

Criterios para objetivar el *fumus comissi delicti* en la prisión preventiva

The ineffectiveness of the criminal definition of femicide in guaranteeing the security of the woman

RAÚL MARTÍNEZ DE LA CRUZ¹

Resumen. En el presente artículo el autor plantea, para establecer un estándar objetivo de *fumus comissi delicti* será necesario establecer un estándar, el de alta probabilidad, entendido en términos justificación tendiente a la verdad, para lo cual será necesario tener en cuenta algunos criterios objetivos como la correcta formulación de la hipótesis entre otros.

Palabras clave: Probabilidad, estándar, verosimilitud, hipótesis, justificación

Abstract. In this article, the author proposes, to establish an objective standard of *fumus comissi delicti*, it will be necessary to establish a standard, that of high probability, understood in terms of justification tending to the truth, for which it will be necessary to take into account some objective criteria such as the correct formulation of the hypothesis among others.

Keywords: Probability, standard, verosimilitude, hypothesis, justification

Sumario. 1. Introducción, 2. Prisión preventiva como medida cautelar: 2.1. Fundamentos de la necesidad de la prisión cautelar; 2.2. Principales fundamentos de la prisión preventiva; 3. Importancia de las categorías del delito en la determinación del primer presupuesto de la cautelar privativa; 4. Estructura del *fumus comissi delicti* y su estándar: 4.1. Estándar; 4.2. Estructura del primer presupuesto de la prisión preventiva; 4.3. Probabilidad como confirmación de una hipótesis; 4.4. Que probabilidad se requiere en la prisión preventiva; 4.5. La prisión preventiva y su estándar; 5. Conclusiones, 6. Bibliografía

¹ Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Asistente en Función Fiscal en el Distrito Fiscal Lima Sur-Villa el Salvador: delacruz-240393@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Para la concesión de la prisión preventiva, la Corte Suprema en sus decisiones 1-2017 y 1-2019, ha precisado que esta deberá verificarse en términos de sospecha grave y fundada. Ante lo cual, es imprescindible preguntarse, si esa sospecha es un estándar objetivo. Si la respuesta es afirmativa, cabe preguntarse cuáles son esos pasos o criterios que deberían seguir los jueces para decidir en base a esa sospecha. Si la respuesta es negativa, debería responderse, cuáles serían los requisitos para tener un estándar objetivo, sin embargo, esto se responderá de manera somera, dado que el eje principal sobre el que gira la presente investigación, es determinar si la sospecha grave y fundada es un criterio objetivo y válido para determinar el primer presupuesto; si la respuesta fuese negativa, se buscará establecer cual ese estándar y que criterios objetivos debería seguirse para determinar un estándar objetivo.

Cuando la suprema establece el supuesto estándar en base a la sospecha, no da las pautas ni criterios para llegar a ella, solo establece la meta, pero no el camino, dejando de esta manera abandonado al juez a su suerte, máxime si la sospecha es un concepto que está más relacionado con criterios altamente subjetivos.

Bajo lo anterior, en aras de contribuir a la ciencia procesal, es que la presente investigación está orientada a estudiar si se puede establecer un estándar que pueda orientar a decidir cuándo se está satisfecho el *fumus comissi delicti* en la PP.

Si remamos en torno a las sospechas, al juez se le deja decidir en base a la generalidad de decisiones que pueda tomar y en base a criterios subjetivos, porque la sospecha es esencialmente psíquica, pertenece a lo interno del juzgador, y por tanto convirtiendo a esta medida en arbitraria e irracional, porque las decisiones en el proceso penal no se resuelven teniendo en cuenta el grado de creencia del juez, sino en atención a las justificaciones, verificaciones, corroboraciones de elementos externos al tribunal, dado que los hechos en el derecho penal son producto de un acto comunicativo de una persona (entiéndase persona en sentido normativo), por lo que la existencia o no del primer elemento, no puede depender de lo interno del juzgador, sino a partir de elementos objetivos que comuniquen aquello, es decir el basamento de la decisión dependerá del grado de justificación de una hipótesis. No obstante, lo anterior, la existencia del primer elemento es imprescindible para la existencia de la medida, pero no es determinante para su dictación, en tanto en cuanto, es necesario también la presencia de los peligros (*periculum libertatis*).

2. PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Las principales teorías que fundamentan la cautelar preventiva, son esencialmente dos, las sustantivistas y las procesalistas (ARDILEZ ÁLVAREZ, 2013). Basarse en una de ellas será determinante para matizar los objetivos y fines, como

así también determinar los fundamentos de ésta. La primera engloba a las liberales y autoritarias, sin embargo, éstas en esencia determinan que la cautelar privativa es una pena, con la diferencia es que en la liberal ya rige la presunción de inocencia. La segunda teoría fundamenta que la medida in comento es esencialmente cautelar de carácter personal, postulando entre otros principios conocidos por la doctrina y la jurisprudencia, cabe precisar que esta última fundamenta sus elementos del proceso civil, pero con sus propias matizaciones.

1.1. Fundamento de la necesidad de la prisión cautelar

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

El interés de aplicar las medidas de coerción personal “es el de asegurar la presencia del imputado en los actos del proceso y eventualmente la de su disponibilidad para la ejecución de la condena” (LEONE, 1963, pág. 554). La limitación o la restricción a los derechos elementales como la libertad física o individual y su protección, encuentran su cimiento en las constituciones de los Estados, en los cuales “[...] tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente” (BOROWSKI, 2003, pág. 33), y asimismo, en los pactos internacionales de Derechos Humanos con carácter vinculante de los que el Estado es Parte.

Sin embargo, el proceso penal no solo implica derechos, a guisa de ejemplo, a partir de la denuncia sea verbal o escrita, o independientemente de la forma en que se tome conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, la fiscalía emprende a realizar diligencias y eso tiene apoyo de la Policía. Ante tal factum, ¿existe un deber que toda persona colaborar con la fiscalía, cuando es citado a declarar o cuando la fiscalía realice cualquier diligencia? En el proceso penal, existen roles especiales cuando existe vinculación de un sujeto (sujetos procesales) a un proceso penal, y es lo mismo en la etapa pre procesal (la investigación preliminar y la formalizada), solo especiales porque dicha vinculación nacería a partir de la notificación a una persona (artículo 66 del CPP) y una vez citado la persona adquiere una cualidad especial frente al orden jurídico procesal (o pre-procesal), sea este de imputado, tes-

tigo, perito, etc., y estos tienen el deber de contribuir con las diligencias cuando se les cite, porque de lo contrario el leviatán faculta en este caso en la fase preparatoria o preliminar al fiscal conducir compulsivamente a la declaración a un sujeto citado. No obstante, las investigaciones del titular de la acción penal (Ministerio Público) en los delitos o la Policía no tienen carácter jurisdiccional (art. IV, inciso 3 del T.P. C.P.P). Al no tener carácter jurisdiccional las decisiones de la fiscalía de una interpretación superficial no impregnan al parecer que los sujetos colaboren con las investigaciones que realice este. No obstante, los actos que realiza la fiscalía como persecutor del delito o cuando la policía ejecuta algún acto dispuesto por la fiscalía, encuentran su fundamento en las normas dadas por una autoridad que es el legislador, y “cuando la autoridad da las normas [...] procesales [...] quiere que estas sean cumplidas” (VON WRIGHT, 1970, pág. 27) por los sujetos procesales para que el proceso sea efectivo y eficaz. A partir de ello las normas procesales comunican que los sujetos deben cumplirlas. Ahora, el incumplimiento de las normas procesales, en cuanto al imputado, ¿tienen una consecuencia jurídica? ¿implican una sanción?, ¿Cuál es el tipo de sanción?

Al respecto, “quien sospecha va a ser investigado, o cuando ya es citado puede prevenir la imposición de las medidas de coerción personal presentándose voluntariamente” (MANZINI, 1952, pág. 554). Sin embargo, nada obsta, aún con colaboración del investigado, procesado o acusado, el magistrado a solicitud del Ministerio Público, “no tenga el deber de emitir igualmente las medidas de coerción que la ley permite” (MANZINI, 1952, pág. 555). Empero, en este último, la condicio sine qua non, para que el juez imponga las medidas de coerción, serán exigibles en mayor medida y rigurosidad tanto su fiabilidad, legalidad, utilidad, pertinencia de los medios de prueba o elementos de convicción que deberá aportar el Ministerio Público que cuando el sujeto no colabore. Sin embargo, para su concesión o no, en lo referido a su fundamentación, aplicación y en todos los efectos que pueda generar, será dentro del radio de acción permitida por la ley fundamental, una extralimitación por más mínima que sea no puede ser concebida en un Estado que garantiza la vigencia de su lex superior.

2.2. Principales fundamentos de la prisión preventiva

No se desarrollará todos los principios, sino solo aquellos importantes para el desarrollo de nuestro tema:

a) Legalidad

El sólo establecimiento de la limitación o restricción de los derechos esenciales mediante una ley no garantiza de por sí el respeto de los mismos, sino que la limi-

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

b) Justificación

Aquí no se habla de motivación, sino de justificación, dado que el concepto de motivación es vago y diseminado que se puede emplear bajo cualquier circunstancia, ello comunica que, los motivos son estados mentales, psíquicos, los que permiten sostener una tesis o tomar una decisión. En cambio las razones (justificación) son enunciados lingüísticos que sustentan y justifican una decisión, son premisas de un razonamiento (GUASTINI, 2017, pág. 29). Es decir, el juez al dar razones o argumentos está justificando por qué ha llegado a esa conclusión y no a otra. La justificación no es cualquier razón de una decisión, sino “razones lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad” (ATIENZA RODRIGUEZ, 2013, pág. 493). En la justificación no se expresa el inter mental que el juez haya recorrido para llegar a una decisión (concepción psicologista de la prueba), sino el resultado de ese proceso, basado en la verdad porque en ella se sustenta su validez. En tanto en cuanto es la justificación la que “permite la fundamentación y control de las decisiones tanto en derecho como en hecho” (FERRAJOLI, 1995, pág. 623).

Teniendo en cuenta lo señalado, el estándar y su justificación no está basada en el grado de conocimiento psicológico o en una gradación psicológica del juez con respecto al sujeto y el delito, sino en el grado de corroboración y fiabilidad de la imputación a partir de los elementos de convicción que lo corroboren, por ende, se necesita de datos epistémicos objetivos, racionalmente controlables que se acerquen a la verdad o estén orientadas a ésta sin llegar a ella. Que las decisiones se erijan en base a datos objetivos, se desprende del simple razonamiento toda vez que “los jueces no crean ninguna verdad” (FERRER BELTRAN & GONZÁLES LAGIER, 2022, pág. 15).

c) Jurisdiccionalidad

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

3 w . LA IMPORTANCIA DE LAS CATEGORÍAS DEL DELITO EN EL FUMUS COMISSI DELICTI

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

Para determinar la fiabilidad de un medio de prueba, elementos o prueba, es necesario hacer uso de la corriente epistemológica del empirismo, es decir el método de las ciencias nos ayudan a verificar la existencia empírica de ciertos sucesos. No obstante, en el proceso, la determinación de la responsabilidad o no de un sujeto, no sólo se limita a verificar el hecho y su atribución a alguien en términos de las ciencias naturales, sino será necesario utilizar las categorías propias “del deber ser”, teniendo en cuenta las instituciones penales se crean a partir de categorías del deber ser y no con las del ser (SALAZAR SÁNCHEZ, 2010).

En base a lo anterior, los elementos existentes deberán comunicar que se está exento de cuestiones que eliminan la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y en algunos casos es necesario que los elementos comuniquen que se está ante un hecho punible.

IV. ESTRUCTURA DEL FUMUS COMISSI DELICTI Y SU ESTÁNDAR

4.1. Estándar

El conocimiento del juez para decidir respecto de un factum y por ende para

determinar una consecuencia jurídica o una limitación, no puede estar dentro del exclusivo margen de discrecionalidad, más un si en el plano penal se analizan conductas humanas, lo que en esencia es complejo y variable, tampoco podemos confiar en su “experiencia personal, sino hay que hacer lo posible por estandarizarla y objetivarla, para alejarla en la mayor medida posible de los comunes errores de la falibilidad humana, que son igualmente falibles (NIEVA FENOLL, 2010, pág. 95)

Ante esta cuestión surge la necesidad de establecer qué es un estándar. Para Taruffo, cuando se habla de estándar, se trata de ofrecer al juzgador directrices precisas pero generales y flexibles que debe tener en cuenta en la valoración de la prueba para decidir su sentencia final en un caso particular (TARUFFO, 2008, pág. 137). Así también, además de ofrecer esos criterios o directrices, “constituyen una garantía para las partes, en el sentido que podrán conocer el umbral de suficiencia probatoria, en tanto adoptando sus estrategias para la defensa de sus intereses antes y durante el proceso” (FERRER BELTRAN J. , 2021, págs. 122-123).

Un estándar no sólo implica el fiel cumplimiento de determinados criterios objetivos, sino también es necesario “conocer cuál es el nivel necesario de corroboración exigido para dar por probado un hecho”. (FERRER BELTRÁN, 2016, pág. 218). Si una hipótesis ha sido justificada por las pruebas existentes en el proceso, pero surge la interrogante, si esa justificación es la necesaria y requerida para tomar una decisión, la respuesta es que esto dependerá del tipo de proceso. Si nos centramos en lo penal, no cualquier justificación se tiene en cuenta, sino aquellas corroboraciones que cumplen un determinado nivel de justificación en base a las pruebas, en tanto en el proceso penal conocer cuál es ese nivel de justificación es necesario para tener por cumplido o no un estándar. De lo anterior, para establecer lo indicado es necesario precisar dos cuestiones fundamentales, uno, cuál ese ese estándar y dos, qué criterios objetivos se tienen que tener en cuenta para llegar a ese estándar, los mismos que se desarrollaran más adelante.

4.2. Estructura del primer presupuesto de la prisión preventiva

En la doctrina mayoritaria se analizan dos elementos: 1) La apariencia de un hecho con carácter delictivo y 2) La autoría o participación de un individuo en el factum delictivo.

1) *La apariencia de un hecho con carácter delictivo*

Respecto este presupuesto, comúnmente se suele hablar de apariencia del ius, en términos equiparables a lo del campo civil, pero cabe preguntarse, en especial para la PP se ¿necesitará una mera apariencia con carácter delictivo? o ¿una verosimili-

tud o una probabilidad?

Desde el ramo civil, Calamandrei en 1984 refiere, el derecho en los procesos cautelares se limita a un juicio de probabilidades y de verosimilitud, que el proceso principal será declarado fundado a favor del peticionante (CALAMANDREI, 1984, pág. 77). Para Taruffo, lo anterior sería un equívoco, ya que el término alemán “Wahrscheinlichkeit”, tendría dos significados en la lengua alemana, los mismos serían probabilidad y verosimilitud. (MITIDIERO, 2018, pág. 210). Este panorama permite afirmar decididamente que estos términos no son iguales o sinónimos, presentan diferencias, hablar de uno o de otro como algo igual es quizá debido a la falta de claridad conceptual sobre los mismos (TARUFFO, 2011, pág. 503). Pasemos a desarrollar estos conceptos:

a. Verosimilitud

Verosimilitud es o tiende a ser un análisis prospectivo a partir de experiencias previas donde lo que normalmente ocurre (TARUFFO, 2011), conduce a decir que algo pueda ocurrir sobre lo que describe un enunciado, este puede ser falso o verdadero, pero no ofrecer elementos cognoscitivos para determinarlo.

b. Probabilidad

En cambio, el segundo, “conciene a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero o falso un enunciado. (TARUFFO, 2010, pág. 107). Por este término no se puede entender en el campo probatorio como algo que con seguridad vaya a ocurrir, sino debe entenderse, “un enunciado es “probablemente verdadero” porque existentes pruebas en el proceso las mismas dan las razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero” (TARUFFO, 2010, pág. 107).

La probabilidad de la verdad de un enunciado no es lo que puede ocurrir, sino, el grado de justificación brindada por las pruebas y la existencia de razones válidas para llegar a dicha conclusión.

Teniendo en cuenta los conceptos anteriores lo correcto es hablar de la probabilidad de un hecho con carácter delictivo: Pero surge la interrogante ¿cuándo un hecho es delictivo?, ¿Es lo mismo un hecho jurídicamente relevante que un hecho con carácter delictivo?

c. Hecho jurídicamente relevante

La mera unidad o sucesión de acontecimientos, no le importa al derecho, toda vez que, “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho” (TARUFFO, 2011, pág. 92), y que parte de hecho es lo que le interesa. Porque no todo hecho o acontecer no genera per se una consecuencia jurídica, en tanto es la norma jurídica es el que define y delimita los contornos, extrae el hecho en concreto de la ilimitada variabilidad e indeterminada de la realidad (TARUFFO, 2011). De manera general se puede afirmar, un hecho es relevante, en la medida que es un presupuesto fáctico requerido por la norma para generar una consecuencia.

d. El carácter delictivo

Un hecho será delictivo no por la simple causación de un resultado (responsabilidad objetiva), sino también por su atribución en el aspecto subjetivo a título de dolo o imprudencia (responsabilidad de autor (principio de culpabilidad art. VII del TP)), éste último porque uno o más hechos se “imputan” es decir se atribuye a un sujeto de haber defraudado la expectativa normativa mediante un acto comunicativo. Si bien el fiscal puede solicitar un requerimiento que no suple el aspecto subjetivo, no obstante, es tarea del juzgador verificar que los elementos con los que cuenta suple el aspecto subjetivo.

2) La intervención del sujeto en un hecho con carácter delictivo

Algunos autores, entre ellos San Martín, precisan sobre la intervención del sujeto, es necesario un elevado índice de verosimilitud o probabilidad (SAN MARTIN CASTRO, 2004, pág. 627). Ante esto, es menester preguntarse, si es correcto referirse y emplear de manera indiferente los términos apariencia, probabilidad o verosimilitud de la intervención.

La respuesta es que, resulta inapropiado utilizar ambos términos como sinónimos, para nosotros es más objetivo teóricamente hacer referencia a la probabilidad de la intervención de un sujeto en un hecho con carácter delictivo, y al mismo tiempo entiéndase a la concepción de probabilidad como grado de justificación orientado a la verdad o términos de verdad, esto ayudará a objetivar las decisiones de los órganos jurisdiccionales, en tanto estas sean más predictivas y menos subjetivas impredecibles.

4.3. Probabilidad como confirmación de una hipótesis

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

para una sentencia de condena o una cautelar.

Para confirmar una hipótesis es necesario desarrollar o satisfacer algunos criterios objetivos, aquí en este trabajo tomamos en cuenta lo desarrollado por Mitidiero (MITIDIERO, 2018), quien señala que para formular una hipótesis es necesario a) La formulación adecuada de una hipótesis, b) la individualización analítica de la prueba y c) la adecuada confrontación entre hipótesis con fines de no refutación.

a. Formulación de la hipótesis respecto al hecho delictivo

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

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

del magistrado del juicio, o dependiendo del juez del ínterin de proceso. La hipótesis de acusación no puede basarse en el convencimiento propio del fiscal porque su intelecto lo dicta, sino que este no tiene más opción que partir de los medios prueba introducidos legalmente al proceso, los mismos tienen que ser pertinentes, útiles, necesarios, para que el juez a partir de la sustentación verifique en qué medida resulta contrastada la hipótesis penal. Que estos criterios se cumplan, como se ha señalado no es deber propiamente del persecutor del delito, sino que es el deber del Magistrado verificar la presencia concatenada de estos.

El acontecer de un hecho tendrá que tener aparejada una consecuencia jurídica, y en nuestro caso una consecuencia penal, sino está presente la consecuencia o la posible consecuencia, y si no se llega a confirmar lo planteado como pretensión penal no tendría sentido hablar de hechos jurídico penalmente relevantes para un proceso ius penale.

b. Individualización analítica de las pruebas

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

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

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

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

(COFERRATA NORES, 1998).

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

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

c. Procedimiento de comprobación o aceptabilidad de una hipótesis

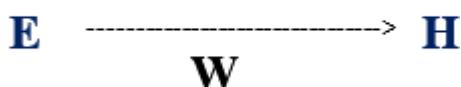
Una conjetura o hipótesis será aceptada si y solo si, ha sido confirmada por las pruebas existentes en el tiempo y modo en que se conoce el caso, y que al mismo tiempo las pruebas existentes no refuten dicha hipótesis aceptada.

1. Requisitos de confirmación

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

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

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



E: sería la premisa que podrá ser un indicio, declaraciones, prueba de ADN, etc., es decir, son las pruebas. En el caso de las medidas precautorias en términos la normativa procesal peruana vigente sería “elementos de convicción”.

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

H: Es la hipótesis que se quiere probar.

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

Como se ha visto del esquema indicado supra, mediante la inferencia “E” se conecta las pruebas y la hipótesis, y es a partir de ella que se determina la confirmación de la hipótesis, pero en determinados casos la confirmación que se requiere no resulta siendo satisfecha, por ejemplo, para la sentencia de condena no se quiere cualquier justificación sino aquello que justifique uno en grado de verdad.

Como se hizo referencia en líneas más arriba la inferencia puede estar fundada en leyes generales, métodos científicos, máximas de la experiencia entre otros, y con esto solo se garantiza la probabilidad de la hipótesis (GASCÓN ABELLÁN, 2010, pág. 160).

2. La elección de la hipótesis

Lo anterior no debe conllevar a concluir a primera vista, sólo bastaría la verificación de una hipótesis para dar por probado un enunciado o enunciados

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

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

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

4.4. Qué probabilidad se requiere en la prisión preventiva

Desde la postura que se está argumentando, hablar en términos de sospecha no es un estándar objetivo, ya que no existe método para cuantificar aquello, por eso la Corte peruana no da el método para alcanzar a dicho objetivo y, además la sospecha es un término bastante difuso.

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

Cuando se hace referencia a la alta probabilidad quiere decir, que en el momento y el lugar donde esté el fiscal y cuando solicite la pretensión cautelar, tiene que existir los elementos objetivos (declaraciones, pericias, visualización de videos, indicios, documentos, etc.) que justifiquen la hipótesis de autoría o participación, y que sea atribuible a la conducta de la persona (persona en sentido normativo). Y, que estos elementos comuniquen que llegado el momento (cuando sea formulado) se va a pasar el control de acusación (la justificación debe formar en el aspecto cognitivo del juzgador que se pasará en un futuro el control de acusación), es decir los medios de prueba o los elementos de convicción deberán tener suficiente

entidad para justificar una pretensión y que conlleve a decidir fundamentamente.

La alta probabilidad de la comisión o intervención en un hecho y atribuible a una conducta, deberá entenderse como justificación de una hipótesis sobre la misma, a partir de los elementos probatorios existentes. La hipótesis a aceptar deberá tener suficiente soporte de los elementos de juicio disponibles, y justifique que estamos ante una conducta de un injusto culpable.

4.5. La prisión preventiva y su estándar

Habiendo desarrollado algunos conceptos y teorías, corresponde determinar, cuál ese ese estándar y los criterios objetivos aplicados al *fumus comissi delicti*:

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

Para plantear un estándar, es necesario que estén presentes dos cuestiones indelible, primero precisar que probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera o justificada y segundo, establecer cuáles son esos criterios que se debe seguir para llegar a ella, siendo así, desde nuestra perspectiva planteamos que:

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

El estar propugnado será del de alta probabilidad, el que estará entre los límites más que lo requerido que la probabilidad prevalente del ramo civil, pero menos de la verdad probada que produce certeza en la mente del juez.

Para llegar al estándar planteado es necesario que existan criterios objetivos, para tal efecto, basándonos en Mitidiero consideramos que se deberá tener en cuenta:

b) *Criterios objetivos que el juez deberá verificar:*

1. La presencia de una hipótesis adecuada

Planteada por el ente persecutor, ante lo cual el juzgador deberá verificar que ésta

1.1. Deberá estar formulada sobre un hecho jurídico-penalmente relevante.

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

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

1.2. La hipótesis debe estar fundada en los medios de prueba o las pruebas existentes

Es decir, estos deberán aportar el conocimiento que se está en un hecho jurídico penalmente relevante; la relevancia de la conducta se determinará a partir a partir de las informaciones que transmiten los medios de prueba existentes al momento de evaluar el objeto de estudio, dado que sólo estos deben brindar de manera inmediata esos conocimientos, el juez no puede determinar si la conducta es relevante en base a meras presunciones.

2. Individualización atómica de los medios de prueba

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

3. Procedimiento para comprobar la aceptabilidad de la hipótesis:

Para afirmar que el *fumus comissi delicti* está siendo confirmada, es necesario que exista una relación causal entre los medios de prueba o las pruebas y la hipótesis (MITIDIERO, 2018, pág. 225). El grado de su confirmación dependerá de la cantidad y calidad de los medios de pruebas existentes, el número de cadena des inferencias, la fiabilidad de los medios de prueba. Aunque debe señalarse, en algunos casos una sola prueba o un solo elemento de convicción podría ser suficiente para tener por fundada una hipótesis.

4. Elección de la hipótesis:

Se tendrá por justificada la hipótesis de la existencia del *fumus comissi delicti* cuando ésta no es derriba por otras hipótesis existentes que comuniquen que el caso no es delito, formuladas en base a otros medios de prueba. Aquí no se puede exigir que la hipótesis pronostique otras pruebas futuras o medios de prueba y que derribe una futura hipótesis, porque aquí no se busca obtener o arribar a la verdad, pero si perseguir esa dirección.

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

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

una conducta no le interese al derecho penal, y por ende rechazar la pretensión cautelar del fiscal, de plano.

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

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

5. CONCLUSIONES

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

tutela cautelar no solo le concierne la sola existencia de un resultado causal sino también informaciones que tal conducta esté dentro del principio de culpabilidad, pues solo será atribuible a un sujeto una conducta realiza bajo su libertad limitada.

6. Las instituciones, conceptos y términos en toda ciencia cada vez son más unidimensionales, lo mismo es necesario buscar en el campo procesal penal, como es el caso de probabilidad y verosimilitud, donde por probabilidad deben entenderse como justificación orientada a la verdad, y verosimilitud como lo que normalmente sucede, pero no siempre es reconducible a la verdad.
7. El artículo 268 del CP, no hace referencia a que los graves y fundados elementos de convicción se refieran a hechos sin relevancia jurídica, sino a que estos hechos sean razonablemente delitos, es decir sus elementos sean concurrentes en alguna medida o la existencia de sus categorías se puede establecer a partir de los elementos objetivos presentados por el fiscal, es decir los medios de prueba deben tener suficiente entidad de brindar información sobre aquello con cierto grado de justificación.
8. La justificación de una hipótesis de la intervención o participación de un sujeto solo tendrá verificado el primero elemento y no quiere decir prima facie, se tenga por concedida una tutela cautelar pues esto dependerá si se presenta el periculum libertatis.
9. El estándar requerido será la justificación en términos de alta probabilidad, y, pero ello el juez deberá verificar si las pretensiones cautelares cumplan con ciertos criterios.
10. Es cierto que la fiabilidad de una conjetura se determina a partir de las categorías propias del ser, mediante ciertos criterios epistémicos, esto es fundamental pero no determinante para tomar una decisión en el espacio penal, porque en el proceso se analizan ciertas categorías del delito y para su valoración es necesario imbuirse también de las categorías del deber ser.
11. Se propone que a futuro de lege ferenda el término razonablemente se cambie, con el término de alta probabilidad, de tal manera, quedaría establecida: “Que existan graves y fundados elementos de convicción para estimar con alta probabilidad la comisión de un delito que vincule al autor o partícipe del mismo”.

6. . BIBLIOGRAFÍA

Ardilez Alvarez E. (2013). La naturaleza de la prisión preventiva en torno al problema de la presunción de inocencia. 15. Recuperado el 12 de Febrero de 2019, de https://www.academia.edu/29590830/LA_NATURALEZA_DE_LA_PRISIO_N_PREVENTIVA_ENTORNO_AL_PROBLEMA_DE_LA_PRESUNCIO_N_INOCENCIA_2013_

- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. España: Trotta.
- Borowsky, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Perú: Cordillera S.A.C.
- Brasileiro de Lima, R. (2019). *Manual de Processo Penal* (Séptima ed., Vol. Único). Valinhos, Brazil: Jus Podivm.
- Calamandrei, P. (1984). *Providencias cautelares*. (S. SENTIS MELENDO, Trad.) Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Claus, R., & Bernd, S. (2019). *Derecho Procesal Penal* (29 ed.). (M. F. AMORETTI, & D. N. ROLON, Trads.) München, Alemania: Didot.
- Coferrata, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Con especial referencia a ley 23.984 (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. (A. I. PERFECTO, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer J., & Gonzales Lagier, D. &. (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación(México).
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2017). *Teoría Analítica del Derecho*. (C. MORENO MORE, Trad.) Lima: zela.
- Leone, Y. (1963). *Tratado de Derecho Procesal Penal. II desenvolvimiento del proceso penal*. (S. SENTIS MELENDO, Trad.) Buenos Aires, Argentina.
- Manzini, V. (1952). *Tratado de Derecho Procesal Penal(Tomo III)*. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa -América.
- Mitidiero, D. (2018). *Cognición sumaria, probabilidad y prueba en la anticipación de tutela*. En G. PRIORI POSADA, *Prueba en el proceso. Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*

(Primera ed., págs. 205-224). Lima: Palestra.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

San Martín Castro, C. (2004). La privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Sorza Cepeda, F. A. (2021). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Quaestio facti*, 39-66. Recuperado el 21 de 03 de 2021, de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22463/26273>

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. MARÍQUEZ, & J. FERRER BELTRÁN, Trads.) Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo M. (2010). *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. (D. ACCATINO SCAGLIOTTI, Trad.) Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (Cuarta ed.). (J. FERRER BELTRAN, Trad.) Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Lima: Zela.

Uriarte Valiente, L.; Farto Play, T. (2018). *Proceso penal Español: Jurisprudencia actualizada* (Segunda ed.). Madrid: La ley.

Von Wright G. H. (1970). *Norma y Acción: Una investigación Lógica*. (P. GARCIA FERRERO, Trad.) Madrid, España: Tecnos. S.A.

