



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

METODO CASO JURÍDICO

**“LA ALTA PROBABILIDAD DEL INJUSTO PENAL EN LOS HECHOS QUE
SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA – CASACIÓN N.º 564-
2016/LORETO”.**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTORES:

**PIER ALEXANDER MESÍA VILLACORTA
CARLOS ALONSO ARISTA AGUILAR**

ASESOR:

Mag. ALDO ATARAMA LONZOY

LORETO – PERÚ

2020

PAGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público el día 30 de abril del año 2020, en la facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:

Dr. Jose Napoleon Jara Martel
Presidente

Mag Thamer Lopez Macedo
Miembro

Mag Aldo Atarama Lonzoy
Asesor

DEDICATORIA

“Esta tesis nosotros se la dedicamos a Dios quien supo guiarnos por el buen camino, darnos fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad, ni desfallecer en el intento.”

“A nuestras familias quienes por ellos estamos a este nivel de vida profesional, a nuestros padres por sus apoyos, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarnos con los recursos necesarios para estudiar esta digna carrera del derecho, Nos han dado todo lo que somos como persona, nuestros valores, nuestros principios, nuestras perseverancias y coraje de seguir adelante y lograr nuestros objetivos.

“Gracias también a mis compañeros y gracias también a nuestros enlentecimos maestros por transformar vidas, y esa vida transformar en naciones y gracias a sus enseñanzas entendimos que la enseñanza es más que impartir conocimiento es inspirar el cambio y el aprendizaje es más que absorber hechos, es adquirir entendimiento.

Los autores

AGRADECIMIENTOS

“Nosotros en este presente trabajo agradecemos a nuestros padres y familiares porque nos brindan su apoyo tanto moral y económico para seguir estudiando y lograr nuestros objetivos trazado para un futuro mejor y ser orgullosos para ellos y de toda nuestra familia.

“A la Universidad Científica del Perú, alma mater de la carrera de derecho y ciencia políticas, porque nos ha formado para un buen futuro como Abogados”

“De igual manera a mis ilustres Maestros es especial al Docente del Curso de Sustentación de trabajo de Suficiencia Profesional, pues ellos fueron quienes guiaron para hacer el presente trabajo.

Muchas Gracias

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 033 del 13 de abril de 2021, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Jose Napoleon Jara Martel Presidente
- Mag. Thamer Lopez Macedo Miembro

Como Asesor: **Mag. Aldo Nervo Atarama Lonzo**y

En la ciudad de Iquitos, siendo las 10:30 horas del día **Viernes 30 de abril del 2021** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar de modo NO PRESENCIAL, la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Método del Caso: "**LA ALTA PROBABILIDAD DEL INJUSTO PENAL EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LA PRISION PREVENTIVA – Casación N° 564-2016/LORETO**"

Presentado por los sustentantes:

CARLOS ALONSO ARISTA AGUILAR
PIER ALEXANDER MESIA VILLACORTA

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**

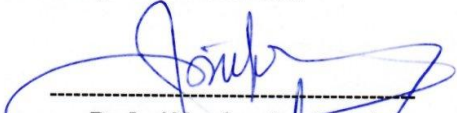
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas de forma remota, las que fueron respondidas de forma: *Regular*

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobado por Mayoría

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.



Dr. José Napoleon Jara Martel
Presidente



Mag. Thamer Lopez Macedo
Miembro

CALIFICACIÓN: Aprobado (a) Excelencia : 19 – 20
 Aprobado (a) Unanimidad : 16 – 18
 Aprobado (a) Mayoría : 13 – 15
 Desaprobado (a) : 00 – 12

Contáctanos:

Iquitos – Perú
065 - 26 1088 / 065 - 26 2240
Av. Abelardo Quiñones Km. 2.5

Filial Tarapoto – Perú
42 – 58 5638 / 42 – 58 5640
Leoncio Prado 1070 / Martines de Compagñon 933

Universidad Científica del Perú
www.ucp.edu.pe

**CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

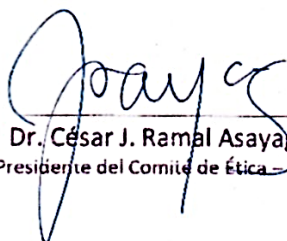
El Trabajo de Suficiencia Profesional Titulado:

**"LA ALTA PROBABILIDAD DEL INJUSTO PENAL EN LOS HECHOS QUE
SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA – CASACIÓN N.º 564-2016/LORETO"**

De los alumnos: **PIER ALEXANDER MESIA VILLACORTA Y CARLOS ALONSO ARISTA AGUILAR**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pasó satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje de 25% de plagio.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que estime conveniente.

San Juan, 11 de setiembre del 2020.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética - UCP

Urkund Analysis Result

Analysed Document: UCP_DER_2020_TSP_CarlosArista_PierMesia_V1.pdf (D78790428)
Submitted: 9/8/2020 7:16:00 PM
Submitted By: revision.antiplagio@ucp.edu.pe
Significance: 25 %

Sources included in the report:

LA INVESTIGACION PRELIMINAR Y LA INVESTIGACION PREPARATORIA.pdf (D58384791)
TESIS CONCHA CERDEÑA - FLORES SAAVEDRA.docx (D51440616)
1A_ZAPATA_ANDÍA_LENENY_DOCTORADO_2019.docx (D62367433)
2018 Las medidas de coerción en el proceso penal.pdf (D53063298)
TESIS ZUÑIGA PASTOR-convertido.pdf (D58028461)
TESIS ANTONIO SANTAMARIA & AGUILAR BURGA.docx (D42001202)
CARLOS MEJÍA MAESTRIA UCE.pdf (D54469005)
TÉISIS 06 DE FEBREO DEL 2020.docx (D63706861)
1A_LÓPEZ_CASTILLO_LUZMERY_MIRIAM_TESIS_MAESTRÍA_2019.docx (D54454597)
https://www.mpf.gob.ar/ufitco/pdfs/acosta_casacion.pdf
<https://core.ac.uk/download/pdf/225616069.pdf>
<https://core.ac.uk/download/pdf/225142771.pdf>
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/LIBRO-PRINCIPALES-SENTENCIAS-CASATORIAS-FEBRERO-2018.pdf>
<https://docplayer.es/amp/153710248-Universidad-nacional-del-altiplano.html>
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/download/1726/1788>
<https://docplayer.es/85225519-Universidad-de-huanuco-facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas.html>
<https://www.monografias.com/docs113/nuevos-requisitos-prision-preventiva-segun-casacion-626-2013/nuevos-requisitos-prision-preventiva-segun-casacion-626-2013.shtml>
<https://www.monografias.com/trabajos107/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico.shtml>

Instances where selected sources appear:

118

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACION	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
RESUMEN	V

CAPITULO I	Pag
Introducción.....	12-13

CAPITULO II

2.1.- Marco

referencial.....	14
2.1.1.- Antecedentes Históricos, Políticos, Culturales y Social.....	14
2.1.1.1.- Contexto Histórico.....	14-15
2.1.1.2.- Contexto Social.	15
2.1.1.3.- Autores y su Punto de vista en la relación al tema que estamos desarrollando.....	15-16-17
2.1.2.- Base Teórica.....	17
2.1.2.1.- Las medidas de coerción procesal.....	17-18
2.1.2.2.- Justificación.....	18-19-20
2.1.2.3.- Justificación Interna.....	20-21
2.1.2.4.- Justificación Externa.	21
2.1.2.4.1.- Principios de Aplicación y Finalidad.....	22
2.1.2.4.2.- Principio de Legalidad.....	22
2.1.2.4.3.- Principio de Proporcionalidad.....	22-23
2.1.2.4.4.- Principio de Prueba Suficiente.....	23
2.1.2.4.5.- Principio de Necesidad.....	23-24
2.1.2.4.6.- Principio de Provisionalidad.....	24
2.1.2.4.7.- Principio de Judicializado.....	24-25
2.1.2.4.8.- Principio Procesales de la Prisión Preventiva.....	25

2.1.2.4.9.- Principio de Excepcionalidad.....	25-26
2.1.2.4.10.- Principio de Temporalidad.....	26-27
2.1.2.4.11.- Principio de Variabilidad.....	27
2.1.2.5.1.- Sospecha Sustantiva de Responsabilidad.....	27-28
2.1.2.5.2.- Clasificación de las Medidas de Coerción y Personal.....	28
2.1.2.5.3.- La Detención Policial.....	28
2.1.2.5.4.- El Arresto en Estado de Flagrancia.....	28-29
2.1.2.5.5.- La Detención Preliminar Judicial.....	29
2.1.2.5.6.- Convalidación de la Detención.....	29
2.1.2.5.7.- La Prisión Preventiva.....	30
2.1.2.5.8.- Aspectos Preliminares de la Prisión Preventiva.	30-31-32
2.1.2.5.9.- Legitimidad y Límites de la Prisión Preventiva.....	32-33
2.1.2.5.10- La alta Probabilidad del Injusto Penal en los hechos que sustentan la Prisión Preventiva.....	33
2.1.2.5.10.1.- Apariencia del Derecho.....	33-34-35-36-37-38
2.1.2.5.10.2.- Los Indicios.....	38-39-40-41
2.1.2.5.10.3.- Comentarios respecto a la Casación N° 626-2013 MOQUEGUA.....	41-42-43
2.2. Problemas.....	44
2.2.1.- Problema General.....	44
2.2.2.- Problema Específico.....	44
2.3.- Objetivos.....	44
2.3.1.- Objetivos General.....	44
2.3.2.- Objetivos Específicos.....	44-45
2.4.- Variables.....	45
2.4.1.- Variable Independiente.....	45
2.4.2.- Variable Dependiente.....	45
2.5.- Supuestos.....	45
2.5.1.- Supuestos Generales.....	45
2.5.2.- Supuestos Específicos.....	45

CAPITULO III

3.1.1- Metodología.	46
3.1.2.-Muestra.....	46
3.1.3.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	46
3.1.3.1.- Análisis de documentos.....	46
3.1.3.2.- Fichajes de materiales escritos.....	47
3.1.3.3.- Procedimientos de recojo de datos.....	47
3.2.- Validez y Confiabilidad del Estudio.....	48
3.3.- Plan de Análisis, Rigor, y Ética.....	48

CAPITULO IV.

Resultados.....	49-50-51-52
-----------------	-------------

CAPITULO V

Discusiones.....	53-54-55-56
------------------	-------------

CAPITULO VI

Conclusiones.....	57-58
-------------------	-------

CAPITULO VII

Recomendaciones.....	59-60-61
----------------------	----------

CAPITULO VIII

Referencias Bibliográficas.....	62
---------------------------------	----

CAPITULO IX

Anexos	63
Anexos N° Matriz de Consistencias.....	64
Anexo N° Sentencia de Casación N° 564-2016, LORETO.....	65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84.

RESUMEN

El presente análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Penal Permanente Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que mediante la Casación N.º 564-2016/LORETO, realizan un ponderado análisis, respecto de la apariencia del derecho en la medida de prisión preventiva; se tiene que el **OBJETIVO** de la referida Casación es determinar si para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito. **MATERIAL y MÉTODOS**; se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en la Casación N° 564-2016/LORETO, utilizando el Método Descriptivo Explicativo, cuyo diseño fue no experimental ex post facto. Entre el **RESULTADO**, el Colegiado Supremo, ESTABLECE como doctrina jurisprudencial el fundamento cinco de la presente Sentencia, respecto a la medida de detención preventiva. En **CONCLUSIÓN**, a través de la casación, se determina que para que se le imponga la medida cautelar de prisión preventiva a una persona investigada por la realización de un injusto penal, debe establecerse esa alta probabilidad en los hechos que sustentan la imposición de dicha medida, en tal contexto se analiza y estudia los parámetros que debe de contener la “alta probabilidad” corroborando estos aspectos con los acuerdos plenarios, la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional, para mejor entender la dinámica de este supuesto procesal, que permita desarrollar el proceso penal en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales a la libertad, de defensa y debido proceso.

Palabras clave: Alta probabilidad, imputación objetiva, imputación subjetiva, injusto penal, prisión preventiva, derecho de defensa, debido proceso.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Nos referimos en el presente trabajo de investigación al alto grado de probabilidad de la comisión del delito para sustentar o fundamentar el mandato de prisión preventiva, tema que se desarrolla en la Casación N° 564-2016/LORETO.

Que, en el caso materia de análisis los integrantes de las Sala Penal Permanente Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitieron la casación anteriormente mencionada, en lo que **ESTABLECIERON** doctrina jurisprudencial el fundamento cinco de la presente Sentencia, respecto a la medida de prisión preventiva.

El **planteamiento del problema** que identificamos se ubica específicamente en establecer el contenido de la alta probabilidad de la realización del injusto penal en los hechos que sustentan la prisión preventiva, en tanto que, a decir de la Casación 564-2016/LORETO, solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, y para ello debe de examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. Es decir que, para la imposición de la prisión preventiva el juez deberá de analizar inicialmente cada acto de investigación, luego hacer un examen en conjunto de todos los actos de investigación para finalmente establecer con ello el alto grado de probabilidad de la comisión del delito, sin embargo, la Casación 626-2013-Moquegua se sostiene que para imponer una medida de prisión preventiva se requiere un alto grado de probabilidad mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria, precisando además que el análisis de suficiencia de los actos de investigación que se encuentren destinados a fundamentar la prisión preventiva debe ser similar al realizado en la etapa intermedia.

Objetivo general es establecer sí para dictar la prisión preventiva solo se

requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto, y entre algunos de **los objetivos específicos son**: Determinar si la aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia ; Determinar si la motivación de las resoluciones de la prisión preventiva garantiza el derecho del imputado dentro de una audiencia de prisión preventiva; Determinar si los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados; Analizar y establecer el injusto penal y los hechos que sustente la prisión preventiva de un imputado dentro una audiencia de prisión Preventiva.

En cuanto a la **Metodología** el **tipo de investigación**, es descriptiva explicativa, dado que se está analizando un documento, específicamente una casación y sobre ella se está evaluando aspectos presupuestales de la misma, la cual se coteja con otras resoluciones emitidas sobre la prisión preventiva, y el **diseño de la investigación** es cualitativo.

De los **antecedentes**, tenemos la Casatoria N.º 626-2013/Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto, y es sobre esta casación que surge esta disyuntiva, y nace este nuevo criterio a aplicarse.

Asimismo, se evidencia **la importancia** dado que, ni la Casación 564-2016/LORETO ni la Casación 626-2013-Moquegua delimitan en específico cuál es el contenido del presupuesto: alto grado de probabilidad de la comisión del delito, lo que podría ocasionar una interpretación ambigua de parte del juez cuando tenga que decidir por disponer o no una prisión preventiva, que eventualmente podría traer como consecuencia que se esté lesionando un derecho fundamental, y eso en la administración de justicia traería serios problema de prevaricato por no decir menos.

CAPÍTULO II

2.1.- MARCO REFERENCIAL

2.1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS, POLITICA, CULTURAL Y SOCIAL.

Consideramos señalar como antecedentes un análisis del alto grado de probabilidad de la realización del injusto penal en los hechos que sustentan la prisión preventiva –casación N° 654 -2016/LORETO, surge a partir del criterio del tribunal supremo al establecer que, la sala superior no realizó una adecuada fundamentación de su decisión, que permita enfocar principalmente la relevancia jurídica penal del comportamiento del encausado, cuya conducta de apoderarse de la droga en la madera donada por la sunat, es independiente de lo que desarrollaron los originales propietarios de la droga.

2.1.1.1.- CONTEXTO HISTORICO.

Hoy más que nunca la medida cautelar persigue de la prisión preventiva se ha visto enmarcado por la justicia en la medida que ello se ha convertido en uno de los fundamentos más aceptados y utilizados ya sea en el requerimiento por parte del ministerio público y por otra. Los jueces al emitir los autos que declara procedente la misma. No es de suponer que dicha medida ha venido a lo largo.

Del tiempo aplicándose de manera tendenciosa e incumpléndose los parámetros establecidos en la norma legales justificándose como una medida eficaz para el cumplimiento para los fines del proceso y asegurar la presencia del imputado en el proceso. Cabe recalcar que el uso abusivo de la prisión preventiva no es nuevo, ya que utilización viene desde épocas muy antiguas desde roma, la edad moderna y era contemporáneo. En el caso peruano la codificación de 1863 y de 1920 (ambas llamadas código enjuiciamiento en Materia Penal y Criminal respectivamente) ya se establecido dichas medidas cautelares, posteriormente el código de procedimiento penales de 1940, el

código Procesal penal de 1991 y finalmente el nuevo código procesal penal de 2004, esta última principalmente a establecido una serie de presupuesto para su uso y aplicación por órgano que la requiera y la aprueba. Dicha medida sea venida en el constante devenir del tiempo utilizado muy mal y de manera desproporcional, desnaturalizando el carácter excepción de la misma y vulnerándose el derecho a la presunción de inocencia, un juicio justo entre otros.

2.1.1.2.- CONTEXTO SOCIAL:

La sociedad cada día se ve exasperada por la ola de la criminalidad y delincuencia y para atenuar problemática es menester tomar en cuenta las medidas previstas en las leyes procesales penales. Tal es así que, exigir la prisión preventiva a la justicia es una de las formas más garantizar de alguna manera la seguridad de la ciudadanía, todo mientras este el imputado en la cárcel. Si bien es cierto actualmente se vive un drama por la inseguridad ciudadana, por la constante comisión del delito no es tampoco justificable que la misma responda a una prisión popular de la gente en la justicia para aplicarse indebidamente la prisión preventiva, ello tiene que responder a la conformidad de las leyes y en el cumplimiento de los presupuestos establecidos por la ley. Esto es de alguna forma de garantizarse el derecho a la libertad de la persona y la de su presunción de inocencias con medidas cautelares personales menos gravosos y solos aplicándose correctamente la prisión preventiva de manera excepcional y provisional.

2.1.1.3.- AUTORES Y SU PUNTO DE VISTE EN RELACION AL TEMA QUE ESTAMOS DESARROLLANDO.

Fundamentos jurídicos para ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva en el Perú dirigidos a lograr una correcta aplicación. **(ZVALETA SANCHEZ & CHAVEZ , 2019)**, en el que se propone una mejoría en los presupuestos materiales para la prisión preventiva contenidos en el artículo 268 del código procesal penal de 2004, para evitar el uso

desproporcionado que desnaturalice la esencia de esta. (Con relación con estos escritores corroboramos que si un fiscal dentro de una audiencia y si solicitar Prisión Preventiva se tiene que tener los elementos fundamentales y argumentación de los presupuestos materiales previstos en el artículo 268 del Código Procesal Pena.)

El principio de imputación necesaria y los requerimientos de prisión preventiva. **(MORE YTURRIA, 2016)**, teniendo como objetivo delimitar y diferenciar los elementos normativos del numeral 1 del artículo 268 del código procesal penal. (Nosotros precisamos una de las cuestiones que es la imputación necesaria debe ser objeto de debate en la prisión preventiva. Entonces nosotros opinamos que, si la imputación fáctica, el hecho, los hechos, lo que se le atribuye, lo que dice el fiscal que se ha cometido y si no son claros, no son precisos, no cumplen con las exigencias con la imputación objetiva y subjetiva, entonces el primer presupuesto de graves y fundados elementos de convicción serán desestimados en consecuencia no se podrá imponer prisión preventiva.

Tratamiento jurídico doctrinal de la Prisión Preventiva en el Perú. **(SILVA ASTETE, 2017)**, en el que se estudia el tratamiento que actualmente la doctrina procesal prefiere a la prisión preventiva, estudiando previamente la evolución de la prisión preventiva en el Perú, así como su concepto, naturaleza jurídica, características, elementos y fines de la prisión preventiva.

Título: Imposición de la prisión preventiva y sus efectos en el encausado absuelto. **(NADAL ZANABRIA, 2018)**, teniendo como objeto de estudio la verificación si en efecto han existido procesos judiciales en los cuales se ha impuesto la medida de prisión provisional en personas que eran inocentes, para conocer los efectos perniciosos que se generaron durante el encierro temporal y luego de recuperada su libertad.

Título: El principio de proporcionalidad y la prisión preventiva. **(LEONARDO CARRILLO, 2017)**, centrando su estudio en analizar si la aplicación del principio

de proporcionalidad, mediante el establecimiento de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito, que se presenta en el dictado de la prisión preventiva.

Título: Abuso del mandato de Prisión Preventiva y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú. **(CABANA BARREDA, 2015)**, analizando los efectos del abuso del mandato de prisión preventiva y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú.

2.2. Base teórica

2.2.1.- Las medidas de coerción procesal

El artículo 2º apartado 24 párrafo b) de la Constitución Política impone que, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, este enunciado se encuentra concordado con el artículo VI del Título Preliminar del código procesal penal que establece, las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

Nosotros determinamos que, para nuestro derecho constitucional peruano y el derecho a la libertad sea privado se debe estar debidamente motivada y que sea necesaria y equilibrada, también solo puede ser dictada por la autoridad judicial competente.

El artículo 253.1 del código procesal penal de 2004 establece que, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el

marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella, disponiendo que este tipo de medidas se deban desarrollar dentro del alcance de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, judicialidad y prueba suficiente., Desde nuestro punto de vista consideramos que también se tiene que tomar en cuenta que nuestro Derechos Fundamentales y reconocido por la Constitución Política y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, también puede ser restringido siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por nuestra legislación penal cuando hay existencia de fundados y graves elementos de convicción.

1. El artículo 254 establece que las medidas que el juez de la investigación preparatoria imponga requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado y fija como requisitos del trámite que los requerimientos del Ministerio Público sean motivados y debidamente sustentados; establece también que el juez decidirá inmediatamente, sin trámite alguno (incisos 2 y 4 del artículo 203).

2.2.2. - Justificación

En un país como el nuestro, en el que la consolidación de la protección de los derechos fundamentales se encuentran aún en proceso, es responsabilidad de todos contribuir a su desarrollo y respeto, en ese sentido, una de las medidas de coerción que más lesiona la libertad individual es la imposición de la prisión preventiva, lo que a decir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, la doctrina nacional e internacional, y la propia jurisprudencia penal, esta medida debe ser impuesta en última instancia, teniendo en consideración la residualidad de esta medida cautelar de coerción personal.

De ahí que, cuando el juez en atención al artículo 268 del código procesal penal y las sentencias casatorias mencionadas, se encuentre ante un pedido fiscal de prisión preventiva, debe de evaluar que este pedido se encuentre con la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar

razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

En cuando al peligro de fuga el juez tendrá en cuenta el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia, y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; la magnitud del daño causado y la ausencia de un actitud voluntaria del imputado para repararlo, el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. En cuanto al peligro de obstaculización, el juez debe evaluar sobre la base de un riesgo razonable de que el imputado, destruirá modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, e inducirá a otros para realizar tales comportamientos. Fundamentando adicionalmente la proporcionalidad, idoneidad, necesidad de la medida, y motivar el tiempo de duración por la cual ha de imponerse la prisión preventiva.

Sin embargo, como se aprecia tanto el código procesal penal de 2004 y las sentencias casatorias éstas no desarrollan ni limitan cuál es el contenido de la alta probabilidad de la realización del injusto penal en los hechos que sustentan la prisión preventiva y esta circunstancia podría ocasionar eventualmente la lesión al derecho fundamental a la libertad personal, en tal sentido, corresponde investigar y establecer los aspectos de la alta probabilidad de la realización del injusto, más todavía si, de acuerdo a la Casación 626-2013-Moquegua el grado de certeza debe ser como si se estuviera en una etapa intermedia, en términos

sencillos, es que esa alta probabilidad tendría que estar al nivel de una acusación fiscal.

Entonces, si se entiende que la prisión preventiva lesiona derechos fundamentales, y no solamente y en específico el de la libertad personal, sino que también lesiona otros derechos fundamentales que se encuentran conexos a la libertad individual, tales como la afectación del derecho a trabajo, a desarrollarse en un ambiente familiar, a la libertad de empresa, entre otros derechos, motivo por el que se establece justificada la ejecución de la investigación referente al contenido de la alta probabilidad de la realización del injusto penal en los hechos que sustentan la prisión preventiva – Casación N.º 564-2016/LORETO

2.2. 2.1.- Justificación interna

El contexto de la justificación forzosamente nos lleva necesariamente a la argumentación de las resoluciones, es necesario el aporte de razones que a su vez determinan, racional y razonablemente, porque el juez fallo en la forma que lo hizo, de ahí nace la importancia de la justificación pues la comunidad jurídica y bajo el amparo constitucional, se exige que los jueces una tarea de justificar de manera sólida, coherente y consistente sus decisiones y si esta no cumple con los estándares mínimos se abren las puertas del necesario ejercicio de corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias., veamos a un ejemplo comparativo: al ser requerido el juez por el sentido de una decisión, si adoptamos una visión de enunciación de la posición adoptada, o nos ceñimos más a un contexto de descubrimiento, a dicho juez podrá bastarle con señalar que se trata de su criterio jurisdiccional cambia dicho escenario si bajo las reglas del contexto de justificar, el juez se ve impedido a solicitar, a enumerar por las cuales adopta la posición en examen. Observemos pues que los ámbitos varían radicalmente., en un primer caso, el derecho solo aporta razones explicativas, en el segundo, se exige razones justificativas., de esta manera la justificación interna, se da solo si en la decisión no se entrado en coordinación

manifiestamente incongruente., verificamos si las premisas fácticas de vulneración de un derecho fundamental se adecuan y tipifican dentro de la forma tutelar constitucional o infra constitucional.

En consecuencia, la labor del magistrado se circunscribe, a hacer prolija y tener cuidado en su tarea de construcción de argumentos y no podrá, en via de ejemplo, resolver de forma desestimatoria una pretensión vinculada al derecho fundamentalmente a la salud, unidad a la norma –principio del derecho a la vida, si ya existe un antecedente jurisprudencial que sienta doctrina constitucional respecto a una tutela.

2.2.2.2.- Justificación externa

En este caso la justificación externa se acerca mucho más a una justificación., material de las premisas implica un ejercicio de justificación que bien podría ser optimo, cuando justifica su decisión en base a la ley., la doctrina y la materia de las premisas; implica un ejercicio de justificación que bien podría ser optimo, cuando justifica su decisión en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

O bien cuando recurre a un ejercicio mínimo suficiente de la justificación, es decir aporta cuando menos una sustentación que satisface los requisitos liminares de una justificación suficiente., en la justificación externa, atendemos fundamentalmente a que, en los casos en sede constitucional, los principios que justifican la decisión hubiera sido ópticamente delimitados, y que los hechos que rodean el caso, hubieren correspondido a una adecuada enunciación fáctica. Solo es casos, pueden entenderse debidamente cumplido el ejercicio de justificación extrema.

Por tanto, toda decisión judicial debe satisfacer los estándares de justificación interna y externa, en tanto la ausencia de una u otra, no permite la validez de la misma, asumiendo que la validez es en rigor, un ejercicio de compatibilidad con la constitución, es decir con los principios, valores y directrices de la carta Magna.

2.2.3. - PRINCIPIOS DE APLICACIÓN Y FINALIDAD

El artículo 253 establece que la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, existan suficientes elementos de convicción y sólo tendrá lugar cuando fuere absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario.

Compartimos y consideramos que para las restricciones de un derecho debe ser debidamente expresado legalmente y motivado en todos sus extremos.

La adopción de medidas coercitivas debe respetar los siguientes principios:

2.2.3.1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Según este principio sólo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella. Tratándose de un derecho fundamental de la persona, como la Libertad, que se vería afectado por la coerción durante la prosecución de un proceso, es imprescindible tener en cuenta el mandato constitucional contenido en el parágrafo b) del inciso 24 del artículo 2.

Nosotros especificamos que el principio de legalidad con referencia a la corte interamericana de los derechos humanos que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que, aun calificados legales, pueden reputarse como incompatible con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonable, imprevisible o faltos de proporcionalidad.

2.2.3.2.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas, sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley. La medida de

precaución debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir. Es decir, una medida coercitiva tiene que ser proporcional con la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso, que es su razón de ser.

Consideramos Nuestro aporte con relación al principio de proporcionalidad que opera como un correctivo de justicia material, frente a una opción preventiva que formalmente aparecería como precedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al investigado que se sometiera en tal sentido este explica la probabilidad de la responsabilidad penal del investigado como requisito material de la Prisión Preventiva, de igual manera se deriva del principio de proporcionar de la Prioridad de las medidas de aseguramiento, la Prohibición de la Prisión Preventiva en asuntos pocos graves y los límites temporales de duración de esta dentro de un proceso de Prisión Preventiva.

2.2.3.3.-PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE

Para imponer cualquier medida coercitiva se exige determinada base probatoria respecto a la vinculación del imputado con el hecho punible y la necesidad cautelar. Opera también en concordancia con el principio de proporcionalidad; luego, cuanto más grave sea la medida coercitiva, será mayor la exigencia de elementos probatorios que acrediten la necesidad de su aplicación. Este principio lo recoge el vigente artículo 253 del código procesal penal.

2.2.3.4.- PRINCIPIO DE NECESIDAD

Las medidas coercitivas se impondrán cuando resulten absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. La comprobación, en cada caso, de la necesidad procesal para disponerlas es un imperativo que exige considerarlas, solicitarlas e imponerlas luego de un cuidadoso examen, al margen de un mero trámite formal o burocrático; debiendo tener siempre presente que toda persona goza de la presunción de inocencia, es decir, que es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Nosotros analizamos y fundamentamos que el principio de necesidad requiere justificar como se va llevando en una audiencia de prisión preventiva, si es que no se impone la prisión preventiva, entonces debemos usar mecanismos de coerción procesal más eficaz para nulificar el peligro procesal, es decir, que ni se pueda obtener el mismo resultado con otra medida (detención domiciliaria o comparecencia).

2.2.3.5.- PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

Las medidas coercitivas por su naturaleza son provisionales, ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada. El carácter instrumental de las medidas coercitivas las hace provisorias en tanto están sometidas al proceso, a su progreso y a cualquiera de sus formas de culminación, pueden extinguirse o modificarse por otra, según el avance del proceso. Es decir, una determinada medida de coerción tiene su justificación en tanto subsistan las razones que le dieron lugar. En este principio está basada la duración de los plazos de cada una de las medidas de coerción procesal y especialmente los plazos de la prisión preventiva.

Al respecto el artículo 255 establece que los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

2.2.3.6.- PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD

Este principio, surge del espíritu de la Constitución Política y además está contenido en el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 254º del código procesal penal de 2004, las medidas coercitivas solo pueden dictarse por orden judicial impartida en resolución debidamente motivada, en el marco del proceso penal y en el modo y forma establecidos por ley. Algunos establecen este principio como una característica de las medidas de coerción llamadas de jurisdiccionalidad.

Las medidas de coerción personal, sólo se impondrán por el juez a solicitud del fiscal, sujeto procesal legitimado para requerir la imposición de medidas coercitivas. La solicitud indicará las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes.

2.2.3.7.- PRINCIPIOS PROCESALES DE LA PRISION PREVENTIVA.

La aplicación de la medida limitativa de derechos se encuentra regulados por principios que son inherentes a las medidas cautelares. Las autoridades del Ministerio Público y del Poder Judicial, en el caso concreto deben observar cada uno de estos principios, que son los siguientes:

a). EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD:

Las medidas limitativas de derecho deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso. No debe aplicarse más allá de los límites estrictamente necesarios. Asimismo, este principio comporta una exigencia para el órgano jurisdiccional consistente en que solo impondrá la medida cautelar como último recurso para cumplir los fines de la investigación.

Así la ley no podría configurar supuestos de privación de libertad que no corresponda a la finalidad de protección de derechos de bienes o la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocido o que por su grado de indeterminación crearon inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricciones de esta libertad, de modo que se excluyan - aun prevista en la ley – privaciones de libertad que, no siendo razonable, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación.”

La excepción es un principio básico que regula la institución cautelar y que tiene jerarquía tanto constitucional como supranacional, al estar consagrada en el pacto internacional de derechos civiles y políticos, en el artículo 9 numeral 3, que a la letra señalada: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”, sino la excepción.

b). - EL PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD:

Las medidas limitativas de derechos se aplican por el tiempo necesario para recabar los elementos de juicio y los medios probatorios pertinentes. En este sentido, la urgencia en su aplicación va de la mano con el criterio de aplicación de la medida leve a la más grave.

Del criterio anotado es el tribunal constitucional cuando señala que las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula rebus sic stantibus; es decir, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial: por lo que es plenamente posible que alterado el estado sustancial de los presupuestos facticos respecto de los cuales se adoptó la medida la misma sea variada. Y es que toda medida cautelar, por su naturaleza, importa un pre juzgamiento y es provisoria instrumental y variable., caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior, al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la decisión del mantenimiento de la medida cautelar impuesta, de modo que, si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la medida cautelar, así como los datos de que en ese instante disponga el juez pueden justificar la imposición de una medida cautelar atendiendo al tipo de delito, a la gravedad de la pena y otros requisitos constitucionalmente legítimos de la medida cautelar, así como los datos de que en ese instante disponga el juez pueden justificar la imposición de una medida cautelar atendiendo al tipo de delito, a la gravedad de la pena y otros requisitos constitucionales legítimos que

pueda exigir la ley, dado que de estos datos pueden inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga, el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obligada a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores.

En el caso de la prisión preventiva “parece claro que solo podrá acordarse cuando, por la calidad o intensidad del peligro para el proceso, ninguna otra medida resulte suficiente., en la suficiencia de la medida (no su igual efectividad a otra), radica la esencia de esta exigencia: no provisional y la obligación de comparecencia periódica, finalmente, ha de advertirse que la suficiencia de la medida depende también de la cantidad de la injerencia, esto es, de su duración e intensidad.”

c). - PRINCIPIO DE VARIABILIDAD

La prisión preventiva es por su naturaleza temporal, por tanto, al alterarse los supuestos iniciales en que se sostuvo su imposición deben cambiarse a una medida menos aflictiva de la libertad si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo, de lo contrario, debe revocarse aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones si los iniciales medios de prueba han sido desvirtuales en el curso de la investigación preliminar o en el curso de la investigación preliminar o en el curso de la fase intermedia.

d). - SOSPECHA SUSTANTIVA DE RESPONSABILIDAD

Las circunstancias que configuran el dictado de la medida cautelar, parten necesariamente de la existencia real y efectiva de una mínima actividad probatoria que acredite el hecho o indicio que el investigado ha cometido una ilicitud. Constituyéndose así en un actor sine qua nom respecto de la sospecha sustantiva de responsabilidad; por tanto, “la comprobación de la que se le atribuye, resulta una exigencia ineludible que debe ser espetada por el estado

para privar de libertad a una persona jurídicamente inocente en el marco de un proceso penal.

Pese a la dificultad de expresar formulas exactas para definir la existencia de un grado de sospecha sustantiva de responsabilidad suficiente para el dictada de la medida cautelar este puede presumir cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos. Este juicio se hará al inicio de la investigación con base en el estado de la misma, pero como bien puede resultar que la posibilidad que se afirmó al inicio no se mantenga posteriormente, debiera dársele a la sospecha un carácter dinámico.

2.4.- CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL.

2.4.1.- LA DETENCIÓN POLICIAL.

De conformidad con el artículo 259 del código procesal penal, la policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito, es decir, cuando el agente es sorprendido en el preciso momento en que está cometiendo el delito.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 2617-2006-PHC/TC, fundamento 5, ha señalado que, la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito.

2.4.2.- EL ARRESTO EN ESTADO DE FLAGRANCIA.

El artículo 260 del código procesal penal le confiere este derecho a cualquier persona, a condición de entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan cuerpo del delito a la policía más cercana.

De conformidad con lo establecido en el artículo 263, la policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos de arresto ciudadano, informará al detenido el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público.

2.4.3.- LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

El artículo 261 establece que la detención preliminar será dispuesta por el juez de la investigación preparatoria, a requerimiento fundamentado del fiscal en los siguientes casos: a) cuando no se presente un supuesto de flagrancia, pero existan razones para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga. b) cuando el sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención. c) cuando una persona detenida se fugare de un centro de detención preliminar.

2.5.-CONVALIDACIÓN DE LA DETENCIÓN.

Al vencimiento del plazo de detención preliminar, el fiscal, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, pondrá al detenido a disposición del juez de la investigación preparatoria requiriendo la convalidación de la detención; en caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido. El juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escucharlos, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del juez de la investigación preparatoria para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

2.5.1.-LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 268 establece que la prisión preventiva será dispuesta por el juez de la investigación preparatoria, previo requerimiento fundamentado formulado por el fiscal; para su imposición se ha previsto la realización de una audiencia que se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento t se celebrará con la concurrencia del fiscal, del imputado y su defensor.

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el juez de la investigación preparatoria en contra de un imputado, en virtud de tal medida se restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé.

2.5.2.- ASPECTOS PRELIMINARES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En palabras de (**PEÑA CABRERA FREYRE**, Las medidas de coerción y la prisión preventiva en el proceso penal. Desde un Estudio Procesal Constitucional y Convencional, 2020, pág. 109) “la prisión preventiva debe constituir una medida de ultima ratio, que sólo debe aplicarse antes circunstancias plenamente justificadas. Circunstancias que deben condecirse con un estado de cosas que revele graves indicios de criminalidad, criminalidad referida a injustos graves, y tomando en consideración a un imputado que, por sus particulares características, no esté dispuesto a someterse libremente a la coacción estatal o que manifiesta una conducta poco colaboradora para el esclarecimiento de los hechos, es decir, obstruccionista con respecto a las pruebas”. Nosotros opinamos que el objetivo de la prisión preventiva es que e imputado no se evada o pueda interferir de otra manera la investigación judicial. Se puede decir que la detención preventiva es una medida excepcional que solo se aplica en casos que solamente haya sospechas razonables.

El mismo autor (**PEÑA CABRERA FREYRE**, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, 2007, pág. 712) precisa que “la prisión preventiva es una medida de coerción personal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia

de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan”. Desde nuestro punto de vista determinamos, lo que quiere decir, la Prisión Preventiva debe ser impuesta o primero aún debe ser requerida, sólo cuando existan supuestos, motivos o razones que evidencien claramente la necesidad primordial del por qué se debe restringir la libertad al imputado.

El profesor peruano (**ORE GUARDIA, 2006**), por su parte señala que, “El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su artículo 243, inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir; según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”. Nuestro argumento especifica que el objetivo de la prisión preventiva, es que el imputado no se evada o pueda interferir de otra manera la investigación judicial. Se puede decir que la detención preventiva es una medida excepcional que solo se aplica en casos que solamente haya sospechas razonables.

En la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2915-2004-HC/TC, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencia se estableció que, la medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal (...). Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: (...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención

preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa (Informe N1 12/96, párrafo 84).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3 expresa la excepcionalidad de la detención preventiva. La prisión preventiva no debe ser la regla general procederá cualquier forma de detención o prisión cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos, y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) señalan que la prisión preventiva es el último recurso. Solo se recurrirá a ella como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

Desde nuestro punto de analístico requerimos que hay que entender que la prisión preventiva es una excepcionalidad y no una regla general, solo se recurrirá o se le invocará cuando sea necesario, cuando exista fundados y graves elementos de convicción.

En la circular sobre Prisión Preventiva – Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, se dice que (...) la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal.

2.6.- LEGITIMIDAD Y LÍMITES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida

cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

Del artículo 7.3. de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputan no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un periodo excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena. (Cfr. Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia del 01 de febrero de 2006, párrafos 67, 68 y 69).

2.6.2.- LA ALTA PROBABILIDAD DEL INJUSTO PENAL EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.6.2.1. Apariencia del Derecho

Cuando hablamos de apariencia del delito, la doctrina lo define de diferentes maneras, algunas de ellas con poca precisión, con múltiples acepciones y sujeta a diversas interpretaciones. Por sí misma, la definición de apariencia evoca un concepto ambiguo, lo cual aporta a mantener el panorama difuso respecto de este presupuesto.

A nivel general, se define a la apariencia del delito como aquella verosimilitud o probabilidad de que el delito haya sido cometido por el imputado.

El *fumus boni iuris* o como también se le dice apariencia de buen derecho implica un juicio de valor por parte del juez sobre la probabilidad de que el procesado sea responsable penalmente, tomando como base la existencia de un hecho, las características o notas que lo hacen jurídico, la estimación de que la persona ha sido autora o cómplice de ese hecho ilícito; o sea que esta motivación de este

presupuesto consiste en el razonamiento de la imputación como medio para llegar a establecer la probabilidad de la responsabilidad del procesado. En pocas palabras, el *fumus boni iuris* es tener los elementos suficientes para probar y establecer la existencia del cuerpo del delito y la participación de los procesados, es decir este presupuesto se refiere al cuerpo del delito y la participación delincinencial, por esta razón este principio se llama en doctrina apariencia de buen derecho.

Nuestra norma nacional, específicamente en el artículo 268°.1 literal “a” del Código Procesal Penal indica que el primer presupuesto de toda medida coercitiva es el *fumus comissi delicti* o apariencia del delito. Se denomina *fumus delicti comissi* al hecho imputado y a la calificación jurídica propuesta por el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en términos de verosimilitud sobre la existencia del hecho y la participación del procesado.

Si hablamos de apariencia del delito, queremos citar al maestro San Martín Castro, *“al conceptualizar la apariencia del delito hace mención a una “sospecha vehemente” o “sospecha bastante” de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo”* (SAN MARTIN CASTRO, 2015, pág. 457).

Hasta aquí, y sin necesidad de profundizar en la doctrina, nos encontramos con diversas nociones de lo que significa apariencia del delito. Haciendo un recuento de los términos utilizados, se tienen:

- Verosimilitud o probabilidad
- Motivos bastantes
- Indicios racionales de criminalidad
- Sospecha vehemente o sospecha bastante

Asimismo, el Código Procesal Penal, en su artículo 268°, hace mención a la existencia de **“fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito”**.

Es preciso señalar que el XI Pleno Jurisdiccional emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial (Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116) introduce otra definición respecto a lo que se debe entender por apariencia del delito, refiriéndose a la “sospecha fuerte”, como aquella inferencia razonable de que el imputado es fundadamente sospechoso, diferenciándola de la “sospecha suficiente”, siendo esta última una simple existencia de la probabilidad respecto a la futura condena.

Entonces, si agrupamos los diversos términos hasta ahora utilizados para definir lo que se debe entender por apariencia del delito, se tiene el siguiente panorama:

- Verosimilitud o probabilidad
- Motivos bastantes
- Indicios racionales de criminalidad
- Sospecha vehemente o sospecha bastante
- fundados y graves elementos de convicción
- Sospecha fuerte

Asimismo, es preciso indicar que el problema que se presenta, en casi todos los términos antes mencionados, (aparte de la confusión que genera tener tal amplitud de acepciones) es la existencia de conceptos abstractos que difícilmente pueden ser contrastados o medibles, como, por ejemplo: “sospecha vehemente”, “graves elementos de convicción”, “verosimilitud”, “sospecha fuerte”, etc. Pues ¿cómo se podría determinar objetivamente una sospecha fuerte? Es evidente que las sucesivas definiciones y los contenidos que se ha dado a tales términos, tampoco contribuyen a un esclarecimiento del tema en cuestión.

En tal sentido, resulta imperativo uniformizar los criterios, a efectos de materializar este presupuesto de la forma más precisa posible. Para ello, y a fin de no ampliar más el variado panorama conceptual, es pertinente recoger un término ya utilizado por la doctrina y legislación; es el referido a aquellos indicios racionales de criminalidad o indicios de alta probabilidad.

Por lo tanto, la apariencia del delito, debe entenderse a aquel contexto en el cual concurren indicios que permiten construir una hipótesis plausible de la existencia de un delito. Para ello, es fundamental definir primero qué se entiende por indicio

y qué tipos de indicios existen. Y una vez definida la tipología, se precisará cuál de estos debe utilizarse en referencia a aquellos indicios racionales de criminalidad o indicios de alta probabilidad, como elementos configuradores de la denominada apariencia del delito.

Siguiendo lo anterior, ya debe haberse notado que el término apariencia del delito o *fumus delicti comissi*, resulta por demás subjetivo, pues lo que para el juez puede resultar un aparente delito, para el abogado defensor pudiese resultar un improbable delito, y en consecuencia, no merecería configurarse uno de los presupuestos para la prisión preventiva, y por lo tanto la existencia de la prisión preventiva no tendría razón de ser.

En líneas generales, la adopción de una medida cautelar exige la concurrencia del *fumus boni iuris* (apariencia de derecho) y el *fumus comissi delicti* (existencia de indicios de criminalidad), los que evaluará el juez al momento de imponerla.

1. **El *fumus boni iuris*** También conocido como "apariencia de buen derecho". En rigor, significa no solo que el hecho denunciado deba poseer una apariencia razonable de punibilidad sino, sobre todo, que el imputado puede ser vinculado a él. Para Cáceres Julca "consiste en un juicio de imputación o de fundada sospecha de la participación del ciudadano en los hechos criminológicos, (...)". La apariencia de buen derecho es de una enorme relevancia, pues su ausencia, en tanto desvincula al agente con el hecho investigado, debe tener como consecuencia el rechazo o el decaimiento de la medida cautelar solicitada. En tal sentido, puede señalarse que la apariencia de criminalidad constituye el presupuesto material indispensable para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar legítimamente una medida de coerción procesal personal o real. Para ello, por supuesto, es necesaria una imputación jurídica precisa que contenga una identificación exacta del delito que se atribuye al procesado y los elementos indiciarios que refuerzan esa imputación. La supuesta punibilidad debe estar fundamentada en indicios razonables que vinculen al procesado con el hecho delictivo que es objeto del proceso, de donde pueda deducirse su probable intervención. Por eso, la adopción de la medida cautelar requiere la previa identificación de la persona sobre la que debe recaer y una suficiencia indiciaria que legitime su imposición.

Esto puede desprenderse del artículo 253.2 del CPP de 2004 que señala que: "La restricción de un derecho fundamental (...) se impondrá (...) siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.

La adopción de una medida cautelar supone un juicio en el que se aprecia una probabilidad de que el fallo pueda resultar condenatorio. Sin embargo, como Del Río Labarthe señala: "La valoración no supone una referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, porque es obvio que a esa situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio (41)". De esto se sigue, como hemos manifestado supra que no es correcto señalar que a la imposición de una medida cautelar debe corresponder siempre una sentencia condenatoria. Para que esta última pueda ser impuesta se requiere una actividad probatoria contundente que destruya la presunción de inocencia del imputado.

2. **El fumus comissi delicti:** se sustenta en información recabada en los actos de investigación de la Fiscalía con el apoyo de la policía. Formalizada la investigación preparatoria la Fiscalía puede solicitar prisión preventiva. Apliquemos a un ejemplo para aterrizar. En el caso A de robo agravado, tenemos que preliminar-mente se ha recabado la siguiente información, declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio, evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos, y declaración de imputado negando el hecho. En el caso B de robo agravado, tenemos que preliminarmente se ha recolectado lo siguiente, declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio, evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos, declaración de imputado negando el hecho, testigos del imputado que estuvieron en la misma hora con él, boletas de pago que labora en una empresa reconocida del medio, informe de la empresa que estuvo durante la hora de comisión del hecho haciendo labores. Si a un juez se le pone en

conocimiento de ambos casos, con esta información seguramente concluiría que la suficiencia probatoria es mayor en el caso A que en el caso B. La prognosis que se halla en el *fumus comissi delicti* será de mayor probabilidad que supere los cuatro años en el caso A que en el B. La suficiencia y probatoria esta enlazada a la comisión del ilícito y de la pena por lo que al ejecutar una prisión preventiva.

se busca asegurar la ejecución de la futura pena. ¿Esto afecta la presunción de inocencia? Si lo vemos desde una perspectiva estática y no dinámica se dirá que la posibilidad de quiebre de la presunción sólo se hará como resultado de la valoración probatoria; pero si asumimos una concepción dinámica veremos que la presunción se va enervando durante el proceso o se va manteniendo incólume si la información fáctica recabada no es suficiente para acreditar algún tipo de responsabilidad penal. La prisión preventiva se sustenta además en el *periculum in mora* esto es el riesgo procesal en sus dos vertientes, riesgo de fuga o perturbación de las fuentes de prueba que tiene como efecto ponerle trabas al proceso penal.

- **Los indicios**

Podemos decir que el indicio tiene por objeto la prueba de hechos diferentes a los hechos principales pero relacionados con este. Por ejemplo, “las huellas de Cayo, en la pistola con la que se mató a Ticio”. En el ejemplo mencionado es de apreciarse que la huella –indicio– permite inferir la participación de Cayo en el asesinato a Ticio. En ese sentido, podemos decir que los indicios son datos conocidos que permiten formular una hipótesis a través de una inferencia o razonamiento.

En virtud de lo expuesto, el esquema de una prueba por indicios sería el siguiente:

Respecto a la clasificación de los indicios, no debe extrañar que existan múltiples clasificaciones, según la forma en que pretenda agrupárseles; empero, se tomará aquella que se encuentren referidas a sus grados de conexión con hipótesis que puedan explicar los hechos delictivos. Siendo posible, según su

clasificación, que un indicio permita formular un gran número de hipótesis contrarias al hecho delictivo, o que un indicio permita arribar a una sola conclusión acusatoria de los hechos acaecidos.

En esa línea, se tomará como referencia la siguiente clasificación:

1. Indicios equiprobables: Aquellos que permiten formular una hipótesis acusatoria, pero también una diversidad de hipótesis alternativas, todas con el mismo o similar grado de probabilidad.
2. Indicios de probabilidad prevalente: Aquellos que permiten arribar a la hipótesis acusatoria, pero también a otra hipótesis alternativa. Siendo la hipótesis acusatoria, más racional y probable que la hipótesis alternativa.
3. Indicios de alta probabilidad: Aquellos que acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, toda vez que no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa que sea plausible.
4. Indicios necesarios: Aquellos que, en aplicación de leyes científicas o constataciones sin excepción, excluyen la posibilidad de cualquier hipótesis alternativa a la acusatoria.}

Habiéndose establecido la referida clasificación para los indicios, según su eficacia inferencial (la cual permitiría arribar a un universo amplio o restringido de hipótesis respecto a los hechos vinculados al delito), el paso siguiente es determinar qué tipo de indicios deben tomarse en consideración, a efectos de configurar la llamada “apariencia del delito”, como uno de los presupuestos para la prisión preventiva.

Ahora, corresponde preguntarnos ¿Qué tipos de indicios deben tenerse en cuenta a efectos de configurar la llamada apariencia del delito? Teniendo en cuenta que la prisión preventiva implica un alto grado de restricción de la libertad, así como una seria limitación a uno de los derechos más importantes del ser humano, sólo debe ser aplicable como medida excepcional y siempre que no quepan otras medidas alternas; además de ello, es imprescindible que la medida provisional de privación de la libertad se sustente en aquellos indicios de alta

probabilidad, es decir aquel o aquellos que conlleven a una hipótesis que, en la fase de investigación preparatoria sea la única que se vislumbre como plausible; por ello, para esclarecer mejor este tipo de indicio, se puede dar como ejemplo el asalto a un banco, siendo que tras este hecho, se encuentran en el interior de la caja fuerte las huellas del imputado, quien nunca mantuvo relación con la entidad bancaria. Aquí, el indicio permite construir una hipótesis acusatoria con un alto grado de probabilidad; como es de apreciarse, no resulta sencillo formular un amplio espectro de hipótesis en torno a las huellas del imputado en la caja fuerte de la entidad bancaria, por lo que se concluye que el indicio posee un alto grado de probabilidad respecto de la hipótesis acusatoria.

Por otro lado, una hipótesis acusatoria que pretenda sustentar una solicitud de prisión preventiva, deberá construirse sobre la base de indicios que sean capaces de refutar otras hipótesis alternativas que hayan sido vislumbradas por el juez en la fase de investigación preparatoria. Entonces, aquí es necesario hacer una acotación respecto a la calidad de estas últimas.

En lo que, respecto a lo anterior, queremos señalar a Ferrer Beltrá, quien ha indicado que, *“1). En el universo de hipótesis alternativas, deben descartarse aquellas implausibles (por ejemplo, si el acusado de robar unas joyas que le han sido encontradas en sus bolsillos, alegara que fueron puestas ahí por unos marcianos); 2) que no sean compatibles con los datos que se tengan y 3) las meras hipótesis ad hoc (aquella que no sea empíricamente contrastable)”*. **(FERRER BELTRÁN, 2016, pág. 237)**

En tanto de lo señalado, y sin intención de agotar el tema de discusión en torno al vasto universo de los indicios, puede concluirse la necesidad de apoyarse en definiciones que permitan deconstruir adecuadamente la llamada apariencia del delito, pues como ya se ha podido evidenciar, resultan muy abstractas y de difícil control aquellos términos como sospecha grave o sospecha fuerte, que se utilizan en otros acuerdos plenarios, y que no permiten tener claridad respecto de la alta probabilidad de la comisión del hecho punible.

Queremos señalar que es cierto que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho configura un presupuesto adicional de la prisión preventiva; pero si se considera dicho presupuesto en forma aislada, entonces el único criterio en el que se apoya la privación cautelar de libertad es en el de un alto grado de probabilidad de sancionar luego al imputado como autor o partícipe del hecho; si eso sucede, si la medida no se aplica con el propósito de neutralizar el peligro procesal, desaparece su función cautelar-instrumental; lo que ocurre es que cuando en un ordenamiento como el peruano, que exige la aplicación concurrente de ambos presupuestos, se justifica la medida solo en el *fumus boni iuris*, ello implica una ausencia de motivación respecto al requisito del peligro procesal, indispensable para aplicarla y, en consecuencia, se afecta su correlativo, el principio de proporcionalidad. La prisión preventiva per se no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares. Sin embargo, la indebida motivación de la resolución que la estatuye impide ya al analizar su proporcionalidad.

2.6.2.2. Comentarios respecto a la casación N° 626-2013-Moquegua.

La Casación N.º 626-2013-Moquegua, en sus fundamentos jurídicos 27 y 29 establece: para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria, valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos). Es necesario que el fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta última está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti commissi*.

Nuestra perspectiva analítica Consideramos esta casación N° 626-2013-Moquegua, muy importantísimo porque establece la metodología de debate en los Puntos a contradecir en una audiencia de Prisión Preventiva, donde esta

metodología crea para debatir punto por punto porque se centra y se especifica en la casación N° 626-2013.Moquegua.

El fundamento jurídico 24 del acuerdo plenario N.º 01-2019/CIJ-116 determina que, un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento (...) si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral – el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye- Adicionalmente el fundamento jurídico 25 del mismo acuerdo plenario afirma, la verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos – la licitud es un componente necesario del concepto de prueba- acopiados en el curso de la causa – principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa-, tras cuyo análisis corresponde concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado – el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación, mientras que la sospecha suficiente, quiere decir llanamente simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena., Principalmente consideramos y determinamos que el estándar probatorio dentro de un proceso que es particularmente alto, porque aunque no llegue a nivel de sentencia condenatoria, pero si incluso un grado más elevado al que se exige para acusar dentro de una audiencia de Prisión Preventiva.

Así lo que se exige es llegar a un conocimiento razonable sobre los hechos relevantes con contenido penal, esto es, la fundada atribución de un hecho punible sustentada en un grado de probabilidad suficiente como para dar

fiabilidad a la pretensión requerida, por lo que no es la certeza sobre los hechos imputados lo que se busca, sino la verosimilitud del derecho, esto es la presencia de una credibilidad objetiva y seria que descarte una imputación maliciosa respecto del relato de hechos, o temeraria respecto del grado de imputación y cuestionable por falta de medios de prueba que la sustenten.

Como dice **DEL RÍO LABARTHE** "(...) la probabilidad se diferencia de la posibilidad (suficientes elementos según el CPP de 1991) en que ésta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza (vinculada a la sentencia condenatoria), de que ésta se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis. El NCPP asumir una posición muy similar a la del ordenamiento español, la cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntico". (**DEL RÍO LABARTHE**, 2008, pág. 43)

En síntesis corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria la evaluación de las circunstancias que se presenten en el caso en concreto a fin de establecer si la hipótesis planteada por las partes se ajusta a la realidad teniendo en consideración los derechos fundamentales en juego además de la mayor o menor verosimilitud del derecho, por lo que los jueces deberán estar altamente conformes con la probabilidad de que el investigado para el que se solicita prisión preventiva, posteriormente pasará a juzgamiento, sea posteriormente enjuiciado. Es decir, deben estar convencidos de que el caso tiene los suficientes elementos para, por lo menos, encaminarse a un juicio oral. Por lo tanto, las pruebas que aporte el fiscal deben ser concretas, graves y suficientes; no simples indicios o probabilidades genéricas.

2.7.- PROBLEMA GENERAL

- ¿Se requiere de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito para dictar la prisión preventiva conforme la Casación N° 564-2016/LORETO?

2.7.1.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS.

- ¿La aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia?
- ¿La motivación de las resoluciones de la prisión preventiva garantiza el derecho del imputado dentro de una audiencia de prisión preventiva?;
- ¿Los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados?
- ¿El alto grado de probabilidad de comisión el injusto penal y los hechos son suficientes para sustentar la aprobación de la prisión preventiva?

2.8.- OBJETIVOS

2.8.1.- OBJETIVO GENERAL

- Determinar si se requiere de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito para dictar la prisión preventiva.

2.8.2.- OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Establecer si la aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia
- Determinar si existe una debida motivación de las resoluciones de la prisión preventiva

- Identificar si los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados
- Establecer si alto grado de probabilidad de comisión el injusto penal y los hechos son suficientes para sustentar la aprobación de la prisión preventiva

2.9.- VARIABLES

2.9.1.- Variable independiente

- Prisión preventiva

2.9.2.- Variable dependiente

- Alta probabilidad del injusto penal
- Hechos que sustentan la prisión

2.2. . SUPUESTOS:

2.2.2. GENERAL

- Análisis de la Casación N° 564-2016/LORETO

2.2.3. ESPECIFICOS

1. La presunción de inocencia como garantía en la prisión preventiva
2. La debida motivación en las resoluciones de prisión preventiva
3. Determinar los presupuestos y fundamentos de la prisión preventiva
4. Desproporcional de la prisión preventiva garantiza
5. La lesión a la libertad individual y derechos conexos por la prisión preventiva.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

2.3. METODOLOGÍA:

El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación ES DESCRIPTIVA, dado que se está realizando un análisis de la Casación N° 564-2016/LORETO, respecto de los aspectos presupuestales de la prisión preventiva, y es un análisis meramente documental, donde nos basamos no solo en esta casación, sino también en otros pronunciamientos respecto de la institución de la prisión preventiva, para ellos nos hemos remitido incluso a antecedentes de este tema para determinar la alta probabilidad en la realización de los hechos que sustentan una prisión.

2.3.2. MUESTRA:

La muestra de estudio estuvo constituida por el fallo de los Magistrados que integran La Sala Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en donde se emitió la Casación N° 564-2016/LORETO, y realizan un ponderado análisis, sobre el tema, apariencia del delito como presupuesto para dictar la prisión preventiva.

2.3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

2.3.3.1. ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 564-2016/LORETO

2.3.3.2. FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para una determinada conceptualización, se utilizaron otros trabajos de investigación como referencia, otras casaciones con similitud en el presente caso, así como la normatividad vigente respecto a la prisión preventiva.

2.3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se analizó la Casación N° 564-2016/LORETO
2. Se procedió posteriormente a extraer los fundamentos de los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales que conocieron y resolvieron este caso.
3. Se comparó el fallo y los fundamentos de la casación, con otras sentencias a fines a este conflicto jurídico.
4. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
5. La recolección estuvo a cargo de los autores del método de caso.
6. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política del Perú de 1993, el código Procesal penal, y otras casaciones respecto a la prisión preventiva.
7. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

2.4. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:

Los instrumentos utilizados fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de la Casación N° 564-2016/LORETO, emitida por La Sala Permanente, Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.5. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:

- En cuanto al plan de análisis, se determinó cuál sería la casación a analizar, una vez obtenida, se procedió a realizar el análisis correspondiente de los puntos trascendentales, especialmente lo declarado como erga omnes, y que resulta vinculante para su aplicación en otros casos, asimismo este trabajo tuvo sus resultados y discusión y se realizó la matriz de consistencia.
- Rigor, referente a este punto, se ha tratado de convergir con otras casaciones a fin de encontrar un verdadero juicio valido a la casación puesta en análisis, se ha realizado un análisis exhaustivo y riguroso, que consideramos que servirá para efectos informativos y de futura aplicación en nuestro distrito fiscal.
- En cuanto a la ética, se ha procurado manejar bibliografía de autores nacionales y extranjeros, respetando los derechos de autor, y realizando comentarios referentes a lo expresado por los diversos doctrinarios.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis de la Casación N° 564-2016/LORETO, se tiene lo siguiente:

a) Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de **Wagner Nolberto Núñez Álvarez**.

b) Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundada el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándolo, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra **Wagner Nolberto Núñez Álvarez**, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

c) Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Por Resolución N.º 06, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto, de la Corte Superior de Justicia de Loreto (foja dos), del

cuadernillo, declararon:

Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de **Wagner Nolberto Núñez Álvarez**.

Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra **Wagner Nolberto Núñez Álvarez**, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas.

Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: **i)** Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. **ii)** No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. **iii)** Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. **iv)** Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Posteriormente, elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de correr traslado a las partes procesales por el término de ley, la Primera Sala Penal Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió la Ejecutoria Suprema del veintiuno de abril de dos mil diecisiete (foja veintiséis del cuadernillo); por la que declararon bien concedido el recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de Loreto, contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que revocó el auto de primera instancia del cinco de marzo de dos mil dieciséis y

dictó mandato de comparecencia restringida al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez; en el proceso seguido en contra de este último, por el delito de tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado.

La Sala Superior no tuvo en cuenta que existen los siguientes elementos de convicción: i) Los hechos vinculan al encausado como partícipe del delito instruido. ii) La droga se encontró en su habitación. iii) Era administrador del hotel. iv) Como secretario general del Municipio es el encargado del Hotel Municipal, lo cual se corrobora con el oficio de alcaldía. v) Sindica a Agustín Alva Taricuarima como la persona que pudo poner en el hotel la droga; lo cual coincide con lo señalado por el alcalde, de que esta persona fue a quien le ordenó deshacerse de la droga (sabe quiénes han dejado la droga). vi) Sabía con precisión dónde había más droga. vii) La versión de desconocer de la existencia de la droga es inverosímil, pues eso implicaría que quien tenía el encargo de llevarse la droga no tendría mejor escondite que la habitación de este.

Por estos fundamentos, declararon:

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto (foja seis), por motivo de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional y desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución seis, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), por la que declararon fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez. Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas. Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de

conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de ser revocada su libertad en caso incumpla alguna de ellas, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso; en consecuencia.

NULA la resolución seis dictada en sesión de audiencia del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos del cuadernillo) del presente incidente, que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas.

ORDENARON que otro Colegiado cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías de ley, conforme con la parte considerativa. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

ESTABLECER como doctrina jurisprudencial el sentido del fundamento de derecho quinto, de la presente Ejecutoria Suprema.

ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial El Peruano. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Con respecto al análisis de la casación, se realiza el siguiente análisis:

La Constitución Política del Perú garantiza a los ciudadanos el ejercicio de las libertades reconocidas tanto en la norma suprema como en los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos. Sin embargo, esas libertades están sujetas a limitaciones que necesariamente tienen que estar establecidas en la propia Constitución Política o en la Ley.

Uno de los derechos que recurrente es limitado y afectado es el de la libertad personal, ya sea porque existe una detención preliminar, una prisión preventiva, una internación preventiva, un impedimento de salida, una comparecencia restrictiva, etc.

Así las cosas, el código procesal penal de 2004 en la sección III, artículo 253 establece que, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

En ese orden, el artículo 268 del código procesal penal de 2004 establece, el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a. que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar

razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b. que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c. que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)

Sin embargo, para que el Juez disponga la prisión preventiva deberá de regirse además de los parámetros del código procesal penal, a los acuerdos plenarios y sentencias casatorias penales, en ese ámbito se tiene la sentencia de Casación 626-2013, Moquegua en el que se precisa dos presupuestos materiales adicionales a los determinados en el artículo 268 del código procesal penal de 2004, y estas son la proporcionalidad de la medida y su duración, sustentando por qué la medida es idónea, necesaria y proporcional, precisando por qué las otras medidas coercitivas personales alternativas a la prisión preventiva, no serían las más adecuadas.

En este contexto, tenemos la casación 564-2016/LORETO en el que se establece como doctrina jurisprudencial el fundamento de derecho quinto que establece: (...) el Colegiado Superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la sentencia Casatoria N.º 626-2013/Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves

elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal.

En esa línea la Sala Suprema señaló que "Este Tribunal Supremo, después de revisados los actuados del presente incidente, advierte que, efectivamente, el colegiado superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la **sentencia Casatoria N° 626-2013-Moquegua**, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto".

Se agregó que "la nueva resolución a dictarse por otro Colegiado deberá tener en cuenta, entre otras cosas, conforme con el derecho de defensa, la versión que pueda dar el encausado en conjunto con los otros elementos de cargo. De esta manera, el juzgador podrá decidir, con suficiencia, que existe el merecimiento y la necesidad de privar cautelarmente la libertad de una persona. Debiendo ser esto último una excepción, pues la regla es que todo ciudadano enfrente al proceso con comparecencia".

El problema que identificamos se ubica específicamente en establecer el contenido de la alta probabilidad de la realización del injusto penal en los hechos que sustentan la prisión preventiva, en tanto que, a decir de la Casación 564-2016/LORETO, solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, y para ello debe de examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. Es decir que, para la imposición de la prisión preventiva el juez deberá de analizar inicialmente cada acto de investigación, luego hacer un examen en conjunto de todos los actos de investigación para finalmente establecer

con ello el alto grado de probabilidad de la comisión del delito, sin embargo, la Casación 626-2013-Moquegua se sostiene que para imponer una medida de prisión preventiva se requiere un alto grado de probabilidad mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria, precisando además que el análisis de suficiencia de los actos de investigación que se encuentren destinados a fundamentar la prisión preventiva debe ser similar al realizado en la etapa intermedia.

Se desprende entonces que, ni la Casación 564-2016/LORETO ni la Casación 626-2013-Moquegua delimitan en específico cuál es el contenido del presupuesto: alto grado de probabilidad de la comisión del delito, lo que podría ocasionar una interpretación ambigua de parte del juez cuando tenga que decidir por disponer o no una prisión preventiva, que eventualmente podría traer como consecuencia que se esté lesionando un derecho fundamental.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. La prisión preventiva es una medida excepcional en la cual es necesario la concurrencia de presupuestos legales establecidos en la ley procesal, como ya se ha expuesto previamente, todos estos deben ser postulados y demostrados por el Fiscal ante un juez, siendo este quien decide imponer la medida. Por tanto, todos estos requisitos deben ser comprobados detalladamente, considerando que se está privando de un derecho fundamental como lo es la libertad a una persona que mantiene una condición de inocencia, estando esta consagrada en la Constitución Política.

2. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance debe ser definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión).

3. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal.

4. la posibilidad de que dentro de la audiencia de prisión preventiva pueda discutirse y analizarse cuestiones de tipicidad, pues la apariencia del delito

involucra un presupuesto de la prisión preventiva cuyo alcance es tanto desde el punto de vista sustantivo como del punto de vista procesal para así poder determinarse una imputación concreta y consecuentemente la imposición de las medidas de prisión preventiva.

5. Que la prisión preventiva se ha constituido como un exceso por defecto en la libertad de una persona, tomando en cuenta las premisas de su presunción de inocencia, de tal forma que los límites establecidos en el derecho constitucional y el derecho internacional sobre los derechos humanos son de marcada relevancia, sin embargo, los magistrados en el Perú no están considerando los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

6. La prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa de nuestro sistema jurídico penal, y debe contener en su esencia la concierne a la explicación de la teoría del delito y en específico de sus categorías para efectuar una racional aplicación del ius puniendi estatal y más aún realizar una fundamentación coherente del caso en concreto, así como una debida aplicación de las garantías de las que está provisto toda persona inmersa en el proceso penal.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

1. Debe existir un pronunciamiento contundente en cuanto a lo que se debe determinar como “alta probabilidad”, porque estos únicamente esta determinados por aspectos subjetivos, y el mismo artículo de la prisión preventiva, si bien señala los presupuestos para dictar prisión preventiva, deberían emitir un acuerdo plenario en el que se sea más específico en cuanto al determinar este grado de probabilidad en la comisión del hecho delictivo, como por ejemplo como determinar cuantitativamente estos indicios razonables, o que deberíamos entender por indicios razonables, debemos saber su expansión jurídica para acercarnos más a entender y cómo debería ser entendido, por otro lado debe delimitar los conceptos de “motivos bastantes” sobre la responsabilidad que el procesado tiene.

2. El fundamento jurídico 24 del **acuerdo plenario N.º 01-2019/CIJ-116** determina que, un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento **que si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente**, pero por lo general **se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral** – el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye- Adicionalmente el fundamento jurídico 25 del mismo acuerdo plenario afirma, la verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado

3. Los magistrados que conocen de prisiones preventivas, deben seguir lo establecido por la normativa vinculante, en ese sentido, deben tomar en cuenta los siguientes criterios:

- Deben analizar con detenimiento el alto grado de probabilidad de la comisión del delito, siendo necesario el examen de los actos de investigación de

manera individual y en conjunto, esto quiere decir que deben analizar los alcances de la apariencia del delito al momento de aplicarse esta medida cautelar, definiendo esto, desde los siguientes aspectos:

- a) Desde una perspectiva sustantiva, siendo necesario, que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos; y
- b) Desde una perspectiva procesal, requiriéndose la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión.

Además, debe evaluarse que el hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal.

Por lo tanto, la aplicación de la medida de prisión preventiva no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal, pues aparte de tratarse de una medida excepcional, impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar.

2. Los magistrado deben tomar en cuenta que el sustento de la prisión preventiva debe acreditarse mediante datos objetivos que cada uno de los aspectos de la imputación tiene una posibilidad de ser cierta, por lo tanto no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; esto, sobre la base de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento, asimismo respecto a los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia. Los actos de investigación se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva.

3. Por otro lado, si bien es cierto, la norma procesal precitada, no establece cuál es ese grado, porcentaje o nivel cuantificado de probabilidad, pero al exigir el análisis de graves y fundados elementos de convicción, se refiere a que elementos sean plenamente suficientes, por lo tanto vamos a tener por un lado a una fiscalía quien debe demostrar este grado de probabilidad, una defensa que tendrá que rebatirla y un juez quien tendrá que analizar esta medida en la probabilidad; sin embargo sería razonable que se emita un nuevo criterio buscando especificar este grado de probabilidad

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ CABANA BARREDA, R. (2015). Abuso del mandato de prisión preventiva y su incidencia en el crecimiento de la población penal en el Perú. Juliaca: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez .
- ✓ Cortes, I. y. (2004).
- ✓ LEONARDO CARRILLO, R. (2017). El principio de proporcionalidad y la prisión preventiva . Lambayeque, Perú: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- ✓ MORE YTURRIA, R. E. (2016). El principio de imputación necesaria y los requerimientos de prisión preventiva . Trujillo, Perú: Universidad Privada del Norte .
- ✓ NADAL ZANABRIA, G. L. (2018). Imposición de la prisión preventiva y sus efectos en el encausado absuelto. Juliaca, Perú: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez .
- ✓ ORE GUARDIA, A. (2006). Las medidas cautelares personales. *Jurisprudencia y Doctrina Año II N° 03*, 140.
- ✓ PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Rodhas.
- ✓ PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2020). *Las medidas de coerción y la prisión preventiva en el proceso penal. Desde un Estudio Procesal Constitucional y Convencional*. Lima: IDEMSA.
- ✓ SILVA ASTETE, M. H. (2017). Tratamiento jurídico doctrinal de la prisión preventiva en el Perú . Cusco, Perú: Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.
- ✓ ZAVALETA SANCHEZ, J. S., & CHAVEZ , R. L. (2019). Fundamentos jurídicos para ampliar los requisitos de la medida coercitiva de prisión preventiva en el Perú dirigidos a lograr una correcta aplicación. Cajamarca, Perú: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo .

ANEXOS

ANEXOS I

METODO DE CASO: Casación N° 564-2016/LORETO

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p><u>GENERAL</u></p> <p>¿Se requiere de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito para dictar la prisión preventiva conforme la Casación N° 564-2016/LORETO?</p> <p><u>ESPECÍFICOS</u></p> <p>- ¿La aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia?</p> <p>- ¿La motivación de las resoluciones de la prisión preventiva garantiza el derecho del imputado dentro de una audiencia de prisión preventiva?;</p> <p>- ¿Los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados?</p> <p>- ¿El alto grado de probabilidad de comisión el injusto penal y los hechos son suficientes para sustentar la aprobación de la prisión preventiva?</p>	<p><u>GENERAL</u></p> <p>Determinar si se requiere de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito para dictar la prisión preventiva.</p> <p><u>ESPECÍFICOS</u></p> <p>- Establecer si la aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia.</p> <p>- Determinar si existe una debida motivación de las resoluciones de la prisión preventiva</p> <p>- Identificar si los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados</p> <p>- Establecer si alto grado de probabilidad de comisión el injusto penal y los hechos son suficientes para sustentar la aprobación de la prisión preventiva</p>	<p><u>GENERAL</u></p> <p>Análisis de la Casación N° 564-2016/LORETO</p> <p><u>ESPECÍFICOS</u></p> <p>- La presunción de inocencia como garantía en la prisión preventiva</p> <p>- La debida motivación en las resoluciones de prisión preventiva</p> <p>- Determinar los presupuestos y fundamentos de la prisión preventiva</p> <p>- Desproporcional de la prisión preventiva garantiza</p> <p>- La lesión a la libertad individual y derechos.</p>	<p><u>VARIABLE</u></p> <p><u>INDEPENDIENTE</u></p> <p>Prisión preventiva</p> <p><u>VARIABLE</u></p> <p><u>DEPENDIENTE</u></p> <p>- Alta probabilidad del injusto penal</p> <p>- Hechos que sustentan la prisión</p>	<p>-Racionalidad de fallo.</p> <p>-Congruencia del fallo del Tribunal Supremo.</p> <p>-Evaluación del grado de probabilidad de comisión de un delito como presupuesto para dictar prisión preventiva</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACION:</u></p> <p>Descriptivo explicativo</p> <p><u>1. DISEÑO</u></p> <p>No experimental</p> <p><u>2. NUESTRA</u></p> <p>Casación N. ° 564-2016/LORETO</p> <p><u>3. TECNICAS</u></p> <p>Análisis Documental</p> <p><u>4. INSTRUMENTOS</u></p> <p>Casación</p> <p>Código Procesal Penal</p>

ANEXO II



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA

SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORETO
PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Fundado el recurso de casación

Sumilla. Se establece como doctrina jurisprudencial el fundamento cinco de la presente Sentencia, respecto a la medida de detención preventiva.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de noviembre de dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación concedido por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto, contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), por el que declararon: a) Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez. b) Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándolo, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado. c) Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, equivalente a la



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Intervino como ponente el señor juez supremo Lecaros Comejo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El representante del Ministerio Público presentó requerimiento de prisión preventiva (foja dos), por el que solicitó se dicte mandato de prisión preventiva por el plazo de dieciocho meses contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, como autor de la comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas-figura agravada, previsto y sancionado por el primer párrafo del Código Penal, concordante con el inciso 7, del artículo 297, del mismo cuerpo de leyes, en agravio del Estado.

Segundo. Por Resolución N.º 02, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, emitida por el Juzgado Mixto de la Provincia de Requena con funciones en Juzgado Penal Unipersonal y Juzgado Penal Liquidador de la provincia de Requena (foja cincuenta y dos), se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la Salud Pública-Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de actos de tráfico en su forma agravada, en perjuicio del Estado, por el plazo razonable de dieciocho meses, el mismo que se computará desde el día que el imputado fue detenido. Fijó en dieciocho meses el plazo de duración de la prisión preventiva para el mencionado imputado por ser un proceso complejo, por lo que dicha medida coercitiva se computará desde el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis (fecha de la detención y vencerá el dieciocho de agosto de dos mil diecisiete, fecha en que será puesto en libertad, salvo orden judicial en contrario emanada de autoridad judicial competente). Dispuso el internamiento en cárcel pública del imputado Wagner Nolberto Núñez Álvarez.



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



Al no estar conforme con lo resuelto, el encausado presentó recurso de apelación, conforme se verifica en el escrito de foja setenta y tres, concedido por auto del diez de marzo de dos mil dieciséis (foja ochenta y dos).

Tercero. Por Resolución N.º 06, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto, de la Corte Superior de Justicia de Loreto (foja dos), del cuadernillo, declararon:

- 3.1. Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez.
- 3.2. Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas.
- 3.3. Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: **i)** Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. **ii)** No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. **iii)** Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. **iv)** Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Cuarto. Ante lo expuesto, el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto, interpuso recurso de casación, conforme se desprende del escrito de foja seis, el mismo que fue concedido por auto del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto-Nuevo Código Procesal Penal, de la Corte Superior de Justicia de Loreto (foja catorce del cuadernillo). Dicho Colegiado Superior consideró que el



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



representante del Ministerio Público, en su recurso impugnatorio, sustenta su pretensión en el presupuesto excepcional previsto en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, y la causal que subyace de los agravios pertinentes sería que el auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, causal que se encuentra prevista en el artículo 429, numeral 4, de la citada norma procesal penal. El recurso presentado, se encuentra dentro de los diez días que establece el artículo 414, numeral 1, literal a, del Código Procesal Penal, que a su vez cumple con los requisitos establecidos en los artículos 405, 427 (numeral 4), 429 (inciso 4) y 430 del citado Código Adjetivo. Se ha invocado como motivo casacional que los fundamentos invocados por la Sala Superior no satisfacen la exigencia de debida motivación de las resoluciones judiciales para haberse revocado el auto estimatorio de prisión preventiva.

Quinto. Posteriormente, elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de correr traslado a las partes procesales por el término de ley, la Primera Sala Penal Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió la Ejecutoria Suprema del veintiuno de abril de dos mil diecisiete (foja veintiséis del cuadernillo); por la que declararon bien concedido el recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de Loreto, contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que revocó el auto de primera instancia del cinco de marzo de dos mil dieciséis y dictó mandato de comparecencia restringida al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez; en el proceso seguido en contra de este último, por el delito de tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado.

Sexto. Instruido el expediente en Secretaría, por decreto de foja ciento cinco del cuadernillo, se señaló la audiencia de casación para el jueves veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, a las nueve horas. La misma que se realizó con la concurrencia de las partes procesales, por lo que corresponde expedir sentencia.

Séptimo. Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Tribunal Supremo acordó pronunciar la presente sentencia de casación en los términos que se detallarán. Se señaló para su lectura el día de la fecha de la presente resolución.



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El fiscal adjunto superior, de la Tercera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Loreto, en su recurso formalizado (foja seis del cuadernillo) sostiene que interpone el presente recurso de casación en virtud de lo establecido en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal (desarrollo de doctrina jurisprudencial).

Refiere que no se tuvieron en cuenta los hechos. El diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, personal de la Dependencia halló en el Hotel Municipal del distrito de Yaquerana, provincia de Requena, aproximadamente cuarenta kilogramos de alcaloide de cocaína. Dicho hotel se encontraba administrado por el secretario general de dicho Municipio, el imputado Wagner Nolberto Núñez Álvarez. A partir de dicha intervención el citado imputado señaló que había más droga camuflada en los almacenes de la Municipalidad, donde se encontraron setenta y uno kilogramos, aproximadamente, de cocaína camuflada en el interior de trozos de madera.

Iniciada la investigación se determinó preliminarmente que el origen de la madera, dentro de la cual había droga, fue adjudicada por la Sunat y pertenecía a la empresa A y B Amazon E. I. R. L., la misma que por gestión de Esteban Ariel Montes Dávila ejerció los mecanismos legales para la devolución de los bienes incautados, llegando el trámite a instancia del Tribunal Fiscal, el mismo que ratificó la adjudicación efectuada a favor de la Municipalidad de Yaquerama. Una vez adjudicada la madera, personal de la Municipalidad, con conocimiento del alcalde, inició el proceso de transformación de dicha madera, encontrándose de manera sorpresiva con droga; sin embargo, lejos de dar cuenta a las autoridades, el alcalde Humberto Arriaga del Águila habría ordenado a Eduar Orbe Vásquez, Joel Mananita y Agustín Alva Taricunarima botar la sustancia al río; sin embargo, estos terminaron llevándola al Hotel Municipal, a la habitación del imputado en donde finalmente fue encontrada.

La Sala Superior no tuvo en cuenta que existen los siguientes elementos de convicción: i) Los hechos vinculan al encausado como partícipe del delito instruido. ii) La droga se encontró en su habitación. iii) Era administrador del hotel. iv) Como secretario general del Municipio es el encargado del Hotel Municipal, lo cual se corrobora con el oficio de alcaldía. v) Sindica a Agustín Alva Taricuarima como la

persona que pudo poner en el hotel la droga; lo cual coincide con lo señalado por el alcalde, de que esta persona fue a quien le ordenó deshacerse de la droga (sabe quiénes han dejado la droga). vi) Sabía con precisión dónde había más droga. vii) La versión de desconocer de la existencia de la droga es inverosímil, pues eso implicaría que quien tenía el encargo de llevarse la droga no tendría mejor escondite que la habitación de este.

Dicho Colegiado Superior ha incurrido en error, pues ha desestimado la medida cautelar personal sobre la base que la investigación es incipiente (que no se realizaron mayores actos de investigación a la empresa A y B Amazon E. I. R. L., que en su momento reclamó la devolución de las tablas de madera a la Sunat); criterio que en nada debe determinar la procedencia de una medida coercitiva de libertad; pues estos deben obedecer a los parámetros establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal.

Se ha apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, esto es de la Sentencia Casatoria N.º 626-2013-Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, que establece:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga la certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que tendría para formalizar la investigación preparatoria valiéndose de toda información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos) [...]. Sobre los actos de investigación se debe realizar un examen de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nueve proceso penal, se debe evaluar individualmente y en conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva.

En la resolución impugnada se obvia esta valoración y el procedimiento, para señalar únicamente una omisión del fiscal referida a la inclusión de Esteban Ariel Montes Dávila. Se debió valorar su propio ámbito individual y su contexto.

Es evidente que, en función al principio acusatorio, es el Ministerio Público el que plantea la acción penal, conforme con su criterio y estrategia, no pudiendo los órganos del Poder Judicial condicionar la aceptación de los actos que postula a la inclusión o exclusión de actores procesales. No se debió arribar a la conclusión de que no existiría vinculación entre el encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez y la citada empresa, pues fue un hecho fortuito, ya que la Sunat adjudicó la madera en cuestión, la misma que fue reclamada por la empresa y pudo ser adjudicada a otro municipio.



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



Este proceder colisiona con lo establecido en el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.º 728-2008-TC, el cual establece:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Desarrollo de la doctrina jurisprudencial: en la formalización de investigación preparatoria solo se ha comprendido en la presente investigación al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez, y se le imputó la conducta ilícita prevista en el artículo 297, inciso 7, del Código Penal. Los hechos plasmados permitirían comprender a otras personas, como al representante de la empresa, el alcalde y otros funcionarios de la Municipalidad de Yaquerana. Y, de ser el caso, si se acoge la tesis de que el alcalde ordenó la destrucción de la droga, se imputaría el delito de encubrimiento real.

No se valoró que existen aspectos que tienen suficiente contundencia y los hechos que se pretende investigar tienen autonomía.

La omisión del fiscal respecto a la persecución de otros imputados no debe suponer la desestimación del caso, si de su individual evaluación y su contexto se puede apreciar una imputación seria.

Impedir la impunidad, la búsqueda de la justicia por parte de la sociedad y la persecución del delito de tráfico ilícito de drogas que tiene relevancia constitucional, son derechos colectivos que se ponderan como más valiosos por encima del derecho a la libertad del individuo.

Por ello, resulta necesario el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en el aspecto de los deberes de motivación de las resoluciones judiciales ejerciendo interpretaciones en favor de la investigación y de las medidas que se ajustan a sus antecedentes.

Por tanto, debe declararse nula la resolución impugnada.

Segundo. Por Ejecutoria Suprema del veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República (conformada por los magistrados: San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo; foja veintiséis del cuadernillo).

Declararon bien concedido el recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de Loreto contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que revocó el auto de primera instancia del cinco de marzo de dos mil dieciséis y dictó mandato de comparecencia restringida al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez; en el proceso seguido en contra de este último por el delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

El Tribunal Supremo consideró que:

El presente caso se trata del decomiso efectivo de un total de ciento cinco kilos de pasta básica de cocaína, que es parte de una investigación compleja de la Policía que, en este ámbito, dio como resultado el hallazgo. Es menester ingresar a conocer sobre el fondo del asunto, atentos a los fundamentos de desestimación del Tribunal Superior, que incide de modo relevante en el contexto de la investigación fiscal y no en el reconocido hallazgo de droga.

Sobre el punto, existe una sentencia vinculante de este Supremo Tribunal y corresponde determinar su exacto alcance y si, como se denuncia, no se cumplió con sus términos, tanto más si cabe precisar lo que debe entenderse por el *fumus commissi delicti*, en relación con la magnitud del caso y las valoraciones previas de la Fiscalía en orden a la inclusión o no de otras personas en la investigación penal.

Tercero. El recurso de casación, por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal; en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Cuarto. La Sala Penal de Apelaciones de Loreto, de la Corte Superior de Justicia de Loreto, al emitir la Resolución N.º 06, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), del cuadernillo, al declarar infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas; consideró lo siguiente:

Sobre graves y fundados elementos tuvo en cuenta que se vincula al imputado como autor o partícipe del mismo. Del acta de incautación se describe el lugar y forma en que se halló ciento seis kilos de pasta básica de cocaína en la habitación de este. El encausado aceptó que se halló en su habitación dicha droga que presentaba muestras de aserrín, los mismos que habían sido trasladados desde el almacén por Agustín Alva Taricuarima. Consideró la declaración del suboficial que participó en dicha operación, la declaración de Humberto Arriaga del Águila (alcalde de la Municipalidad de Yaquerana) quien en el interrogatorio proporcionó información valiosa que los llevó a concluir que están ante una investigación incipiente, en principio porque precisa el origen de la madera, que esta fue donada por la Sunat, hace entrega de las actas de adjudicación que la Sunat hiciera entrega de dicha mercadería; que esta fue encontrada por el encargado del Vaso de Leche Eduar Orbe Vásquez, a quien le ordenó que arrojara la droga encontrada. Señaló que el encargado del almacén es Mateo Vilchez Peben, y entre los que sabían y conocían la existencia de la droga, no sindicó en ningún momento al encausado, sino

SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET

reitera que fue Orbe Vásquez, Vilchez Peben y Alva Taricuarima; sin embargo, de ellos no se ha obtenido ninguna declaración, menos se ha revisado el acta de adjudicación de parte de la Sunat, que obran en autos, en la carpeta fiscal y da cuenta del origen de dicha mercadería ilícita, que fuera incautada en mayo de dos mil catorce y fuera reclamada por sus propietarios hasta llegar al Tribunal Fiscal y una vez agotado todo ese trámite fue adjudicado a la Municipalidad de Yaquerana.

Reitera que la investigación es incipiente, el fiscal no ha enfocado su estrategia de investigación, mirando desde sus inicios cómo y dónde se origina el hallazgo de la droga, pues cuenta con los nombres completos de las empresas que transportaron la mercadería ilícita que fuera incautada. Lo que hace prever que los fundados y graves elementos no son tales que puedan sostener el requerimiento de prisión preventiva, ya que solo responsabilizar al encausado Núñez Álvarez por la sola posesión de la droga en su habitación, sería simplemente hacer una imputación objetiva y ello está proscrito por Ley.

Carece de objeto que se efectúe el análisis de la sanción a imponerse, peligro de fuga u obstaculización, más aún que el fiscal no ha enfocado aún en forma adecuada su investigación respecto a los implicados.

Quinto. Este Tribunal Supremo, después de revisados los actuados del presente incidente, advierte que, efectivamente, el Colegiado Superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la sentencia Casatoria N.º 626-2013/Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal. En el presente caso, de acuerdo con los elementos de convicción presentados por la Fiscalía se advierte la necesidad de que otro Colegiado evalúe si aquellos demuestran la realización, en grado de alta probabilidad, del riesgo prohibido regulado en el artículo 297 del Código Penal. La Sala Superior, al emitir la resolución venida en grado, no realizó una adecuada fundamentación de su decisión, que permita enfocar principalmente la relevancia jurídico penal del comportamiento del encausado, cuya conducta de apoderarse de la droga encontrada en la madera donada por la Sunat, es independiente de lo que desarrollaron los originales propietarios de la droga. La nueva resolución a



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



dictarse por otro Colegiado deberá tener en cuenta, entre otras cosas, conforme con el derecho de defensa, la versión que pueda dar el encausado en conjunto con los otros elementos de cargo. De esta manera, el juzgador podrá decidir, con suficiencia, que existe el merecimiento y la necesidad de privar cautelarmente la libertad de una persona. Debiendo ser esto último una excepción, pues la regla es que todo ciudadano enfrente al proceso con comparecencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto (foja seis), por motivo de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional y desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución seis, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), por la que declararon fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez. Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas. Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de ser revocada su libertad en caso incumpla alguna de ellas, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso; en consecuencia, **NULA** la resolución seis dictada en sesión de audiencia del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos del cuadernillo) del presente incidente, que declaró infundado el



SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 564-2016/LORET



requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas. **ORDENARON** que otro Colegiado cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías de ley, conforme con la parte considerativa. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes. **ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial el sentido del fundamento de derecho quinto, de la presente Ejecutoria Suprema. **ORDENAR** se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

LECAROS CORNEJO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

JLLC/rmcz

A1

UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

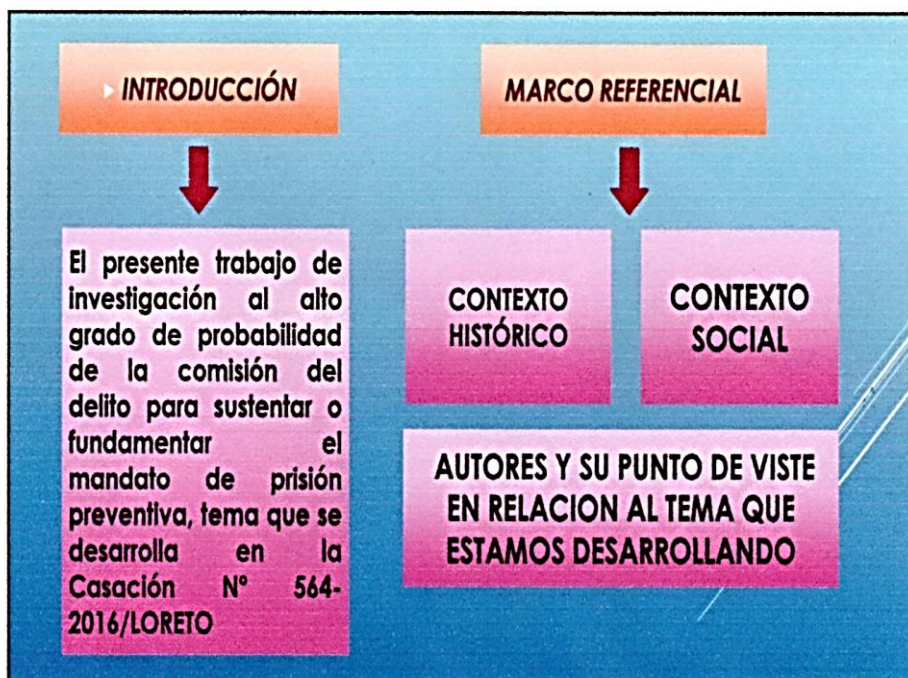
TEMA : "LA ALTA PROBABILIDAD DEL INJUSTO PENAL EN LOS HECHOS QUE SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA - CASACIÓN N.º 564-2016/LORETO

INTEGRANTES : - Carlos Alonso Arista Aguilar.
- Pier Alexander Mesia Villacorta.

ASESOR : Mg. ALDO ATARAMA LONZOY.

San Juan - Perú

2020

► BASE TEÓRICA

- LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL.

- JUSTIFICACIÓN: - JUSTIFICACIÓN INTERNO.
- JUSTIFICACIÓN EXTERNA.

- PRINCIPIOS DE APLICACIÓN Y FINALIDAD: - PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.
- PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE .
- PRINCIPIO DE NECESIDAD.
- PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD.
- PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD.



REQUISITOS PARA SOLICITAR PRISIÓN PREVENTIVA.

Modificación del Artículo 268. Presupuestos materiales

Artículo vigente a la fecha

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).*

Artículo modificado - propuesta

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a razón del requerimiento del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar los siguientes presupuestos:

- a) La existencia de fundados y graves elementos de convicción que se encuentren revestidos de mayor fuerza y de muy poco probable cuestionamiento y/o contradicción por parte del imputado, que generen vinculación típica entre hecho realizado por el mismo como posible autor o partícipe y tipo penal descrito en la formalización y continuación de la investigación preparatoria.
- b) La posible sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, obtenido de la determinación exacta del tercio aplicable del delito imputado.
- c) Los fundamentos que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia mediante el peligro de fuga u obstaculizar la averiguación de la verdad presentando peligro de obstaculización.
- d) La no concurrencia de una medida de coerción procesal personal prevista en el presente código distinta a la prisión preventiva válida, obtenida posterior al desarrollo del test de proporcionalidad en estricto.
- e) La duración del plazo deberá estar vinculada a la naturaleza y complejidad de diligencias pendientes descritas en la formalización y continuación de la investigación preparatoria.





▶ CASACIÓN LORETO

▶ APARIENCIA DEL DELITO

LA APARIENCIA DE DELITO ES UN PRESUPUESTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, CUYO ALCANCE DEBE SER DEFINIDO NO SOLO DESDE UNA PERSPECTIVA SUSTANTIVA (QUE EL HECHO IMPUTADO ESTÉ REGULADO EN LA NORMATIVA PENAL Y QUE SEA SUBSUMIBLE EN ELLA SEGÚN CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS), SINO TAMBIÉN PROCESAL (LA EXISTENCIA DE FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE PERMITAN SOSTENER LA ALTA PROBABILIDAD DE SU COMISIÓN).

EN ESA MEDIDA, LA EVALUACIÓN DEL HECHO DEBE REALIZARSE CONFORME CON LOS CRITERIOS PROPIOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA, EN CUANTO AL ANÁLISIS DE LA PROBABLE REALIZACIÓN DEL INJUSTO PENAL.

LA APARIENCIA DEL DERECHO

La doctrina lo define de diferentes maneras, algunos de ella con poca precisión y con múltiples interpretaciones.

Se define a la apariencia del delito como aquella **verosimilitud, apariencia o probabilidad** de que el delito haya sido cometido por el imputado.

EL FUMUS BONI IURIS: Es conocido como la apariencia de buen derecho significa que no solo el hecho denunciado debe poseer una apariencia razonable de punibilidad, sino, sobre todo, en que el imputado puede ser vinculado a él.

La Apariencia del buen derecho es de suma importancia, pues ante la ausencia del **FUMUS BONI IURIS**, desvincula al agente con los hechos investigados, y se tendrá como consecuencia el rechazo o decaimiento de la medida solicitada.

En pocas palabras el (**FUMUS BONI IURIS**), es tener todos los elementos de convicción suficiente, para probar y establecer la existencia del cuerpo del delito y la participación del procesado.

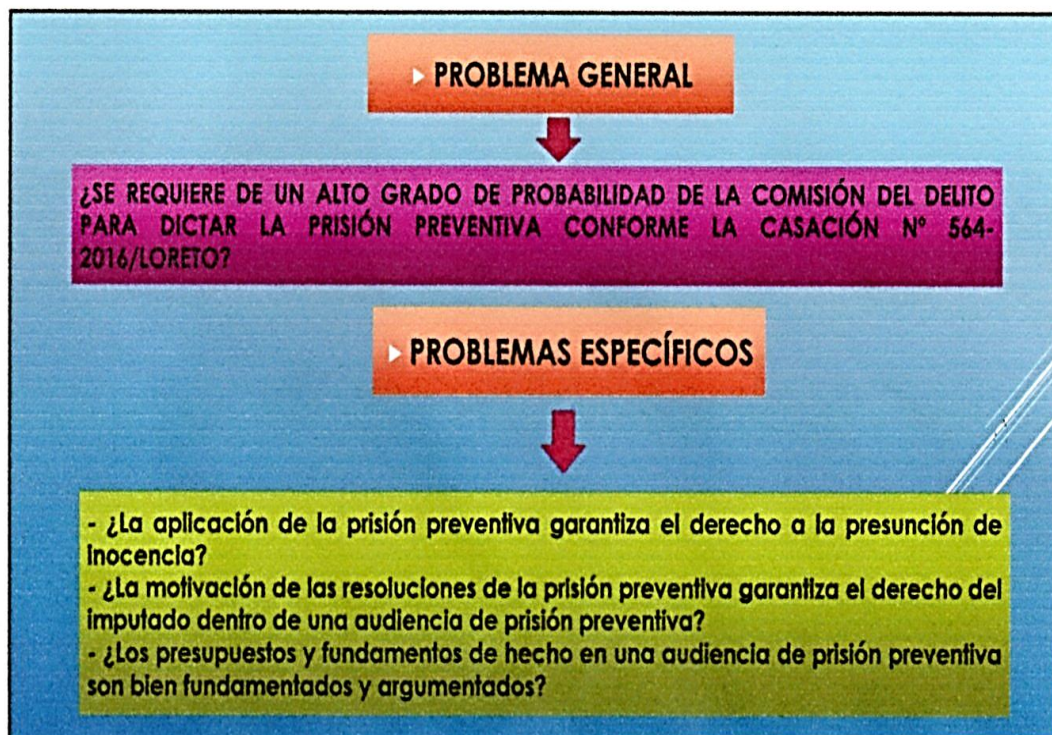
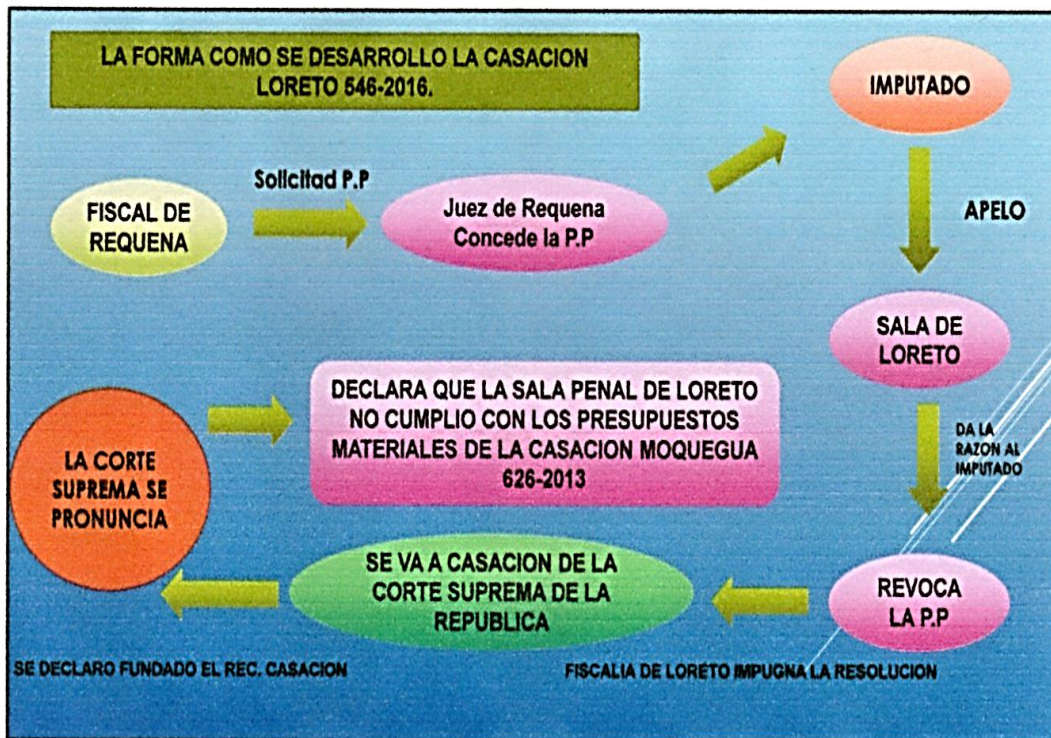
(Mejor dicho, que este presupuesto se refiere al cuerpo del delito y a la participación delinencial).

EL FUMUS COMISSI DELICTI: Se sustenta en la información recabada en los actos de investigación de la fiscalía, con el apoyo de la policía.

En el artículo 268 inciso 1 literal del Cod Proc Penal, indica que el primer presupuesto de toda Medida de Coerción, es el (**FUMUS DELICTI COMISSI**) o (**FUMUS BONI IURIS**), estos son los elementos que se exige en una probable existencia del hecho punible materia de investigación y de la responsabilidad penal del autor o partícipe.

Sobre estos elementos debe existir una estrecha vinculación y que este nexo sea corroborado, no por cualquier elemento de convicción, sino por graves y fundados elementos de convicción. (Es decir que la existencia o el grado de probabilidad que se requiere deber ser alta.)

En nuestra norma procesal, no establece ese grado, ese porcentaje o nivel cuantitativo de probabilidad, pero al exigir el análisis de graves y fundados elementos de convicción, se requiere a que los elementos sean plenamente suficiente.



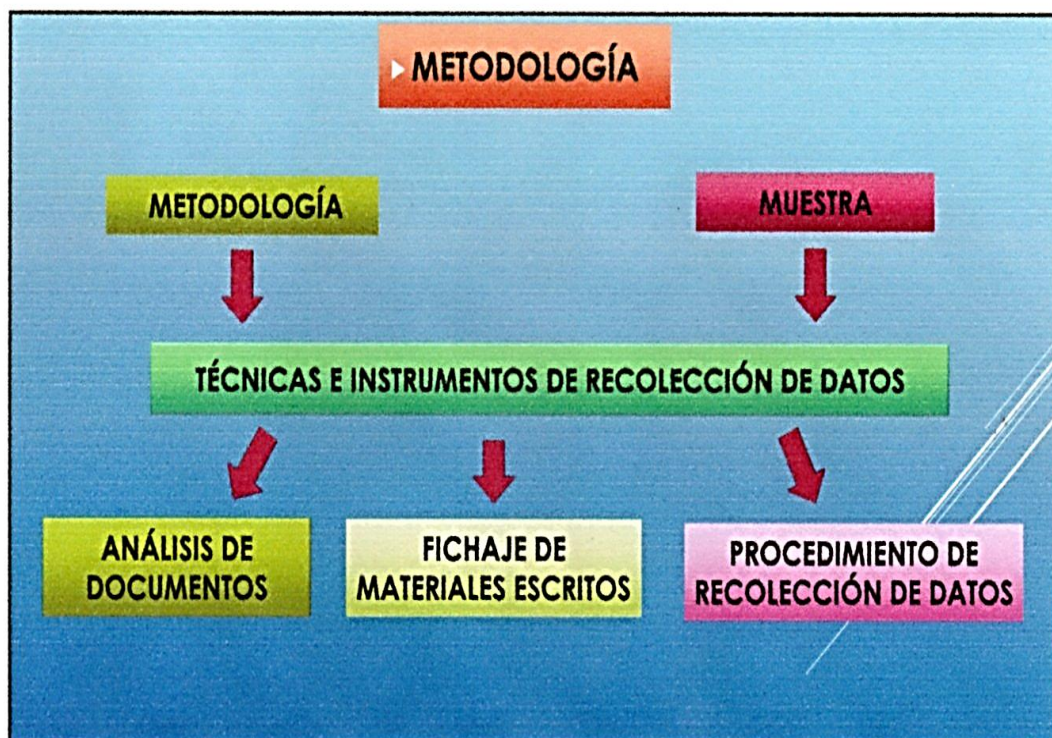
▶ OBJETIVO GENERAL

Determinar si se requiere de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito para dictar la prisión preventiva.

OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Establecer si la aplicación de la prisión preventiva garantiza el derecho a la presunción de inocencia.
- Determinar si existe una debida motivación de las resoluciones de la prisión preventiva.
- Identificar si los presupuestos y fundamentos de hecho en una audiencia de prisión preventiva son bien fundamentados y argumentados.





► DISCUSIÓN

La Constitución Política del Perú garantiza a los ciudadanos el ejercicio de las libertades reconocidas tanto en la norma suprema como en los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos. Sin embargo, esas libertades están sujetas a limitaciones que necesariamente tienen que estar establecidas en la propia Constitución Política o en la Ley.

Uno de los derechos que recurrente es limitado y afectado es el de la libertad personal, ya sea porque existe una detención preliminar, una prisión preventiva, una internación preventiva, un impedimento de salida, una comparecencia restrictiva, etc.



► CONCLUSIONES



1. LA PRISIÓN PREVENTIVA ES UNA MEDIDA EXCEPCIONAL EN LA CUAL ES NECESARIO LA CONCURRENCIA DE PRESUPUESTOS LEGALES ESTABLECIDOS EN LA LEY PROCESAL, COMO YA SE HA EXPUESTO PREVIAMENTE, TODOS ESTOS DEBEN SER POSTULADOS Y DEMOSTRADOS POR EL FISCAL ANTE UN JUEZ, SIENDO ESTE QUIEN DECIDE IMPONER LA MEDIDA. POR TANTO, TODOS ESTOS REQUISITOS DEBEN SER COMPROBADOS DETALLADAMENTE, CONSIDERANDO QUE SE ESTÁ PRIVANDO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL COMO LO ES LA LIBERTAD A UNA PERSONA QUE MANTIENE UNA CONDICIÓN DE INOCENCIA, ESTANDO ESTÁ CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

2. LA APARIENCIA DE DELITO ES UN PRESUPUESTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, CUYO ALCANCE DEBE SER DEFINIDO NO SOLO DESDE UNA PERSPECTIVA SUSTANTIVA (QUE EL HECHO IMPUTADO ESTÉ REGULADO EN LA NORMATIVA PENAL Y QUE SEA SUBSUMIBLE EN ELLA SEGÚN CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS), SINO TAMBIÉN PROCESAL (LA EXISTENCIA DE FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE PERMITAN SOSTENER LA ALTA PROBABILIDAD DE SU COMISIÓN).