de los mismos, sino que la limitación deberá estar concatenada a otros requisitos, como el del modo y la forma de los procesos o procedimientos para limitarlos y quien debe limitarlos. Bajo lo anterior una medida cautelar no solo necesita respetar el principio de legalidad como fundamento de legitimación, sino que esta debe estar adecuada a la Constitución y en consonancia y armonía con los demás derechos fundamentales y por ende los valores que sustentan el Estado Constitucional. Por el principio legalidad en la PP sólo se concederé en aquellos supuestos legalmente establecidos de manera expresa “(habilitación legal explícita STC 217/2015)” (URIARTE VALIENTE, Luis; FARTO PIAY, Tomás, 2018)160) y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos en la normativa procesal en consonancia con la supranorma.

## **2.2.Proporcionalidad**

Este es un principio general (Exp. N° 10-2002-AI, fj. 195) aplicable a todos los actos del Estado, pues este no puede actuar de manera inmoderada, en mayor sentido cuando sus actos constituyen una injerencia en los derechos *iusfundamentales*. Bajo lo anterior, se presenta “como un coeficiente para evaluar la razonabilidad de los actos estatales como el postulado básico para contener los excesos del Poder Público” (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, pág. 867)

En cierto sentido orienta a la realización de la justicia material, postulando la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado. (IGARTUA SALAVERRÍA, 2014, pág. 223). Su cimiento en el Perú responde a la plataforma jurídica artículo 200 último párrafo, aunque dicho párrafo sólo hace referencia los derechos suspendidos o restringidos en los estados de emergencia o estado de sitio. No obstante, el Tribunal

Constitucional (adelante TC) ha referido en la sentencia N° 10-2002-AI, fj. 195 que se encontraría el basamento en el párrafo último del articulado 220 de la ley suprema del Perú.

Independiente de la existencia o no de un artículo que lo tipifique, en un Estado Constitucional de Derecho, este principio “dimana de la esencia de los derechos fundamentales” (BOROWSKI, 2003, pág. 129). Y es por ello el legislador al momento de dar una norma que limite un derecho fundamental y el mismo juez cuando aplique en un caso concreto alguna restricción a un derecho fundamental, deberán dar a las restricciones no un viso de proporcionalidad, sino que efectivamente esa medida o restricción dada sea proporcional.

En la presente no vamos a detallar su origen, es evidente que tiene su origen el derecho alemán donde se ha postulado, “que la ponderación es una especie de meta-principio o en todo caso el principio último del ordenamiento jurídico (Atienza & G. Amado, 2018, p.18), la misma tendría tres subprincipios: Idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Donde la idoneidad y necesidad podrán ser optimizados de acuerdo a las posibilidades fácticas. Y ultimo subprincipio podrá optimizarse conforme las posibilidades normativas. Ahora, revisemos como se fundamenta, como se justifica una medida y los filtros por los que pasa:

a) **Idoneidad**

En un primer momento la medida que respeta el principio de legalidad es idónea para un determinado fin, no obstante, una medida como la PP será idónea en la medida que se alcance o se “favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado” (BOROWSKI, 2003, pág. 130), sin embargo, no se puede perseguir cualquier fin sino aquellos que están en función del Estado Constitucional de derecho, pues la persecución tendente a eliminar la corrupción no puede socavar los derechos garantizados y ya ganados (principio de progresividad de los derechos).

Para la realización del fin el Estado necesita en el proceso Penal de instrumentos o instituciones, por lo que, en esta parte al juez, le concierne analizar la relación co-correlacional medio (M)-fin (F). Pero la pregunta está cómo el juez debe analizar la relación medio-fin, como debe satisfacerse esa relación, o en todo caso como debe fomentarse la realización del fin perseguido por el Estado. El fomento puede realizarse en un aspecto *cuantitativo* *X1 fomenta más X2 (o menos o igual)*. En un aspecto *cualitativo*, *X1 fomenta el fin mejor que X2 (o peor, o tan bien como)*. En un aspecto *probabilístico*, X1 puede fomentar el fin con alto grado de seguridad (al grado de probabilidad) que X2(o con un menor grado o con el mismo grado de probabilidad). (CLÉRIGO, 2008, pág. 131).

Si tenemos en cuenta datos epistemológicos(empíricos), el instrumento o la medida más grave siempre será más efectiva para llegar al determinado fin propuesto, pero ello no quiere decir que está siempre sea la que se adopte, pues si fuese así no tendría sentido buscar otro medio alternativo. Se debe partir sosteniendo el concreto objeto-objetivo del fin propuesto no se realizará en todas sus dimensiones o extensiones, pues exigir una absoluta concretización del fin es un ideal, en mayor sentido si pueden existir varias alternativas para cumplir ese fin buscado por el Estado, ergo no se busca la realización del fin del Estado por cualquier medio, sino con un hacer activo y pasivo del Estado el Estado, éste vela por la realización de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y su restricción e intervención en las mismas viene limitada.

Que el fin se realice con el medio a adoptar o el medio adoptado no puede satisfacerse en meras presunciones, en mayor sentido cuando se interviene en los derechos de una persona. Por lo que con la adopción de una medida cautelar penal el fin propugnado por el Estado deberá realizarse en todo o en parte con alta probabilidad para el caso de la prisión preventiva.

Se exige alta probabilidad (para la cautelar preventiva PP) tendente a que el fin se realice porque con la probabilidad se partirá de datos objetivos que, el hecho delictivo existe y estos hechos existan en la realidad y estén corroborados con los medios probatorios existentes (elementos de convicción).

#### **b) Necesidad**

La necesidad es un sub-principio del principio de proporcionalidad, en el que una vez analizados los medios (M(n)) existentes para la obtención o consecución del fin (F) constitucionalmente legítimo, deberá analizarse si entre las medios M1, M2, M3...Mn, existe otro medio que no cumple toda la finalidad pero al menos lo hacen en parte, pero interviene en menor medida el derecho fundamental objeto de intervención o los derechos indirectamente incididos es decir el grado de intervención es de menor grado.

Entonces de entre las medidas M1, M2, M3,...Mn., “el estudio del principio de necesidad busca determinar e indagar cuál de entre todas las medidas resulta factible de realizar el objetivo y en tanto es la menos gravosa de las otras que inciden significativamente en el derecho pero con un mayor precio o perjuicio en del derecho intervenido.” (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 468).

Con el *subprincipio* de necesidad no se busca más que evitar que una medida altamente efectiva sea excesiva. Bajo tal paradigma lo que comunica el *subprincipio* de necesidad es la prohibición de exceso en la intervención de los derechos fundamentales. Una vez satisfecha es parte de este sub-principio el *judex* analizará el ultimo sub-principio.

#### **c) Proporcionalidad en sentido estricto**

Analizado que el medio cumpla su fin, verificado el medio adoptado logre el fin con la menor restricción a los derechos fundamentales, el juez deberá analizar “que no se sacrifiquen valores y principios que tenga un mayor peso que el principio que se pretende proteger” (GONZALES NAVARRO, 2009, pág. 467).

No se puede avasallar principios o valores consustanciales del ser humano en busca del *ius ut procedatur* del ente persecutor, sino sólo cuando el fin del Estado en el proceso penal ha sido satisfecho sin eliminar otros derechos de mayor peso.

### 2.3.Motivación

Antes de hablar sobre la motivación como exigencia en una sentencia es menester precisar y diferenciar con otro concepto a fin, el de “justificar”. ¿Es correcto hablar de motivación?, ¿es lo mismo motivación y justificación(razones).

Para ello consultemos la regla general del lenguaje común prescrito por la RAE, yendo al diccionario comparemos los dos conceptos de motivar y justificar:

MOTIVAR	JUSTIFICAR
1.- Dar causa o motivo para algo 2.- Dar o explicar o la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, 3.- Influir en el ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo, 4.- Estimular a alguien a despertar su interés	1.- Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos, 2.- Rectificar o hacer justo algo, 3.- Probar la inocencia de alguien en lo que se le imputa o se presume de él, [...] 6.- Ajustar, arreglar algo con exactitud.

El significado de ambos términos definidos por la RAE, no son sinónimos como usualmente se suele utilizar. Es obvio, que motivar es un término bastante amplio, vago, y diseminado que se puede emplear bajo cualquier circunstancia, ello comunica que, los motivos son estados mentales, psíquicos, los que permiten sostener una tesis o tomar una decisión. En cambio las

razones(justificación) son enunciados lingüísticos que sustentan y justifican una decisión, son premisas de un razonamiento (GUASTINI R. , 2017, pág. 29). Es decir, el juez al dar razones o argumentos está justificando por qué ha llegado a esa conclusión y no a otra. La justificación no es cualquier razón de una decisión, sino “razones lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad” (ATIENZA RODRIGUEZ, 2013, pág. 493).

La crítica sería todos los términos en derecho no siempre tienen coincidencia con el lenguaje común que encuentran definición en los diccionarios comunes, bajo tal tenor no sería posible abandonar un término casi consensualmente utilizado en las legislaciones el de motivar por justificar. Es cierto, que el lenguaje común no siempre coincide con lo jurídico, pero siendo el derecho una ciencia, es una exigencia que su lenguaje sea cada vez más preciso y unívoco, y apartar todo término vago e impreciso. La jurisprudencia y la doctrina comúnmente utilizan la motivación como justificación, la misma que implicaría una justificación interna y otra externa (IGARTUA SALAVERRÍA, 2014, págs. 21-22). Si dice eso no se está más que aceptando que motivar es justificar. Pero ello no es cierto, de lo esbozado permite establecer que los términos señalados no guardan necesariamente correspondencia. Si bien, en la práctica y en las constituciones se habla motivación como el caso del Perú, art. 139 inciso 5, no obstante, por motivación debe entenderse justificación.

El dar justificaciones de una decisión es una exigencia en todos los ámbitos, en mayor consonancia en lo jurisdiccional, esto cuando se restringe el pleno goce y práctica de derechos elementales. Debe tenerse en cuenta, un DF, tiene una esfera de actuación por parte del sujeto que lo goza. La restricción de esa esfera concedida por el ordenamiento jurídico susceptible de protegerse por los mecanismos legales, requieren restricciones frente a otros derechos en determinadas ocasiones.

*Prima facie*, cuando se restrinja el ámbito de actuación de un derecho resulta inconstitucional, ello deja de ser tal, si la restricción es proporcional y conforme a los parámetros legales de restricción, sólo así una restricción será válida (BARAK, 2017, pág. 130), ello implica motivar la restricción.

La justificación de una decisión es un derecho de obligatorio cumplimiento cuando un derecho es restringido, se presenta, así como un DF, el mismo goza de contenido, explicado por el TC peruano: a) Fundamentación jurídica, b) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve y concisa [...] (Exp. 4348-2005-PA/TC, fundamento jurídico 2).

En la justificación no se expresa el inter mental que el juez haya recorrido para llegar a una decisión (concepción psicologista de la prueba), sino el resultado de ese proceso, basado en la verdad porque en ella se sustenta su validez. En tanto en cuanto la justificación “permite la fundamentación y control de las decisiones tanto en derecho como en hecho” (FERRAJOLI, 1995, pág. 623).

La justificación no es la sola enunciación de los hechos principales, es necesario que este haya sido confirmado por las pruebas disponibles, [...] “probados en base a criterios objetivos y racionalmente controlables, es decir el juez hace referencia a las pruebas (TARUFFO M. , 2010, págs. 269-270).

#### **2.4.La justificación en la prisión preventiva.**

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, corresponde determinar qué es lo que se exige para considerar cuando una cautelar privativa está justificada, y en qué medida.

Prima facie, la constitución exige la justificación de las resoluciones judiciales, asimismo el CPP art. 271 apartado “3” precisa como exigencia una motivación(justificación) especial en la prisión preventiva. Desde ya este

apartado precisa no se puede dictar la PP en base a cualquier sustento, sino requiere el cumplimiento estricto de sus reglas para su dación. La justificación implica las razones por las que resulta cumplida tanto lo factico como el aspecto jurídico. La autoría, coautoría, participación, o el título que se le impute a un sujeto, deberá ser verificada o validada según el estándar requerido. En el caso peruano es la sospecha grave y fundada según la Suprema, aunque nosotros tenemos ciertos reparos contra esta posición (véase sentencia casatoria N° 1-2017/CIJ-433).

Desde nuestra perspectiva, se requiere la solidez de los indicios, en las que se funda la imputación, es decir se requiere un grado de corroboración menor que una sentencia de condena, pero un estándar de conocimiento mayor para la acusación y el auto de enjuiciamiento.

El estándar y su justificación no está basada en el grado de conocimiento psicológico o en una gradación psicológica del juez con respecto al sujeto y el delito, sino en el grado de corroboración y fiabilidad de la imputación a partir de los elementos de convicción que lo corroboren, por ende, se necesita de datos epistémicos objetivos, racionalmente controlables que se acerquen a la verdad o estén orientadas a ésta sin llegar a ella.

También es menester precisar, los elementos de convicción no sirven estrictamente para dictar medidas en la fase investigativa, como eventualmente se sostiene, sino que estos pasan o pueden convertirse en elementos de prueba que algún momento servirán para la sentencia. Debe aceptarse que los elementos de convicción llevan o tienen un espíritu ínsito de elementos de prueba, porque se torna en exigible la legalidad de los elementos de convicción, y esto además, implica que esos elementos tengan relevancia sobre la imputación, pertinencia, utilidad.

En sede de investigación las partes pueden solicitar ante el amo y señor de la investigación determinadas diligencias, no obstante, la normativa procesal faculta a este órgano negar o admitir realizar lo solicitado. Ante esto surge la cuestión, si el juez puede solicitar o controlar que los medios de prueba presentados por el fiscal en los que se funda su pretensión cautelar deben cumplir con los principios como legalidad, pertinencia, utilidad entre otros. Ante esto deberá aplicarse el principio: *Ad miori ad minus*, quien puede lo más puede lo menos, es decir existe mayor razón y fundamento para que el juez como señor del juicio, verifique en una audiencia cautelar y controle los principios inescindibles que deberán acompañar a los medios de prueba o elementos de convicción. Los principios como legalidad, pertinencia, utilidad entre otros no rigen exclusivamente en el juicio, sino en otras etapas como en las audiencias cautelares privativas. Los principios no son exclusivos de ciertas etapas, pues no debe confundirse su vigencia en la universalidad del proceso con su estricta aplicación en determinadas etapas.

#### **2.4.La naturaleza cautelar**

Al menos existen dos teorías bien marcadas, las que fundamentan la PP, la sustancialista y la procesalista, la primera sustenta que la prisión cautelar tiene una naturaleza de pena, y la otra sustenta la naturaleza precautoria. No se puede aceptar el fundamento de la primera, porque esta rompe el esquema democrático de la presunción de inocencia, el derecho al juicio contradictorio, y a otros esquemas para una decisión justa y racional. Por lo que en base a la breve explicitación en esta tesis se adoptará la naturaleza y fundamento de la segunda teoría.

Es esta investigación no se trata de establecer un estudio de todos los principios que engloban o los que rigen la medida cautelar en cuestión, sino de realizar un análisis de las características que nos ayuden a solucionar el problema al que se postula llegar a una solución como propuesta. Teniendo

en cuenta lo referido pasamos a desarrollar algunos caracteres, como los siguientes:

#### **2.4.1. El carácter instrumental**

Partimos estableciendo que el derecho penal en sí, sólo regula en que momento una conducta deberá ser sancionada por infringir el riesgo permitido, es decir regula el hecho punible (Art. 11 C.P. P). El derecho material tiene como objeto reestablecer la vigencia de las normas, mediante la aplicación de penas y medidas de seguridad, para lo cual necesita de un medio para su realización. En ese sentido el derecho procesal penal viene a ser “[...]el derecho de realización penal, en tanto se lo define por su función de regular el procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal [...]” (MAIER, 1999, pág. 85).

El proceso penal también tiene su fin que es la averiguación de los hechos delictivos, es decir averiguar la verdad o no de un delito, para sancionar o absolver según el caso.

Así mismo, las medidas cautelares sirven para la concretización de los fines del proceso, en estricto la cautelar de PP tiene como fin impedir que el sujeto investigado se fugue impidiendo su condena o en su caso obstaculice la averiguación de la verdad. De lo anterior, el derecho penal se sirve para su cumplimiento efectivo de su fin del proceso penal, y el proceso penal utiliza a las medidas cautelares para el cumplimiento de su fin, por lo que estando a lo anterior se dice la prisión preventiva siendo una medida cautelar es instrumento del instrumento.

#### **2.4.2. Provisionalidad.**

Se puede decir que la provisionalidad es una garantía de las cautelares en especial la PP, no siendo una pena y con la finalidad de garantizar su carácter instrumental es de obligatorio cumplimiento que el órgano jurisdiccional por rogación o de oficio revise las prisiones preventivas dictadas. Lo anterior con la finalidad de verificar las condiciones que sirvieron para su dictado no hayan variado (es decir que los elementos de convicción que lo sustentaron no sean menores o en todo caso las condiciones no hayan disminuido), es decir no se habla de cualquier variación sino de una disminución de las condiciones, pues si las condiciones para su dictado han aumentado no es factible de variar dicha medida.

## **2.5. Jurisdiccionalidad**

El término jurisdiccionalidad (arts. 16 al 18 del CPP; inciso 1, art. 139 de la Const.) no sólo debe ser interpretado en el sentido que la orden sea dada por el juez, sino que esta disposición sea resultante de un procedimiento calificado por garantías mínimas, como independencia( inciso 2 art. 139; inc. 1 art. 140 Const.) e imparcialidad, contradicción, defensa eficaz(art. Inc. 14 art. 139 Const. ), publicidad( inc. 4 art. 139 Const.) , proporcionalidad( último párr. Art. 203 Const., inc. 2 art. 253 CPP) , y sobre todo la justificación obligatoria( art. 2 inc. 24, literal “d”; art. 139 inc. 5 Const.; inc. 2, art. 253 CPP) (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, pág. 864).

Lo anterior supone que el *iudex* es un juez habilitado, competente para pronunciarse, pero que pasaría si el juez que dicta la medida cautelar es un juez incompetente ya sea por razón de territorio, u otros, o en todo caso es un juez que se encuentra de vacaciones y este es el que dicta una medida cautelar o es el secretario el que asume y funge de juez hasta que el nuevo juez sustituya al anterior. Ante este caso, ¿será viable ordenar la reposición del juicio?

Tales casos no se han suscitado todavía en el Perú, pero en la práctica puede suceder. En el caso del secretario, obviamente la decisión sería nula, porque este no tiene ni ha tenido el *ius imperium* que confiere el Estado a los jueces. En el caso si la decisión es tomada por el tribunal incompetente, este si ha goza del *ius imperium*, o en el caso del juez que se encuentra de vacaciones tiene tal poder, pero se encuentra suspendido, en este último se ordenaría la reposición del juicio.

El problema se presente con el tribunal incompetente, en la doctrina mayoritaria brasileña se dice la decisión de este no puede ser ratificada por el tribunal competente en virtud del art. 567 del CPP brasileño. Pero a partir de la sentencia STF, Pleno HC 83.006/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, el plenario de la Corte Suprema comenzó a admitir la ratificación por parte del tribunal competente incluyendo los actos de naturaleza decisiva ( (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, pág. 866).

Con respecto en el Perú a esta cuestión en el código correspondiente no encontramos regulación alguna, pero si se diera tal supuesto creemos que sería factible que el superior revise para verificar el respeto de los principios *ius* fundamentales del proceso, o en su caso orden la reposición por vulneración de preceptos fundamentales del proceso.

### **3. PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **3.1. Concepto**

Si se adopta la naturaleza procesal-cautelar de esta institución podemos definirla como, institución por el cual se priva de libertad de manera temporal y provisional a un sujeto para garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal. Es necesario aclarar, nuestra definición tiene en cuenta que esta medida es dictada dentro de un proceso y por ende donde está garantizada por un juez competente, imparcial y con todas las garantías que ofrece un proceso penal en un Estado constitucional y democrático.

### **3.2.Funciones**

La función de la prisión preventiva responde a la naturaleza en la que se funda ésta, y bajo qué principios se rige el Estado, no es lo mismo un Estado Constitucional democrático y de derecho que un Estado totalitario o fascista. La PP no puede ser utilizada como un medio de represión, ni para prevenir delitos o reiteración delictiva, porque ello no es su finalidad, y tampoco su función, pues su función es ser instrumento del proceso penal como medio para averiguar la verdad.

La medida aplicable por ejemplo con el caso de la prisión preventiva no está orientada al aseguramiento de la persecución, sino a garantizar la efectividad de la persecución.

Pues es necesario distinguir asegurar la persecución con garantizar la efectividad de la persecución. La primera implica que aún no se tiene iniciado el proceso y una vinculación entre imputado-hecho-norma posiblemente aplicable y víctima o en su caso falta algunos elementos de los mencionados. En el caso segundo la diferencia es sustancial implica que se tiene identificado al sujeto con el hecho, la víctima, pero en base a una sospecha fundada de alta probabilidad para la aplicación de una norma penal al sujeto, este ultima correspondería a la prisión preventiva (PUJADA TORTOSA, 2014)

### **3.3.Presupuestos**

Siendo una grave injerencia en la esfera de la libertad la PP, exige el cumplimiento de una serie de presupuestos, los cuales son inescindibles para que una intervención sea justificada y legítima. Debemos señalar que no se hará una referencia profunda a los presupuestos sino una breve referencia tanto a los presupuestos materiales y por ende procesales.

### 3.3.1. Presupuestos procesales

#### a) **Fumus delicti comissi**

Es común denominador que se utilice, el término “*fumus boni iuris*”, como apariencia del derecho. En el proceso penal también se puede utilizar “*fumus delicti comissi*” (el humo de la comisión del delito) como el que se va a tomar en la presente investigación.

Desde la esfera civil, (CALAMANDREI, 1984), sostiene “la investigación sobre el derecho se limita a un juicio de probabilidades y de verosimilitud,(p.77).” Para nuestro autor, probabilidad y verosimilitud serían lo mismo. Se debe adelantar que dichos términos no son lo mismo, y más adelante en la parte correspondiente se indicará cual es el término que más se ajusta al proceso penal.

Debe entenderse por probabilidad de la comisión del delito, como probabilidad como la verdad que se busca en la ciencia procesal penal, es decir este primer elemento tiene que tener una justificación racional que el procesado va a tener un juicio de condena positivo y no de absolución.

#### b) **Periculum in mora**

En términos generales en latín significa “peligro en la demora”, es decir el derecho a satisfacer, está el riesgo de peligro por el tiempo de demora del proceso principal, si no se dictasen la medida o medidas para su protección y satisfacción del derecho objeto de discusión del proceso.

El grado de conocimiento que se tenga que si las condiciones de hecho se dieran de que el derecho sufra un daño no puede ser cualquier

conocimiento sino uno se “certeza “apunta (CALAMANDREI, 1984, pág. 79).

Tiene que existir certeza que el daño al proceso se va a realizar si el imputado se fuga u obstaculiza la investigación de la verdad, aquí no se trata de establecer la certeza si el procesado se va a fugar o no, o si se a obstaculizar la investigación de la verdad o no, sino que si se darían tales supuestos el juez tiene la certeza que no se ejecute la sentencia en caso de fuga o no se investigue la verdad en caso de obstaculización, es decir se cause un efectivo perjuicio al proceso.

Obviamente, la fuga del procesado es menos nociva que la obstaculización de la averiguación de la verdad, ya que la primera en la etapa de la investigación preparatoria se recaban la mayor plenitud de los medios de prueba para la acusación y por ende para el juicio oral.

¿Qué grado de conocimiento de debe tener con respecto a la fuga u obstaculización del procesado?

Sinceramente, no se puede exigir certeza de la fuga u obstaculización, dado que su análisis responde a criterios prospectivos y no históricos. La sentencia en mayor o menor medida responde a una narración histórico jurídico de los hechos, dado que esos hechos están circunscritos por las normas jurídicas aplicables al caso en concreto, aunque para la construcción de los hechos, no debe dejarse de lado se pueden construir y probar con la ayuda de diversos aportes de otras ciencias.

El juez no puede tener certeza, ni basarse en adivinaciones de que el investigado o procesado se fugue u obstaculice, sino que se basa en lo que normalmente ocurre (un juicio de verosimilitud) es que quien cometió un delito se fugue o busque anular toda evidencia, huella,

objeto, etc., del delito. Como se ha establecido en líneas anteriores, no se trata de determinar per se que el procesado o investigado se va a fugar, sino que si este lo hace, vulnerará gravemente los actos de investigación impidiendo el arribo a la verdad, o en todo caso si este se fuga impedirá la celebración del juicio o en todo caso la ejecución de la sentencia condenatoria.

Es más predominante que el imputado o procesado se fugue cuando existe mayores elementos que lo vinculen a este con el delito y estos elementos ya han sido encontrados o sino han sido encontrados tienda ocultarlas o destruirlas. Porque la PP no se basa en cualquier estándar de convicción sino en un juicio que se acerca al de la condena, si la decisión se basa en meros indicios no podríamos hablar de justicia sino en cualquier decisión arbitraria e irracional, más aún, cualquier resquebrajamiento de la justicia por más pequeño que sea ya es una injusticia. Por tanto la decisión de fugarse y obstaculizar, no es como lo dice (FERRAJOLI, 1995): “[...] más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva” (p.558), sino que eso es muy relativo.

Para llegar a una conclusión de que el investigado o procesado se fugue en el caso de peruano, se basará en los criterios rectores establecidos en el NCPP en los arts. 269 y 270.

### **c) Prognosis de pena**

La prognosis de pena comunica que no toda vulneración de la norma penal conlleva a la imposición de una medida altamente grave, sino aquellas guardan especial gravedad. Queda descartada imponerla a faltas o a aquellos delitos que no tienen como consecuencia jurídica la privación efectiva de la libertad “en razón del principio de proporcionalidad” (MORENO CATENA, 1997, págs. 529-530). El quantum mínimo en todo caso dependerá de la legislación de cada país, y deberá responder al principio de excepcionalidad y proporcionalidad.

En el caso peruano hoy por hoy es mayor a 4 años conforme a la plataforma jurídica inciso “c” art. 268 del CPP.

La sola gravedad de la pena no es suficiente para su imposición, se requiere la concurrencia de sus presupuestos ya sea fuga u obstaculización. Es cierto que cuatro años no es grave en comparación con pena máxima de 35 años, este límite ha sido impuesto por el legislador con la finalidad de que esta medida sea “adecuada proporcionada” (MORENO CATENA, 1997, pág. 530), y sea aplicada racionalmente.

Para establecer la gravedad del delito no basta el solo señalamiento de la pena abstracta, sino la pena en concreto que se debe aplicar analizada con todas las circunstancias agravantes y atenuantes y, por ende, si en el caso aplicar el concurso real o ideal y establecer la prognosis de pena superior a cuatro años.

Es cierto que cuatro años, comparado como la pena de 20, 30 o 35 años o cadena perpetua, no es grave, pero el legislador no ha dejado a discrecionalidad del juez establecer cuando una prognosis es grave, sino que ha establecido un quantum mínimo, teniendo en consideración que no toda comisión de un hecho delictivo implica *a priori* prisión preventiva para la tutela del objeto del proceso, sino aquellos que impliquen mayor gravedad y por ende este mínimo comunica aquellas que tengas penas efectivas privativas de libertad. Teniendo en cuenta el carácter excepcional y de ultima ratio de las medidas de coerción por un criterio más racional, consideramos que es propicio que el legislador eleve a un estándar más alto la prognosis mínima de límite.

### **3.3.2. Presupuestos formales**

La famosa casación N° 626-1013-Moquegua, en su considerando 22 establece como requisitos la proporcionalidad y el tiempo de duración de la medida, si es un requisito nuevo o no se determinará más adelante:

**a) Respetto a la proporcionalidad.**

Al parecer la mencionada sentencia se presenta como algo innovador, creador de nuevos presupuestos, pero eso es falso, teniendo en cuenta que el NCPP actual regula los principios que deben regir a las medidas de coerción art. 253 inciso “1” cuando establece que la restricción de un derecho fundamental [...] se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad. Máxime si dicho principio ilumina a las distintas medidas precautorias tipificadas en el cuerpo legal procesal, razón por la cual no es un nueva presupuesta, sino un filtro por la que deberán pasar necesariamente todas las actuaciones restrictivas del Estado, en mayor sentido las jurisdiccionales.

**b) Plazo de la medida**

La prisión preventiva estará sujeta a los plazos máximos como límite superior, teniendo en cuenta el plazo legal y su prórroga. En una prisión cautelar no quiere decir que el juez otorgue directamente todo el plazo superior, sino su concesión se hará a tenor de las necesidades fundadas por las que se ha solicitado su imposición. Es decir, si bien la norma establece plazos largos, pero el juez en su dictación buscará aplicar siempre el plazo razonable o sea lo estrictamente necesario.

La Fiscalía deberá en su requerimiento fundamentar que acciones son necesarias y faltan realizar para la consecución de su objetivo, planteando cierto tiempo por cada actuación, en casos del peligrosismo de obstaculización.

**PARTE II: EL DELITO ANALIZADO DESDE SUS CATEGORIAS-  
NIVELES DE IMPUTACIÓN**

## **I. DELITO Y LA PRECAUTORIA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

### **1. LA TRASCENDENCIA DE LAS CATEGORIAS DEL DELITO EN LO PROCESAL CAUTELAR DE PRISION PREVENTIVA**

La razón de analizar de manera breve las categorías del delito, parte, de lo siguiente: en las resoluciones o la doctrina se suele hallar de manera frecuente, la concesión o dictación de la prisión preventiva se dará sólo cuando haya una alta probabilidad de condena, sino fuese así no es necesario parece ser la opinión. No obstante, tal postura no es seguida en algunas resoluciones cuando se descarta hacer análisis de atipicidad, ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad.

Para determinar la fiabilidad de un medio de prueba, elementos, o prueba es necesario hacer uso de la corriente epistemológica del empirismo, es decir el método de las ciencias nos ayudan a verificar la existencia empírica de ciertos sucesos. No obstante, en el proceso, la determinación de la responsabilidad o no de un sujeto, no sólo se limita a verificar el hecho y su atribución a alguien en términos de las ciencias naturales, sino será necesario utilizar las categorías propias “del deber ser”, teniendo en cuenta las instituciones penales se crean a partir de categorías del deber ser y no con las del ser.

Por ejemplo, Pedrito Pérez un niño de 14 años, un día es golpeado por 10 amigos y es lesionado gravemente. Ante lo cual, Pedrito Pérez a jurado vengarse de sus 10 amigos. Un día este niño encuentra un arma repleta de municiones que un delincuente en su huida había arrojado a un basural. Pedrito Pérez toma el arma, y va dónde están sus ahora enemigos jugando futbol, saca el arma logra matar a 3 y los demás escapan.

Desde términos netamente empíricos, estaremos ante un concurso ideal de homicidios. No obstante, en lo penal no se trata de una sola verificación

empírica de la sucesión de hechos o de su causalidad, sino de criterios valorativos empleando categorías propias del deber ser. En el ejemplo, la muerte de los tres sujetos no será jurídico-penalmente relevante por no ser un delito, pero si jurídicamente relevante por ser una contravención.

Estos son los motivos de analizar de manera superficial algunos supuestos en los que una conducta no podrá ser constitutiva de una consecuencia jurídica, por más que un hecho se percibido u obtenga percepción de parte de la víctima o de la sociedad como algo totalmente vil y aborrecible.

Explicitando las categorías del delito o supuestos de ausencia de algunos elementos de las categorías se trata de solventar, ¿si es cierto que solamente son factibles de tutela cautelar privativa, las conductas sancionadas penalmente o puede haber algunos supuestos, donde se presente alguna ausencia de algunas categorías y por razón de necesidad, aunque no se cumpla todas las categorías es necesario enviar a prisión cautelar a alguien? Para responder a lo anterior vayamos de desarrollar lo que corresponde.

## **2. TEORIA DEL DELITO**

Como se ha dicho en las líneas precedentes, las categorías son construidas por categorías del deber ser. Y, de construir y desarrollar los conceptos o instituciones se encarga le teoría del delito. El mismo señala cuando una conducta será factible de una consecuencia jurídico-penal. La ocurrencia de un hecho si concurren ciertos requisitos conllevará aparejada un castigo, es decir será el presupuesto para una consecuencia.

Para determinar cuándo un hecho atribuible a un sujeto es sancionado, es necesario desarrollar las categorías del delito, dado que este es un como un sistema de filtros de conducta.

### 3. EL DELITO

Siendo la teoría del delito la que nos ayuda a precisar cuándo un acto u omisión es delito, entonces en la presente sección es necesario desarrollarlo sintéticamente. Sin embargo, no debe dejarse de mencionar respecto a la existencia de dos grandes teorías que nos ayudan a fijar los elementos necesarios para analizar si en un caso particular, estamos en un *factum* delictivo, estas son la teoría tripartita y la bipartita.

La más aceptada de manera amplia es la primera y es la dominante, pero también está la segunda, en el cual se analiza la tipicidad y ausencia de causas de justificación en el rubro de la antijuricidad y por último la imputación personal que no es más la culpabilidad de la teoría tripartita. Así, desde la bipartita el delito puede definirse: “como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable (MIR PUIG, 2008, pág. 139). Ahora, pasemos a desarrollar la estructuración de imputación:

#### 3.1. Niveles de imputación penal

La dogmática penal permite que una determinada conducta para ser considerada como delito necesariamente tiene que pasar por una gradación pre ordenada, la misma permite brindar seguridad en cuanto a las decisiones jurídico penales. Esa gradación corresponde realizar un análisis jerarquizado donde sin el primero no existe el segundo, y el tercero no existe sin el segundo, ese orden implica la tipicidad (1°), antijuricidad (2°) y culpabilidad (3°).

Antes de analizar lo anterior, se tiene que verificar no cualquier suceso genera una consecuencia penal, sino aquellos actos comunicativos de las personas (personas individuales, personas colectivas) (SALAZAR SÁNEZCHEZ) que inciden en normales penales.

Teniendo en cuenta la concepción Roxin, desde el sistema funcionalista político criminal, siendo la conducta una manifestación de la personalidad, tal como lo define, sólo las conductas de seres humanos que actúan en un mundo de libertades limitadas serían factibles de atribución de un delito y por tanto los delitos cometidos por personas jurídicas serían impunes.

Ahora, desde la perspectiva del sistema funcionalista sistémico de Jakobs, la conducta es definida como una expresión de sentido evitable (Nelson Salazar), en tanto la persona jurídica tampoco sería factible de responsabilidad penal.

Por tanto, la concepción de conducta por Roxin y Jakobs, son insatisfactorias, por lo que es mejor adoptar el concepto aportado por el doctor Nelson Salazar Sánchez. No obstante, por criterios prácticos en el presente trabajo no explayará desarrollando conceptos doctrinarios de las institucionales jurídico-penales, sino se limitará a desarrollar los conceptos aplicados por la Suprema Corte peruana y la doctrina dominante:

### **1) Acción**

Sobre la acción de han tratado de fundamentar diversas teorías buscando armar un concepto holístico que sea pertinente para los delitos dolosos e imprudentes, en este primer aspecto se presenta como una “función de base del concepto de acción” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 57) y así “mismo que sea enlace las diversas categorías del delito” (CLAUS, 1997, pág. 234).

Por otro lado, también resulta relevante para cuestiones prácticas, dado que se excluyen aquellos hechos que no sean emanados de la voluntad o que escapan de ésta presentándose este concepto como función de delimitación del concepto de acción. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 57).

Ahora, las teorías que han tratado de fundamentar tanto la función base como el criterio delimitador, son el concepto causal, final y social de la acción, no nos vamos a detener en estudiar cada una de estas teorías, sino que sólo lo estamos enunciando, ya que nuestro objetivo es estudiar cuando en un caso concreto no existen acción como filtro de imputación:

### **1.1. Supuesto de ausencia de acción**

Antes de entrar a la tipicidad es necesario evaluar algunas cuestiones importantes como supuestos donde no haya acción, por ejemplo, puede existir algún supuesto donde una noche se hipnotiza a firmar algunos cheques a un funcionario público, puede ser algo descabellado este ejemplo pero puede existir, o por ejemplo mediante el hipnotismo se la hace botar por la ventana de la casa la llave de la puerta de la municipalidad y algunos cómplices del hipnotizador están debajo de la ventana del edificio para recoger la llave e ingresar a un despacho municipal para hurtar un expediente coactivo donde de manera segura se impondrá una multa por una suma millonaria.

#### **a) Fuerza física irresistible**

O también denominada *vis absoluta*, aquí no se registra acción alguna por parte del sujeto directo, pues este no actúa, sino que este es utilizado como instrumento o mero objeto por parte de otra persona o algún elemento externo. No debe confundirse con la *vis compulsiva* (presión psicológica) sobre un sujeto, porque aquí si hay acción e incluso la conducta es pertenece al injusto, pero no es culpable, porque aquí el sujeto puede actuar, pero su voluntad está viciada, por lo que la conducta viciada emprendida se subsumiría en el miedo insuperable frente a la amenaza externa.

El estándar de fuerza no puede ser cualquier fuerza, sino aquella que tenga la magnitud de suprimir la voluntad de un sujeto (MIR PUIG, 2016, pág. 217), y “no deje ninguna opción al que la sufre” (MUÑOZ CONDE, 2018, pág. 13).

**b) Movimientos reflejos**

Estos se realizan sin la participación de voluntad (MIR PUIG, 2016, pág. 221), porque aquí un centro sensorial envía un estímulo de manera inmediata hacia un centro de movimiento, sin intervención de la conciencia, o “un estímulo que se transforma inmediatamente en un movimiento no dependiente de la voluntad” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 63).

En casos de reacciones espontaneas dominables no podrá aplicarse nuestra figura bajo comento, ya que aquí existe una disposición de actuar existente (por ejemplo, en casos en que una persona aleja a una avispa que le quiere picar, o en casos que un chofer realice una maniobra evasiva), tampoco será subsumible los actos pasionales o de cortocircuito, así como actividades que se basan en modelos de conductas ya ensayados (pisar el embrague, cambio de marcha del vehículo). En estos casos los comportamientos son controlados, aunque en el caso concreto, tampoco son planeados conscientemente. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 63).

Los actos de corto circuito y las reacciones explosivas se las clasifica dentro de las reacciones primitivas. “En estos casos se consideran formas de conducta, porque en alguna medida interviene la voluntad.” (MIR PUIG, 2016, pág. 22). Estas últimas figuras no eliminan la acción, pero pueden dejar sin efecto la imputabilidad bajo el *nomen iuris* de trastorno mental transitorio.

### c) Estados de inconciencia

Aquí en estos casos puede darse movimientos por parte de los sujetos, pero no son acciones en tanto en cuanto no hay voluntad para realizarlas. Encontramos acá a los movimientos producidos durante el sueño, el hipnotismo, “porque aquí en estas situaciones no hay control mental por parte del afectado” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 63), además se postula que aquí se encuentra la embriagues letárgica, el sonambulismo.

## 2) TIPO Y TIPICIDAD

El tipo tal cual se conoce hoy, se descubrió mucho más tarde que la antijuricidad y culpabilidad por Beling. Cuando Beling lo propuso sólo abarcaba el aspecto objetivo del tipo, quien va a esclarecer si el tipo debe abarcar un aspecto subjetivo fue Hegler. Más tarde, fue la teoría “final de la acción la que incluyó el dolo la parte subjetiva del tipo” (CLAUS, 1997, pág. 280).

Ahora, una conducta será típica si se adscribe al tipo penal, es decir es subsumible en uno o algunos verbos rectores para un determinado delito en particular.

El tipo, en su estructura presente una parte objetiva y otra subjetiva, las mismas se analizan en ese orden, y no puede alterarse, donde el incumplimiento de la primera conlleva a no analizar la segunda, pues para la configuración típica es imprescindible la concurrencia de ambos aspectos.

### 2.1.El tipo objetivo:

Reciben el nomen iuris de elementos objetivos porque son circunstancias que caracterizan el ámbito externo del *factum*, y su

presencia corresponde al mundo exterior, y no depende de lo subjetivo del agente (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 78). En la estructura del tipo siempre encontramos al sujeto del delito, la acción típica y por ende la descripción del resultado penado (CLAUS, 1997, pág. 302), entre otros.

**a) Elementos referentes al autor**

En la praxis, habrá que analizar, elementos referentes al autor, es de decir quien o quienes son los sujetos factibles de cometer un delito, no en todos los casos un *factum delictivo* lo puede cometer cualquiera, en determinados casos es necesario de un agente cualificado o con especiales características vinculado a ciertas instituciones, aquí por ejemplo, es imprescindible que exista una fuente generadora de deber, los deberes no tendrán su fuente en la sola relación casual con un bien, como *conditio sine qua non* para calificar esa relación es necesario de una posición de garante para con determinados bienes. Esa fuente debe ser de origen legal, deberes de función, relación de padre e hijo o de cónyuges. Si se cumple lo anterior recién se evaluará frente a que delito especial estamos pudiendo ser propios e impropios. Aunque con la moderna teoría estos elementos permitirán verificar si estamos ante los delitos de dominio o de infracción de deber.

**b) Elementos referidos conducta**

De manera sintetizada aquí se verificará según la descripción legislativa la presencia de los elementos descriptivos o normativos, o una coexistencia de ambas, no es que se presenten en puridad uno excluyendo al otro, sino que uno de ellos se torna predominante.

Aquí también se verificar ante clase de tipos penales se está en un caso concreto.

**c) Elementos concomitantes:**

## **1) Causalidad e imputación objetiva**

Aquí, una de las cuestiones más importantes, se presenta la causalidad del resultado e imputación objetiva. Partiendo de éste último se afirma, una simple producción natural de un resultado no conlleva a una sanción penal *per se*, sino aquella que es atribuible al actuar libre de un ciudadano, en tanto éste se haya excedido de los límites que le concede el derecho para desenvolverse en sociedad e interrelacionarse con los demás.

La matización o filtro de que no todo resultado sea sancionado de manera arbitraria por el simple resultado, ha sido y es, fundada por los postulados de los autores Roxinianos y Jakobsionados el mismo que incluye a los mismos autores y sus seguidores.

Las instituciones que desarrollan estos autores son de suma importancia, en tanto, si cualesquiera de estas instituciones se presentan excluyen la imputación objetiva, en tanto, en estos supuestos habrá ausencia de tipicidad objetiva.

## **2.2.El tipo subjetivo**

En este aspecto en líneas generales, lo que se verifica es el elemento cognitivo y volitivo del aspecto subjetivo del tipo para los tipos dolosos. Obviamente, en los tipos imprudentes también se verifica la parte objetiva y subjetiva del tipo. En esta sección enfoquémonos de manera breve en los tipos dolosos:

En el aspecto cognitivo, se exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y el otro la voluntariedad de su comisión.

No se cumplirá el aspecto cognitivo, en tanto en cuanto se presente lo siguiente:

**a) Error de tipo por falta del elemento cognitivo del tipo**

Para la configuración de la tipicidad subjetiva es imprescindible que el agente “tenga conocimiento( elemento cognitivo del dolo) de su propio dolo, es decir conocimiento de las circunstancias del hecho y su significado” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 149). Bajo esta noción, el tipo error in comento es la negación del tipo subjetivo por atribución al agente activo de una situación de desconocimiento de que la conducta por el realizada infringe objetivamente la norma penalmente garantizada ( Kuhlen citado por (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 541).

Faltará el conocimiento cuando alguien no ha incluido en su totalidad algún elemento del tipo en su representación (CLAUS, 1997, pág. 458). Esto quiere decir que existe una falta de correcta representación, en tanto no es una falsa suposición (CLAUS, 1997, pág. 459). Para que exista un error de tipo, “supone que existe un desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo” (MIR PUIG, 2016, pág. 278) ya sea de los elementos descriptivos o normativos que tenga el tipo. En tanto, ante la existencia del error de tipo vencible o invencible, no habrá el cumplimiento del aspecto cognitivo del tipo subjetivo doloso. En el vencible se pasará a analizar si la conducta se subsume o no en el tipo imprudente, será sancionable si y solo si existe un tipo penal expreso en tanto los tipos imprudentes son *numerus clausus*.

**3) Antijuricidad**

Será antijurídica aquella conducta si y solo si no están presentes causas de justificación en la realización del tipo (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 165). Esta categoría se evalúa en base a la totalidad del ordenamiento jurídico, en especial las normas positivas, porque la vulneración de las costumbres

nos conlleva la sanción de naturaleza penal. Una conducta que pasó por el estadio de tipicidad, deberá pasar por el segundo que es la institución en estudio, pero la concurrencia de algunas instituciones como las siguientes conllevan a que una conducta no sea imputada como antijurídica:

### **3.1. De las causas de justificación en general**

#### **1) Legítima defensa**

Esta institución tiene su basamento “en el interés del individuo en una efectiva protección de bienes jurídicos y la idea de preservación del derecho” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 208). Este último, desde una perspectiva jurídico social, quiere decir que al ciudadano se le autoriza y la faculta para intervenir frente a un ataque antijurídico de otro (JESCHECK & WEIGEND, pág. 495).

El primero, obviamente quiere decir que el ciudadano puede intervenir para proteger bienes jurídicos individuales ya sean suyos o de otros privados, pero no intereses públicos, porque de esos se encargan los órganos estatales. En todo escenario de legítima defensa es necesario la concurrencia de ambos fundamentos (CLAUS, 1997, pág. 609), precedentemente mencionados.

#### **1.1) Requisitos para su configuración:**

##### **a) La ilegitimidad de la agresión**

Agresión objeto de ataque emanará de un ser humano, en tanto no están permitidas respecto a ataques de animales, aunque este discutible. El derecho no faculta a responder frente a cualquier agresión, sino frente a aquellas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente valiosos, pudiendo ser personales o de terceros (JESCHECK & WEIGEND, pág. 498). En tanto en cuanto, se excluyen aquellos ataques provenientes de manera exclusiva de los animales. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 209), y

también de las personas jurídicas pues estas no pueden actuar en términos penales (CLAUS, 1997, pág. 611). Aunque éste último resulta ya discutible para el sistema del constructivismo idealista objetivo.

La agresión no sólo puede provenir mediante acciones, sino que también se acepta que éstas pueden provenir de comportamientos omisivos (impropios) “en competencias por organización o institucionales” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 618).

Los bienes que requieren salvación no son de exclusividad los reconocidos en la normativa penal, sino también de otras normas, pudiendo ser “derechos de la personalidad o a la imagen” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 209).

La ilegitimidad de la agresión referida no hace referencia a un comportamiento culpable del agresor (sino que sea objetivamente contrario al ordenamiento jurídico), “ni que configure un tipo penal” (JESCHECK & WEIGEND, pág. 504), pues solo se precisa un comportamiento ilegítimo (Art. 20 inc.3 lit. “a”).

Y tampoco se requiere que ésta, esté dirigida intencional o con dolo eventual, sino que dicho comportamiento presente o se exprese como una inminente lesión a bienes valiosos (JESCHECK & WEIGEND, pág. 498),.

En tal sentido en determinados casos cabe la posibilidad de defensa frente a inimputables. Pero en este último, una medida de defensa no se realizará en la medida que otras situaciones “sino se hade procurar tener mayores consideraciones” (CLAUS, 1997, pág. 617).

La configuración de la antijuricidad de una agresión no se afirma cuando existe la amenaza de que se produzca una lesión, sino que también se requiere el desvalor de la acción, como la falta del deber de objetivo de cuidado. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 2014)

La agresión será actual, en tanto en cuanto, es “inmediatamente inminente, ha iniciado o aún continúa” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 211). El lapso para actuar ante una agresión no se limita a la consumación de un tipo delictivo, “[M]as bien ella también persiste siempre que el peligro para el bien jurídico aún pueda ser conjurado” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 211)

En los delitos permanentes la agresión permanece actual en tanto se prolongue la situación antijurídica en el tiempo y espacio, por ejemplo, en el delito de violación de domicilio, detención ilegal.

Es permanente también un ataque cuando, aunque en verdad la lesión del interés protegido ya ha tenido lugar, sin embargo, en conexión inmediata con aquél puede ser desplegada enseguida una acción de sentido contrario que lo anule total o parcialmente. (JESCHECK & WEIGEND, pág. 504)

Entonces, si se ha dado una pérdida definitiva del bien jurídico y la agresión ya ha sido conjurada no subsiste el actuar bajo esta figura.

#### **b) Falta de provocación suficiente**

Quiere decir, el que realiza la defensa *prima facie*, no debe haber provocado la situación de peligro. Si no se generó la situación de peligro por el sujeto provocado este queda autorizado a reaccionar

frente al agresor, pero a éste último el derecho no le beneficia si es respondido, es decir una vez que el agresor haya materializado su accionar pierde los beneficios responder a una agresión del agredido. (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 621).

**c) La necesidad de la defensa**

El derecho a responder frente a una agresión lesiva o peligrosa, tampoco autoriza a emprender de manera arbitraria y sin límites frente a otros bienes del provocador, sino que el accionar emprendido deberá configurarse como el necesario para repeler una agresión, y así mismos de todos los medios accesibles y disponibles el utilizado tiene que ser el más benigno (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 217), entonces la defensa emprendida deberá ser:

➤ **Idónea**

Será idónea cuando el medio utilizado o a utilizar “está en la posibilidad de detener completamente la agresión o, por lo menos, de obstaculizarla.

El derecho legitima al ciudadano a conjurar con medios objetivamente eficaces la eliminación del peligro, y no obliga a utilizar medios dudosos que pongan en riesgo sus bienes esenciales, en tanto al sujeto se le faculta escoger aquellos medios “objetivamente eficaces que permitan con seguridad la eliminación del peligro” (CLAUS, 1997, pág. 629). En tanto no es un requisito solicitar que el agredido fugue, porque el derecho no puede ceder ante lesiones contrarias a derecho.

➤ **Medio más benigno**

Ello quiere decir si con un medio “X” yo puede repeler de manera eficaz una agresión, ya no puedo en tal caso utilizar otro medio “X1” que también tengo a mi disposición.

“La eficacia de un medio para la culminación inmediata de una agresión y para la evitación definitiva del peligro se juzga de acuerdo con la intensidad del ataque, la peligrosidad del agresor y el medio defensivo del que se dispone” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 217). Si existen dudas sobre la efectividad de las medidas defensivas concretas, no se tiene que exponer el agredido al riesgo de una acción defensiva insuficiente y a la producción de un daño no irrelevante respecto a sus bienes. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 217)

### **¿En qué momento debe evaluarse la necesidad de la defensa?**

Si fue o no necesario el uso de la defensa no puede analizarse ex post, sino deberá determinarse ex ante teniendo en cuenta los parámetros objetivos desde la posición “un tercer observador sensato”. (CLAUS, 1997, pág. 631)

### **Límites de su ejercicio**

Cuando se analiza si resulta necesario el empleo de una lesión legitimada por el derecho no se realiza una ponderación de intereses o derechos, y cuál de ellos tiene un valor más preponderante. Porque bajo esta institución en análisis se pueden lesionar derechos más valiosos de los que se está protegiendo, siempre y cuando este sea el único camino a proteger el interés (JESCHECK & WEIGEND, pág. 505)

Tampoco puede ir más allá de lo que resulta necesaria, solo es necesaria la que es “exigida” para repeler la agresión de manera efectiva.

Para algunas reacciones, por ejemplo, ante inimputables, aplicando las restricciones normativas a nuestra figura (lo normativamente exigido), es necesario aplicar la teoría de los tres niveles, primero si es factible huir será exigible de manera normativa esta conducta, sino esto no es posible, el afectado debe remitirse a una defensa protectora y en última *ratio* a la defensa agresiva. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 222).

### **3.2.EL CONSENTIMIENTO**

Aquí vamos a tratar de manera breve el consentimiento justificante, teniendo en cuenta la naturaleza de esta institución, cuando el agente concede el asentimiento, renuncia a la protección jurídica de sus bienes valiosos, bienes que un principio son protegidos por el Leviatán en base al contrato social, pero en ese contrato también está, que el ciudadano tiene ciertas libertades limitadas, por esa razón en el asentimiento el ciudadano no puede disponer todos sus bienes valiosos, sino aquellos susceptibles de disposición. Al ciudadano no le está vetado todo tipo de comportamientos, por eso tiene el derecho a la autodeterminación, en base a lo cual puede autorizar lesiones o peligros a sus bienes, y asimismo renunciar a ellas. (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 242).

#### **3.2.1. Requisitos para su efectividad**

##### **a) Bien jurídico disponible**

La víctima puede aceptar que le lesionen o vulneren sus bienes que le pertenecen ya sea materiales como propiedades, objetos, pero no su vida o integridad que lo afecte de manera permanente.

#### **b) Sujeto legitimado para la disposición**

Es el mismo propietario del bien o una persona autorizada como en el caso de las personas jurídicas.

#### **c) Capacidad de consentimiento**

El derecho no ha todo sujeto concede la libertad de permitir que vulneren sus bienes jurídicos, sino que es necesario de un sujeto capaz psíquica y moralmente de tal manera que tenga la posibilidad “[...], de reconocer y juzgar adecuadamente el significado y la amplitud de la renuncia al bien jurídico” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 243)

### **3.3.ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE**

Esta institución se realiza frente a peligros para bienes jurídicamente tutelados, y cuya protección solo se puede realizar en perjuicio de intereses ajenos (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 188), donde se salva el interés preponderante. Para su configuración es necesario la presencia de ciertos requisitos, los cuales al concurrir excluirán la antijuricidad, por tanto, la lesión a otros bienes estará justificada en interés de uno superior o igual valor dependiente del tipo de necesidad ya sea defensivo o agresivo.

#### **3.3.1. PERMISIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

##### **a) Ejercicio regular de un derecho**

Algunas normas extra penales permiten lesionar bienes jurídicos tutelados por la normativa penal en algunas situaciones, por ejemplo, en el campo civil se permite el derecho de corrección de los padres respecto a los menores. “Si el titular del derecho se mantiene dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho otorgado, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 644). Las permisiones no solo emanan del área civil, sino que los derechos también pueden derivar de oficios

o cargos, y, pero en algunos casos no pueden provenir de estos, a guisa de ejemplo alguno de estos:

### **Derecho de corrección**

Es un derecho que le corresponde a los padres, tutores, sin ir a los tribunales en contra la voluntad de los menores. El mismo que no se puede ejercer sin límite alguno, sino que este viene limitado por el respeto a la integridad del soma y la psique del menor. Lo anterior, no quiere decir que no pueda aplicarse el castigo corporal, pues este sería aplicable en última *ratio* sin llegar a un castigo desproporcional.

Su aplicación tendrá basamento, “cuando la medida es objetivamente requerida con un motivo de corrección suficiente y guiada subjetivamente por un fin educativo” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 265).

### **b) Ejercicio legítimo de un cargo u oficio**

Aquí no se considera los oficios del médico, y otros profesionales, pues como sustenta García Cavero, pues si estos se desempeñan conforme a sus normativas o *lex artis* serán conductas atípicas en base a criterios que eliminan la imputación objetiva.

Aquí con precisión se dará tenor al *Die Amtsrechte*, en español ejercicio de cargo. El mismo será el ejercicio de las potestades públicas (Amtrechte). Esto se debe a que, “en numerosas leyes se conceden autorizaciones para la actuación oficial, permitiéndose expresamente la intervención con determinados fines [...] o bien se prescribe un fin de actuación que no se puede alcanzar sin intervención[...]” (GÜNTHER, 1997, pág. 548).

Las intervenciones estarán justificadas en la medida de que estas gocen de “competencia material: la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y

circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente” (JESCHECK & WEIGEND, pág. 577). En este caso no solo basta con cumplir la competencia territorial, sino que las facultades coactivas que se ejerzan se rigen por el principio de menor lesividad y asimismo el de proporcionalidad (JESCHECK & WEIGEND, pág. 577)

En tanto, si no existe necesidad de usar la fuerza para hacer cumplir la función pública, no nace el deber de recurrir a la fuerza, por lo tanto, no puede aplicarse ningún tipo de eximente. (MIR PUIG, 2016, pág. 498), Si existe un error para utilizar una determinada magnitud fuerza se aplicará la eximen incompleta (MIR PUIG, 2016, pág. 498)

Si existe un error en la “necesidad” de la fuerza se analizará el tipo de error en tanto si es invencible corresponderá absolver.

### **c) El cumplimiento de un deber**

El cumplimiento de un deber no es una permisión general de lesionar sino una cuestión excepcional para el caso en concreto. La *condicio sine qua nom*, es que tenga una fuente legal, en tanto en cuanto “el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada, aunque traiga consigo la lesión de un bien jurídico” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 647)

## **3.4. ABEDIENCIA DEBIDA**

Se encuentra plasmada en el art. 20 inc. 9 de nuestro corpus penal. La orden que va a realizar quien la ejecute va a conllevar a un hecho antijurídico, el mismo que va a eximir de responsabilidad es por la misma característica que el ejecutor lo realiza dentro de la figura de obediencia debida (como inferior), el ejecutor estará eximido en la medida que dicha orden cumpla con los siguientes:

### **a) Requisitos**

### **1) El carácter obligatorio de la orden**

Nadie se puede atribuir una orden y realizar una acción u omitir, algo, sin que esta no ha sido expresada por una autoridad pública. De tal manera dentro de este ámbito sólo estará comprendida las órdenes y no simples ruegos, súplicas, bromas, etc.

### **2) Orden emitida por una autoridad competente**

Las autoridades públicas son diversas, pero la simple investidura funcional no otorga determinada competencia. En este sentido un policía que se encarga de seguridad privada no puede ordenar que otro policía realice un control del tránsito. No se trata de una competencia concreta, sino más bien “de una abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico”( MIRG PUIG citado (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 657). La competencia es esencial para aplicar la figura, pues sin este requisito no tiene efecto alguno.

### **3) Dimanada del ejercicio de sus funciones**

La investidura de autoridad y competencia per se no determinan la subsunción de una conducta bajo esta institución, “pues es necesario que la orden sea expedida de conformidad a los procedimientos legales previstos” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 657)

## **4) CULPABILIDAD**

No vamos a analizar todos los conceptos planteados sobre la culpabilidad, sino solo esbozaremos de manera concisa aquellos criterios que impiden la imputación personal.

### **4.1.Sus presupuestos**

**a) Imputabilidad**

“Es la base sobre el que descansa la culpabilidad” (JESCHECK & WEIGEND, pág. 637), es decir, se hace referencia que el sujeto al momento de la comisión delictiva goce de capacidad para responder por su injusto en base al pleno ejercicio de su libertad conforme a derecho (autodeterminación), en tanto, no será imputable aquel que no esté en sus facultades psíquicas ni el estándar de edad impuesto por la norma penal para ser atribuido de un injusto más culpable (JESCHECK & WEIGEND, pág. 637).

**b) Conocimiento del injusto**

La constitución psíquica del autor no es suficiente para la culpabilidad, en determinados casos particulares puede ocurrir que el sujeto teniendo la mayoría de edad, no pueda comprender el injusto ya sea porque proviene de otra cultura o por otros factores como por ejemplo la mala orientación de su abogado (STRATENWERTH, 2005, pág. 295). El conocimiento del injusto implica, en comprobar si el sujeto “podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma. (MIR PUIG, 2016, pág. 549)

“El contenido de la conciencia del injusto no es el conocimiento del precepto penal o la “punibilidad” del hecho, sino la comprensión del autor de que su comportamiento se encuentra jurídicamente prohibido” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 299). La exigencia del conocimiento de lo anterior, sólo es vinculante para aquellos sujetos que co-viven en una sociedad interrelacionada, no exigiendo un comportamiento conforme a derecho a aquellos sujetos aislados sin interrelación. Entonces siguiendo a nuestro autor, “para afirma la culpabilidad se requiere determinar solamente que el ciudadano conocía o debía conocer el ordenamiento jurídico-penal por la posición social en la que se encontraba” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 682)

### c) **Exigibilidad de otra conducta**

La norma jurídico- penal comunica que todo ciudadano se conduzca en su sociabilización e interrelación conforme a ella. El ciudadano no se puede apartar libremente sin una consecuencia jurídica.

No obstante, si en determinadas circunstancias es imposible conducirse por el lineamiento normativo sin poner en peligro la vida, integridad o libertad, el ordenamiento no puede exigir sacrificar tales bienes en pro del ordenamiento.

En tanto en cuanto, una conducta antijurídica se le puede reprochar al autor si este estando en la posibilidad y circunstancia de orientarse conforme a derecho no lo ha realizado (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 684)

## **4.2. Supuestos de ausencia de culpabilidad**

Ahora, lo que nos interesa es aquellas situaciones donde un actuar no será imputable personalmente por un acontecer delictivo, incluso cuando este sea consecuencia de la conducta, y esto se materializa en los siguientes supuestos:

### **4.2.1. Causales de exclusión de la culpabilidad**

#### **a) Inimputabilidad**

Esta institución combina factores psíquico-biológicos y aspectos psicológicos normativos, de tal manera que la inimputabilidad se determina mediante dos niveles de análisis (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 281):

- a) **Primero**, tiene que comprobarse si existe un denominado elemento biológico, una perturbación mental (embriaguez absoluta), estados

condicionados por el cerebro (psicosis endógena, esquizofrenia, ciclotimia) perturbación grave de la conciencia(cansancio, agotamiento, pasión intensa), demencia u otra desviación mental( trastorno pasional;

- b) **Segundo**, luego en caso de un diagnóstico positivo, tiene que constarse si, como consecuencia de esta circunstancia biológica, el autor era incapaz de comprender el injusto del hecho(ausencia de capacidad de comprensión) o de actuar según esa comprensión( ausencia de capacidad de conducción) (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 281)

**b) Supuestos de inimputabilidad**

**a. Minoría de edad**

La norma penal establece el estándar de edad a partir del cual una persona es imputable por su acto delictivo, en tanto un menor de 18 no puede ser imputable personalmente, conforme al ordenamiento penal peruano incluso cuando sea mayor de 18 y menor de 21, a éste podrá disminuírsele prudencialmente la pena tal como lo establece el art. 22, salvo las excepciones que se regulan en el mismo.

**b. Anomalía psíquica**

“Son aquellos trastornos mentales originados por causas corporales orgánicas de carácter patológico” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 688). Si se ha comprobado la existencia de trastornos, es necesario que sea de tal entidad que imposibilite a la persona a comprender la prohibición y tanto no pueda conducirse conforme a derecho.

**c. Grave alteración de la conciencia**

No son de origen patológico sino se presentan por el consumo de sustancias, o por intromisiones en el ser de la persona(hipnosis)

o por excitación del propio sujeto. Lo cual conlleva a que el ser pierda un real contacto con la realidad. Lo mismo que el anterior se requiera que sea intensa, no capaz de anular la acción, sino capaz que el sujeto pierda un adecuado contacto con la realidad social (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 692)

**d. Alteraciones de la percepción**

Se estaría en este campo, en casos de personas que sufran discapacidades auditivas y del lenguaje de manera conjunta, “de tal manera que no puedan representarse de manera adecuada la realidad” (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 692).

**4.3. Error de prohibición**

No solo basta la realización típica del injusto, sino que también se requiere que el sujeto conozca o se represente que su conducta está prohibida, por tanto, este error es un supuesto de ausencia de culpabilidad. A aquel que al momento “del hecho no sabe ni podía saber que su conducta contraviene normas jurídicas, no se puede formular un reproche de culpabilidad” (STRATENWERTH, 2005, pág. 295). El error sobre el injusto corresponde al injusto culpable, en tanto, sólo los casos donde el error se presente invencible la conducta no será culpable, y en los demás casos de vencibilidad de tendrá una atenuación al momento de determinar el *quantum* del castigo. En aquellos casos donde exista fundadas razones y materiales probatorios objetivos para advertir que, en una solicitud cautelar de PP, se está en un error de prohibición vencible, el juez deberá advertir que tal atenuación, no afecte la prognosis mínima requerida para la configuración y su dictación. Contrario sensu, si el juez tras un somero análisis, sin mayor complejidad de actuación de elementos de convicción, ya sea de *ex officio* o por rogación de la defensa, llega a la conclusión que se está ante una situación de invencibilidad del error, como garante la lex superior, y de los derechos, no puede dictar sin más la PP, tampoco, la medida de comparecencia, en tanto

en cuanto, la irradiación penal solo alcanza donde una conducta es concebida como tal o existen suficientes razones para considerarla como tal. Con la precisión del caso ante esta situación al juez no le corresponde absolver al investigado, sino solo rechazar aquellas medidas tendentes a limitar derechos no llegan el espíritu de legalidad, en ese sentido, a la defensa corresponderá plantear la excepción procesal y en su defecto en base a su autonomía el fiscal tendrá la facultad de solicitar el sobreseimiento.

## **5. Casos inexigibilidad (Causas de exculpación)**

Estos tienen como consecuencia una disminución tan intensa del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho que el umbral mínimo de merecimiento de pena ya no puede ser alcanzado y el legislador, considerando la situación de motivación excepcional, renuncia a la imposición de un reproche de culpabilidad, es decir es indulgente (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 301) Los supuestos de estos se presentan en casos en el que al autor no le queda más que actuar en contra del ordenamiento jurídico cuando está en peligro su propio ser.

### **5.1. Supuestos**

#### **5.1.1. Estado de necesidad disculpante o exculpante**

Esta institución no rige en todo momento, sino solo en aquellas situaciones excepcionales, contexto en el cual al sujeto no se le puede exigir que actúe conforme los preceptos penales, es decir ante situaciones excepcionales en el derecho también permite una respuesta excepcional.

##### **5.1.1.1. Requisitos para su configuración**

###### **1. Situación de necesidad**

De manera concreta se requiere un peligro actual, no evitable de otro modo para la vida, integridad o libertad del ser propio o de sus familiares o personas cercanas (WESSELS, BEULKE, &

SATZGER, 2018, pág. 302). El peligro actual, quiere decir, “la acción de salvamento debe postergarse hasta el momento en que, si se esperara más, podría ser demasiado tarde para ejecutarla” (STRATENWERTH, 2005, págs. 316-317)

## **2. Acción necesaria**

“La acción del estado de necesidad tiene que constituir, como *ultima ratio*, la única y última salida a la situación de necesidad, es decir, tiene que ser adecuada y necesaria para evitar el peligro actual” (WESSELS, BEULKE, & SATZGER, 2018, pág. 304) Si en el caso particular se determina que había otra alternativa conforme a derecho, no se excluirá al sujeto la responsabilidad (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 710)

## **3. Personas beneficiarias**

Le corresponde al mismo sujeto y a sus parientes. En todo caso como refiere García Caveró, puede manejarse teniendo en cuenta el grado de consanguinidad y afinidad reconocido en el ámbito civil, 4° y 2° grado respectivamente. (GARCÍA CAVERO, 2019, pág. 911)

## **6. Miedo insuperable**

Bajo la norma penal peruana exculpa a quien actúa bajo esta situación, es decir obra compelido por un miedo insuperable de un mal igual o mayor.

## **5) PUNIBILIDAD**

La punibilidad en sí no es necesaria para la configuración y calificación de una conducta como delictiva, sino, que si siendo delictiva aquella, es o no necesaria la aplicabilidad de un castigo.

**PARTE IV. ESTRUCTURA DEL FUMUS COMISSI DILICTI Y SU  
ESTANDAR**

## 1. ¿QUE ES UN ESTÁNDAR?

En la actualidad, es común hablar de “estándar” o estándares, pero no hay trabajos consistentes que hayan desarrollado en realidad lo que implica este término. Un supuesto estándar muy frecuente utilizado en las sentencias es el cliché que el juez está convencido más allá de toda duda razonable sobre la intervención de un sujeto inculpado y por tanto es culpable de los hechos que se le atribuye. No obstante, este término presenta ciertas imprecisiones y la misma no goza de una interpretación unidimensional (LAUDAN, 2013, pág. 104), pero no nos vamos a detener en la crítica a esta cuestión, sino vamos a referir a aquello que el juez necesita en un determinado caso para dar por probado un hecho y por ende atribuible a un sujeto como responsable de un *factum delictivo*.

Para mayor precisión vayamos a conocer que significa un “estándar”, para tal efecto nos remitimos a la RAE: *significa algo “1) que sirve tipo, modelo, norma, patrón o referencia, 2) Tipo modelo, patrón, nivel”*. En el lenguaje común sería una referencia o nivel que es necesario cumplir para realizar algo, o tomar decisiones.

Los estándares no son el conjunto de reglas específicas y limitadas e inquebrantables, para otorgar el grado de convicción a cada prueba o medio de prueba, por la sencilla razón el proceso no se rige por reglas de la prueba tasada, sino por la libre convicción o sana crítica. Pero este último no quiere decir, que las decisiones del juez sean vagamente discrecionales, sino es necesario que las decisiones sean racionales. En este sentido, cuando se habla de estándar se trata de ofrecer al juzgador directrices precisas pero generales y flexibles que debe tener en cuenta en la valoración de la prueba para decir su sentencia final en un caso particular. (TARUFFO M. , 2008, pág. 137).

También, se puede entender, como aquellos criterios que indican cuando se tiene por aceptada una hipótesis como verdadera, es decir cuando está probado un hecho (Marina Gascón).

Si se adopta el significado de criterios, directrices generales, entonces se tendrá por cumplido un determinado estándar, si se tienen en cuenta aquellos criterios necesarios para dar por confirmada una hipótesis referente a un hecho. No obstante, un estándar no sólo implica el fiel cumplimiento de determinados criterios objetivos, sino también es necesario “conocer cuál es el nivel necesario de corroboración exigido para dar por probado un hecho”. (FERRER BELTRÁN, 2016, pág. 218). En tanto, adoptando el concepto de criterios generales para un estándar será necesario que existan los criterios objetivos generales y flexibles, y también cuál es ese nivel de justificación para tener por aceptada una pretensión.

Si una hipótesis ha sido justificada por las pruebas existentes en el proceso, pero surge la interrogante, si esa justificación es la necesaria y requerida para tomar una decisión, la respuesta es que esto dependerá del tipo de proceso. Si nos centramos en lo penal, no cualquier justificación se tiene en cuenta, sino aquellas corroboraciones que cumplen un determinado nivel de justificación en base a las pruebas, en tanto en el proceso penal conocer cuál es ese nivel de justificación es necesario para tener por cumplido o no un estándar.

Cuando el término in comento lo traslado a la PP, en especial al primer presupuesto, entonces cabe preguntarse, cuando la justificación de la hipótesis sobre la intervención o participación de un sujeto es la requerida para otorgar la cautelar. Porque no cualquier justificación *per se* genera una consecuencia restrictiva de derechos en mayor sentido una privación de locomoción. Esta última interrogante será respondida más adelante, en la propuesta de modelo teórico, por lo que volvamos a desarrollar la estructuración comúnmente manejada del presupuesto mal llamado humo del derecho.

## 2. DE LA ESTRUCTURA DEL PRIMER PRESUPUESTO

Comúnmente se suele hablar de apariencia del *ius*, en términos equiparables a lo del campo civil, pero cabe preguntarse, en especial para la PP se ¿necesitará una mera apariencia con carácter delictivo?, o ¿una verosimilitud o una probabilidad?

Aclarando, la apariencia en lenguaje común es algo que puede o no corresponder con la verdad, y en algunos casos la apariencia son meros prejuicios sobre algo. Si vamos a la máxima autoridad de la lengua española, el término en estudio tiene varios significados 1) Parece exterior de algo o de alguien, d) verosimilitud, probabilidad, 3) cosa que parece y no es. En el lenguaje ordinario parece utilizarse este último, y en el campo jurídico como es latente se utilizada en el sentido del segundo. ¿Pero es correcto utilizar tal significado para efectos penales?

Estas interrogantes serán respondidas más adelante, por lo que vayamos a analizar lo postulado por la doctrina mayoritaria y lo que se analiza en la práctica por los tribunales penales, en el primer supuesto de la PP, siempre se analiza 1) La apariencia de un hecho con carácter delictivo y 2) La autoría o participación de un individuo en el *factum* delictivo.

### 2.1.Sobre la apariencia de un hecho con carácter delictivo

No vamos a entrar a analizar de manera directa todo el sentido de la oración, sino que empecemos analizando lo anterior de manera analítica, tal así primero explicitemos a qué tipo de hechos se refiere la normativa procesal y segundo que hechos le importan

#### a) El hecho

La mera unidad o sucesión de acontecimientos, no le importa al derecho, toda vez que , “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso

constituye el hecho” (TARUFFO M. , 2011, pág. 92), y que parte de hecho es lo que le interesa. Porque no todo hecho o acontecer genera *per se* una consecuencia jurídica, en tanto es la norma jurídica es el que define y delimita los contornos, extrae el hecho en concreto de la ilimitada variabilidad e indeterminada de la realidad(Taruffo).

Es el hecho delimitado, definido y calificado como tal por una norma el que determina la génesis de un acto coactivo que la misma preveé, y no cualquier acontecimiento reprochable sin circunscripción jurídica.

Las disposiciones normativas no entran a tallar *prima facie*, sino que es necesario analizar los supuestos específicos reglados legalmente para circunscribir los hechos y, por ende, sólo bajo un supuesto serán aplicables a una pequeña parte de los hechos acaecidos en el mundo.

Lo anterior, no quiere decir que los hechos sean dependientes de la norma jurídica o su existencia dependa de ésta, sino que en el proceso y para el proceso se delimitan contornos, que requiere la norma para que ésta genere una consecuencia jurídica, máxime en el proceso penal solo aquellas conductas que revisten ciertas características especificadas por un tipo penal generan una sanción.

### **Hecho jurídicamente relevante:**

Existen ciertas clasificaciones del *factum*, no obstante, aquí sólo haremos referencia, cuándo un hecho le interesa al derecho y cuando no. En el espacio sideral y en la tierra suceden muchos hechos, y su acontecer es constante, porque el mundo, la ciencia, la economía, los carros, las personas, etc., están en constante movimiento. Pero no todos los movimientos o acaecimientos conllevan al inicio de un proceso, sino es la calificación de un hecho como jurídicamente relevante.

De manera general se puede afirmar, un hecho es relevante, en la medida que es un presupuesto fáctico requerido por la norma para generar una consecuencia. Sin embargo, no solo los hechos jurídicamente relevantes le interesan al derecho, sino también aquellos son lógicamente relevantes (Taruffo) para el proceso, como aquellos que sirven para realizar el razonamiento de prueba indiciaria. En tanto son las disposiciones y normas son las que ayudan a determinar la relevancia de un acontecer, dado que sólo así serán presupuesto para la consecuencia de la norma.

En el rubro penal, no obstante, la simple relevancia de un hecho no siempre es consecuencia para una sanción penal, por ejemplo, cuando un taxista está manejando bajo el irrestricto respeto de las normas de tránsito y mata a un suicida que se lanzó debajo de las ruedas. Este hecho es jurídicamente relevante, pero no jurídico-penalmente relevante. Entonces al derecho penal, sólo le interesan aquellos hechos que son jurídico-penalmente relevantes (para el campo penal), “en tanto es la norma ***penal*** la que dota de significación a los hechos” (PERFECTO, 2007, pág. 120). (negrita es nuestro).

Teniendo en cuenta los argumentos esbozados es correcto afirmar todo hecho jurídico-penal es jurídicamente relevante, pero no todo hecho jurídicamente relevante es un hecho jurídico-penal.

### **Hechos y enunciados**

Los hechos no son trasladados al proceso en su entera materialidad (objetos), pues esto será imposible en algunos casos. Por ejemplo, una explosión en un submarino provocado por un marino renuente debajo de los hielos del Ártico. Si el marino sobreviviese, para imputarle un delito y celebrar un juicio, no se podría llevar todos los restos de los tripulantes y del submarino al tribunal, sino que estos serán trasladados a través de enunciados.

La norma no establece que determinado hecho es existente, sino que comunica que, si se llegara a verificar un cierto tipo de estos, se podría generar consecuencias previstas por dicha norma (TARUFFO M. , 2011, pág. 114).

Lo existente en el mundo terrenal no pueden ser otros que aquellos hechos concretos que existen en la realidad, factibles de ser verificados empíricamente.

Mientras los supuestos de hechos u otros hechos no existentes en el mundo terrenal solamente pueden ser conjeturados, pero no corroborados por utilizando la epistemología empírica (TARUFFO M. , 2011, pág. 115)

Cuando en el proceso se habla de la verdad del hecho, no se hace más que referencia a la verdad del enunciado el mismo que tiene por objeto un hecho (TARUFFO M. , 2011, pág. 117).

Los hechos no se pueden trasladar al proceso en su entera materialidad, sino es a través de los enunciados, y es la verdad de los enunciados o no de los enunciados lo se establece en el *procesum*.

#### **b) El carácter delictivo**

El carácter delictivo de un acontecer no es de libre determinación, sino que un hecho es de tal dimensión siempre y cuando una norma así lo determine, en el mismo sentido, la norma establece que los hechos deberán responder a un acontecimiento derivado del acto de un ser humano o de un acto comunicativo de la persona (personas como construcción jurídica). Un hecho será delictivo no por la simple causación de un resultado (responsabilidad objetiva), sino también por su atribución en el aspecto subjetivo a título de dolo o imprudencia (responsabilidad de autor), éste último porque uno o más hechos se “imputan” es decir se atribuye a un sujeto de haber defraudado la expectativa normativa mediante un acto de su libertad.

Será la norma la que guíe cuándo estamos ante una conducta delictiva, ya que de la inmensidad de conductas realizadas por un sujeto no todas incumben al derecho y tampoco son perseguibles y sancionables. La interpretación de los hechos es subsumible si existe una categoría jurídica predeterminada, en tanto si no existiese tal predeterminación el hecho calificado no existiría (GONZALES LAGUIER, 2000, págs. 40-41).

El carácter delictivo del hecho atribuible a una persona no puede ser una mera apariencia, sino que corresponde realizar un análisis racional de los medios de prueba existentes, y que estos comuniquen que tal hecho es atribuible a la conducta o al acto comunicativo.

En la PP si revisamos la ley peruana, o de otras latitudes el dictado no es para todo hecho punible, sino para delitos que tengan un mínimo de pena y no es factible para las faltas. En este sentido el hecho tendrá las características de delito, es decir es necesario que en el hecho atribuible a un sujeto no estén presentes la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos, estados de inconciencia, criterios que eliminen el injusto y por ende lo culpable.

Una conducta que realiza un hecho será jurídica-penalmente (si llega al injusto culpable y en algunos casos se requiere lo punible) relevante si es imputable a una persona en calidad de autor, sin embargo, en algunos casos puede ocurrir que la conducta atribuible al autor no sea culpable, o no sea necesaria la pena, lo que no implica que la participación en un hecho de un sujeto "X" no sea jurídico-penalmente relevante y por tanto no sería factible la cautelar de PP, bajo el supuesto que se requiere todos los presupuestos del delito.

Basta con verificar que la conducta imputable al autor pertenezca al injusto, para tener como relevante penalmente la imputación al partcipe, por lo

tanto, es factible de solicitar y conceder la prisión preventiva a éste, incluso cuando no haya autor. Esto se fundamenta en torno a la teoría de accesoriad limitada donde sólo se exige que la conducta que realice el autor realice la tipicidad y antijuricidad para sancionar al partícipe, en este sentido en algunas situaciones no será necesario verificar que la conducta se realice en todas sus categorías, sino sólo hasta el injusto. Debe precisarse para algunos autores la accesoriad no constituye un elemento para la configuración y sanción del partícipe, sino una condición objetiva de punibilidad.

## **2.2.Imputación a título de autoría o participación**

Es la norma la que precisa, quien es el sujeto al que se le debe atribuir un acto, por ejemplo, en los delitos funcionariales el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino solo aquellos especificados en cada tipo penal, es decir aquellos que lesionan los deberes que les incumben. Y así mismo, no todo sujeto que interviene y cause un resultado puede ser factible de sanción, sino que quien imputa deberá verificar que tal acto sea jurídico-penalmente relevante a un sujeto responsable a título de imprudencia o de dolo.

En principio, si no se realiza un acto injusto culpable el autor no responde, pero no todo comportamiento no culpable genera que el *ius persecuendi* sea obstaculizado, pues aquí en el tema de participación, si existen partícipes estos serán posibles de sanción por haber realizado un acto delictivo en base a la teoría de accesoriad limitada, y consecuencia al haber realizado una conducta penalmente relevante los partícipes serán posibles de tener por acreditado el primer presupuesto de la PP si la hipótesis de participación está justificada y supera la justificación requerida para su dictación. Aunque como se ya se ha precisado para el constructivismo idealista objetivo no es necesario la accesoriad para la configuración del injusto del partícipe ya que estos serían sancionados por su propio injusto, por lo que esta teoría apuesta por considerar la accesoriad limitada como una cuestión objetiva de punibilidad.

## **2.3.APARIENCIA DEL DELITO**

No es nada nuevo que las cautelares como la PP, es un tema de debate y en cuanto o en qué medida resulta satisfecha la hipótesis, que un investigado X ha intervenido en un *factum* delictivo para privarle de la libertad mediante una cautelar. Algunos autores, entre ellos San Martín, precisa sobre la intervención del sujeto, es necesario un elevado índice de verosimilitud o probabilidad (SAN MARTIN CASTRO, 2004, pág. 627).

Ante lo anterior, es menester preguntarse, si es correcto referirse y emplear de manera indiferente los términos apariencia, probabilidad o verosimilitud de intervención. En este sentido, analicemos de manera breve los conceptos de probabilidad, verosimilitud y su relación con otros conceptos para establecer cuál es el término más apropiado a emplear en nuestra cuestión.

### **2.3.1. Cuestiones a considerar**

#### **a) Sobre el objeto del proceso y la verdad**

Si separamos el inter procesal de investigación con la del juicio, en la fase de investigación se busca, recopilar, conservar información concerniente a si un sujeto a realizado acciones sancionables penalmente para que posteriormente se proceda solicitar la acusación. En el juicio no se busca ya recopilar información, sino que a partir de las pruebas ya una vez debatidas el juez verificará si la hipótesis fiscal ha superado el estándar requerido para condenar a alguien o absolver. Nos preguntamos si: ¿si solo en la sentencia o todo el proceso busca la verdad?

Antes de absolver la interrogante, no es menos relevante esclarecer lo siguiente: frecuentemente se ha escuchado la noción de verdad formal y verdad material, al respecto afirmamos que esta concepción no es más que el postulado del siglo “XIX por la doctrina alemana” (NIEVA FENOLL, 2010, pág. 146). Este proposición no hace referencia sobre el tipo de verdades que

pueden existir, sino más bien se refiere al “resultado que se obtenía con las pruebas legales no solía ser, evidentemente, la verdad” (NIEVA FENOLL, 2010, pág. 146). No existen verdades o tipos de verdades, una que corresponda al proceso y otro fuera de ella, la verdad debe ser aceptada, aceptando nuestras propias limitaciones, que la verdad es limitada y relativa. En tanto la verdad es única en los procesos u otras ciencias empíricas, debe aceptarse la verdad como correspondencia de nuestra representación con la realidad objetiva.

Ahora, entrando a la respuesta ante la interrogante resulta afirmativa, pero no se busca más allá de aquello que se pueda concebir, sino, sólo que tal acontecimiento investigado se haya dado y corresponda con los enunciados. Ninguna ciencia puede ser ajena a la verdad, por eso el derecho tampoco puede obviarla, cualquier investigación no orientado a ella es una fantasía o imaginación, o es algo no susceptible de verificación.

En tanto si una decisión se basa en el respeto de los derechos y en la verdad, corresponderá una medida justa u orientada a ser justa. Entonces el proceso no busca más que determinar en el plano real quien fue aquel que realizó un acto delictivo por lo cual es pasible de sanción (CLAUS & BERND, 2019, pág. 239). Es de suma importancia no utilizar cualquier concepto, sino más bien de ir cada vez mejorando y utilizando conceptos más unidimensionales, para tal efecto vayamos a esclarecer algunos de ellos:

#### **b) QUE SE DEBE ENTENDER POR PROBABILIDAD O VEROSIMILITUD**

Iniciamos precisando, cuando aquí se habla de probabilidad no se hace referencia a lo que comúnmente se direcciona este término por parte de la doctrina común, en la que este término significa la presencia de elementos positivos superiores o mayores a los negativos (COFERRATA NORES,

1998, pág. 9) o al grado de convencimiento necesario que un sujeto ha intervenido en el hecho X.

Sino, aquí la expresión es utilizada como esquema o modelo de evaluación racional del grado de probabilidad de una determinada hipótesis (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 144).

Se habla de probabilidad aceptando que, en el mundo terrenal, y, en los distintos ámbitos de las ciencias no se llega a determinar la verdad absoluta, sino sólo existen verdades relativas, y en el proceso penal no es ajeno a esa verdad, en tanto la verdad solo es probable, esto no quiere decir que ya no nos esforcemos en encontrar una verdad absoluta, sino que ésta deberá ser el horizonte a lo que se aspira llegar, porque si esto no ocurre, existe el peligro que se tomen decisiones apresuradas bajo so pretexto de que solo existen verdades relativas.

Cuando se habla de probabilidad no se hace alusión a criterios de cuantificación de prueba o culpabilidad o cuantificación de la verdad, sino al esquema de probabilidad lógica, en términos más simples, “a la probabilidad de (la verdad de) un enunciado en términos del grado de confirmación que los elementos de prueba le atribuyen” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 145). Teniendo en cuenta las precisiones, ahora pasemos desarrollar algunos conceptos:

### **c) La relación entre probabilidad y verdad, certeza**

Estos conceptos son muy utilizados en el lenguaje común como también en el jurídico en especial en el probatorio, donde la certeza es equiparada a la verdad, y la probabilidad se utiliza como algo que puede ser cierto, donde en el sujeto hay una representación cognitiva que dada ciertas condiciones este puede llegar a ser verdad o algo que puede ocurrir.

En una ciencia como el derecho, los conceptos no pueden ser muy difusos, es trabajo de los investigadores matizar los mismos para llevar a un plano más elevado a nuestra ciencia donde los conceptos, criterios de las instituciones sean cada vez más coherentes y unidimensionales. En busca de lo anterior, entonces, pasemos a explicitar algunas precisiones:

### **1. Sobre la certeza**

Este término es muy frecuente en el campo judicial, en especial en las resoluciones de condena, donde el juez está en la certeza de que X ha causado tal hecho, en consecuencia, se le condena una dosis de YY años. No obstante, la certeza, no es lo mismo que la verdad, en tanto el primero corresponde a un estado subjetivo ligado al convencimiento del juez, y “no necesariamente reconducible a la realidad” (MITIDIERO, 2018, pág. 208). Por tanto el término certeza no hace más referencia que a la psicología del magistrado, correspondiendo a la intensidad de su convencimiento (TARUFFO M. , 2010, pág. 107). Un ejemplo de certeza, en la antigüedad todos estaban seguros que la tierra era plana, obviamente con la excepción de galileo. La certeza no siempre es el acontecer real de los hechos, es una convicción personal.

### **2. Sobre la verdad**

Al proceso no se puede trasladar el hecho en su materialidad, sino este es trasladado a mediante enunciados. En tanto la verdad de los acontecimientos dependerán de la verdad de los enunciados. De lo anterior, “[S]ólo podemos explicar lo que es un hecho con ayuda de la verdad de un enunciado sobre los hechos; y lo que es real sólo podemos explicarlo en términos de lo que es verdadero” (HABERMAS, 2002, pág. 237).

Desde un punto de vista epistemológico empirista la verdad “no es un grado subjetivo del juez, sino este depende de la realidad del acontecimiento al que el enunciado se refiere. (TARUFFO M. , 2010, pág. 107), o en otros términos, “[...] la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla” (TARUFFO M. , 2010, pág. 102) y también es relativo porque no se puede tener un conocimiento exacto de ella (MITIDIERO, 2018, pág. 208).

O también se puede decir, es la concordancia entre un hecho real y la idea de él se forma en el entendimiento. (ANTON MITTERMAIER, 2011, pág. 71), pero ese entendimiento será a consecuencia de la corroboración por las pruebas existentes, y no porque al juez se le ocurre llegar a una generalización o porque su convencimiento es de tal intensidad si mayor corroboración de las pruebas existentes.

### **3. Sobre la probabilidad**

Por este término no se puede entender en el campo probatorio como algo que con seguridad vaya a ocurrir, sino debe entenderse “un enunciado es “probablemente verdadero” porque existentes pruebas en el proceso las mismas dan las razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero” (TARUFFO M. , 2010, pág. 107). La institución puesta en el campo procesal no solo se enfoca a determinar porque razones un enunciado debe considerarse verdadero, sino también puede ser utilizado para determinar la falsedad (TARUFFO M. , 2010, pág. 107) de este, no obstante, a estas razones no se llega porque el juez a su arbitrio a así lo determine sino a partir de elementos objetivos o pruebas existentes.

En el proceso son las pruebas o en todo caso son los elementos probatorios(elementos de convicción en la PP) los que los que

“proporcionan un cierto grado de confirmación a algún enunciado sobre un hecho relevante para la decisión” (TARUFFO M. , 2010, pág. 107).

Entonces en esta parte arribamos, la verdad no existe por el intelecto del juez, sino que ésta es externa, la certeza es subjetiva y no siempre es lo concordante con lo real, y la probabilidad de la verdad de un enunciado no es lo que puede ocurrir, sino, el grado de justificación brindada por las pruebas y la existencia de razones válidas para llegar a dicha conclusión.

#### **d) LA VEROSIMILITUD Y LA PROBABILIDAD EN EL PROCESO CAUTELAR.**

Es común en los procesos cautelares civiles escuchar o leer basta el humo, o la verosimilitud o probabilidad del derecho para dar por fundada una demanda cautelar. Partiendo desde este mismo campo, Calamandrei refiere, el derecho en los procesos cautelares se limita a un juicio de probabilidades y de verosimilitud, que el proceso principal será declarado fundado a favor del peticionante (CALAMANDREI, 1984, pág. 77).

Para Taruffo, lo anterior sería un equívoco, ya que el término alemán “*Wahrscheinlichkeit*”, tendría dos significados en la lengua alemana, los mismos serían probabilidad y verosimilitud. (MITIDIERO, 2018, pág. 210).

Estos términos no son iguales o sinónimos, presentan diferencias, hablar de uno o de otro como algo igual es quizá debido a la falta de claridad conceptual sobre los mismos (TARUFFO M. , 2011, pág. 503). Verosimilitud es o tiende a ser un análisis prospectivo a partir de experiencias previas donde lo que normalmente ocurre conduce a decir que algo pueda ocurrir sobre lo que describe un enunciado, este puede ser falso o verdadero, pero no ofrece elementos cognoscitivos para determinarlo. En cambio, el segundo,

“concierno a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero o falso un enunciado. (TARUFFO M. , 2010, pág. 107).

## **1. Los tipos de probabilidad**

Se ha aceptado que en el campo empírico no se puede llegar a una verdad absoluta, partiendo de esa noción se ha postulado lo mismo en el campo del proceso. Existen variados conceptos y desde los ámbitos que se les trata de explicar, a guisa de ejemplo, existe la probabilidad cuantitativa y esta se divide en **objetiva** que se refiere a la frecuencia con que ocurren determinados hechos en el mundo físico dentro de una clase o una serie de fenómenos (probabilidad estadística), por otro lado, la **subjetiva**, que concierne a la investigación del grado de creencia racional sobre la ocurrencia o no de cierto evento a partir de determinado elemento de juzgamiento (MITIDIERO, 2018, pág. 211).

### **1.1. Probabilidad cuantitativa (pascualina)**

“Puede ser definida como la medida de incerteza sobre la inexistencia de un fenómeno sobre el cual no se puede afirmar ni la falsedad ni la verdad” (MITIDIERO, 2018, pág. 211). En esta podemos encontrar dos concepciones:

#### **1.1.1. Objetiva**

Desde este prisma se hace referencia a la frecuencia con que ocurren determinados eventos en la realidad física “dentro de una clase o una serie de fenómenos (probabilidad estadística). Se [E]ntiende la probabilidad de un suceso en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenece” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 145)

#### **1.1.2. Subjetivo**

“[Q]ue concierne a la investigación del *grado de creencia racional* sobre la ocurrencia o no de cierto evento a partir de determinado elemento de juzgamiento” (MITIDIERO, 2018, pág. 211)

## **1.2. Probabilidad cualitativa (baconiana)**

Si tenemos en cuenta, en el campo procesal continental la valoración de la prueba no se remite a criterios estadísticos, sino a criterios racionales, los cuales se trata que sean lo más objetivable posible en base a criterios epistémicos.

Entonces la cuestión está en analizar la teoría probabilística que se orientan en el mismo sentido, tal así que un criterio de valoración de las pruebas es también la probabilidad lógica y es la que nos interesa. Aunque aquí se opta que, el método apropiado para determinar la fiabilidad de la inferencia se hace en función de los elementos ontológicos del ser, pero esto no obsta, a negar que, para determinar la relevancia de una norma y para la construcción de ésta, se hace en virtud de elementos normativos del deber ser (SALAZAR SÁNCHEZ, N), o sea lo de las ciencias sociales, y esto en especial en la ciencia procesal *poenale*.

Esto quiere decir, si bien las pruebas y su determinación objetiva y fiabilidad se determina mediante el método inductivo, no obstante, la decisión del juez no sólo se limita a estas cuestiones, sino que también es necesario valorar en base a criterios propios de las normas, como, por ejemplo, si en el caso particular se ha vulnerado o no derechos esenciales en la obtención de pruebas. Regresando a la cuestión que nos corresponde, en el esquema bajo estudio, no se hace uso de la matemática para determinar la probabilidad de una hipótesis (FERRER BELTRAN, 2007, pág. 122).

Con la utilización de este esquema no se trata de medir los grados de creencias que pueda generar las pruebas o medios de prueba en la mente del

juez, sino se trata de verificar la fiabilidad de una inferencia, la misma que no puede ser determinada ni garantizada mediante el método lógico-deductivo, sino más bien aplicando el método causal(deductivo) (FERRER BELTRAN, 2007, págs. 122-123)

Como se ha dicho en líneas precedentes aquí no se trata de medir cuantitativamente los eventos que se suscitan con cierta frecuencia, sino se trata de racionalidad la incertidumbre respecto de una hipótesis de un factum, y esto se determinará en base a la confirmación brindada por las pruebas disponibles sobre la hipótesis. Es decir el grado de probabilidad de una hipótesis dependerá de la confirmación ofrecida por los medios de pruebas existen para el caso en particular. (TARUFFO M. , 2011, pág. 224)

“[L]a probabilidad es aquello que puede ser probado, es decir, es decir es una graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a la hipótesis de hecho a partir de las pruebas disponibles” (MITIDIERO, 2018, pág. 212). Es a partir de las pruebas, o medios de prueba que se extraerán inferencias que conectará mediante una relación lógica a la hipótesis, en tanto la confirmación de una hipótesis será lógicamente probable, y por tanto su confirmación no sólo depende de cantidad de pruebas disponibles las cadenas de inferencias, sino que también dependerá de la correcta inferencia utilizada. (TARUFFO M. , 2008, pág. 33)

Con su aproximación a la verdad en el proceso ocurre mediante el empleo de máximas de la experiencia y las pruebas disponibles para la confirmación y no refutación de las alegaciones de hecho en el proceso. lo que se valora es la fiabilidad de la inferencia realizada a partir de las máximas de la experiencia a la luz de prueba de los autos. (MITIDIERO, 2018, pág. 213).

## **2. LA CONFIRMACIÓN DE HIPÓTESIS**

Entonces si aceptamos la probabilidad como grado de confirmación de una hipótesis, la cuestión será, como confirmarla en un caso concreto, o como establecer algún grado de confirmación requerido para adoptar decisiones como, por ejemplo, para una sentencia de condena o una cautelar.

Aquí se parte que la hipótesis o las hipótesis se analicen de manera atómica. Como refiere Mitidiero, para verificar la alegación o hipótesis es necesario a) La formulación adecuada de la hipótesis, b) individualización analítica de la prueba y c) la adecuada confrontación entre hipótesis con fines de no refutación.

#### **a) Formulación de la hipótesis respecto al hecho delictivo**

Primero debe partirse que, en el proceso penal, quien plantea la hipótesis (pretensión) no es el juez, de esto se encarga el fiscal como órgano acusador. El juez verifica si la pretensión tiene o no los fundamentos y pruebas disponibles para declarar fundada la solicitud del persecutor del delito. Solo cuándo haya una pretensión de condena por intermedio hay algo que pronunciar al respecto por parte del juez, dado que en los códigos acusatorios o adversariales, el juez no es investigador ni condenador al mismo tiempo. En la audiencia, cuando el juzgador tenga las hipótesis planteadas verificará cuál de ellas resulta justificada, coherente, fundamentada racionalmente (si se plantear varias). Aunque en el proceso peruano no tanto se puede hablar de hipótesis en plural, ya que, en la mayoría de los casos, la defensa solo se limita a desvirtuar lo planteado por el acusador, o de convencer al juez que no existe justificación suficiente para condenar, raras veces se plantean otras hipótesis por parte de la defensa.

El *judice*, no puede aceptar cualquier hipótesis planteada o cualquier otra pretensión, es significativo tener algunas consideraciones, y asimismo el fiscal al plantear su solicitud deberá tener en cuenta que ésta: i) sea

lógicamente consistente, significativa y referente a hechos jurídico-penalmente relevante, es decir, si estamos en un juicio la imputación acusatoria tiene que haber pasado por los controles formales y sustanciales es decir su carácter jurídico penal deberá ser manifiesto (esto sería en pretensiones acusatorias); ii) debe estar fundada en el conocimiento disponible a la formulación de la pretensión, es decir son los elementos externos aquellos que permiten inferir, o justificar una pretensión y por lo tanto la hipótesis planteada deberá fundarse en estos; iii) debe ser contrastada empíricamente de forma inmediata. (MITIDIERO, 2018, pág. 214). La petición del amo y señor de la investigación no puede tener basamento en la futura incorporación de pruebas, sino que ésta deberá ser contrastada inmediatamente a partir de aquellos elementos externos existentes, que se cumpla lo anterior es tarea del magistrado del juicio, o dependiendo del juez del ínterin de proceso.

La hipótesis de acusación no puede basarse en el convencimiento propio del fiscal porque su intelecto le dicta, sino que este no tiene más opción que partir de los medios prueba introducidos legalmente al proceso, los mismos tienen que ser pertinentes, útiles, necesarios, para que el juez a partir de la sustentación verifique en qué medida resulta contrastada la hipótesis penal. El acontecer de un hecho tendrá que tener aparejada una consecuencia jurídica, y en nuestro caso una consecuencia penal, sino está presente la consecuencia o la posible consecuencia si se llega a confirmar lo planteado como pretensión penal no tendría sentido hablar de hechos jurídico penalmente relevantes para un proceso *ius penale*.

**b) Individualización analítica de las pruebas**

Verificar que la hipótesis sea consistente empíricamente verificable le concierte al juez, y también al fiscal para que su solicitud tenga éxito, aunque a éste último no se le puede exigir con carácter de obligatoriedad, pero sí al juez, dado que éste es el que decide.

La individualización no solo consiste en ubicarla atómicamente, sino que su ubicación y para ser útil en un proceso con garantías mínimas de los derechos *ius* fundamentales estas no pueden ser ilegales, su obtención e introducción tendrá que ser legal conforme a las garantías y principios que rigen la normativa procesal y por ende la constitucional.

La individualización no significa *prima facie*, identificar e introducir como prueba al proceso cualquier elemento que pueda brindar datos cognoscitivos, es necesario que la prueba tenga credibilidad, por ejemplo, no se puede introducir cualquier tipo de declaración testimonial como prueba para derribar la presunción de inocencia. Es necesario *ex ante*, verificar cual es la credibilidad de la prueba, las mismas deberán gozar de pertinencia, legalidad, conducencia y utilidad.

También es importante, definir a efectos probatorios cual es el significado de prueba, que se va a utilizar, dado que este presenta distintas acepciones (MITIDIERO, 2018, pág. 215), se puede hablar de prueba como procedimiento, como elemento que brinda conocimiento, como resultado, etc.

Ahora, esto dependerá de la fase o etapa del *procesum* en que nos encontremos, por ejemplo, cuando en el juicio el juez dicte una sentencia dirá que, se le ha probado a XY un ilícito por lo tanto se le condena a BB años. En otros diré tenemos suficientes pruebas, haciendo referencia a las testimoniales, documentos, objetos, etc., es decir en algunos contextos se conceptúa como prueba a todo lo que puede servir para arribar a la verdad (COFERRATA NORES, 1998, pág. 4). En otros casos dirá vamos a probar que aquí solo hay elemento cognitivo y no el volitivo, es decir haciendo referencia al procedimiento que se realiza para llegar a determinadas metas.

Ahora, cuando en las medidas precautorias se habla de prueba no hace referencia al resultado de probar algo, sino a aquellos elementos externos que comunican justificación en base a elementos externos, o también se puede decir aquello que pueda servir para acercarse a la verdad.

**c) Procedimiento de comprobación o aceptabilidad de una hipótesis**

Una conjetura o hipótesis será aceptada si y solo si, ha sido confirmada por las pruebas existentes en el tiempo y modo en que se conoce el caso, y que al mismo tiempo las pruebas existentes no refuten dicha hipótesis aceptada.

**1) Requisitos de confirmación**

Para afirmar que una conjetura está siendo confirmada por una prueba tiene que existir nexo causal o lógica entre estas, de tal manera que la prueba sea la razón para aceptar la hipótesis. Hablar de confirmación no es más que un análisis de la conexión entre todos los datos que aportan conocimientos o las pruebas con la hipótesis, aceptando la verdad de ésta última. (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 160).

El grado de confirmación de la hipótesis-que mide su aproximación a la verdad-es proporcionado así por la *confirmación de la hipótesis* y por su *no refutación por elementos disponibles de prueba* que consta en los autos” (MITIDIERO, 2018, pág. 212)

El esquema de verificación de una inferencia simple tendría el siguiente esquema (TARUFFO M. , 2020, pág. 307)



E: sería la premisa que podrá ser un indicio, declaraciones, prueba de ADN, etc., es decir, son las pruebas

W: Es la regla de inferencia, y la misma puede ser una ley general, una frecuencia estadística, una mera o máximas de la experiencia.

H: Es la hipótesis que se quiere probar.

La inferencia que se utiliza es uno de tipo inductivo y no deductivo, esto se funda en las siguientes razones: El método deductivo está orientado a organizar ideas, se desarrolla en la mente del sujeto, sin intervención del hecho, es decir se trata de una simple actividad, en cambio nuestro método, se mueve a partir de los datos para llegar a ideas, parte de la observación de un hecho mediante atención y análisis, lo cual presupone: 1) una recolección de datos, 2) ideas a someter a discusión (planteamiento de una hipótesis) y 3) La confrontación de ideas y datos (una discusión experimental)(Francisco Rosito citado por (MITIDIERO, 2018, pág. 213)).

Como se ha visto del esquema indicado *supra*, mediante la inferencia “E” se conecta las pruebas y la hipótesis, y es a partir de ella que se determina la confirmación de la hipótesis, en determinados casos la confirmación de una hipótesis, pero en determinados casos la confirmación que se requiere no resulta siendo satisfecha, por ejemplo, para la sentencia de condena no se quiere cualquier justificación sino aquello que justifique uno de certeza. Como se hizo referencia en líneas más arriba la inferencia puede estar fundada en leyes generales, métodos científicos, máximas de la experiencia entre otros, y con esto solo se garantiza la probabilidad de la hipótesis (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 160).

#### **d) La elección de la hipótesis**

Lo anterior no debe conllevar a concluir a primera vista, sólo bastaría la verificación de una hipótesis para dar por probado un enunciado o enunciados que se quieran probar, sino que tiene comprobarse que no existan pruebas disponibles para refutar la hipótesis o en todo caso si existiese una prueba presentada en el juicio, esta no debe tener la aptitud para darla por incierta (MITIDIERO, 2018, pág. 215).

Cabe recalcar, la confirmación de la hipótesis debe ser confirmada por elementos probatorios, sean indicios, pruebas testimoniales, documentales, periciales, etc.

Ahora, una vez determinada la hipótesis y en vista de la existencia de los elementos de juicio habrá que determinar si el grado de confirmación de la hipótesis obtenida es lo suficiente para darla por probada y por ende en el proceso penal para dictar una sentencia condenatoria. De lo anterior, podemos establecer el grado de confirmación no siempre será lo suficiente para dar por probada una hipótesis, en estos casos donde no se tiene por probado una hipótesis en los procesos penales se tendrá que absolver, obviamente cuando se está en el juicio oral.

En tanto si existen varias hipótesis se deberá elegir aquella que esté corroborada perjuicio de aquellas que no, como se ha dicho más arriba en determinados casos la corroboración de una hipótesis no será suficiente para elegir y condenar, porque en este caso el juzgador determinará si la confirmación de la hipótesis es suficiente para dar probado la hipótesis. Obviamente si es una decisión final condenatoria la verdad tiene que estar explícita en el resultado o estar ínsita a ella.

### **3. EL ESTANDAR DE LA PRISIÓN CAUTELAR- OBJETIVO O SUBJETIVO**

Como se ha tenido en cuenta supra, estándares son lineamientos directrices, que el juez tiene que tener en cuenta para verificar en qué medida el acaecimiento de un hecho es delictivo (la satisfacción de una hipótesis) y su vinculación con el imputado se ha justificado, razón por el cual es necesario tomar una medida en determinada dirección. Ante, esto surge una disyuntiva si se puede o no hablar de prueba en una medida cautelar como es el caso de PP, a tal efecto, es necesario distinguir entre actos de investigación y de

prueba, eso se ha dicho frecuentemente en el Perú. Que la prueba de manera exclusiva se produciría sólo una vez realizado el juicio oral (aunque esto tiene ciertos reparos, porque esto dependerá de la acepción del concepto de prueba a adoptar), con excepciones de la prueba anticipada (arts. 242-246 CPP) y la pre constituida. Y que todos los demás son sólo actos de investigación para tomar decisiones en la fase preparatoria.

Retomando los reparos a realizar, como se ha referido en los anteriores desarrollos, el concepto de prueba tiene varias acepciones, como el de procedimiento, resultado, como el acto de aporte de las partes, como cualquier dato que importa para que el juez pueda tomar una decisión (medio de prueba), etc.

En el Perú cuando se precisa la prueba solo se produce en el juicio, se refiere al acto reglado que se desarrolla en el juicio, con más precisión a la “demostración de la verdad de un enunciado” (TARUFFO M. , 2020, pág. 194) a partir de la valoración de las pruebas en dicha etapa, y donde los principios rectores de contradicción, publicidad, oralidad, se ven materializados en su plenitud. O en todo caso al resultado, a lo cual llega el juez una vez analizados todas las pruebas disponibles, para determinar la verdad o no de un enunciado, en tanto si está justificada o no una hipótesis sobre una cuestión para tomar una decisión (TARUFFO M. , 2020, pág. 194).

Pero el concepto de prueba no se limita solo a lo anterior, pues esta es sola una acepción, por lo que nos interesa es hablar prueba como medio de prueba (fuente de información), es decir el elemento o conjunto de ellos sean materiales o personales que aporten para justificar una decisión ya sea una definitiva o una con carácter cautelar.

Esto conlleva a establecer que también se puede hablar de prueba para referirse a medios de prueba, lo cual tiene trascendencias útiles para nuestro objeto de estudio. En tanto si se tiene esta orientación, “los medios de prueba para adoptar una decisión requieren de ciertas cualidades, como pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad, etc. Los cuales son necesarios para una decisión justa.

Si el Fiscal puede rechazar algunas diligencias que solicitare algunas de las partes procesales por ser impertinentes o por no tener utilidad en la investigación (art. 337 apartado 4), en mayor sentido en una audiencia cautelar el juez deberá verificar que aquellos medios de prueba aportados por el dueño de la persecución, cumplan con los requisitos de legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad, y por tanto en caso de incumplimiento rechazar aquellos medios de prueba.

En el Código cuando se exige “elementos de convicción” no hace más referencia a las pericias, declaraciones, cosas, documentos, sucesos, registros, videos, indicios, etc., de los que se pueden derivar informaciones útiles respecto al *factum* que se está investigando. Es decir, no se está refiriendo más que a los medios prueba.

Entonces si equiparamos dichas terminologías tendremos consecuencias bien marcadas con la exigencia de ciertas características o requisitos mínimos que tienen que cumplir aquellos medios de prueba. Dejemos de manera breve esto, ahora, vayamos a revisar corpus procesal, verificamos, existen varios artículos que hacen referencia “indicios reveladores” (Investigación formalizada art. 336CPP), “graves y fundados” para adoptar la cautelar (268cpp). Con esto se indaga que se necesitan ciertos grados de justificación para tomar por parte de los magistrados algunas decisiones.

Es verdad el conocimiento que se tiene no es de una relación directa entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible muchas veces, sino que de ese objeto se tienen enunciados referidos a este y son estos los que deberán verificarse con tenor de los medios de prueba. Salvo en algunos casos puede existir la relación entre el sujeto y el objeto de manera directa.

Como se ha dicho *supra* no en todas las facetas de proceso se requiere una justificación y conocimiento en el mismo sentido, pues en el proceso cada fase lleva asignada una función específica y de desigual gravedad” (IGARTUA SALAVERRÍA, 2010, pág. 36), ya que en el ínterin del proceso existen ciertas necesidades de adoptar determinadas decisiones los mismos necesitan justificación para su concesión.

Lo anterior conlleva a establecer que el proceso no sólo se limita a un mismo nivel de justificación unidimensional para todas las decisiones, sino más bien para determinados estadios del proceso se requieren de ciertos y diversos estándares para las decisiones (FERRER BELTRÁN, 2016, pág. 219).

Aceptando que existen grados de conocimiento en el Perú, la Suprema Corte ha fijado los grados de conocimiento que se deben tener en cuenta para tomar una decisión en las etapas del proceso, los cuales deberán tener en cuenta los jueces al adoptar una decisión. Ello se puede verificar de las casaciones 1-2017, 1-2019, donde en el primero se hace referencia a los niveles de sospecha o grados de sospecha, por ejemplo, para el caso de la PP se determinó se requerirá una sospecha grave, y en la Cas. 1-2019 se le sumó el término “fundada”.

Si se ha precisado el termino sospecha es un término genuinamente subjetivo, por lo que el conocimiento del juez para decidir respecto de un *factum* y por ende para determinar una consecuencia jurídica o una limitación, no puede estar dentro del exclusivo margen de discrecionalidad,

más un si en el plano penal se analizan conductas humanas, lo que en esencia es complejo y variable, tampoco podemos confiar en su “experiencia personal, sino hay que hacer lo posible por estandarizarla y objetivarla, para alejarla en la mayor medida posible de los comunes errores de la falibilidad humana, que son igualmente falibles (NIEVA FENOLL, 2010, pág. 95)

Si partimos que el proceso no tiene otra orientación que determinar la existencia del hecho delictivo en base a la verdad, en tanto en el proceso penal o en cualquier otra ciencia humana lo único factible es llegar a una verdad relativa (probabilidad), ello se confirma en tanto, por más que una sentencia se haya dado en términos de cosa juzgada esta puede ser revisada, esto no solo comunica que el conocimiento obtenido a través del razonamiento sea falible, sino también comunica que las decisiones se basan en justificaciones de probabilidad es decir una verdad relativa, es decir las decisiones son corregibles.

Lo anterior no puede conllevar a una decepción y aceptar *per se* una verdad relativa, la verdad absoluta tiene que ser el horizonte al que se aspira llegar. Este último no se puede ser abandonado, pues si se abandonara se tomarían cualesquiera decisiones bajo el pretexto de la sola existencia de la verdad relativa. Bajo lo anterior, la verdad relativa rige a todo conocimiento humano y la verdad absoluta es solo la aspiración en un mundo relativo.

En la PP no se busca obtener la verdad del *factum delictivo*, ni mucho menos comprobar la culpabilidad (pero ello no quiere decir que de los elementos objetivos existentes infiera ésta), bajo so pena de quebrantar la presunción de inocencia, en tanto, el imputado sigue siendo inocente y este debe ser tratado como tal. Exigir la verdad en este estadio sería contraria a la presunción de inocencia, máxime si se tiene en cuenta la norma *normarum* garantiza que ésta presunción solo puede ser destruida o derriba en un juicio con el fiel cumplimiento de las garantías que ofrece la norma procesal penal.

Si en la PP, se exige probabilidad de condena, este último entendido en términos epistémicos de hipótesis de confirmación a partir de elementos objetivos y no de convencimientos netamente subjetivos. De esto nos lleva a plantear lo siguiente: es cierto que la PP no tiene por objeto llegar la verdad, pero no puede perder el horizonte de la verdad en tanto es a lo que debe aspirar (verdad relativa). Si ésta tutela no tiene este horizonte, en cualquier audiencia cualquier petición carente de racionalidad será dictada, sin mayor análisis, incluso se daría por fundada aquellas peticiones a partir de hechos falsos, o simple parecer, mera generalización o por la simple subjetividad del juez. Si nos condujéramos por esos lares sin tener como horizonte la verdad, el camino del derecho se tornaría en arbitrario e irracional, carente de justicia. En conclusión, el conocimiento necesario y obtenido para la PP deberá derivarse de criterios objetivos, sin negar que lo subjetivo siempre estará presente en cualquier decisión, porque las decisiones judiciales no son puramente objetivas sin visos de subjetividad, ello sería falsear la realidad, lo que se trata es que en la mayor medida posible sean objetivas y estandarizadas orientada a la verdad.

### **3.1. QUÉ GRADO DE PROBABILIDAD SE REQUIERE EN LA PP**

No sólo basta hablar de la probabilidad de la hipótesis de intervención delictual o del injusto delictual, sino para tener claro un estándar, es necesario tener en cuenta cuál ese estándar a cumplir, los conocidos estándares son en el campo civil la probabilidad prevalente y en el penal más allá de toda duda razonable, aunque este último tiene fundadas críticas, pero no corresponde hablar de éste.

En el caso cautelar peruano, la suprema corte ha respondido al respecto en el plenario casatorio 1-2017, que el estándar estará comprendido entre más allá de lo que se necesita para la formulación de la acusación, pero en menor

medida que lo que se necesita para una sentencia condenatoria, a esto le denomina “sospecha grave”. Pero como llegar a ese grado de sospecha, ¿cómo se mide?, ¿cómo se determina?, ¿es factible llegar a ella? Cuando aquí se habla de estándar no se hace referencia a un estándar para que el juez decida si concede o no la cautelar, sino sólo tratamos de solventar lo que respecta al *fumus comissi delicti*. Para nosotros hablar en términos de sospecha no es un estándar objetivo, toda vez que no existe método para cuantificar aquella, por eso la corte no da el método para llegar a dicho objetivo, y además la sospecha es un término bastante difuso.

Un estándar no puede ser demasiado bajo por que conllevaría actos arbitrarios y en la mayoría de casos se declarararía fundada la PP, pero tampoco puede ser demasiado alto, porque se sortearía el problema de mantener estándares probatorios idénticos a la condena y provocar una sentencia temprana (SORZA CEPEDA, 2021, pág. 61)

Así mismo, las exigencias de estándares demasiado altos dejan vacío el contenido de las medidas cautelares, porque su fin no es lograr una condena sino simplemente garantizar que aquella llegue a buen puerto, es decir se trata que el proceso no sea afectado por destrucción de pruebas y el acusado se sustraiga del proceso y por ende esté ausente en el juicio oral.

La interrogante, ha sido, como exigir que la fiscalía justifique más allá de lo requerido para la acusación, si en la mayoría de cautelares de PP se solicita recién con la formalización de la investigación preparatoria, y en algunos casos de detención, por ejemplo, caso de homicidio incluso no se tiene la pericia balística, de absorción atómica, por la premura del tiempo. Los supuestos de suficiencia pueden variar, dependiendo si se está ante un peligro de fuga u obstaculización probatoria.

Cuando existe un peligro de obstaculización de pruebas quiere decir, que la fiscalía no tiene todos los elementos necesarios para postular su pretensión acusatoria y necesaria para una condena, porque le falta completar los elementos necesarios que le convenzan a partir de los medios de prueba existentes que se logrará una resolución condenatoria llegado su momento. Y esto es lo que se da en la práctica, porque ante la carencia de elementos objetivos para corroborar su hipótesis el fiscal no tiene otra opción de solicitar el sobreseimiento.

Ahora, si se exige alta probabilidad que es más allá de la probabilidad prevalente (de lo exigido en lo civil) y menos de la verdad donde al juez también le produce certeza de lo probado. Esto no quiere decir que existe suficientes elementos para solicitar la acusación pues como se ha dicho supra, cuando la fiscalía solicita la acusación es porque el fiscal se ha convencido de ello y considera que los medios de prueba son los suficientes para que el juez condene llegado la celebración del juicio, por tanto, los actos investigativos ya no son necesarios. Teniendo en cuenta lo anterior, cuando se hace referencia a la alta probabilidad quiere decir, que en el momento y el lugar donde esté el fiscal y cuando solicite la pretensión cautelar, tiene que existir los elementos objetivos (declaraciones, pericias, visualización de videos, indicios, documentos, etc.) que justifiquen la hipótesis de autoría o participación, y que sea atribuible a la conducta de la persona. Y, que estos elementos comuniquen que llegando el momento (cuando sea formulado) se va a pasar el control de acusación (la justificación deber formar en el aspecto cognitivo del juzgador que se pasará en un futuro el control de acusación), es decir los medios de prueba o los elementos de convicción deberán tener suficiente entidad para justificar una pretensión.

La alta probabilidad de la comisión o intervención en un hecho y atribuible a una conducta, deberá entenderse como justificación de una hipótesis sobre la misma, a partir de los elementos probatorios existentes. La hipótesis a

aceptar deberá tener suficiente soporte de los elementos de juicio disponibles, y justifique que estamos ante una conducta de un injusto culpable.

#### **4. EL PRIMER PRESUPUESTO EN LOS CÓDIGOS EXTRANJEROS**

Para entender en términos amplios el primer elemento de la PP se abordará de manera concisa solo aspectos inescindibles a éste, para ello se citará las principales regulaciones de los códigos latinos en especial los latinoamericanos:

##### **4.1. En Bolivia**

En el país del altiplano, la PP recibe el nombre de detención preventiva, en el art. 233 del Código P.P Boliviano, instituye los requisitos respecto al primer presupuesto: Que exista suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y

A partir de ésta regulación se observa igual que la normativa del Perú también se habla de “elementos de convicción”, pero aquí se habla de la probabilidad de la intervención delictual o de autoría. Este último, por lo general se entiende la existencia de mayores elementos positivos que los negativos, en el lenguaje común. No obstante, si se entendiese en términos de justificación sería de gran ayuda para objetivar decisiones.

##### **4.2. En Chile**

En el vecino país del sur, los elementos configuradores y necesarios a acreditar que se cumpla el primer presupuesto se normativiza en el artículo 140 CPPCH: a) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, (...).

Del referido artículo podemos ver que en el Perú estos dos elementos están configurados en la estructura de la apariencia del *fumus comissi delicti*, y no como en Chile. No se habla de “elementos de convicción” sino de antecedentes que justifiquen la existencia de un delito” asimismo, de la intervención. Cuando dicho código hace referencia a “antecedentes” no hace más referencia que a aquellas pruebas o medios de pruebas existentes que surgieron con la realización del hecho delictivo. Según el tenor del citado articulado, se requiere la justificación de la existencia de un delito, es decir una conducta que, ha infringido un tipo penal, este tipo penal tiene que revestir el carácter de delito es decir los antecedentes deberán fundamentar un injusto culpable. No solo basta determinar la existencia del *factum*, pues en el derecho penal se sanciona a un responsable por la heterolesión a bienes jurídicos valiosos, es decir, los mismos antecedentes medios prueba por ejemplo declaraciones, visualización de videos, u otros elementos deberán brindar información de la intervención de un sujeto y que este esté identificado con sus generales de ley.

#### **4.3.En Colombia**

El código de este país en el dispositivo 308 del CPPC establece en referencia al primer supuesto, que, cuando de los elementos materiales probatorios y evidencias física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga (...).

El enunciado normativo referido se hace referencia que es necesario la presencia de elementos objetivos para inferir el injusto penal de intervención o el injusto penal delictual de un sujeto sobre un hecho, es decir descarta el convencimiento interno del juez como mecanismo para la concesión de la tutela cautelar de PP.

#### **4.4.En Brasil**

El art. 312 referente a la PP, sobre el primer presupuesto establece, su concesión estará fundada “cuando exista prueba de la existencia del delito y prueba suficiente de autoría”. De tenor literal, se puede referir que, en el país amazónico, no se requiere la apariencia de un delito ni la sospecha de la existencia de un injusto de intervención, sino se requiere que existan pruebas de la existencia del delito y así mismo de la autoría, es decir no basta una simple verosimilitud o sospecha sino justificación a partir de los medios de prueba, fuentes, elementos que el objetivo de investigación sea delito. Asimismo, hablar de prueba tiene ciertas implicaciones en la prisión cautelar, porque no solo implica un mero control formal por parte del juez, sino la materialización de ciertos principios aplicados a la prueba, como legalidad, pertinencia entre otros.

#### **4.5.Ecuador**

En el Código de Procedimiento penal Ecuatoriano art. 167, establece la PP se regula en el cap. IV. referido a la PP, y referente a la cuestión a sus presupuestos, es necesario 1) Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2) Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; (...). Cuando éste código habla de indicios al parecer no hace alusión de manera exclusiva a la prueba por indicios, sino se refiere a indicios en términos *lata sensu*, es decir a aquellos medios de prueba de los cuales se puede inferir o justificar un enunciado.

#### **4.6.En Costa Rica**

El cuerpo legal Procesal Penal, en el artículo 239 regula los requisitos de la PP., sobre el primer presupuesto señala que se requiere que: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonadamente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe del él.

En este código igual que el peruano se habla sobre los “elementos de convicción” los mismo que serían los medios de prueba, lo que resalta es que se necesita la probabilidad que el investigado ha cometido un *factum* delictivo y no la mera apariencia es decir la justificación está orientada a justificaciones en base a los medios de prueba, y cuando se habla de probabilidad es que es la justificación orientada a la verdad.

#### 4.7. Nicaragua

En este país los requisitos de la PP se regulan en el art. 173 del C. Procesal Penal Nicaragüense, referente a la cuestión de estudio se necesita 2) Elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de ese hecho punible o partícipe en él, (...). Este código igual que el costarricense, se necesita los elementos que ayuden a justificar una determinada hipótesis en los términos de probabilidad es decir la justificación que busca la verdad.

De las normativas procesales precitadas se tiene que Bolivia, Costa Rica y Nicaragua precisan que a partir de los elementos de convicción se necesitará determinar con probabilidad la autoría o participación del sujeto sobre el *factum* delictivo. Por otro lado, la normativa brasileña requiere la prueba de la existencia del delito y también de la autoría, en esta misma línea está Colombia cuando establece que se requerirá elementos probatorios para inferir la intervención delictual. Y por último la normativa ecuatoriana establece que será necesario la presencia de indicios.

Para nosotros cuando la normativa de Brasil hace referencia a la prueba no está haciendo alusión, a la cuestión de dar probado algo como verdadero y que logre la certeza del juez, sino que existan elementos, medios de prueba para determinar justificadamente la intervención en el *factum* y su atribución a la conducta. Pero en qué medida deben justificarse, es una interrogante. Ante esto, es más prudencial hablar de probabilidad como el grado de

justificación de una hipótesis brindado por los elementos probatorios orientados a la verdad, esa probabilidad exigida será una alta probabilidad de confirmación.

### **CAP. III. ANÁLISIS Y RESULTADOS**

## 1. ANÁLISIS DE PRONUNCIAMIENTOS REFERENTES A LA PP

Desde la vigencia de la normativa procesal penal se han dictado un sin número de sentencias referidas a la prisión cautelar en diversas instancias de la judicatura en lo penal, no obstante, las emitidas por la Suprema Corte, no son ilimitadas, se tendrá un aproximado de 15 sentencias, y de éstas sólo 3 hacen referencia al objeto de nuestro estudio. Asimismo, de los 4 acuerdos plenarios sólo dos, hacen referencia a lo indicado. Por lo anterior, sólo haremos el análisis de lo concerniente a nuestro objeto.

CASACIONES		ACUERDOS PLENARIOS
1	626-2013-MOQUEGA	1-2017/CIJ-116
2	564-2016-LORETO	1-2019/CIJ-116
3	724-2015-PIURA	

### a) DEL ANÁLISIS CASACIONES Y PLENARIOS EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE

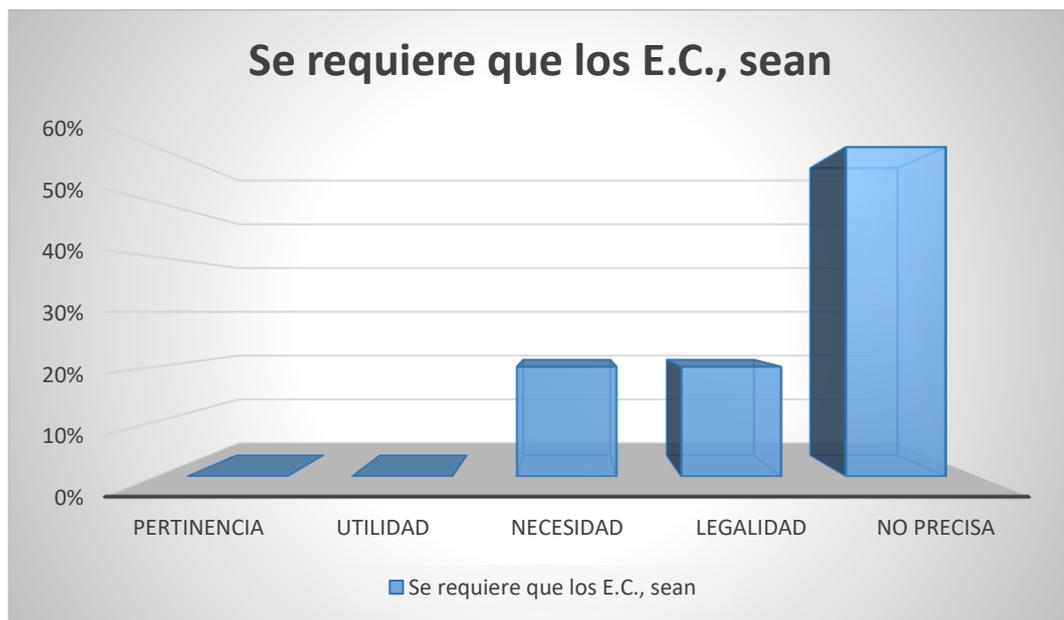
#### CUADRO 1:

#### SE REQUIERE QUE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN GUARDEN

Criterios		F/A	F/R	Porcentajes
Pertinencia	0	0	0/5	0%
Utilidad	0	0	0/5	0%
Necesidad	1	1	1/5	20%
Legalidad	1	1	1/5	20%
No precisa	3	3	3/5	60%

Del cuadro N° 1, encontramos que el 0% de resoluciones se exige verificación por parte del juez de pertinencia y utilidad de los elementos de convicción, el 20% exige que los elementos sean necesarios para el tema en cuestión, y en el mismo sentido solo un 20% exige que los medios de prueba sean legales, y el 60% de resoluciones no exige ni visos de legalidad los llamados elementos de convicción.

Los datos anteriores ahora lo mostramos en gráficos:



De las barras, lo cuestionable es que la máxima Suprema Corte no precise que los elementos de convicción guarden pertinencia, utilidad de los E.C., y en un muy bajo porcentaje exige que estos sean necesarios y legales.

Si al titular de la acción se le exige en sede preliminar tener en cuenta que los actos investigativos guarden *inter alia*, pertinencia, necesidad legalidad, y si bien este es el señor de la acción penal, pero ello no obsta a que sus investigaciones los realice sin límite alguno, es necesario que respete los límites legales, derechos y principios de la lex superior (Apelacion de auto sobre tutela de derecho -Caso Pedro Pablo Kuczynsky, 2020, pág. 11). Lo anterior también es necesario que el juez exija al Ministerio Público, con la finalidad de que este acredite su pretensión cautelar, dado que esto no solo es exigible para el juicio oral, sino para los actos investigativos del Ministerio Público, y en mayor sentido se torna en exigible para el juez cuando va

tomar una medida que tenga incidencia en derechos fundamentales por medio de una sentencia.

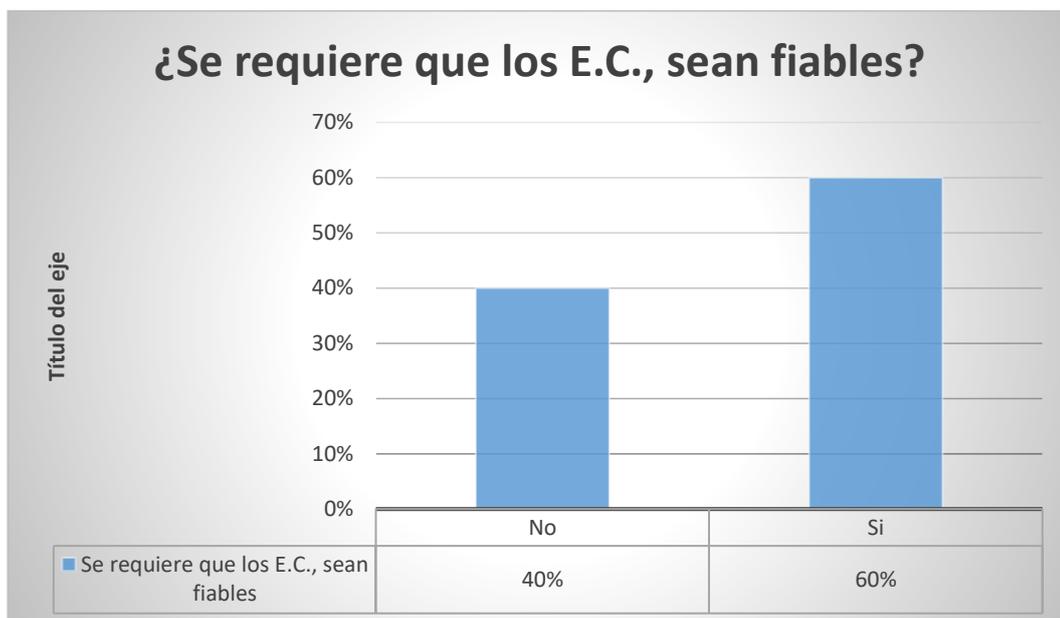
**CUADRO 2:**

**SE REQUIERE QUE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN TENGAN FIABILIDAD**

<b>Criterios</b>		<b>F/A</b>	<b>F/R</b>	<b>Porcentajes</b>
No	2	2	2/5	40%
Si	3	3	3/5	60%

De la tabla 2, se observa en las resoluciones emitidas por la Suprema, en un 40% de sus resoluciones no ha exigido que los E.C o medios de prueba sean fiables. En un 60% de sus sentencias si ha exigido que los elementos presentados por el titular del *iuspersequendi* tengan fiabilidad es de decir sean corroborables, objetivos y no meras subjetividades, este último se torna en positivo, ya que a partir del 2017 recién se viene consolidando con sus altos y bajos decisiones de la suprema.

Lo anterior, ahora, los mostramos en gráficos:



Como se puede verificar del cuadro es muy positivo que la judicatura controle que los medios de prueba tengan fiabilidad lo cual en cierta manera ayudará a consolidar decisiones las mismas que se tornarán cada vez más racionales y objetivas, pero esto no obsta a criticar el supuesto estándar en base a sospechas plasmado por la Suprema.

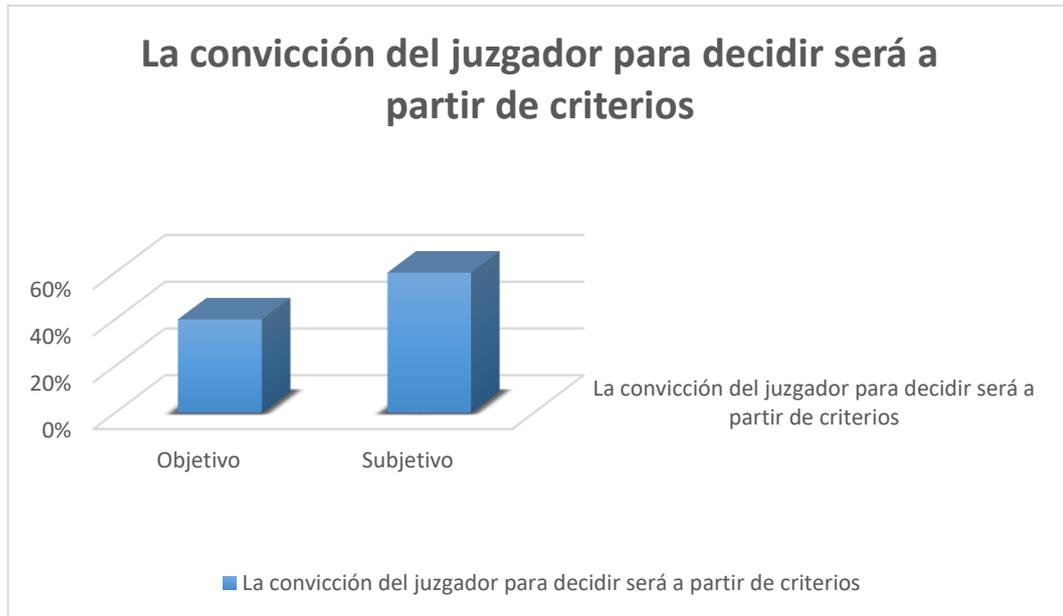
**CUADRO 3:  
LA CONVICCIÓN DEL JUZGADOR PARA DECIDIR SERÁ**

<b>Criterios</b>		<b>F/A</b>	<b>F/R</b>	<b>Porcentajes</b>
Objetivo	2	2	2/5	40%
Subjetivo	3	3	3/5	60%

De nuestra tabla 3, observamos un 40% de sentencias se torna con claridad que las decisiones con respecto al primer elemento serán de acorde a elementos objetivos y no al conocimiento libre o al convencimiento libre del juez que ha llegado a una determinada sospecha. Tenemos un porcentaje bastante elevado del 60%, que

establece, el juez según su criterio interior o según su convencimiento interno decidirá cuando está en un determinado nivel de conocimiento.

Lo anterior, los pasamos a mostrar en un gráfico:



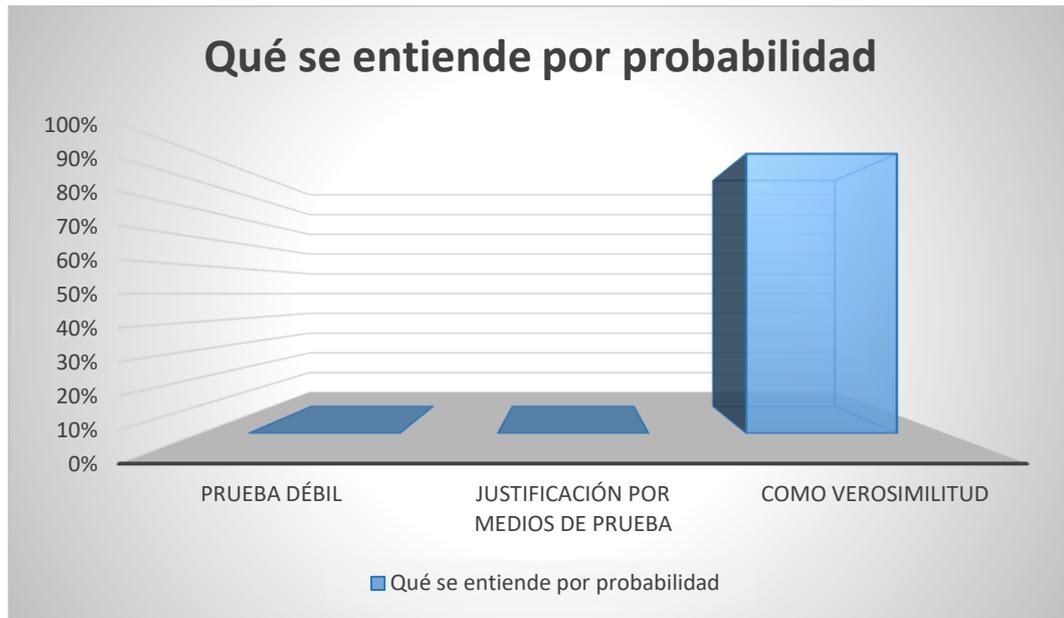
**CUADRO 4  
QUE SE ENTIENDE POR PROBABILIDAD**

Crterios		F/A	F/R	Porcentajes
Prueba débil	0	0%	0%	0%
Justificación por medios de prueba	0	0	0	0%
Como verosimilitud	5	5	5/5	100%

De la tablita 4, el 100% de las resoluciones casatorias se equiparán la verosimilitud con del de probabilidad, como algo que puede haber sucedido a partir los elementos de convicción. Si bien en los plenarios uno 2017, y 19 se habla de elementos objetivos, pero sin hacer distinción entre probabilidad y verosimilitud del hecho delictivo, pues la probabilidad no es un dato subjetivo del juez o la imaginación que el juez se hace que algo pueda haber ocurrido. Probabilidad debe entenderse un

criterio orientado a la verdad como diferentes grados de justificación a partir de elementos reales, el mismo es reconducible a la verdad.

Lo anterior lo mostramos en un gráfico:



Es cuestionable por ejemplo en el pleno 1-2017 se hable de lo mencionado supra como si fuese sinónimos, sin diferenciar ambas terminologías, pues es sustancial tener delimitación de éstas, por el fin de adoptar decisiones cada vez más matizadas, porque si hacemos un uso científico procesal la utilización y adopción de uno de los conceptos tendrá fuertes implicancias.

### CUADRO 5

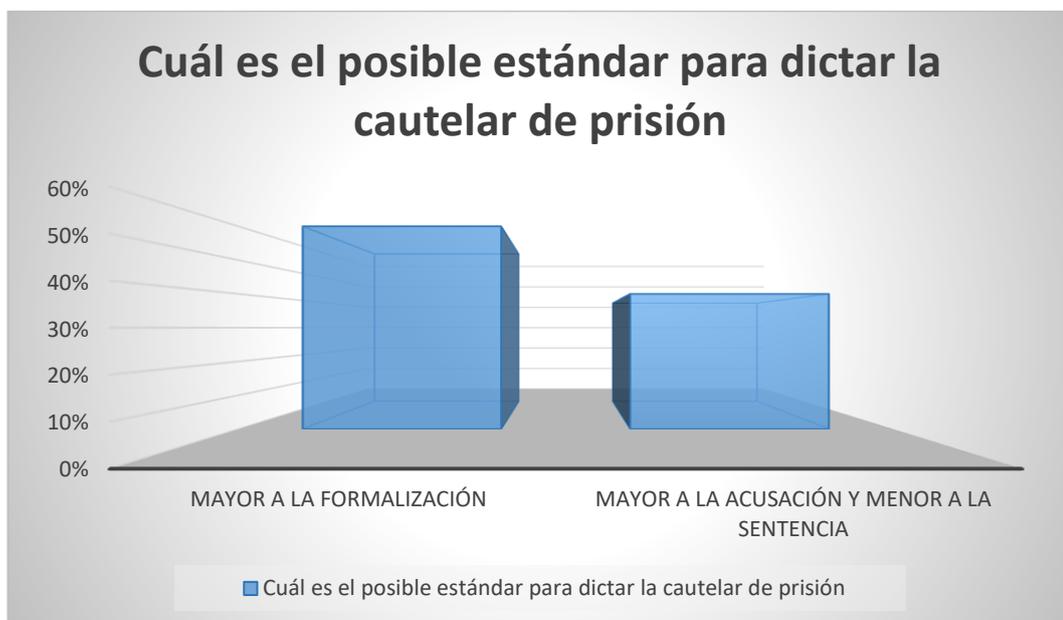
#### CUÁL ES EL POSIBLE ESTÁNDAR PARA DICTAR LA CAUTELAR DE PRISIÓN

Crterios	F/A	F/R	Porcentajes
----------	-----	-----	-------------

Mayor a la formalización	3	3	3/5	60%
Mayor a la acusación y menor sentencia	2	2	2/5	40%

Del cuadro el 60% de las resoluciones sólo ha exigido que se requiere una fundamentación mayor a la que se requiere para la formalización, y en un 40% a partir de los últimos dos acuerdos plenarios 1-2017 y Uno 2019, se ha establecido que se requiere un estándar que fluctuaría entre lo que se exige para la acusación, pero menor para una sentencia de condena. Estos últimos porcentajes se justifican en la medida en cuanto al posible estándar recién se ha establecido en los acuerdos precedentemente precisados supra.

Igual que los anteriores cuadros, los datos lo esbozamos en un gráfico como el siguiente:



Como se ha señalado en presente cuadro se observa que son menores las

resoluciones y plenarios emitidos por la suprema, por en términos de la suprema la justificación que fluctuó entre la acusación y la sentencia todas las judicaturas deberán verificar que se cumpla para su concesión. Obviamente, este es el estándar para una decisión, pero no establece en qué medida deberá justificarse el *fumus comissi delicti*, como establecerlo, como llegar ella si en todo caso se necesita de la sospecha grave y fundada, la Corte no da respuesta sobre esto.

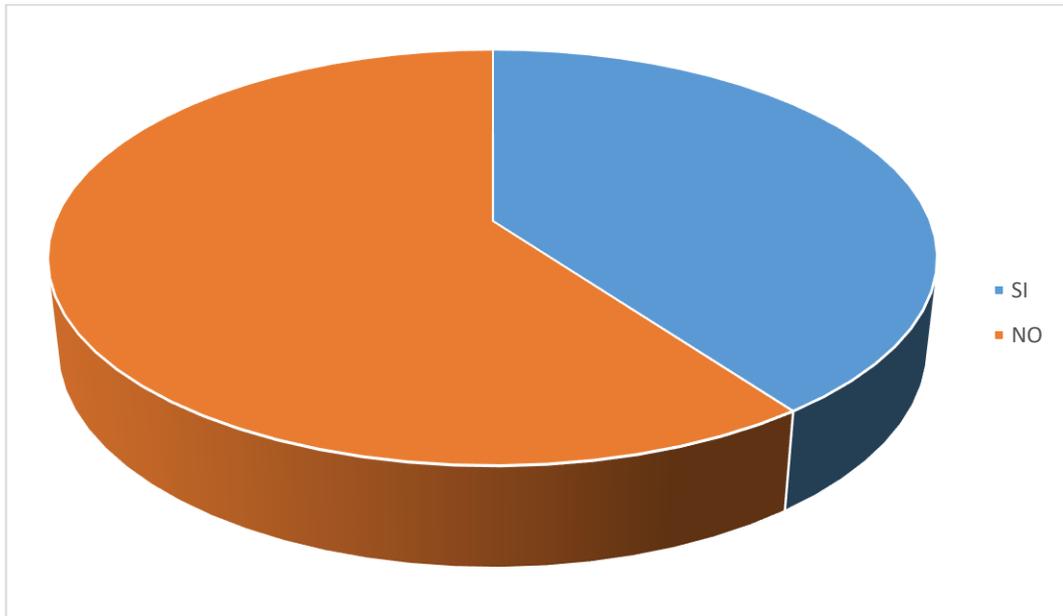
## CUADRO 6

### SE EVALÚA ALGUNA DE LAS CATEGORÍAS DEL DELITO

Criterios		F/A	F/R	Porcentajes
No	3	3	3/5	60%
Si	2	2	2/5	40%

De la tabla el 60% de resoluciones emitidas se establece para la dictación de una cautelar de PP no es necesario discutir alguna categoría del delito bajo el pretexto de que eso se garantiza otras vías como la excepción de improcedencia de acción o en todo caso por la tutela de derechos para otras cuestiones.

El 40% por ciento de manera muy rezada establece que el hecho imputado para efectos de la PP tenga relación con alguna noción de la categoría del delito.



Como se puede observar son pocas las resoluciones donde se haya establecido que se discuta las cuestiones referidas a las categorías del delito, y así mismo lo ha establecido la Suprema en su doctrina legal realizada a través del plenario 2-2019, pero no precisa en ninguna parte de su plenario en qué medida deben discutirse si la cuestión es planteada en una audiencia, cuál será su procedimiento, entre otros. Para nosotros no basta decir que la cuestión imputada se un injusto culpable, sino que también debe establecerse en qué medida debe justificarse.

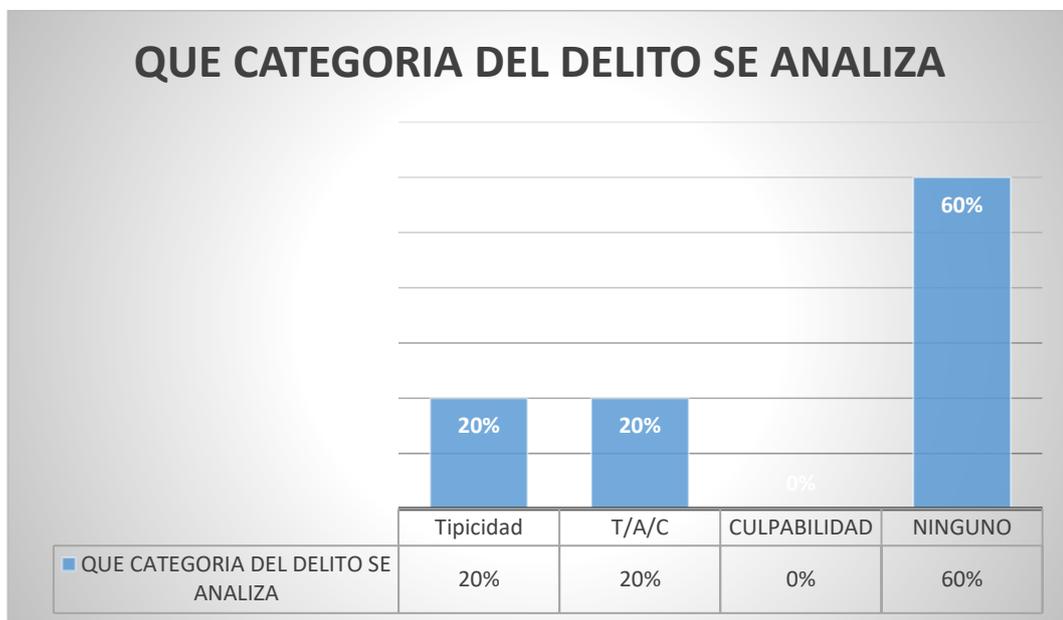
## **CUADRO 7**

### **QUE CATEGORÍA DEL DELITO SE ANALIZA**

<b>Criterios</b>		<b>F/A</b>	<b>F/R</b>	<b>Porcentajes</b>
Tipicidad	1	1	1/5	20%
T,A,C	1	1	1/5	20%
Culpabilidad	0	0		0%

Ninguno	3	3	3/5	60%
---------	---	---	-----	-----

De nuestra tabla en el 20% de sentencias se ha requerido al menos debe acreditarse la tipicidad, el 20% ha requerido que se verifica el injusto culpable, y el 60% de las resoluciones no establece que se discuta alguno de las categorías del delito bajo el falso pretexto de que esto no concierne discutir en la audiencia cautelar sino en las audiencias que le correspondan. Es algo trágico que la misma Corte suprema no establezca un criterio unidimensional máxime si pretende establecer un estándar.



Fue en el último plenario es recién donde la Suprema ha establecido el hecho imputado será injusto culpable (20%), pero no ha establecido en qué medida debe acreditarse esta cuestión, lo que agrava más esto es el plenario donde ha postulado no es vinculante sino sólo doctrina jurisprudencial. Que la Suprema no establezca los lineamientos en esta cuestión es imperdonable, dado que esta es la última en garantizar los derechos a través de sus directrices o sentencias vinculantes. Al respecto debe precisarse los hechos brutos en su naturalidad por más que sean causados por un sujeto, y estos no estén vinculados por lo jurídico no tiene relevancia para el mundo jurídico en mayor medida para el campo penal, donde en

estricto las limitaciones se realizan por estricta legalidad y el respeto a los derechos garantizados por el Estado democrático en la carta fundamental.

#### **b) Discusión de resultados**

Como se puede observar del cuadro UNO, la misma suprema no está convencida si es exigible la pertinencia, utilidad, necesidad, legalidad de los E.C o medios de prueba que presente el ministerio público para fundamentar el primer elemento, dado que la fiscalía no puede presentar todos los medios prueba que se le ocurra sino solo aquellos que tenga utilidad, legalidad, pertinencia, necesidad con el delito imputado de tal manera que el defensor puede ejercer la defensa de su patrocinado de manera eficaz, y el mismo tiempo la audiencia no discurra en la lectura de cualquier elemento de convicción prologándose incluso al siguiente día.

Así mismo, del cuadro dos, la Suprema no ha estado exigiendo que los elementos presentados guarden fiabilidad, lo cual es desconcertante, no se puede dictar sentencias limitativas de derechos por la mera presentación de medios de prueba sino estos deben ser idóneos, necesarios y fiables de tal manera que al juzgador no se le haga incurrir en dictar sentencias falsas aun cuando estas sean provisionales, para nosotros todo elemento presentado a la judicatura tiene que ser al menos fiable en alguna medida.

De nuestro cuadro 3, verificamos que la Suprema en sí quiere objetivar sus decisiones (40%)no obstante, siempre cae en subjetividades, al establecer sospecha grave y fundada, la suprema sólo ha referido esto, pero ha dejado abandonado al juez con los elementos de convicción a su suerte, de tal modo que este decida en base a su libre convencimiento cuando está ante el tipo de sospecha requerido, y no encontramos cuál es ese algoritmo utilizable para llevar a ese tipo de sospecha. Y tampoco, comprendemos de donde la Corte Suprema saca esos tipos de sospechas pues el código no hace referencia a ello que en la PP se requiera sospecha grave y fundada, sino solo hace referencia a

gravedad y fundados elementos de convicción, lo cual lo interpretamos que estos elementos objetivos sean de tal magnitud capaz de brindar un grado de conocimiento suficiente para que se tenga por fundada y justificada una determinada hipótesis de la participación o autoría de un sujeto.

Del cuadro 3, se observa de las decisiones de la Suprema, para dictar una sentencia se debe llegar a un convencimiento de una probabilidad o verosimilitud de una posible condena, en total mezcla varios términos los cuales conllevan a confusiones a los jueces de instancias menores. Al respecto, es de precisar en términos científico-procesal no es lo mismo hablar de los términos anterior como sinónimos.

Pues la probabilidad en el razonamiento probatorio se entiende a partir de la nación, no que la realidad sea probable, sino que nuestros conocimientos de la realidad se tornan limitados y solo aproximativos en torno tal como sucedieron. En tanto, no es posible llegar a la verdad absoluta sino a la verdad relativa tal cual lo vemos en nuestro mundo terrenal. Por ejemplo, en un caso de flagrancia a un sujeto se le capturó con un arma con la cual minutos antes había amenazado a su víctima, entonces esto será lo que se aceptará en nuestro mundo terrenal sin llegar a conocer los más minúsculos pensamientos del delincuente, los compuestos de la munición que lleva su arma, el grosor de su percutor, cuantos átomos tendría el metal del arma, etc. Ahora, probabilidad no pueden entenderse como más elementos positivos que los negativos subjetivamente o en términos cuantificables, sino como justificación lógica de un suceso a partir de datos objetivos brindados por los medios prueba.

Del 4 cuadro, observamos en un 40% de las decisiones de la Suprema han establecido tal estándar (> formalización & <sentencia) lo cual es más objetivo que las famosas sospechas, pues para llegar al límite la única vía es a través de la justificación de una hipótesis y no a convencimientos del juez de que ha

llegado a una sospecha lo cual es bastante subjetivo, lo más racional y objetivo es la gradación de justificación

De nuestros cuadros 5 y 6, para postular un estándar primero es necesario esclarecer en qué medida es necesario la justificación el injusto culpable, si no se establecen tales límites no se puede llegar a un estándar objetivo y racional sino solo a convencimientos del juez por meros hechos brutos.

## **CAP. IV. VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS**

## 1. ANÁLISIS REFERENCIA A LOS OBJETIVOS

En esta sección corresponde determinar en qué medida se ha cumplido con estudiar los objetivos generales y qué criterios se tienen que tener en cuenta para determinar la validez de las mismas.

### 1) **Respecto al objetivo específico: Analizar la PP como medida cautelar.**

La cuestión cautelar de PP no se funda en su utilidad sino en su necesidad, pero no en cualquier necesidad sino en una justificada constitucionalmente la misma que deberá guardar consonancia con las normas establecidas en las convenciones referidas a derechos humanos. La legalidad de la cautelar no es prima facie, por la mera regulación positiva de la PP, sino que esta encuentra su basamento en la normativa supra legal. Su jurisdiccionalidad no es que solo se exija su dictación por una judicatura, sino que además es necesario cumplir con otras exigencias como el procedimiento que se deberá seguir, el órgano competente.

### 2) **Respecto al objetivo específico: La teoría del delito desde sus categorías.**

En el derecho penal la teoría del delito nos ayuda a comprender, cuando se está ante un hecho imputable a la conducta, y cuando es posible la aplicar una sanción determinada. En ese sentido las categorías desarrolladas por la dogmática, precisan para la configuración de un delito habrá a pasar por cierta gradación y sin saltarse ninguno de los pasos, porque sin el primero no habrá el segundo y así sucesivamente. Por ejemplo, la causación de una muerte atribuida a una persona no implica *per se* la aplicación de un dolor.

Si nuestro estándar es el de alta probabilidad del *fumus comissi delicti*, entendido como la justificación de una hipótesis a partir de una inferencia inductiva que conecta la hipótesis y los medios de prueba y otros elementos

capaces de brindar información, entonces nuestro objeto de estudio no se determina a partir de un razonamiento prospectivo. Para su determinación tiene existir elementos objetivos que justifiquen que estamos ante un injusto culpable, no con exactitud de certeza, pero si justificado racionalmente.

Es decir, la Fiscalía deberá aportar todos los elementos disponibles con los que cuente para justificar la presencia del delito(los pertinentes, conducentes, legales y útiles), no es exigible una justificación en términos de certeza, pero si aquellos elementos presentados deberán excluir los elementos negativos de las categorías del delito, como por ejemplo: referente a **la conducta** ésta deberá estar ausente de impurezas como de la fuerza física irresistible, movimientos reflejos, estados de inconciencia; referente a la **tipicidad** [ los medios de prueba o las pruebas(preconstituida, anticipada) deberán excluir: criterios que eliminan la imputación objetiva, error de tipo, ausencia de dolo, falta de un elemento del tipo penal, adecuación social]; sobre la **antijuricidad** [ legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio regular de un derecho, ejercicio legítimo de un cargo u oficio, el cumplimiento de un deber, y obediencia jerárquica) y por último sobre la culpabilidad [ **inimputabilidad:** anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción; **error de prohibición:** error de prohibición propiamente dicho, error culturalmente condicionado; **causas exculpatorias:** estado de necesidad exculpante, miedo insuperable], así mismo la conducta deberá gozar de punibilidad. Solo cuando estén excluidos las instituciones negativas a las categorías del delito se podrá hablar de un hecho jurídico-penalmente relevante.

### 3) **Respecto al objetivo: Analizar la estructura del *fumus comissi delicti* y su estándar**

Como se ha desarrollado, al tema en cuestión de manera general se analizan dos cuestiones: 1) referido a la apariencia del delito, y 2) la determinación del justo penal de intervención.

**Sobre el primero**, se ha determinado en el presente trabajo, que a efectos de la PP no se puede hablar la apariencia del delito porque no goza objetividad, como se ha dicho, apariencia en algunos casos son meros prejuicios o cuestiones de simple subjetividad, por eso nuestra propuesta es que, en el artículo 268 de la normativa procesal penal, teniendo en cuenta algunos códigos extranjeros como ya lo regulan por ejemplo Bolivia, Costa Rica, se hable de la probabilidad del delito. No como un análisis prospectivo, sino como el grado de justificación aportados por los medios de prueba o pruebas. *De lege ferenda*, el referido artículo tendría la siguiente redacción: *Que existan elementos objetivos que determinen con alta probabilidad la existencia del delito.*  
(...).

**Sobre el segundo**, los medios de prueba o pruebas deberán determinar y justificar el injusto de intervención delictual, a guisa de ejemplo, en el caso de injusto de autoría, los elementos objetivos ayudarán a justificar si se está en el injusto de autor directo, mediato o coautor. O en su caso en uno de instigación, injusto de complicidad. Si no se puede determinar el injusto de intervención no existirá vinculación clara, precisa sobre un hecho imputable a su conducta.

## **2. Contrastación de la hipótesis planteada**

Para realizar esta operación se tendrán en cuenta las conclusiones referentes a las variables, afirmaciones que serán confrontadas con la hipótesis primigenia:

La hipótesis originaria planteada en la presente investigación a tenor literae es como sigue: *“En el proceso penal es viable establecer un estándar objetivo del*

*fumus delicti comissi a fin de imponer la prisión preventiva cuando a partir de los elementos de convicción se determina con alta probabilidad de la concurrencia de las categorías del delito ya sea para el autor o partícipe.”*

### **Hipótesis concluyente:**

En el proceso penal se puede determinar un estándar objetivo del *fumus comissi delicti*, adoptando el estándar de alta probabilidad, teniendo en cuenta criterios objetivos como: el planteamiento de una hipótesis adecuada que justifique que se está ante un hecho jurídico penalmente relevantes, la selección de una hipótesis. individualización atómica de los elementos objetivos, del proceso para aceptar la justificación de la hipótesis y por último su elección

Siendo la respuesta afirmativa a nuestra hipótesis, no obstante, con esto, no se está cerrando el tema en cuestión, sino que solo se plantea con la finalidad que futuras investigaciones mejoren, perfeccionen o plateen nociones más metodológicas y más fundadas, por lo tanto, queda abierta toda posibilidad de estudio futuro y cuestionamiento.

### **3. PROPUESTA DE UN MODELO TEÓRICO**

La cuestión en los famosos estándares no solo está en establecerlos, sino en dar el camino a seguir a los jueces para llegar a tal objetivo. Como se ha dicho en líneas arriba no solo basta con decir, elaborarás tal producto, sino es necesario darle los pasos e ingredientes necesarios para producirlo, es lo mismo con el juez, si solo se dice quiero que llegues a una sospecha grave y fundada, con esto no se ha dicho nada, porque el término sospecha es muy vago y ambiguo, y dependerá muchas veces de cada individuo a considerar cuando él está convencido si está ante tal evento.

Para plantear un estándar, es necesario que estén presentes dos cuestiones indesligables, primero precisar que probabilidad se requiere para aceptar una

hipótesis como verdadera o justificada y segundo: establecer cuáles son esos criterios que se debe seguir para llegar a ella, estando a lo anterior, desde nuestra perspectiva planteamos que:

**A) El estándar del *fumus comissi delicti***

Desde nuestra perspectiva y planteamiento, el estándar será del de alta probabilidad, el que estará entre los límites más que lo requerido que la probabilidad prevalente del ramo civil, pero menos de la verdad probada que produce certeza en la mente del juez. Para llegar al estándar planteado es necesario que existan criterios objetivos, para tal efecto, basándonos en Mitidiero consideramos que se deberá tener en cuenta:

**B) Criterios objetivos, que el juez deberá verificar:**

**I) La presencia de una hipótesis adecuada,**

Planteada por el ente persecutor, la misma implica que, ésta

**1) *debe estar formulada sobre un hecho jurídico-penalmente relevante,***

Es decir, deberán estar excluidos los elementos negativos de la categoría del delito. Es necesario que el fiscal establezca una correcta hipótesis, si bien ésta es vinculante para la defensa del inculcado, pero no para el juez, si éste considera que, el caso presentado la pretensión no se adecua al supuesto delito planteado, sino a otro, deberá rechazarla de plano. En una audiencia de PP no es reconducible de un tipo a otro, vulneraría el derecho a defensa y el tiempo razonable para que la defensa formal prepare sus estrategias. El rechazo de la reconducción solo se hará cuando se haya oralizado la narración fáctica y los medios de prueba o las pruebas, salvo que sea una imputación manifiestamente no subsumible en un tipo penal a simple vista. El juez debe verificar una vez terminada la audiencia que la hipótesis planteada por el señor del *ius persecuendi* sea consistente, significativa y referida a hechos

jurídicamente relevantes, que sea significativa y relevante no quiere decir aquello que es aborrecible por la sociedad, sino significativo para el derecho penal.

Las meras causaciones no le importan al derecho, porque nuestro código penal no es un *corpus* normativo de derecho penal de autor (art. VII Tit. Prel.), lo que le importa son los hechos acaecidos atribuibles a la conducta (principio de culpabilidad) de personas, es decir no se sanciona por los resultados sino por su conducta del agente, que al actuar en mundo de libertad genera consecuencias por infringir su rango de acción concedido por el ordenamiento jurídico. Que, el hecho sea significativo y jurídicamente relevante no solo le concierte al juicio oral para dictar una sentencia, sino al mismo fiscal, dado que este puede archivar preliminarmente aquellos hechos donde no se verifique el injusto culpable. Si el fiscal puede analizar en sede preliminar si el hecho es jurídicamente relevante, en mayor medida lo puede el poder jurisdiccional (*ad maioris ad minus*) máxime a este le concierte garantizar los derechos *ius* fundamentales y la suprema lex.

**2) La hipótesis debe estar fundada en los medios de prueba o las pruebas (preconstituida, anticipada),**

Es decir, estos deberán aportar el conocimiento que se está en un hecho jurídico penalmente relevante;

**3) La hipótesis deberá ser contrastada empíricamente en base a los elementos existentes (medios probatorios, pruebas).**

La relevancia de la conducta se determinará a partir de las informaciones que transmiten los medios de prueba existentes al momento de evaluar el objeto de estudio, dado que sólo estos deben

brindar de manera inmediata esos conocimientos, el juez no puede determinar si la conducta es relevante en base a meras presunciones.

## **II) Individualización atómica de los medios de prueba, pruebas (*traslada, preconstituida, anticipada*),**

Estos para fundar el *fumus comissi delicti*, tienen que gozar de credibilidad, “objetividad, legalidad, relevancia, pertinencia” (COFERRATA NORES, 1998, pág. 22), conducencia, utilidad, el juez deberá controlar aquellos caracteres que deberán estar presentes en los elementos objetivos con los que la fiscalía pretende fundar el primer presupuesto.

## **III) Procedimiento para comprobar la aceptabilidad de la hipótesis:**

Para afirmar que el *fumus comissi delicti* está siendo confirmada, es necesario que exista una relación causal entre los medios de prueba o las pruebas y la hipótesis (MITIDIERO, 2018, pág. 225). El grado de su confirmación dependerá de la cantidad y calidad de los medios de pruebas existentes, el número de cadena de inferencias, la fiabilidad de los medios de prueba.

## **IV) Elección de la hipótesis:**

se tendrá por justificada la hipótesis de la existencia del *fumus comissi delicti* cuando ésta no es derriba por otras hipótesis existentes, formuladas en base a otros medios de prueba. Aquí no se puede exigir que la hipótesis pronostique otras pruebas futuras o medios de prueba y que derribe una futura hipótesis, porque aquí no se requiere obtener la certeza.

Los elementos de convicción para ser valorados en la tutela cautelar no pueden ser ilegales, sino que estos deben ser legales, pertinentes, necesarios, útiles para justificar la hipótesis planteada, en tanto es necesario que el juez verifique y exija al fiscal que los medios de prueba obtenidos y los mismo que son presentados deben ser legales, conforme a los principios constitucionales, dado que las decisiones cautelares no se pueden dictar por cualquier medio y con cualquier medio de prueba, ello sería romper el esquema de un Estado constitucional de derecho.

Una vez analizada la hipótesis anterior al juez le compete establecer si la hipótesis planteada por el fiscal está suficientemente justificada para tener por verificada la hipótesis, en tanto, el juez verificará que la posible o la hipótesis planteada por la defensa no esté suficientemente fundada para dejar de lado la hipótesis de la fiscalía. Si la defensa logra acreditar que el hecho fue realizado en una causa de justificación, una causa de atipicidad o inculpabilidad es razón suficiente para que una conducta no le interese al derecho penal, y por ende rechazar la pretensión cautelar del fiscal, de plano.

El grado de confirmación debe ser lo suficiente para tener por justificada la hipótesis que un sujeto que ha realizado o participado de un injusto culpable y en algunos casos punible. Es de resaltar no se busca probar una hipótesis en las tutelas cautelares, pero si se busca elementos que permitan concluir que el sujeto a participado de un evento en tanto es atribuible a su conducta.

Si no se tiene elementos que justifiquen la hipótesis no le quedará otra opción al órgano jurisdiccional otorgar la comparecencia simple o con restricción, siempre y cuando se trata de conductas jurídicamente relevantes.

## II. CONCLUSIONES

1. Para establecer el contenido de un estándar objetivo del *fumus comissi delicti*, se requiere una: a) Alta probabilidad de la hipótesis delictiva, b) Criterios objetivos que indican que se está en la alta probabilidad.
2. El estándar del *fumus comissi delicti* objetivo es factible, tanto, este sea analizado a tenor de grados de justificación de una determinada hipótesis a partir de las informaciones que brindan los medios de prueba en tanto estos se refieren a hechos jurídicamente relevantes, porque en el derecho penal o cualquier ordenamiento sólo éstos generan consecuencias jurídicas. Para ello es necesario que el juez verifique que la hipótesis planteada es inmediatamente verificable por medios de prueba válidos, fiables y no por corazonadas o libre convencimiento del juez.
3. La prisión preventiva no puede ser ajena a la verdad, si bien su objetivo no es llegar ella, pero es necesario tener tal orientación o tener aspiraciones a ella, pues en el derecho las decisiones no pueden darse en base a hechos falaces, si fuese esto el sentido del derecho, sería un derecho arbitrario libre de principios y valores.
4. Un hecho en el derecho penal no tiene mayor incidencia, mientras no cumpla con ser producto de un acto comunicativo y este goce del principio de legalidad, los hechos sin el derecho son meros hechos de la naturaleza. En tanto para el *ius penale*, solo será relevante una conducta que pertenezca al injusto-culpable y sólo en algunos casos que esté presente los requisitos de punibilidad. Mientras estén presentes de manera concurrente las categorías del delito habrán sentido del actuar penal, en tanto falte una de ellas ya no tendrá sentido para el campo penal.

5. Los principios del código sustantivo no solo son aplicables en la decisión final sentencia condenatoria, sino que estos son filtros para todas las decisiones del juez donde se limiten o restrinjan derechos como la libertad, en tanto a la tutela cautelar no solo le concierte la sola existencia de un resultado causal sino también informaciones que tal conducta esté dentro del principio de culpabilidad, pues solo será atribuible a un sujeto una conducta realiza bajo su libertad limitada.
6. Las instituciones, conceptos, términos en toda ciencia cada vez son más unidimensionales, lo mismo es necesario buscar en el campo procesal penal, como es el caso de probabilidad y verosimilitud, donde por probabilidad deben entenderse como justificación orientado a la verdad, y verosimilitud como lo que normalmente sucede, pero no siempre es reconducible a la verdad.
7. El artículo 268 del CP., no hace referencia a que los graves y fundados elementos de convicción se refieran a hechos sin relevancia jurídica, sino a que estos hechos sean razonablemente delitos, es decir sus elementos sean concurrentes en alguna medida o la existencia de sus categorías se puede establecer a partir de los elementos objetivos presentados por el fiscal, es decir los medios de prueba deben tener suficiente entidad de brindar información sobre aquello con cierto grado de justificación.
8. La justificación de una hipótesis de la intervención o participación de un sujeto solo tendrá verificado el primero elemento y no quiere decir prima facie, se tenga por concedida una tutela cautelar pues esto dependerá si se presenta el *prericulum libertatis*.
9. El estándar requerido será la justificación en términos de alta probabilidad, y, pero ello el juez deberá verificar si las pretensiones cautelares cumplan con ciertos criterios

10. Es cierto que la fiabilidad de una conjetura se determina a partir de las categorías propias del ser, mediante ciertos criterios epistémicos, esto es fundamental pero no determinante para tomar una decisión en el espacio penal, porque en el proceso se analizan ciertas categorías del delito y que para su valoración es necesario imbuirse también de las categorías del deber ser.
  
11. Se propone que a futuro de *lege ferenda* el término *razonablemente* se cambie, con el término de alta probabilidad, de tal manera, quedaría establecida: “Que existan graves y fundados elementos de convicción *para estimar con alta probabilidad* la comisión de un delito que vincule al autor o partícipe del mismo”.

### **III. RECOMENDACIONES**

1. La suprema debe deslindar los conceptos de verosimilitud y probabilidad, pues no puede andar refiriendo uno y otro concepto incluso refiriendo sospecha vehemente que en nada ayuda objetivar decisiones sino más bien confunde a los jueces inferiores.
2. No basta con divagar con conceptos abstractos y elocuentes, sino lo que se trata es de brindar el camino a seguir, las pistas, los lineamientos, los ingredientes necesarios para que las decisiones de nuestros jueces sean cada vez más objetivos.
3. En el sistema europeo continental las decisiones no solo se basan en estándares sino en justificaciones siempre orientadas a la verdad, porque el estándar en nuestro sistema depende de ello y no en libres convencimientos.
4. La suprema no puede equipar a la verdad con certeza, dado que la certeza depende de la interioridad del juez, y la verdad depende de la información de elementos objetivos que verifiquen para tener por probado un determinado enunciado o justificado en alguna medida.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GARCÍA, E. (2011). Crítica a la "convicción íntima como estándar de prueba en materia penal". En L. LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* (págs. 313-332). Buenos Aires: Hammurabi.
- ANTON MITTERMAIER, K. J. (2011). *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. (P. G. Alba, Trad.) Buenos Aires: Valletta.
- Apelacion de auto sobre tutela de derecho -Caso Pedro Pablo Kuczynsky, 19-2018-26-5002-JR-PE-03 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente-Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios 15 de Enero de 2020). Recuperado el 13 de Diciembre de 2020, de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Exp.-19-2018-LP.pdf>
- ARDILEZ ÁLVAREZ, E. (2013). La naturaleza de la prisión preventiva en torno al problema de la presunción de inocencia. 15. Recuperado el 12 de Febrero de 2019, de [https://www.academia.edu/29590830/LA\\_NATURALEZA\\_DE\\_LA\\_PRISIO\\_N\\_PREVENTIVA\\_ENTORNO\\_AL\\_PROBLEMA\\_DE\\_LA\\_PRESUNCIO\\_N\\_INOCENCIA\\_2013\\_](https://www.academia.edu/29590830/LA_NATURALEZA_DE_LA_PRISIO_N_PREVENTIVA_ENTORNO_AL_PROBLEMA_DE_LA_PRESUNCIO_N_INOCENCIA_2013_)
- ARMENTA DEU, T. (2018). *Lecciones de derecho procesal penal* (Décimo primera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ATIENZA RODRIGUEZ, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. España: Trotta.
- ATIENZA RODRIGUEZ, M., & GARCÍA AMADO, J. A. (2018). *Un Debate Sobre la Ponderación*. Bolivia: Tribunal Plurinacional de Estudios Constitucionales.
- BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de derecho penal parte general*. Bogotá: Temis.
- BARAK, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. VILLA ROSAS, Trad.) VILLA ROSAS, Gonzalo: Palestra.
- BAUMAN, J. (1986). *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales. Introducción Sobre la Base de Casos*. Buenos Aires: Depalma.
- BECCARIA, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- BELOFF, M. (1993). Teorías de la pena: la justificación imposible. En C. ROXIN, M. BELOFF, M. MAGARIÑOS, P. ZIFFER, E. BERTONI, & R. RIOS, *Determinación judicial de la pena* (págs. 53-70). Buenos Aires: El Puerto.
- BELTRAN CALFURRAPA, R. (Diciembre de 2012). *Scielo*. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de Scielo: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992012000200006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200006)
- BENTHAM, M. J. (1825). *Tratado de las Pruebas Judiciales* (Vol. Primero). (C. MV, Trad.) París: Bossange Freres.

- BOROWSKI, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Perú: Cordillera S.A.C.
- BRASILEIRO DE LIMA, R. (2019). *Manual de Processo Penal* (Séptima ed., Vol. Único). Valinhos, Brazil: Jus Podivm.
- BULYGIN, E. (1987). Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, 79-84.
- CABALLERO ROMERO, A. E. (2009). *Innovaciones en las guías metodológicas para los planes y tesis de maestría y doctorado* (Primera ed.). Lima: Instituto Metodológico Alen Caro.
- CABRERA FREYRE, R. A. (2019). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Quinta ed.). Lima, Perú: Idemsa.
- CALAMANDREI, P. (1984). *Providencias cautelares*. (S. SENTIS MELENDO, Trad.) Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- CARHUATANTA DE LA CRUZ, E. J. (2019). *Límites del fumus delicti comissi y su distinción en la prisión preventiva y proceso inmediato como garantía procesal: Tesis para optar el título profesional de abogado*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- CARNELUTTI, F. (1950). *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Librería el Foro.
- CARO JOHN, J. A. (2014). *Manual teórico práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Ara.
- CARRARA, F. (1978). *Opúsculos de Derecho Criminal* (Vol. IV). (J. G. ORTEGA TORRES, Trad.) Bogota, Colombia: Temis.
- CARRARA, F. (1986). *Programa de Derecho criminal* (Vol. II). (J. ORTEGA TORRES, & G. Jorge, Trads.) Colombia, Colombia: Temis.
- CASTILLO ALVA, L. (2019). El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional. En C. VAZQUEZ ROJAS, *Hechos y Razonamiento Probatorio*. Lima: Zela.
- CAVANI, R. (2015). Verosimilitud, probabilidad: ¿ Da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. *Direito Probatorio*, 807-825.
- CLAUS, R. (1993). Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En C. ROXIN, M. BELOFF, M. MAGARIÑOS, P. ZIFFER, P. BERTONI, & R. RIOS, *Determinación Judicial de la Pena* (págs. 15-52). Buenos Aires: EL PUERTO.
- CLAUS, R. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito* (Vol. i). (D. M. LUZÓN PEÑA, Trad.) Madrid: Civitas.

- CLAUS, R. (2000). *Derecho procesal penal* (25 Edición Alemana ed.). (G. E. CORDOVA, & D. R. Pastor, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Puerto S. R.L.
- CLAUS, R. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- CLAUS, R., & BERND, S. (2019). *Derecho Procesal Penal* (29 ed.). (M. F. AMORETTI, & D. N. ROLON, Trads.) München, Alemania: Didot.
- CLÉRIGO, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En A. ROBER, C. BERNAL PULLIDO, J. J. MORESO, L. PRIETO SANCHIZ, L. CLÉRIGO, I. VILLAVERDE, . . . R. AVILA SANTAMARÍA, & M. CARBONELL (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 125-173). Quito, Ecuador: V & M Gráficas.
- COFERRATA NORES, J. (1998). *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a ley 23.984* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja. (2015). *Curso de derecho penal parte general* (Tercera ed.). Sevilla: Tecnos.
- DEI VECCHI, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho, Vol. XXVI-N° 2-Diciembre*, 189-217.
- DEL RÍO LABARTE, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo código procesal penal y La prisión preventiva en el nuevo código Procesal Penal*. Lima: Ara.
- DEL RIO LABARTE, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad de Alicante. Recuperado el 12 de Junio de 2020, de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54307>
- DEL RIO LABARTHE, G. (2008). *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores.
- DIAZ REVORIO, F. J. (2003). *La interpretación Constitucional de la Ley: Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- DORADO PORRAS, J. (2004). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson.
- ESPINOZA ARIZA, J. (2019). El estándar probatorio de prueba en el proces penal peruano. *Lex*, 86-102. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1812/1948>
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2013). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- FENECH, M. (1952). *Derecho Procesal Penal* (Segunda ed.). Barcelona: Labor S.A.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. (A. I. PEFFECTO, Trad.) Madrid, España: Trotta.

- FERRARI, V. (2014). *Funciones del Derecho*. (M. J. AÑÓN ROIG, & J. DE LUCAS MARTÍN, Trads.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- FERRER BELTRAN, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- FERRER BELTRÁN, J. (14 de Febrero de 2018). Una Concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Gerona, Cataluña, España. Obtenido de [https://www.academia.edu/36367101/Una\\_concep%C3%A7%C3%A3o\\_minimalista\\_e\\_garantista\\_da\\_presun%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_inoc%C3%Aancia\\_1\\_A\\_Minimalist\\_and\\_Garantistic\\_Conception\\_of\\_the\\_Presumption\\_of\\_Innocence](https://www.academia.edu/36367101/Una_concep%C3%A7%C3%A3o_minimalista_e_garantista_da_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%Aancia_1_A_Minimalist_and_Garantistic_Conception_of_the_Presumption_of_Innocence)
- FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ ROJAS, M. del Carmen; TARUFFO, Michele. (2018). *Teoría de la Prueba*. Sucre, Bolivia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Lima: Ideas.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- GEORG, W. F. (1983). *Lineas fundamentales de la filosofía del derecho. Lecciones de la filosofía de la historia*. (D. C. PAREDES MARTIN, Trad.) Madrid: Gredos.
- GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; Garberí Llobregar, José. (2000). *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia( Tomo IV)* (Primera ed.). Barcelona, España: Bosh.
- GÓMEZ PÉREZ, M. (2014). La Jurisprudencia Interamericana Sobre Prisión Preventiva. En S. GARCÍA RAMIREZ, J. J. HOROZCO ENRÍQUE, & E. E. FERRER MAC-GREGOR, *Criterios y Jurisprudencia Interamerica de Derechos Humanos: Su Influencia y Repercusión en el Derecho Penal* (Primera ed., págs. 205-2020). México D.F, México: UNAM.
- GONZALES LAGUIER, D. (2000). Los hechos bajo sospecha, sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Analisis e Diritto*, 17-51. Recuperado el 19 de marzo de 2021, de <https://www.pj.gob.pe/doc/tallerppr0099/UNIDAD%203/UNIDAD%204/05%20GONZALEZ%20-%20Quaestio%20facti%20-%20Cap%20I.pdf>
- GONZALES NAVARRO, L. A. (2009). *La Detención preventiva en el proceso penal acusatorio*. Bogota: Leyer.
- GUASTINI, R. (2016). *Sintaxis del Derecho*. (Á. NUÑEZ VAQUERO, Trad.) Madrid/Barcelona/Buenos Aires/SÃO PAULO: Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2017). *Teoría Analítica del Derecho*. (C. MORENO MORE, Trad.) Lima: zela.

- GÜNTHER, J. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. CUELLO CONTRERAS, & J. L. SERRANO GONZALES DE MURILLO, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- HAACK, S. (1997). *Evidencia e investigación, hacia la reconstrucción en epistemología*. Madrid: Tecnos.
- HABERMAS, J. (2002). *Verdad y justificación (Wahrheit und Rechtfertigung)*. (P. FABRA, & L. DIEZ, Trads.) Madrid: Trotta.
- HANS, K. (2003). *La Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Buenos Aires: Losada, S.A.
- HANS, W. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Argentina: Astrea.
- HASSEMER, W. (2006). Prevención general y aplicación de la pena. En N. HASSEMER LUDERSSEN, & K. LÜDERSSEN, *Principales problemas de la prevención general* (G. E. ABOSO, & T. LOW, Trads., págs. 45-82). Buenos Aires: Euros.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- HEIKO, H. L. (1999). *La función de la pena*. (J. SÁNCHEZ, & T. VERA GÓMEZ, Trads.) Madrid: Dykinson.
- HERNÁNDEZ CANELO, R. (2018). *Las grandes compilaciones y códigos de la humanidad*. Lima: Jurista.
- HOBBS, T. (1980). *Leviatán*. (A. ESCOHOTADO, Trad.) Madrid: Editora Nacional.
- HOBBS, T. (2009). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (C. MELLIZO, Trad.) Madrid, España.
- Humanos, C. I. (2013 de Diciembre de 2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Americas. washinton, Estados Unidos N.A.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2010). Los indicios tomados en serio. En J. A. GARCIA AMADO, P. R. BONORINO RAMÍREZ, J. IGARTÚA SALAVERRÍA, V. ITURRALDE, e. al., & P. R. BONORINO RAMÍREZ (Ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial* (págs. 31-66). España: Bubok Publishing.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2014). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra.
- JAKOBS, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En G. JAKOBS, M. CANCIO MELÍA, & Á. O. PÉREZ PINZÓN, *El funcionalismo en el derecho penal* (págs. 39-56). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (2004). *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas.

- JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (s.f.). *Tratado de derecho penal parte General*. (Quinta Alemana ed.). (M. OLMEDO CARDENETE, Trad.) Lima: Pacífico.
- LAUDAN, L. (2005). Porqué un Estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, 95-113. Recuperado el 2 de Noviembre de 2020, de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa\\_28\\_08.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa_28_08.pdf)
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, Error y Proceso Penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez, & E. Aguilera, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- LEONE, Y. (1963). *Tratado de Derecho Procesal Penal. II desenvolvimiento del proceso penal*. (S. SENTIS MELENDO, Trad.) Buenos Aires, Argentina.
- LÓPEZ ESPINOZA, R., AYALA MIRANDA, E., & NOLASCO VALENZUELA, J. (2011). *Prueba Indiciara: Manuel de Litigación en Prueba Indiciaria. Los Estándares Fijados por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional*. Lima: Ara.
- MAIER, J. (1999). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Puerto E. I. R. L.
- MANZINI, V. (1952). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Tomo III). (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa -América.
- MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal Parte General* (Octava ed.). Barcelona, España: Reppertor.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10 ed.). Barcelona: Reppertor.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2007). Medidas de coerción. En A. BINDER, D. GADEA NIETO, D. GONZÁLES ÁLVAREZ, H. QUIÑONES VARGAS, M. BELLIDO ASPAS, M. MIRANDA ESTRAMPES, . . . P. LLANERA CONDE, *Derecho Procesal Penal* (págs. 181-247). República Dominicana: Amigo del hogar.
- MITIDIERO, D. (2018). Cognición sumaria, probabilidad y prueba en la anticipación de tutela. En G. PRIORI POSADA, *Prueba en el proceso. Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (Primera ed., págs. 205-224). Lima: Palestra.
- MITTERMAIER, C. J. (2017). *Tratado de la prueba en materia criminal* (Tercera ed.). Lima: Instituto pacífico.
- MOLAS, I. (2007). *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- MORENO CATENA, V. (1997). La prisión provisional. En V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, & V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (págs. 524-544). Madrid: Colex.
- MUÑOZ CONDE, F. (2018). *Teoría General del Delito* (Quinta reimpresión ed.). Colombia: Temis S.A.
- NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del nuevo Proceso Penal & de litigación oral*. Llima: Idemsa.

- NIEVA FENOLL, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ ROYO, J. (1998). *Curso de Derecho Constitucional* (Quinta ed.). Madrid: Marcial Pons.
- PERFECTO, A. I. (2007). *Los hechos en la sentencia penal*. México: Fontomara.
- PISARELLO, G. (s.f.). *Los Derechos Sociales y sus Garantías: Elementos para una reconstrucción*. Trotta: Madrid.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2017). *Lecciones de derecho penal parte general* (Vol. Tomo I). Sevilla: Tecnos.
- POLITOFF LIFSCHITER, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMIREZ GARCÍA, María Cecilia. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno* (Segunda ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- POPPER, K. R. (1980). *Lógica de la Investigación Científica*. (V. SANCHEZ DE ZAVALA, Trad.) Madrid: Tecnos.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara.
- PUJADA TORTOSA, V. (2014). *Para una teoría general de las medidas cautelares* (Tesis doctoral). Girona: Universidad de Girona.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25 Edición Alemana ed.). (G. E. CORDOVA, & D. R. Pastor, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Puerto S. R.L.
- RUIZ LÓPEZ, C. E. (2011). Teoría de los fines de la pena. En J. J. URBANO MARTINEZ, G. BARBOSA CASTILLO, C. E. RUIZ PÉREZ, H. BARRETO ARDIA, & C. MARIÑO ROJAS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (Segunda ed., págs. 25-44). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2004). La privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP, CENALES.
- SCHLÜCHTER, E. (s.f.). *Derecho Procesal Penal* (Segunda ed.). (I. ESPARZA LEIBAN, & A. PLANCHADELL GARGALLO, Trads.) Valencia/Thungersheim Frankfurt(Main).
- SHAPIRO, S. J. (2014). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- SORZA CEPEDA, F. A. (2021). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Quaestio facti*, 39-66. Recuperado el 21 de 03 de 2021, de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22463/26273>
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho penal Parte general I. El hecho punible* (Cuarta ed.). (M. CANCIO MELÍA, & M. A. SANCINETTI, Trads.) Argentina: Hammurabi.

- TARUFFO, M. (2005). Tres observaciones sobre "Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 115-126. Recuperado el 3 de Noviembre de 2020, de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10004/1/Doxa\\_28\\_09.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10004/1/Doxa_28_09.pdf)
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. (L. MARÍQUEZ, & J. FERRER BELTRÁN, Trads.) Barcelona: Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2010). *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. (D. ACCATINO SCAGLIOTTI, Trad.) Barcelona: Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2011). *La prueba de los hechos* (Cuarta ed.). (J. FERRER BELTRAN, Trad.) Madrid: Trotta.
- TARUFFO, M. (2013). *Verdad, Prueba y Motivación en la decisión sobre los hechos*. México: S/N.
- TARUFFO, M. (2018). La Verdad y Prueba Dentro el Proceso. En J. FERRER BELTRÁN, M. d. VÁZQUEZ ROJAS, & M. TARUFFO, *La Teoría de la Prueba* (págs. 11-36). Sucre, Bolivia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- TARUFFO, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Lima: Zela.
- URIARTE VALIENTE, Luis; FARTO PIAY, Tomás. (2018). *Proceso penal Español: Jurisprudencia actualizada* (Segunda ed.). Madrid: La ley.
- VALENZUELA SALDIA, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso. *Revista Política Criminal*, Vol 13 N° 26, 836-857.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- VON WRIGHT, G. H. (1970). *Norma y Acción: Una investigación Lógica*. (P. GARCIA FERRERO, Trad.) Madrid, España: Tecnos. S.A.
- WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. (2018). *Derecho penal parte general. El delito y su estructura* (46 ed.). (R. PARIONA ARANA, Trad.) Lima: Instituto pacífico.
- ZAFFARONI, E. R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (2011). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (2011). *Manual de Derecho Penal* (Vol. I). Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires.: Ediar.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, Justicia*. (M. Gascón, Trad.) México: Trotta.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trad.) Madrid: Trotta.

ZALDÍVAR, A. (10 de Febrero de 2019). *Milenio*. Obtenido de [https://amp.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/prision-preventiva-condena-sin-sentencia?\\_\\_twitter\\_impression=true&fbclid=IwAR219CzZL\\_kQA\\_Pive-m\\_YjSnGNbBqNvi-22LX-5G3ptpN-99k8u1h-SdcQ](https://amp.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/prision-preventiva-condena-sin-sentencia?__twitter_impression=true&fbclid=IwAR219CzZL_kQA_Pive-m_YjSnGNbBqNvi-22LX-5G3ptpN-99k8u1h-SdcQ)