

arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsión y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del thema probandum y la responsabilidad del recurrente.

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el Ad quem no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito, por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente; y la falta de motivación de sentencia.

II. CASARON la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo

ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M., y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva; y,

III. NULA la citada sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-.

IV. ORDENARON que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; y,

V. ORDENARON: la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huarí para su excarcelación.

VI. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia.

VII. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia.

VIII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

IX. PUBLICAR en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1349207-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 626-2013 MOQUEGUA

Sumilla: Establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva.

Lima, treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio

calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES:

Primero. Por disposición del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo. Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veinticuatro, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

Cuarto. Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil trece, que se registra a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas trescientos treinta y ocho–, que fue concedido por resolución del trece de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del cinco de septiembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

Séptimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día catorce de julio de dos mil catorce, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del cinco de septiembre de dos mil catorce –calificación de casación–, obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal,

modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil setenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso. ii) Para la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo. Se imputa al investigado que: i) Entre las veintinueve horas del dieciséis de septiembre de dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. ii) Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a inferirle las heridas punzopunzantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. iii) Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola–, ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de mano reflejados en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. iv) Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex enamorado de la agraviada –siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre de dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores–; se negaba a terminar la relación bajo amenazas de “quitarse la vida” y de “contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores” y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero. El Fiscal Provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar, ni domiciliario, al no existir evidencia documental que advierta lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud del daño causado, pues quitó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la forma como se realizó, no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A) En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que estos se corroboran con los elementos de

convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistentes en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el día dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El primer elemento de convicción: informe número cero cero seis-dos mil once-LQM/CONTABILIDAD/I. E. T. P. "JCM". ii) Segundo, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. iii) Tercero, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatino Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él. iv) Cuarto, la declaración de Diana Pamela Aucatino López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto de dos mil once. El ocho de septiembre de dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaría de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y tembloroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado. v) Quinto, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre de dos mil once él la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado diecisiete. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. vi) Sexto, La declaración de Nely Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. vii) Séptimo, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle "a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani". Cuando se vieron y la quiso abrazar ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque sabía que había mantenido relaciones sexuales con el deponente, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. viii) Octavo, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condicionó para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. ix) Noveno, la declaración de Carlos Tumbalobos Reaño, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. x) Décimo, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el instituto hasta la intersección

formada de la avenida Balta y calle Ancash. xi) Décimo primero, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. xii) Décimo segundo, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. xiii) Décimo tercero, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de sangre. xiv) Décimo cuarto, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. xv) Décimo quinto, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. xvi) Décimo sexto, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. xvii) Décimo séptimo, la pericia de biología forense. xviii) Décimo octavo, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. xx) Vigésimo, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. xxi) Vigésimo primero, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatino López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos rojos, como si no hubiera dormido. xxii) Vigésimo segundo, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuella, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. xxiii) Vigésimo tercero, el informe número doscientos noventa y siete-dos mil once-XI-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. xxiv) Vigésimo cuarto, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. xxv) Vigésimo quinto, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. xxvi) Vigésimo sexto, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. xxvii) Vigésimo séptimo, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. xxviii) Vigésimo octavo, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece-RPS-DIRTEARE. xxix) Vigésimo noveno, el informe policial número ciento veinticuatro-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTE-MOQ/DIVICAJ. xxx) Trigesimo, el perfil criminológico contenido en la evaluación psicológica, que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. xxxi) Trigesimo primero, el acta de inspección técnico policial. xxxii) Trigesimo segundo, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFRICRI. xxxiii) Trigesimo tercero, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. xxxiv) Trigesimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. xxxv) Trigesimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. xxxvi) Trigesimo sexto, la ampliación de declaración del imputado.

B) Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C) Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que "por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y Fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses".

Quinto. En su recurso de apelación la defensa del imputado alegó que: i) Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad. ii) Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba. iii) El Juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginados por el Ministerio Público, basadas en testimoniales sin valor y contradictorias; sin considerar la prueba directa e incontestable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción que determine la responsabilidad penal. iv) Quienes crían gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la "teoría del gallo" no tendría mayor valor. v) No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

Sexto. En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre de dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: i) La defensa señaló que el Fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el Fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el Fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el Juez no lo tomó en cuenta. ii) El Fiscal relató los hechos, además, indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo, por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". iii) En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia, indicando que ha estado en todas las citaciones, no ha huido a ningún lugar.

Séptimo. El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

A) Sobre los elementos de convicción, que: i) Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre de dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura cervical, laceración cardíaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. ii) Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. iii) El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundantes restos de sangres, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. iv) Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a agraviada e imputado el dieciséis de septiembre de dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona que vio a la víctima antes de su desaparición, aún cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, al leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado habría dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre de dos mil once. Como indicios de personalidad, la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y "se puso como loco diciendo que se quería matar", asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta, obsesivo, compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. v) Estos actos vinculan al imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de

cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. vi) En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. vii) Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión del delito, con un alto grado de probabilidad, estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: i) El a quo estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. ii) Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. iii) El arraigo no fue materia de pronunciamiento por el a quo, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inco Servicios e IST José Carlos Mariátegui. iv) La investigación data del diecisiete de septiembre de dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre de dos mil trece. El diecinueve de septiembre de dos mil once el imputado declaró, a dos días de ocurridos los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo de dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once, sin desdén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en esta oportunidad? v) Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.

Octavo. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que: i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron las instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. ii) La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo suplió y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los petitorios, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el Juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. iii) El voto en mayoría indicó que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el Juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial, señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. iv) La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. v) Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios

acusatorio, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno. La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero. El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

A) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

B) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

C) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Décimo cuarto. Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento del peligro procesal.

4. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto. El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, intermediación, contradicción y publicidad.

Décimo sexto. Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradictorios que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculador, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamoya Hilaes, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecha en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales¹.

¹ PÁSARA, Luis. "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo". En: *Due Process of Law Foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of Law Foundation, Washington, D.C., 2013, p. 27. Disponible en: <<http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina->>.*

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad². Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos³. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad⁴ de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria⁵; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal⁶, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco⁷.

Vigésimo noveno. Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*⁸.

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que 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 Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximientes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco

del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)⁹, uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Trigésimo segundo. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una

² Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos-dos mil trece-MP-FN (Actuación Fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

³ En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Límites constitucionales. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp.155 y 156.

⁴ La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Segunda edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal. Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

⁶ Como señala Asencio Mellado, el *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (...) No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes. ASENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 513.

⁷ La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

⁸ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ara, Lima, 2008, p. 47.

⁹ Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad de autor.

pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.

Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez. vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmüller vs. Austria e Imre vs. Hungría.

Trigésimo quinto. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo. ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas¹⁰. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC¹¹, señaló que la posesión de bienes generaba arraigo¹², de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo. Como señala Del Río Labarthe¹³ estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro

de fuga.

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

Cuadragésimo cuarto. En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga¹⁴.

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva¹⁵, lo que es inaceptable en una medida

¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. La prisión provisional. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.

¹¹ STC EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, caso Silva Checa, del 12.08.02.

¹² La STC EXP. N.º 5490-2007-HC/TC, caso Rodríguez Domínguez, de 27.11.07, expresó que el Juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponerse al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país.

¹³ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: HURTADO POZO, José (Director). Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 112.

¹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., p. 58.

¹⁵ ASENSIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Tesis presentada a la Universitat d'Alacant, para optar el grado académico de Doctor. Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483>.

cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo¹⁶.

Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc.¹⁷

Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido¹⁸, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

Quincuagésimo quinto. En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el Fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola– ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto. Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos, debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertenencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos

mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva¹⁹ o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno. El Fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo. La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo que, correspondía al Juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. El hecho que el Juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el Juez y era de conocimiento del Fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

¹⁶ Criticando la STC 0791-2002-PHC/TC, vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 115. También: ASENSIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Ob. cit., p. 113.

¹⁷ Vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., pp. 59 y 60; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Rhodas, Lima, p. 716, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge. "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva". En: Urquiza Videla, Gustavo y Peña Suasnabar, Jony (coordinadores). Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el EXP. N.º 03075-2010-PHC/TC señaló que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo del 2010 a horas 08:30 am, pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Gineco Obstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 am, dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.

¹⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 59.

¹⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada. Idemsa, Lima, 2006, p. 44.

Sexagésimo primero. El otro agravio del Fiscal se sustenta en que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", por lo que la Sala consideró que no habría peligro de obstaculización probatoria, pero esto no fue alegado por la defensa del imputado, de ahí que oficiosamente obtuvo información del expediente judicial.

Sexagésimo segundo. Si bien la defensa no expresó la falta de peligro de obstaculización probatoria, en la audiencia el imputado pidió expresamente que se tenga en cuenta que asistió a todas las citaciones, compitiéndole al Juez verificarlo, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho ni principio como se indicó, especialmente si el Fiscal tuvo la oportunidad de controvertirlo y no lo hizo.

8.2. Sobre la motivación del requerimiento de prisión preventiva

Sexagésimo tercero. El Fiscal Provincial en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal, conforme se advierte del considerando tercero de la presente resolución. Vulnerándose el artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal que establece que los requerimientos deben ser motivados fáctica y jurídicamente.

Sexagésimo cuarto. Al declararse fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano Fiscal no restringe derechos fundamentales, si requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.

Sexagésimo quinto. Como señala el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. En ese sentido, los vicios hallados en las resoluciones cuestionadas tienen directa vinculación con el requerimiento del Fiscal, por lo que deben acarrear tal consecuencia para ambos y emitirse un nuevo pedido Fiscal y sustentarse en una nueva audiencia, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente –inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal–.

Sexagésimo sexto. A su vez, el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme se advierte del considerando cuarto de la presente, similarmente redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación.

Sexagésimo séptimo. La Sala Penal no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado de modificar la escena del crimen, tratando de confundir un caso de homicidio calificado con uno de violación sexual, que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena.

Sexagésimo octavo. Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.

Sexagésimo noveno. Esto implica una motivación aparente de la resolución (que se presenta cuanto la resolución no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, intentando dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico), toda vez que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, y por ello el Juez de la Investigación Preparatoria no indicó en qué consistiría la posible obstrucción probatoria; vulnerando de esta forma la motivación de las resoluciones señalado en los considerandos anteriores, específicamente, lo previsto en el artículo doscientos setenta y uno, inciso tres, del Código Procesal Penal que señala: "El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes".

Septuagésimo. No obstante estar fuera de lugar la alegaciones de la Fiscalía casacionista, la Sala de Apelaciones

al resolver, no tomó en cuenta todas las infracciones a la motivación reseñadas, por lo que no correspondía una resolución revocando o confirmando la medida, sino una anulándola y mandando que se realice de nuevo la audiencia de primera instancia.

Septuagésimo primero. Esta medida cautelar exige una especial fundamentación, que justifique pormenorizadamente su adopción, lo que se logra con el método de audiencia desarrollado.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres y la resolución de primera instancia del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas doscientos veintiséis.

II. ORDENARON que otro Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías conforme a la parte considerativa.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo séptimo al vigésimo noveno, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo noveno, cuatragésimo, cuatragésimo tercero, cuatragésimo octavo al quincuagésimo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo octavo de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

J-1349207-2