



**ESCUELA DE POSGRADO
SUSTENTACIÓN MEDIANTE ARTÍCULO CIENTÍFICO**

**LA VALORACIÓN COGNITIVA DE LOS PRESUPUESTOS
MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

PRESENTADO POR:

Maestrando Dr. Mg. LUIS ENRIQUE GARCIA HUANCA

ASESOR:

Dr. FEDERICO LONDOÑO MESA

PROYECTO PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO:

MAGISTER EN DERECHO PENAL

LIMA-PERU

2020

LA VALORACIÓN COGNITIVA DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

THE COGNITIVE ASSESSMENT OF THE MATERIAL BUDGETS OF PREVENTIVE PRISON

Luis Enrique García Huanca¹

Correo: luisengarcia@yahoo.es

Asesor: Federico Londoño Mesa

Fecha de entrega: 30 Setiembre 2020

RESUMEN

El presente trabajo tuvo como pregunta de investigación: ¿Existe un estándar de valoración para analizar los presupuestos materiales de la prisión preventiva? El objetivo general fue: determinar un sistema de valoración mediante un conjunto ordenado de criterios para los presupuestos materiales de la prisión preventiva. Se ha evidenciado una mala praxis en las audiencias de prisión preventiva; los casos emblemáticos es el límpido modelo de esa realidad, por el desmesurado tiempo de duración, donde incluso se han tomado semanas en resolver un caso de prisión preventiva solicitada por el representante del Ministerio Público; porque en la praxis judicial, se ha advertido que los elementos de convicción que sirven de sustento a los presupuestos materiales de la prisión preventiva son valorados desde su contenido, como si de un juicio oral se tratara, aplicándose principios de valoración probatoria. Se concluyó: Que, el estándar de valoración de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, no están regulados en el Código Procesal Penal Peruano; *ergo* podemos extraerla del estándar máximo que se emplea para admitir los medios probatorios en la etapa intermedia, ese estándar es la aplicación de los principios de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud, que van a constituir lo que denomino el contorno del elemento probatorio.

¹ Estudiante de Maestría en Derecho Penal Luis Enrique García Huanca por la Universidad de Medellín. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magister en Derecho Procesal Penal por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velázquez. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Palabras clave: Expediente fiscal, expediente judicial, presupuestos materiales, prisión preventiva, sistemas de valoración.

ABSTRACT

The present work had as a research question: Is there an assessment standard to analyze the material budgets of pretrial detention? Its general objective was to determine the evaluation system by means of an ordered set for the material budgets of the preventive prison. Malpractice has been evidenced in preventive detention hearings; the emblematic cases is the limp model of that reality, due to the excessive length of time, where they have even taken long weeks to resolve the postulate of the representative of the Public Ministry; because the elements of conviction are valued from their content, as if it were an oral trial, applying principles of evidentiary assessment. It was concluded: That the standard for evaluating the material budgets of preventive detention is not regulated in the Criminal Procedure Code; ergo we can extract it from the maximum standard that is used to admit the evidence in the intermediate stage, that standard is the application of the principles of relevance, usefulness, conduciveness and legality, which will constitute what I call the outline of the evidence.

Keywords: Fiscal file, judicial file, material budgets, preventive detention, assessment systems

INTRODUCCIÓN

Las audiencias que se vienen dando en la actualidad sobre prisión preventiva y aún más resaltante los casos emblemáticos que se transmiten por los medios de comunicación; se aprecia la existencia de una perversión de la institución procesal cautelar y el estándar probatorio. Se viene aplicando la institución de la prisión preventiva con criterios valorativos que corresponde a una etapa posterior a la investigación y la etapa intermedia, como es en la etapa de juicio oral; donde se estima además un prolongado tiempo de duración de las audiencias de prisión preventiva, llevándose a cabo incluso durante varios días, lo cual insistimos que, es completamente innecesario.

La estructura de nuestro Sistema Procesal Penal, acusatorio de partes, regida por el Código Procesal del 2004, de acuerdo al elemento probatorio de la teoría del caso; se diferencian dos hemisferios claramente definidos: el hemisferio del Expediente Fiscal, y el hemisferio del Expediente Judicial, en el primero se recaban los elementos de convicción, siguiendo una evolución cuantitativa del elemento probatorio, y en el segundo hemisferio, tenemos la producción de prueba, concretándose una evolución cualitativa del elemento probatorio.

La situación problemática que se ha advertido es que, las audiencias de prisión preventiva en la práctica parecían audiencias de juicio oral, en las cuales se sometían a contradicción cada uno de los elementos de convicción, es decir, se realizaban una verificación de su contenido, el aspecto de fondo del elemento de convicción, incluso se llega a realizar valoración como si de prueba misma se tratara, empleando el sistema de valoración de la sana crítica.

Lo que, a todas luces desde mi punto de vista, dicha praxis es completamente indebida, toda vez, que la audiencia de prisión preventiva obedece a una naturaleza distinta a la del juicio oral, la misma que podemos colegir por sus diferentes

ubicaciones en el proceso penal, el hemisferio del Expediente Fiscal y el hemisferio del Expediente Judicial.

De lo que, surgió el siguiente planteamiento del problema: ¿Hay un sistema de valoración mediante un conjunto ordenado en los presupuestos materiales de la prisión preventiva?

De igual forma, en el presente trabajo nos formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿Existe un estándar de valoración para analizar los presupuestos materiales de la prisión preventiva?

Para responder esta interrogante el objetivo general fue: Determinar el sistema de valoración mediante un conjunto ordenado para los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

Asimismo, para alcanzar el objetivo general se trazaron tres objetivos específicos:

1. Determinar si existe un sistema de valoración para el primer presupuesto material de la prisión preventiva.
2. Determinar si existe un sistema de valoración para el segundo presupuesto material de la prisión preventiva.
3. Determinar si existe un sistema de valoración para el tercer presupuesto material de la prisión preventiva.

La metodología aplicada es de tipo cualitativo, nivel exploratorio descriptivo, y diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos se realizó de un Acuerdo Plenario N° 01-2019, utilizando las técnicas de la observación, y el análisis de contenido.

Por lo expuesto, el presente trabajo presenta los resultados en base a su estructura, si bien no pretende revertir *ipso facto* la problemática existente, pero lo menos cierto, es la necesidad y urgencia de cambiar lo errado, porque los resultados de este

trabajo servirán de base para que las futuras audiencias de prisión preventiva llevadas a cabo en los distintos Distritos Judiciales del Perú, y no se prolonguen innecesariamente, donde el Juez de garantías no valore elementos de convicción en base al juicio de la Sana Crítica, aplicándose principios de valoración probatoria. La finalidad es contribuir al cambio procesal, característica en el cual subyace su aporte y utilidad.

Estas razones, destacan la utilidad de los resultados; porque con los elementos de convicción únicamente recabamos información, siguiendo cuatro patrones para ello; la pertinencia, utilidad, conducencia y licitud que conforman el contorno del elemento probatorio, la misma que debe servir como criterio para el análisis o valoración de dichos elementos de convicción en una audiencia de prisión preventiva, a la cual denominamos valoración cognitiva.

Distinto es en la producción de prueba que se realiza en la etapa de juicio oral, en ella se realiza la actuación probatoria, evaluando o verificando el contenido del elemento probatorio, dicha verificación del contenido se realiza confrontado, cuestionando, sometiendo a contradictorio el elemento probatorio, en la que finalmente el juzgador realizará una valoración de la prueba producida emitiendo su decisión final sobre el fondo del caso.

En las audiencias de prisión preventiva se han pervertido la aplicación de dichas instituciones, se vienen verificando el contenido del elemento probatorio, se ponen en tela de juicio la veracidad, la validez del elemento de convicción, entrando a un análisis del fondo, yendo más allá de la verificación del contorno, vulnerando con ello una serie de principios y derechos, y extendiendo indebidamente las audiencias de prisión preventiva. Será en este aspecto que centraremos el presente artículo.

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL ESCENARIO DEL EXPEDIENTE FISCAL

El Código Procesal Penal Peruano del 2004, en adelante CPP, está estructurado en seis etapas procesales, claramente definidas: las diligencias preliminares, la investigación preparatoria, la etapa intermedia, el Juicio oral, la fase decisoria y la etapa de impugnación.

Las tres primeras etapas del Nuevo Proceso Penal peruano; es decir, las diligencias preliminares, la investigación preparatoria y la etapa intermedia, están circunscritas al hemisferio del Expediente Fiscal; es decir, el instrumento principal en la cual se recopilan todas las actuaciones procesales de estas etapas es en el Expediente Fiscal; recibe esta denominación, toda vez que, quien tiene en su posesión y encargado de custodiarla es el representante del Ministerio Público, el Fiscal.

Asimismo, teniéndose en cuenta la teoría del caso, se ha realizado una división en seis fases de la teoría del caso, conforme a las etapas del proceso penal, las mismas que son: fase constructiva, fase recolectiva, fase depurativa, fase expositiva, fase decisoria y fase impugnativa.

La fase constructiva se condice con la etapa de diligencias preliminares, la fase recolectiva con la etapa de investigación preparatoria, la fase depurativa con la etapa intermedia, la fase expositiva con la etapa de juzgamiento, la fase decisoria con la valoración y emisión de sentencia del juez, la fase impugnativa con la interposición de recursos impugnatorios.

Teniendo en cuenta que, como señala Talavera (2017) el Proceso Penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores (p.19). Por ello, que la naturaleza de las dos primeras etapas procesales, las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, son netamente investigativas; es decir la recopilación y aseguramiento de información,

así como preparación para una eventual etapa de juicio oral; recopilación de información que no es discutida ni sometida a contradicción, porque dichas acciones están reservadas para una etapa posterior como lo es el juicio oral.

Cabe precisarse también, que serán en estas dos etapas procesales iniciales es que se dictan las medidas cautelares del proceso, las medidas restrictivas personales como la prisión preventiva, así como también las medidas restrictivas reales como el embargo.

En tal sentido, quien tiene el señorío de la investigación es el Fiscal, quien investido del principio de objetividad conduce la investigación desde el inicio, siendo la figura del Juez de Investigación Preparatoria la de un Juez de Garantías, quien solo adquiere protagonismo al ser invocada por cualquiera de las partes procesales ante algún requerimiento o pedido. De ella, Neyra (2010) señala, que las actuaciones del Ministerio Público se rigen por el principio de objetividad; por la cual, el Fiscal investiga “los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación culpable y los que acrediten la inocencia del imputado” (p. 270). Además, como señala Calderón (2011) el Fiscal tiene incluso el poder de recurrir a favor del imputado, conforme a dicho principio. (p. 375)

La etapa intermedia, que es la fase depurativa del proceso, al cual el Fiscal da inicio luego de haber evaluado en forma objetiva los elementos cognitivos recabados durante la investigación, tal inicio se da con el planteamiento del requerimiento acusatorio o mixto, en cuya etapa se realizará el control formal y sustancial del requerimiento acusatorio, así también se da inicio a las fases de la prueba con el ofrecimiento de los medios probatorios, con lo cual se someterá a control los aspectos formales de los medios probatorios ofrecidos por las partes concluyendo con la admisión de las mismas.

En ese sentido se manifiesta Benavente (2011), para quien el análisis de la solicitud de sobreseimiento o de la acusación fiscal, así como, el examen de admisión

y/o exclusión de los medios de prueba durante la etapa intermedia constituyen manifestaciones de la fase depurativa de la teoría del caso; dado que, se buscará la eliminación de todo vicio o defecto que comprometan tanto el caso como el material probatorio en que descansa (p. 78).

En esta etapa del proceso, las actuaciones aún tienen como protagonista al Expediente Fiscal; toda vez que recaerá sobre dicho instrumento la acción del control jurisdiccional, y concluye esta etapa con el Auto de Enjuiciamiento, en donde se da por saneado el proceso y se remite el Expediente Fiscal, así como los demás actuados al Juez de Juzgamiento para la continuación del proceso, con lo cual concluye formalmente el hemisferio del Expediente Fiscal.

Por ello, es que se sostiene que el hemisferio del Expediente Fiscal abarca las tres primeras etapas del proceso penal; asimismo, debe tenerse en cuenta la naturaleza del elemento probatorio que es recabada en dicho hemisferio, es netamente informativo, cuya finalidad es la de generar convicción en el Fiscal y evaluar si decide o no acusar al inculpado.

En este hemisferio del Expediente Fiscal, se produce una evolución del elemento probatorio, pero en el aspecto cuantitativo, es decir es una acumulación progresiva de toda información, datos, conocimientos, que van a permitir sostener posteriormente un requerimiento acusatorio o mixto, o en su defecto un requerimiento de sobreseimiento, por lo tanto, por regla general en esta etapa procesal se produce una evolución cuantitativa del elemento probatorio – elementos de convicción–, y por excepción se producirá una evolución cualitativa, ello con la institución procesal de la prueba anticipada.

La etapa de Juicio Oral se da inicio con el Auto de Citación a Juicio y se ordena además formarse el expediente judicial, con lo cual formalmente se da inicio al hemisferio del Expediente Judicial.

El hemisferio del Expediente Judicial abarca las restantes etapas del proceso penal, como el juicio oral –etapa estelar del proceso–, etapa impugnativa y etapa de ejecución. Lleva esta denominación, porque, la actividad procesal principal va a concentrarse en el Expediente Judicial donde el dominio y custodia estará a cargo del Juez de Conocimiento, según sea el caso.

En este hemisferio del Expediente Judicial, los elementos de convicción recabados, ofrecidos y admitidos, reciben otro tratamiento, se produce ya no una evolución cuantitativa, sino una evolución cualitativa; es decir, ya no se podrá acumular elementos probatorios, sino el elemento probatorio admitido y se someterá a contradicción entre las partes ante el Juez de Juzgamiento, quien conforme al principio de inmediación apreciará todo lo actuado y se generará convicción produciéndose así la prueba. En esta etapa procesal la regla general es la evolución cualitativa, y por excepción se puede dar una evolución cuantitativa, cuando el Juez de Juzgamiento ordene la prueba de oficio.

En las posteriores etapas procesales como la impugnativa y de ejecución, se sigue bajo el contexto del hemisferio del Expediente Judicial, así se continuará hasta ponerse fin al proceso.

Lo señalado en líneas precedentes, en cuanto al Contenido del Expediente Fiscal, tienen sustento en lo regulado expresamente por el CPP, que en su Artículo 134° numeral 1) señala: *El Fiscal, con motivo de su actuación procesal, abrirá un expediente para la documentación de las actuaciones de la investigación. Contendrá la denuncia, el Informe Policial de ser el caso, las diligencias de investigación que hubiera realizado o dispuesto ejecutar, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales realizados, las actas y las disposiciones y providencias dictadas, los requerimientos formulados, las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como toda documentación útil a los fines de la investigación.*

Y en cuanto al Contenido del Expediente Judicial, está regulado en el Artículo 136, en ella señala: *Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán: a) Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito; b) Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado; c) Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada; d) Los informes periciales y los documentos; e) Las resoluciones expedidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan; f) Las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como -de ser el caso- las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.*

Con lo señalado, cabe agregarse que legalmente queda establecido y definido en forma clara la ubicación y preeminencia de cada tipo de Expediente en el proceso penal, lo que nos permite analizar y reflexionar sobre la naturaleza de los elementos probatorios en cada tipo de expediente, y verificando el alcance que tiene en cada etapa del proceso penal, nos permite distinguirla y la he denominado los hemisferios del Expediente Fiscal y Judicial, y conforme a ella continuaremos analizando la prisión preventiva.

PRISIÓN PREVENTIVA

Esta medida coercitiva personal es la más gravosa que existe, toda vez que va a limitar un derecho fundamental como es la libertad ambulatoria de la persona, antes de haberse emitido sentencia, por ello concita gran atención legal, doctrinal y jurisprudencial, y es fuente de muchos debates, sobre todo por la forma en que se llevan a cabo las audiencias de prisión preventiva, además del debate y posterior análisis que se realizan a los elementos cognitivos y que van a sustentar el auto de prisión preventiva.

Llobet (2016) señala: la prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad (p. 27)

Peña (2020) precisa que la prisión preventiva debe constituir una medida de ultima ratio, que solo debe aplicarse antes circunstancias plenamente jurídicas. Circunstancias que deben condecirse con un estado de cosas que revele grandes indicios de criminalidad, referida a injustos graves, 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. (p. 109) Según Reyna (2015) señala que la prisión preventiva es sin duda, una de las más intensas intromisiones en las esferas de libertad y personalidad del ciudadano, donde su función es netamente procesal. (p. 445).

Como se ha advertido, la finalidad que tiene esta medida coercitiva es la de asegurar la presencia física del imputado a las diligencias procesales que la autoridad persecutora del delito o la jurisdiccional determinen, así como también tiene por finalidad la de asegurar la ejecución de la pena.

Teniéndose en cuenta que, la naturaleza de esta medida coercitiva es cautelar y su ubicación en el proceso penal peruano está en la etapa de Investigación Preparatoria; es decir, todo requerimiento de limitación de derechos, tales como la prisión preventiva y otros, se van a imponer en el hemisferio del Expediente Fiscal, donde la actividad procesal que prima es la investigación, la recopilación de información por parte del Fiscal, lo que implica que vamos a tener como elemento probatorio del proceso a los elementos de convicción o elementos cognitivos.

La prisión preventiva no podría estar ubicada en las diligencias preliminares, toda vez que, en dicha etapa aún no existe una imputación de cargo formal, porque la investigación se encuentra en una incipiente situación, por lo que, los elementos de convicción serán insuficientes para solicitarla; la imputación de cargo se materializará con la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria que abre la etapa de investigación preparatoria, ahí recién se conocerá lo que exactamente se atribuye al encausado y los elementos de convicción que lo corroboran.

Asimismo, vamos a denotar que por el estadio procesal en que se presenta la prisión preventiva, nos encontraremos ante una evolución cuantitativa de los elementos de convicción, ante una acumulación informativa y asegurativa por parte del Fiscal, que posteriormente permitirán sustentar un eventual requerimiento acusatorio.

Nuestro Ordenamiento Procesal Penal prevé los presupuestos legales materiales de la prisión preventiva, lo que doctrinariamente se conoce como el *fumus delicti comissi* la cual se equipara al *fumus boni iuris* –*apariencias del buen derecho*– del derecho civil, así como el *periculum in mora*. Ellas están establecidas en el artículo 268 del CPP en sus literales a) y b) regula el *fumus delicti comissi* o la apariencia en la comisión del delito; y en el literal c) se integra el *periculum in mora* –*peligro en la demora*– lo que se constituye en el peligro procesal.

Debe agregarse a ello, que existen dos presupuestos jurisprudenciales adicionales, establecido en la Casación N° 626-2013 Moquegua que agrega la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida como dos aspectos que se debe observar en una audiencia de prisión preventiva, aspectos sobre los cuales debe haber debate y estar fundamentado debidamente por el Juez de Garantías al momento de imponer la medida restrictiva.

En el *fumus delicti comissi* se verifica mediante el Juicio de probabilidad, que consiste en atribuir un hecho punible a una persona determinada, la misma que, está

integrada por dos presupuestos materiales que se encuentran señaladas en el Artículo 268° del CPP, y son los Fundados y Graves Elementos de Convicción (sospecha fuerte), y la Prognosis de Pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad.

Angulo (2000) señala, de ahí que, la denuncia de la *notitia criminis* o su conocimiento constituyen el principio de iniciación de persecución estatal, pues supone cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad de la investigación; entre esto, debe parecer el *fumus commisi delicti* o la existencia de indicios de la comisión de un delito y seguidamente, el *fumus delicti tributi* o indicios para la atribución de un delito a una persona en particular. Tales requisitos deben aparecer en la denuncia". (p. 166)

El *periculum in mora* –peligro en la demora– lo que se constituye en el peligro procesal, está conformado por dos subpresupuestos el peligro de fuga y el peligro de obstaculización; con el peligro de fuga se verifica que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga del proceso o la ejecución de la condena; y con el peligro de obstaculización se verifica que exista peligro de que el inculpado pueda perturbar las acciones investigativas y el proceso penal en general.

La proporcionalidad está referida al juicio de proporcionalidad entre la medida de prisión preventiva, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Por lo que, si no hay el juicio de proporcionalidad, la medida sería arbitraria. A ello podemos acotar lo señalado por Binder (1999) anota que "la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión" (p.200)

La duración de la medida está referida a la observancia y fundamentación del plazo de imposición de la prisión preventiva, por lo que dicho plazo debe ser fijado en función del peligro procesal que se busca conjurar; ello se condice con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 253 del Código Procesal Penal que señala como principio de las medidas de coerción personal, que la restricción del derecho fundamental es “por el tiempo estrictamente necesario”. Como afirma Trocker (2001) que, se constituye en un parámetro de razonabilidad porque expresa una exigencia de equilibrio entre una justicia administrativa sin retardos y, por otro lado, la instancia de una justicia no apresurada ni sumaria. (p.407)

En torno al tercer presupuesto material, el peligro procesal, éstas se manifiestan en dos sentidos, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización del proceso, como es de notarse el peligrosismo procesal está directamente vinculado al aspecto cautelar, toda vez que su motivación no responde al aspecto de fondo, sino al aspecto de resguardar el normal desarrollo del proceso penal y evitar cualquier perturbación a la actividad probatoria, ya sea como la autosustracción del encausado del proceso, o la perturbación de su normal desarrollo, aspectos que denotan la naturaleza instrumental de las medidas cautelares.

Pero, en cuanto a los dos primeros presupuestos materiales, el *fumus delicti comisi*, ellas están directamente vinculados al aspecto principal del proceso, al aspecto de fondo, es decir, se encuentran vinculados a verificar la comisión del delito y la vinculación del imputado ya sea como autor o partícipe; lo que debe permitir proyectarse a alcanzar una condena para el encausado superando evidentemente la etapa de juicio oral.

Se debe tener en cuenta que un primer requisito que integra la figura del *fumus boni iuris* o *fumus delicti comisi* en el Código Procesal Penal lo constituye la exigencia de que, al momento de imponer la prisión preventiva, se valore la existencia de un hecho previo, y como señala Ascencio (1987), que es materialmente imposible, decretarla

en previsión de la realización de un evento futuro, (lo que, además descarta la función de prevenir la reiteración delictiva). (p.110)

Estos graves y fundados elementos de convicción sobre el hecho investigado siempre deben apuntar a un pronóstico de condena en el imputado. Deben ser lo suficientemente específicos y graves, de modo que el Juez de garantías puede avizorar que cuando el imputado este siendo juzgado, este tenga pocas posibilidades de ser absuelto.

En ese sentido se debe tomar en cuenta la Estimación razonable de la comisión de un delito, en la cual cabe precisar dos cuestiones importantes: a) Cuando se refiere estimar razonablemente, sin duda, se hace alusión a un juicio de razonabilidad de todos y cada uno de los elementos de convicción existentes. Es decir, que luego del análisis de los actos de investigación se puede concluir la existencia de un hecho ilícito. b) Que ese hecho se trate de un delito, que cuenta con concurrencia de todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, que adviertan su configuración típica.

Asimismo, deben verificarse los elementos cognitivos respecto a la vinculación del hecho delictivo con el imputado y determinar el título de imputación, es decir, se debe establecer la existencia del hecho delictivo con elementos de convicción que lo vinculen al imputado, además debe precisarse su título de imputación, sea como autor o participe.

Quizá no exista mucha dificultad cuando el caso solo tiene un imputado, pero cuando existan más, resulta ciertamente necesario que el Fiscal precise el grupo de elementos de convicción que demuestran la intervención de todos los imputados en los hechos sea como autor, instigador o cómplice, en lógica correspondencia con el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa.

Este ejercicio de motivación para demostrar argumentativa y probatoriamente la prueba en sentido general, la vinculación del imputado con los hechos no termina con una genérica referencia, sino con un desarrollo explicativo que sin necesidad de sumergirse en un análisis profundo debe justificarse mínimamente y, así, debe ser destacado en el requerimiento escrito.

En cuanto a la *Prognosis de la Pena*, se debe verificar: Que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad. La prisión preventiva está condicionada a una sanción legal que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor, superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias relacionadas a la realización del hecho punible.

Este escenario de prognosis de la pena no solo está sujeta a una visión abstracta, en el sentido de que baste que el delito venga conminado con una pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, pena establecida en el código sustantivo; sino que se debe valorar que el imputado en razón a circunstancias y medios de perpetración del injusto penal, atenuante o agravante, vaya a vaticinar una sanción punitiva de cierta intensidad penológica. En ese sentido comprende el desarrollo de sistemas de tercios en atención al artículo 45-A del Código Penal incorporado por la ley N° 30076; donde la aplicación del numeral 3 del artículo citado, permite variar la pena hasta por debajo de lo que exige la norma adjetiva en su segundo presupuesto; ocasionando posiciones de controversia entre la defensa y el fiscal respecto a la concurrencia o no de este presupuesto material y ello versaría un futuro análisis del magistrado si declara fundado o no esta medida cautelar no punitiva; debiendo acreditar posición de las partes con elementos de convicción que se provean al caso y otorguen solvencia a lo sustentado.

La Casación 626-2013-Moquegua en su trigésimo fundamento señala que la prognosis de la pena no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una

valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Sustantivo.

Este presupuesto revela que la medida de cautela procesal no está dirigida para la aplicación de delitos menores. En ese escenario se enjuiciará si la probable sanción penal a imponerse no será menor de cuatro años de pena privativa de libertad en su carácter efectiva, ello es diferente a creer que sólo es necesario mirar el Código Penal para conocer el mínimo y el máximo legal de la figura penal atribuida.

Como es fácil advertir, para dictar la prisión preventiva debe concurrir el principio de proporcionalidad, será desproporcional dictar la medida a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo 57 del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

Por otro lado, el artículo 45-A del Código Procesal Penal, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancias generales atenuantes y agravantes. b) Causales de disminución o agravación de la punición; y c) la regla del artículo 45 del Código Penal. Este listado no es taxativo, por lo que el juez puede considerar otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Por ello, debe existir un ejercicio de verificación de las causales de disminución de la punibilidad, la que el Fiscal debe detallar en su requerimiento. Existe circunstancias atenuantes privilegiadas, donde a través de las causales de disminución de punibilidad hace que la pena disminuya y sea inferior en su extremo mínimo a los 4 años de pena privativa de libertad, de lo que exige la norma procesal en su artículo 268, siendo uno de los presupuestos materiales que se debe tener en cuenta para dictar un mandato de prisión preventiva.

Prado (2016) respecto a ello ha destacado que no existe en la legislación vigente, ninguna atenuante privilegiada (...), no tienen la condición de atenuantes privilegiadas las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal. (p. 238).

Asimismo, debe verificarse la Gravedad de la Pena, toda vez que este razonamiento evade dos situaciones muy importantes:

- a) Que la futura pena a imponerse supere a los cuatro años no significa, necesariamente, que sea grave. La gravedad de la pena a imponerse debe evaluarse en el caso concreto, en tanto que no es lo mismo esperar una sanción de cinco años que cadena perpetua. Este criterio debe ser justificado sobre las bases de las nuevas modificaciones procesales que permiten a los reos acogerse a diversas figuras premiales o a los denominados grilletes electrónicos para personas condenadas hasta con ocho años de cárcel.
- b) Que el uso excesivo e indiscriminado de la prisión preventiva, se ha convertido hoy en día, en un motivo para la fuga y no, precisamente, la pena futura. Esta situación la podemos observar en aquellos casos emblemáticos, en los cuales el imputado se somete al proceso, pero cuando le han dictado mandato de prisión preventiva recién huye. Al respecto el profesor Jordi Nieva Fenoll concluye lo siguiente: Considerar el impacto psicológico de la posible pena del imputado es ciertamente un ejercicio de futurología para un jurista, y las resoluciones judiciales no pueden estar basadas en esos juicios meramente intuitivos, porque los mismos no son legítimamente motivables.

En cuanto a la *magnitud del daño causado y ausencia de actitud reparatoria*, se critica en tanto como uno de los parámetros para determinar el peligro de fuga. En el numeral 3 de artículo 269 de nuestro Código Procesal Penal asume que la ausencia de una voluntad de reparar el daño es indicativa de fuga. Si la constitución y la ley considera inocente en todo el iter procesal, y no existe ninguna norma sustantiva que me obligue a reparar un daño en plena investigación. Cuestión diferente ocurre cuando el imputado, de forma voluntaria, asume gastos y

atenciones sobre la víctima del delito, pero esta situación debe ser valorada favorablemente. Que un imputado no realice una conducta como esta no puede entenderse como algo negativo. Por tanto, solo podría utilizarse este criterio en favor del imputado, pero jamás en contra.

Respecto al *Comportamiento Procesal de Imputado*, en este cuarto criterio debe entenderse como aquella conducta de no colaboración o, más bien, de cierto rehusamiento o evasión del imputado frente a las diversas diligencias fiscales y judiciales en las que resulta indispensable su participación.

El fiscal debe afirmar y demostrar que el imputado ha tenido una conducta renuente o evasiva del decurso del proceso (o en un proceso anterior). No es razonable sustentar una conducta procesal negativa por no presentarse a la declaración de un testigo o a la audiencia del control de acusación, por cuanto la norma procesal no exige la participación del imputado.

Cuestión diferente es cuando el imputado ha sido llamado reiteradamente a declarar sobre los hechos ante la Fiscalía, pero no se presentó. Aquí cabe resaltar que será más grave aquella situación cuando, producto de esas inconurrencias injustificadas, el Ministerio Público decida ordenar una conducta compulsiva. Asimismo, continuaremos analizando la valoración del elemento cognitivo en la prisión preventiva.

ELEMENTOS DE CONVICCIÓN Y PRUEBA - CONTORNO Y CONTENIDO

Los elementos de convicción son las evidencias, objetos, materiales, datos, información de relevancia jurídica, las cuales, para los fines del derecho penal se recaban en las dos primeras etapas del proceso penal –diligencias preliminares e investigación preparatoria– y se depura en la etapa intermedia, es decir en estas tres primeras etapas del proceso penal peruano, los elementos de convicción se constituyen en el elemento probatorio de la teoría del caso.

La naturaleza de las dos primeras etapas del proceso es netamente investigativa, como se dijo en líneas precedentes, en la cual se producirá una evolución cuantitativa de los elementos de convicción, es decir existirá una acumulación de información que servirá para que el Fiscal al final de la investigación pueda sostener un probable requerimiento acusatorio contra el inculpado, o en su defecto un sobreseimiento.

Conforme a dicha naturaleza, los elementos de convicción son recabadas por el Fiscal, por lo cual dicha información no será discutida, no será confrontada ni debatida, toda vez que dichas acciones se reservan para una etapa posterior como lo es el juicio oral, en la cual se efectivizará una evolución cualitativa del elemento de convicción en prueba ante el juez de conocimiento, quien resolverá finalmente la causa.

Miranda (1997) señala respecto la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba, en ella precisa que, en los actos de investigación el contradictorio no era absoluto, contrario a los actos de prueba que sí tenía que darse el contradictorio. Sin embargo, ello va a depender de cada legislación en concreto, a los límites que establezcan, las formas cómo es que se puede controlar cada uno de esos actos de investigación, etc. (p.101).

En las dos primeras etapas del proceso penal, las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, además de recabarse los elementos de convicción, también se plantean las medidas coercitivas personales y reales, como la prisión preventiva, el embargo, entre otras, las mismas que el Juez de Garantías resolverá teniendo como base los elementos de convicción, presentados por las partes, tanto el Ministerio Público como el imputado.

La etapa intermedia, servirá de filtro para el requerimiento acusatorio, en la cual se verificará si cumplen con los requisitos formales mínimos para la continuidad del

proceso y pasar a juicio oral, así como la evaluación de los elementos de convicción, postulados como medios probatorios.

En esta etapa procesal se inician las fases de la prueba, con el ofrecimiento de medios probatorios, el Juez de Garantías verificará el cumplimiento de los requisitos formales de los medios probatorios ofrecidos, evaluará su contorno, su envoltura.

Así y conforme lo establece el CPP en su artículo 352° numeral 5 literal b) que señala: *“Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.”* Además de lo señalado en mismo cuerpo legal en su Artículo VIII del Título Preliminar en la cual regula la legitimidad de la prueba señala que: *“1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”*

Por lo tanto, de lo señalado se tiene que el contorno, es la envoltura del elemento probatorio ofrecido, se conforma de cuatro requisitos fundamentales, las cuales son: la pertinencia, conducencia, utilidad y la licitud. **La pertinencia** referida a la relación lógica que debe tener el medio probatorio ofrecido con el hecho a probar; **la conducencia** referida a la idoneidad del medio de prueba para demostrar la proposición fáctica que se quiere probar; **la utilidad** referida a la cualidad, la relevancia del medio de prueba ofrecido, que permitirá que sea adecuada para acreditar determinado hecho; y finalmente **la licitud**, la cual incide en el modo en que se ha obtenido el medio probatorio, si ha sido obtenida respetando los derechos fundamentales constitucionalmente aprobados. Jauchen (2002) señala, que la utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga en relación con el objeto que debe probarse.

Asimismo, debe dejarse establecido que hasta ese momento tales medios probatorios ofrecidos aun no constituyen prueba, sino son elementos meramente informativos, que el CPP denomina como los elementos de convicción, entonces cabe preguntarse cuándo es que dichos elementos informativos serán considerados como prueba.

Por ello Gimeno (1992) advierte que, los actos de prueba requieren el cumplimiento al menos de dos requisitos, uno objetivo, consistente en la contradicción, y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano judicial. (p. 80)

Acotando a ello, Rifa (2010) nos precisa que, en principio, resulta clara la distinción entre los medios de prueba y los actos de investigación. Los primeros se practicarán en el juicio oral para acreditar los hechos y, en su caso, enervar la presunción de inocencia y fundar la imposición de la pena. Los actos de investigación son las fuentes de la prueba, pero no constituyen en sí mismo pruebas. Su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador competente para conocer del juicio oral y dictar sentencia. (p. 143)

Se señaló en líneas precedentes, que la prueba es producto de la evolución cualitativa desde los elementos de convicción, la cual se hace efectivo ante el juez de juzgamiento, el juez que va a resolver finalmente la causa y conforme al principio de inmediación, sometiendo tales elementos de convicción admitidos al contradictorio, a debate, a cuestionamiento entre las partes, en una actividad procesal que se denomina la actuación probatoria en juicio oral. Por lo que, al someter al contradictorio tales elementos de convicción, se está verificando su contenido, ya no su contorno, por lo tanto, se está produciendo prueba.

De ello, señala Mora Izquierdo (2007) los elementos de convicción o actos de investigación se diferencian de la noción de prueba, por cuanto este último es el convencimiento que adquiere el juez acerca de lo acontecido en los hechos que se investigan y después de haber examinado la evidencia física y los elementos materiales probatorios y de haber escuchado en el juicio oral tanto la teoría del caso de cada una de las partes, como a los testigos interrogados y contra interrogados citados como medios de conocimiento para sustentas las hipótesis probatorias. (p. 68)

Rifa (2010) señala por ello que, resulta clara la distinción entre los medios de prueba y los actos de investigación. Los primeros se practicarán en el juicio oral para acreditar los hechos y, en su caso, enervar la presunción de inocencia y fundar la imposición de la pena. Los actos de investigación son las fuentes de la prueba, pero no constituyen en sí mismo pruebas. Su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador competente para conocer del juicio oral y dictar sentencia. (p. 142)

De lo que se ha señalado hasta el momento, se tiene que los elementos de convicción existen únicamente en el hemisferio del Expediente Fiscal, por cuanto es una recopilación de información, no discutida, no sometida a contradictorio, no debatida, que se encuentra a cargo del ente investigador, el Ministerio Público, y que en el plano jurisdiccional puede ser verificada por el Juez de Garantías cuando se le invoque para resolver medidas cautelares, medios de defensa, tutelas etc., toda esa actividad procesal tiene lugar en las etapas que conforman el hemisferio del Expediente Fiscal, por lo tanto en dicho hemisferio no podemos hablar de prueba.

SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Teniéndose en cuenta que, la averiguación de la verdad es el objeto principal de la actividad probatoria en todo proceso judicial, por tanto, resulta fundamental otorgarle un valor probatorio a cada uno de los medios probatorios actuados, por lo que, la valoración de la prueba permitirá otorgar a cada una de las hipótesis en contraposición un determinado grado de confirmación, pese a que nunca alcanzará la certeza absoluta

Taruffo (2008) dice que con el término “prueba” se hace referencia al “conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera. En este sentido, la expresión prueba recupera su función tradicional: llevar la verdad al juez.

La importancia del que se revisten los medios probatorios, es porque se constituyen en las razones o argumentos que van a demostrar la existencia o inexistencia de un hecho atribuido, la misma que llevará al convencimiento, de quien tiene el poder de determinar la responsabilidad de los inculcados, el Juez.

Bustamante (2015) señala que, la apreciación de medios probatorios deberá entenderse que estamos haciendo referencia a la valoración de su contenido o del resultado de su actuación, sin dejar de tener en cuenta que el material factico que se pretende probar o verificar con ellos también debe ser materia de valoración. La valoración no solo debe consistir en un análisis cuidadoso del material probatorio sino también de los hechos que pretenden ser acreditados o verificados con ellos. (p. 264)

En la misma línea señala Serra (1969) que la valoración de la prueba sería el examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el Juez. (p. 632)

Por lo que, debemos denotar que la verificación del contenido del elemento probatorio, no del contorno, constituye un acto de prueba, ese sometimiento a un examen crítico del elemento probatorio por las partes procesales ante el juez que va a resolver que denominamos actuación probatoria, es la verificación del contenido del elemento probatorio, no está en discusión el contorno, ya no se discute la pertinencia, la utilidad, la conducencia y licitud, porque esa etapa ya precluyó en la etapa intermedia.

En tal sentido, la valoración probatoria está circunscrita a verificar el contenido del medio probatorio, no del contorno, la misma que tiene por finalidad demostrar que la credibilidad de la versión de las partes procesales para que así el juez pueda generarse convicción y resolver el caso conforme a la verdad demostrada.

Carnelutti (1982) señala, que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen, pero se comprueban, mientras que no se comprueban, sino que se conocen (p. 38); en tanto se puede colegir que la importancia de la prueba no está en averiguar, sino en verificar.

Por ello a lo largo de la historia jurídica, se ha tenido como objetivo de los procesos judiciales alcanzar la verdad y conforme a ella emitir la sanción que corresponda, es así que se desarrollan una serie de sistemas de valoración probatoria, es decir se establecieron una serie de mecanismos, criterios para una adecuada valoración de la prueba apreciada.

De ello, Del Rio Ferreti (2000) nos señala que, un sistema probatorio es aquel estatuto que regula la forma de indagación en los hechos dentro del proceso, que se manifiesta en las formas y medios a través de los cuales se puede arribar a una verdad de los hechos, y en el modo de valorar esos medios. (p. 5)

En la historia procesal penal, se han desarrollado tres principales sistemas de valoración de la prueba que son: el sistema de la prueba legal o tasada; el sistema de la íntima convicción y el sistema de la sana crítica racional o libre convicción. Debe precisarse que estos sistemas de valoración se han ajustado a los sistemas procesales penales que imperaban en su momento, tal es el caso de la prueba legal o tasada, se aplicó con el sistema inquisitivo, la íntima convicción se dio en el sistema acusatorio mixto, y la libre valoración o sana crítica en la actualidad con el sistema acusatorio. Las mismas que desarrollaremos brevemente a continuación:

SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA

En este sistema la valoración legal de la prueba, como señala Rodríguez (2011) no pertenece a la órbita de valoración del juez, sino a la valoración realizada previamente por el legislador de manera que cuando llega donde el tercero supraordenado ya viene reglado, limitando entonces el horizonte de valoración del juez a la más estricta regla exegética de reproducción valorativa de la boca del legislador. (p. 196)

Como señala Varela (2012) este sistema, fue impuesto como una reacción contra fallos descalificatorios debido a la arbitrariedad y la discrecionalidad absoluta de los jueces en tales decisiones. Siendo esto así, se tienen registros a través de la época romana hasta la edad moderna que el ímpetu de restringir la libre valoración del juez mediante leyes fue en aumento, pero también es de notar que el sistema de tarifa legal nunca se llegó a extinguir por completo, prueba de ello es que en algunos ordenamientos existen rezagos de pruebas de valoración tasada como en Italia, Portugal, Grecia, España, Suecia, Finlandia e incluso Alemania, tarifas legales que van desde declaraciones, prueba documentales, documentos privados, públicos, la confesión y el juramento. (p. 154)

SISTEMA DE LA ÍNTIMA CONVICCIÓN

Este sistema, es la otra cara de la moneda de la prueba tasada, es decir la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. Talavera (2009) señala que, el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales. (p. 108)

Este sistema surge sucesivamente después de que el sistema de tarifa legal entrara en declive en su aplicación lo que hicieron necesario y apremiante encontrar otra manera de valorar las pruebas. Se ha relacionado el origen de este sistema con la Revolución Francesa, por estar vinculado a la institución del jurado popular, su origen se relaciona con la reacción al sistema de prueba legal, ya que se intentaba erradicar los excesos que se habían cometido en las leyes, que emanaban de un monarca.

En la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. Y como señala Zavaleta (2013) que, la íntima convicción era un sistema de carácter “insondable, intransferible, no susceptible de ser captada por los demás y, por lo mismo incontrolable y arbitraria”. (p. 187)

SISTEMA DE LA LIBRE VALORACIÓN O SANA CRÍTICA

En el Proceso Penal peruano, la valoración de la prueba está regida por el sistema de libre valoración o sana crítica racional que brinda al juez de la necesaria libertad para valorar la prueba, pero investido de una debida fundamentación.

Por ello, San Martín (2003) nos señala, “si bien en el procedimiento penal contemporáneo no existen pruebas tasadas o de valoración legal y, por tanto, el juez no está vinculado a una determinada disposición probatoria, ello no significa que la valoración está sometida al libre arbitrio judicial, sino que se trata de una discrecionalidad jurídicamente vinculada”. (p. 901)

Así, Talavera (2017) precisa que la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas, lo cual implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. El criterio valorativo está basado en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. (p. 166)

Con lo precisado debemos tener en cuenta que la valoración de la prueba no es una operación mental irrestricta, libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que su razonamiento debe estar sujeta a los principios o reglas de la lógica, a las reglas de las máximas de la experiencia, y a las reglas de la ciencia o conocimientos científicos, así ha sido reconocido por nuestro ordenamiento Procesal Penal en su artículo 393 numeral 2.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN INOCENCIA Y EL ESTÁNDAR PROBATORIO

Este principio regulado por la Constitución Política del Estado, en su artículo 2, numeral 24, literal e) en la cual se señala que toda persona es considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Se complementa con lo señalado por nuestro ordenamiento procesal penal que en su Artículo II del Título Preliminar nos precisa que *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como*

tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

Asimismo, Bovino (1997) señala que: “Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en todo momento y para todos los casos, que no se puede otorgar fines materiales –sustantivos– a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena. (p.434)

Urquiza (2000), señala que no existe incompatibilidad entre el principio de inocencia y medios de coerción personal como la prisión preventiva, la coerción procesal tiene su fundamento no en la consideración del sujeto como responsable del hecho criminal antes de una sentencia condenatoria firme, sino en la necesidad de garantizar el logro de los fines del proceso. (p.114).

Por lo que, se ha evidenciado en nuestro país impera el principio de inocencia, la misma que se aplica a toda persona que se encuentre sometida a un proceso penal, y se encuentra investida de ella hasta que se demuestre su culpabilidad, luego de un juicio en la que se haya garantizado todos sus derechos de defensa.

Como se ha podido apreciar, el principio de presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, por lo que se considera inocente a todo procesado mientras no se pruebe lo contrario. Por lo tanto, para sustentarse una condena al acusado, la prueba a ser valorada debe ser suficiente para poder enervar el principio de inocencia y superar el estándar de más allá de toda duda razonable.

Por lo que, en la condena del acusado se da en el hemisferio del expediente judicial, habiéndose enervado la presunción de inocencia del acusado, con suficiente prueba actuada y valorada. Actuación que ha significado la verificación del contenido del elemento probatorio sometido a contradictorio.

MATERIAL Y MÉTODO

Es un estudio, de diseño no experimental, de nivel exploratorio descriptivo; transversal y retrospectivo; la unidad de análisis fue un Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-2016; en la recolección de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido.

RESULTADOS

Con lo cual queremos denotar que, en el sistema inquisitivo toda información producto de la investigación judicial se constituía en prueba, en etapa de investigación, además porque el juez puede emitir pronunciamiento sobre el fondo y realizar una labor de la valoración, por el cual revisa el contenido de los elementos informativos, por ello existe actualmente la confusión, y aun en la práctica se pueda observar dichas falencias en los operadores jurídicos de revisar el contenido de los elementos de convicción en etapa de investigación, peor aún en audiencias de medidas cautelares como la prisión preventiva.

En el sistema actual, como se ya explicó, tenemos dos tipos de jueces uno de garantías para la investigación preparatoria, quien vela por el respeto de las garantías procesales del imputado en la acciones investigativas, pero que asimismo también emite pronunciamiento respecto a medidas cautelares solicitadas, su actuación abarca todo el hemisferio del Expediente Fiscal; el otro juez, es el juez de conocimiento, quien luego de la actuación de los medios probatorios va a resolver el caso concreto en la etapa de juzgamiento.

Como se ha podido advertir, existen grandes diferencias en las configuraciones procesales del sistema inquisitivo y el sistema acusatorio; por lo tanto, no debe confundirse que en el Expediente Fiscal existe prueba, sino únicamente existen elementos cognitivos, en el Expediente Judicial es donde se producen y valoran las pruebas.

DISCUSIÓN

Esta actividad de verificación del *fumus delicti comissi* tendrá como fundamento la evaluación de los fundados y graves elementos de convicción, análisis que ha traído muchos cuestionamientos, toda vez que se ha podido verificar el sometimiento contradictorio de tales elementos de convicción, lo que, a todas luces, vulnera los principios procesales del sistema acusatorio que propugna el nuevo sistema procesal penal peruano.

El análisis inductivo de los elementos de convicción no puede significar una apreciación del contenido del elemento cognitivo, como si de una actividad probatoria se tratase, como sí es exigible en etapa de juicio oral, en el hemisferio del expediente judicial, sino que debe responder más bien una apreciación solo de la forma del elemento cognitivo, a una apreciación del contorno, de su envoltura, del ropaje que trae, no a su contenido, porque ello significaría que estaríamos haciendo un análisis como si fueran prueba, ello no puede ser así; porque estamos en una etapa distinta, la etapa de investigación preparatoria, que se corresponde con el hemisferio del expediente fiscal, por lo tanto en audiencia de prisión preventiva no podemos hablar de prueba.

Como hemos apreciado, en líneas precedentes, la prueba tiene todo un procedimiento, se pasan por cuatro fases de la prueba, el ofrecimiento, la admisión, la actuación y la valoración, estas cuatro fases se dan en determinadas etapas del proceso penal y en escenarios de dos hemisferios de expedientes distintos, el

hemisferio del expediente fiscal y el hemisferio del expediente judicial. El hemisferio del expediente judicial que abarca las etapas de las diligencias preliminares, investigación preparatoria y etapa intermedia; siendo que el hemisferio del expediente judicial abarca desde la etapa de juicio oral y las que continúan.

Así, tenemos que el ofrecimiento de los medios probatorios se da en la etapa intermedia, la misma que se ubica en el hemisferio del Expediente Fiscal, esta actividad le corresponde al Fiscal, a la parte imputada y demás partes procesales, quienes la materializan en el requerimiento acusatorio y en su escrito de absolución de la acusación respectivamente.

Entonces, teniendo en cuenta que la prisión preventiva se desenvuelve en escenario del hemisferio del Expediente Fiscal, en la etapa de investigación preparatoria, donde la naturaleza del elemento probatorio es informativa, donde su evolución es cuantitativa, porque es una recopilación de información, nos encontramos ante los elementos de convicción, en este estadio procesal no podemos hablar de prueba, porque ella se desenvuelve en otro hemisferio, en otra etapa procesal posterior como es el juicio oral, en las que previamente se ha seguido un ritual de las fases de la prueba, en la que para denominarse prueba debe haber evolucionado cualitativamente, sometándose a contradictorio el contenido del medio probatorio ante el juez de conocimiento para así alcanzar el estatus de prueba.

Distinto era con el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, que está enmarcado en el sistema inquisitivo, vigente aun en algunas Cortes Superiores de Justicia de la capital y en el resto del país con casos en liquidación, en la cual existe un Juez Instructor que realiza labor de investigación y no existe la división de hemisferios de expedientes como con el nuevo sistema procesal penal, solo existe el expediente judicial que es donde se recaban todas las acciones investigativas, y conforme a dichos elementos probatorios recabados por el Juez instructor se toma una decisión que resuelve el caso concreto, es decir se emite una decisión de fondo, emite una sentencia.

Mientras que, en el nuevo sistema procesal penal, el Juez de investigación no emite sentencias, no está facultado a pronunciarse sobre el fondo, y por excepción en el proceso especial de Terminación Anticipada emite una sentencia consensuada en la que solo se limita a aprobar el acuerdo de las partes, por lo tanto no realiza ningún tipo de valoración de medio probatorio alguno.

CONCLUSIONES

1. Evidenciamos la respuesta a la pregunta de investigación; si bien no se ha establecido, algún sistema de valoración de los elementos cognitivos para determinar la prisión preventiva, toda vez que tiene lugar en la etapa anterior al juicio oral, en esta etapa de juzgamiento donde normalmente se desarrolla la valoración de la prueba y conforme al sistema de la sana crítica previsto en el artículo 158 inciso 1) y el artículo 393 inciso 2) del Código Procesal Penal, el juez de juzgamiento puede decidir finalmente la condena o absolución del acusado con esos criterios. Pero no se pueden valorar pruebas que corroboren testimonios como señala el citado artículo, para imponer al imputado una medida coercitiva, puesto que sólo en esa etapa se aprecian elementos de convicción y no existe prueba alguna.
2. Por otro lado, los presupuestos que debe reunir el requerimiento acusatorio, para su admisión como medio prueba en etapa intermedia, son la pertinencia, la utilidad, la conducencia y la licitud; siendo que constituyen requisitos formales del elemento cognitivo, lo que denomino el **contorno**, la misma que significa la valoración solo del aspecto formal; es decir el ropaje, la envoltura de los elementos cognitivos y no del contenido, ni del fondo del asunto.
3. En tal sentido se establece que, en una audiencia de prisión preventiva, debe verificarse solamente el contorno del elemento cognitivo, no debe realizarse un análisis de su contenido, porque estamos en un hemisferio del Expediente

Fiscal, en un escenario No Probático, donde al analizar el contenido del elemento de convicción estaríamos trastocando los principios y garantías del debido proceso, entrando al análisis que corresponde a una etapa procesal posterior como es el juicio oral, con actuación de un juez distinto como lo es el Juez de juzgamiento.

4. La fase de admisión de los medios probatorios es una actividad que le corresponde al Juez de Garantías, quien luego de haber oído en debate a las partes procesales, decide qué elementos probatorios serán admitidas para la etapa de juicio oral. Las otras dos fases de la prueba, la actuación y la valoración probatoria, corresponden netamente a la etapa estelar del proceso -al juicio oral-, donde se desarrolla en un hemisferio del Expediente Judicial, en un escenario probático, donde será de competencia el Juez de Juzgamiento, un Juez diferente de la investigación, el director del proceso quien actuará como un tercero imparcial ante las partes, conforme al principio de imparcialidad.
5. Es en este escenario que se materializa la actuación probatoria, actividad procesal más importante de la etapa de juzgamiento, toda vez que, los elementos de convicción admitidos como medios probatorios se someten a contradicción, se pone en tela de juicio todo el contenido que guarda, actividad que corresponde a las partes procesales, en la cual se produce una evolución cualitativa de ellas; es decir, ese elemento de convicción admitido y actuado recién se transforma en prueba realmente.
6. La valoración probatoria, es la situación que representa la deducción lógica de las fases de la prueba, además es la actuación procesal previa a la culminación de la etapa de juzgamiento, donde permitirá al juez decidir con toda la prueba actuada, y conforme al sistema de valoración de la sana crítica, si decide condenar o no al encausado; es en esta fase donde recién se debe citar al artículo 158 inciso 1 del código adjetivo peruano.

7. Distinto el caso de los elementos de convicción, que son elementos probatorios de un escenario distinto al juicio oral, donde se da en la etapa de investigación preparatoria, en un hemisferio del Expediente Fiscal, donde únicamente existen elementos informativos, elementos de conocimientos que el código denomina elementos de convicción.
8. El alcance que ostentamos de los objetivos señalados es la no existencia de un sistema que valore los tres presupuestos materiales de la prisión preventiva señalados en el artículo 268 del Código Procesal Penal. No podemos valorar el contenido del elemento cognitivo, siendo que corresponde a la etapa de juicio oral, al trastocar ello, se vulnera el derecho de defensa, anticiparse al juicio oral y generar futuras nulidades, actos de perjuicios para el proceso e inidónea administración de justicia en el país.
9. No debemos ampararnos en el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 que señala, que la sospecha fuerte o vehemente se encuentra posterior al acto procesal de Auto de Enjuiciamiento; en ese sentido si continuáramos en ese perfil, estaríamos hablando que la medida cautelar de prisión preventiva se ubica en un escenario probático; es decir, en un hemisferio del Expediente Judicial, como ya hemos explicado en líneas precedentes, que la misma, se encuentra en un escenario no probático, en un hemisferio distinto que es el Expediente Fiscal; por lo tanto no se puede soslayar tal argumentación; aunado a ello, no se puede aplicar el mismo estándar para valorar los elementos de convicción y pruebas ya que lo primero último está construido y el segundo está consumado, estos elementos de convicción algún día se convertirán en prueba.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que mediante el Poder Legislativo se introduzca una incorporación normativa vía *lege ferenda* por cuanto la institución procesal penal Presupuestos materiales de la prisión preventiva establecidos en el Art. 268 del Código Procesal Penal, debe establecerse en la Audiencia un control valorativo cognitivo, por lo cual como propuesta de *lege ferenda*, se pueda instaurar en la norma procesal incorporando en el artículo 271° un inciso adicional que sería el inciso 5to del Código Procesal Penal Peruano, mediante la cual regule el parámetro valorativo para los elementos de convicción, que expresamente establecería: Artículo 271.- Audiencia y Resolución (inciso 5.) "El Juez de Investigación Preparatoria, en la Audiencia de Prisión Preventiva valorará cognitivamente los elementos de convicción desde el núcleo de su contorno a través de la aplicación de principios de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud". Cuyo fundamento descansaría en razón a los presupuestos de admisibilidad de los medios de pruebas o elementos de convicción en la etapa intermedia.
2. Se sugiere a las autoridades del Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Abogados y autoridades universitarias e instituciones involucradas en el Sistema de Justicia como el Ministerio de Justicia Defensoría Pública, Academia de la Magistratura, implementar eventos de capacitación, congresos, cursos, seminarios, talleres permanentes. al respecto, convocando a magistrados y eminentes juristas para dichos eventos, pues son de trascendencia, toda vez que una implementación normativa valorativa del elemento de convicción lo amerita.

FUENTES REFERENCIALES

Alcalá-Zamora. "La prueba civil", 2ª ed., Trad., Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1982, pp. 38 y ss.

Angulo, P. (2000). "*El Ministerio Público: orígenes, principios, misiones y facultades*", Lima. Editora Tarea, p. 166.

Asencio, J. (1987). "*La prisión provisional*". Madrid: Civitas, p. 110.

Benavente, H. (2011). "*La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*", Barcelona España Bosch Editor, p. 78-80.

Binder, A. (1999) "Introducción al Derecho Procesal Penal". p. 200.

Bovino, A. (1997), "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian, compiladores. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

Bustamante, R. (2015). "*El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*". Lima: Ara Editores, p. 264.

Calderón, A. (2011) "*El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis crítico*", Lima, Editorial San Marcos, p. 375.

Del Río, C. (2000) *Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo factico mediante recurso de nulidad*. Chile: Universidad Católica del Norte, p. 5.

- Gimeno, V. y otros (1992); *“El Nuevo Proceso Penal”*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80-81.
- Jauchen, E. (2002). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Llobet, J. (2016). *Prisión preventiva. Límites Constitucionales*. Editorial Grijley, Lima, pág. 27
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch.
- Mora, R. (2007). *La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio*. Bogotá: Editores Gráficos Colombia Ltda. pp. 68 – 72.
- Neyra, J. (2010). *“Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral”*, Lima: IDEMSA, p. 270.
- Nieva, J. (2017) *“Derecho Procesal. Proceso Penal”*. Madrid: Marcial Pons, pp. 287.
- Nieva, J. (2010) *La valoración de la prueba*. Editorial Marcial Pons. Madrid, pp. 52-65.
- Peña, A. (2020) *“Las medidas de coerción y la prisión preventiva en el proceso penal”*. Lima: Editorial Idemsa, pp. 109.
- Prado, V. (2016) *“Consecuencias Jurídicas. Giro punitivo y nuevo marco legal”*. Lima: Idemsa.

- Reyna, L. (2015) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Instituto Pacífico, Lima, p. 445.
- Rifa, J. y otros. (2010) “Estudios sobre Proceso Penal, Vol. I Actos de Investigación y Medios de Prueba en el Proceso Penal: Competencia, Objeto y Límites”, Madrid, España, Editora La Ley, 1ra Edición, pp. 142-143.
- Rodríguez, F. y Tuirán, J. (2011) artículo “*La eficacia de la prueba de ADN en el esclarecimiento de delitos en la ciudad de Barranquilla*”, en *Revistas Jurídicas CUC*, Vol. 7 Núm. 1: *Jurídicas CUC 2011*, Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla Colombia.
- San Martín, C. (2003) *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial Grijley. 2º edición. Lima, p. 901.
- Serra, D. (1969) “*Contribución al estudio de la prueba*” Barcelona: pp. 632. Talavera, P. (2017) “*La Prueba Penal*”, Lima: 1ra. Edición Pacifico Editores, pp. 19.
- Talavera, P. (2017) “*La Prueba, en el Nuevo Proceso Penal*”, Lima: II Edición de la Academia de la Magistratura – AMAG, 2009, pp. 108.
- Varela, C. (2012) *Valoración de la prueba*. 2º Reimpresión, 2º Edición, Editorial ASTREA. Buenos Aires, pp.154.
- Zavaleta, R. (2013). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, pp. 187.
- Trocker, N. (2001) “Nuevo artículo 111 de la Constitución, el proceso justo en materia civil, perfiles generales”. *Revista Trimestral de Derecho y Proceso Civil*. N° 2. Milán. Urquiza, J. (2000), “El principio de Legalidad”, Lima.

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 del XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Supremas, 17 de setiembre de 2019.

Casación N° 626-2013 Moquegua. Trigésimo Fundamento. Doctrina Jurisprudencial. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.