

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES**



TESIS

**Discusión dogmática penal para debatir argumentos de tipicidad en la
audiencia de prisión preventiva.**

**Presentada para optar el Grado Académico de Maestra en Derecho con
Mención en Ciencias Penales.**

Investigadora:

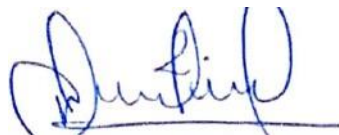
Victoria De La Cruz López

Asesor:

Dr. Freddy Widdmar Hernández Rengifo


Lambayeque, 2024

Discusión dogmática penal para debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.



Bach. Victoria De La Cruz López

Autor

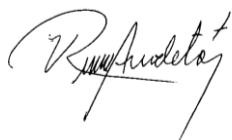


Dr. Freddy Widdmar Hernández Rengifo

Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: Maestra en Derecho con Mención en Ciencias Penales.

Aprobado por:



Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

Presidente del jurado



Mag. Leopoldo Yzquierdo Hernández

Secretario del jurado



Mag. Mary Isabel Colina Moreno

Vocal del jurado

Lambayeque, 2024

Resultado del informe de similitud

DISCUSION DOGMATICA PENAL PARA DEBATIR ARGUMENTOS DE TIPICIDAD EN LA AUDIENCIA DE PRISION PREVENTIVA

INFORME DE ORIGINALIDAD

8%

INDICE DE SIMILITUD

8%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

repositorio.uss.edu.pe

Fuente de Internet

1%

2

doku.pub

Fuente de Internet

1%

3

Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Trabajo del estudiante

1%

4

lpderecho.pe

Fuente de Internet

1%

5

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

6

ebin.pub

Fuente de Internet

<1%

7

repositorio.unprg.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

8

repositorio.udch.edu.pe

Fuente de Internet

<1%




Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Victoria De La Cruz Lopez
Título del ejercicio: Maestrías y Doctorados
Título de la entrega: DISCUSION DOGMATICA PENAL PARA DEBATIR ARGUMENTO...
Nombre del archivo: VICTORIA_DE_LA_CRUZ_LOPEZ._Tesis.docx
Tamaño del archivo: 332.83K
Total páginas: 92
Total de palabras: 22,516
Total de caracteres: 119,577
Fecha de entrega: 09-feb.-2023 12:22p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2010207669

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES



TESIS
"DISCUSION DOGMATICA PENAL PARA DEBATIR ARGUMENTOS DE
TIPICIDAD EN LA AUMENCIA DE PRISION PREVENTIVA"

Investigadora:
Victoria De La Cruz López

Asesor:
Dr. Freddy Widdmar Hernández Rengifo

Lambayeque, 2023

Acta de sustentación (copia)

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

138

Siendo las 12:00 pm horas del día VIERNES 05 de ABRIL del año Dos Mil VEINTICUATRO

, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 836-2022-EP de fecha 16-08-2022, conformado por:

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERNEIRO PRESIDENTE (A)
Dr. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ SECRETARIO (A)
Mg. MARY ISABEL COLINA MORENO VOCAL
Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada "DISCUSIÓN DOGMÁTICA PENAL PARA DEBATIR ARGUMENTOS DE TIPICIDAD EN LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA".

presentado por el (la) Tesista VICTORIA DE LA CRUZ LOPEZ



sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 246-2024-IEPG de fecha 01 ABRIL DEL 2024

El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 17 puntos que equivale al calificativo de BUENO.

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de:

MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.

Siendo las 13.15 pm horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.


 PRESIDENTE

 VOCAL


 SECRETARIO

 ASESOR

Declaración jurada de originalidad**CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS**

Yo, Dr. Freddy Widdmar Hernández Rengifo, asesor de tesis, revisor del trabajo de investigación de la tesista Bach. Victoria De La Cruz López, titulada, "DISCUSION DOGMATICA PENAL PARA DEBATIR ARGUMENTOS DE TIPICIDAD EN LA AUDIENCIA DE PRISION PREVENTIVA" Luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 8% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

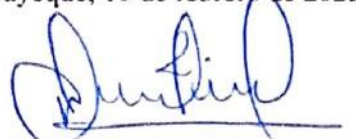
El suscrito analizó dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituye plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.



Freddy Widdmar Hernández Rengifo

ASESOR

Lambayeque, 10 de febrero de 2023.



Victoria De La Cruz López

DNI:47269958

TESISTA

Dedicatoria

La presente investigación va dedicada a mi esposo e hijos quienes día a día inspiran el afán de crecimiento profesional y superación, a mis padres por su apoyo a lo largo de mi vida.

Agradecimiento

A mis maestros, quienes han compartido su conocimiento, a mi asesor de tesis, por su apoyo invaluable para el desarrollo de la presente investigación

Índice General

Acta de sustentación (copia)	Error! Bookmark not defined.
Declaración jurada de originalidad	VI
Dedicatoria	VII
Agradecimiento	VIII
Índice General.....	IX
Índice de Tablas	XI
Índice de Figuras.....	XII
Índice de Anexos	XII
Resumen	XIII
Abstract.....	XIV
Introducción.....	1
Capítulo I	5
Diseño Teórico.....	5
1.1. Antecedentes	6
1.2. La Tipicidad.....	11
Tipo o injusto penal.....	13
1.3. Prisión preventiva.....	15
1.4. Bases conceptuales	27
1.4.1. Teoría de medidas de coerción procesal	27
1.4.2. Teoría de los derechos fundamentales	28
1.4.3. Principios	30
Capítulo II.....	44
Diseño Metodológico	44
2.1. Diseño de Contrastación de hipótesis.	45
2.2. Población y Muestra.	45
2.3. Técnicas, Instrumentos, Equipos y Materiales.	46
Capítulo III	47
Resultados y discusión de los resultados	47
3.1. Resultados.....	48
3.2. Discusión de resultados	58
3.3. Propuesta de intervención	61
Capítulo IV.....	64

Conclusiones.....	64
Referencias	67
Anexos	71

Índice de Tablas

Tabla 1: Los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva	48
Tabla 2: Existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva	49
Tabla 3: En la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado. .	50
Tabla 4: La falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso.....	51
Tabla 5: De acuerdo a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente.	52
Tabla 6: Es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada. .	53
Tabla 7: Cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva.	54
Tabla 8: Se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito.	55
Tabla 9: De su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva.	56
Tabla 10: Reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea.	57

Índice de Figuras

Figura 1: Los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva	48
Figura 2: Existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.	49
Figura 3: En la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado.	50
Figura 4: La falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso. ..	51
Figura 5: De acuerdo a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente.	52
Figura 6: Es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada.	53
Figura 7: Cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva.	54
Figura 8: Se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito.	55
Figura 9: De su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva.	56
Figura 10: Reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea.	57

Índice de Anexos

Anexo 1: Datos Básicos del Problema.	71
Anexo 2: Formato de Tabulación de Datos.	78
Anexo 3: Instrumentos de Recolección de Datos.	79

Resumen

Se ha tenido a bien tener como objetivo general Determinar los fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva. Considerando como hipótesis: Si, existen fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, entonces, es necesario una solución legislativa que la regule. Se utilizó el tipo de investigación cualitativa y cuantitativa en el nivel propositivo, el diseño fue “no experimental”, debido a que la recopilación de datos se realizó con la aplicación de cuestionarios a la muestra escogida con el propósito de corroborar la hipótesis planteada.

Se utilizó la técnica documental, para lo cual se utilizó como instrumento las fichas textuales, de resumen y bibliográficas. El análisis de datos recopilados con la encuesta se realizó utilizando el programa Excel para tabular los datos y realizar su respectivo procesamiento y posterior análisis mediante diagramas de torta con la finalidad poder demostrar y validar la hipótesis.

En este orden de ideas, se pretende demostrar la importancia de realizar un cambio en nuestra legislación procesal penal respecto de la prisión preventiva cuando se advierta probabilidad de atipicidad del delito y así evitar barreras sustentadas en criterios jurisprudenciales, de los cuales se tiene en ambos sentidos, los que aceptan y lo que no dicha discusión en audiencia.

De esta forma la propuesta es objetiva en el ámbito procesal penal, permitiendo aportar una solución efectiva a la problemática planteada y evitar cuestionamientos, toda vez que, al incluirse el debate de argumentos de tipicidad durante la audiencia de dicha medida mediante una reforma legal, quedaría zanjada tal disyuntiva.

Palabras claves: prisión preventiva, tipicidad, audiencia, criterios jurisprudenciales.

Abstract

It has been good to have as a general objective to determine the legal grounds that justify debating arguments of criminality in the pretrial detention hearing. Considering as a hypothesis: Yes, there are legal grounds that justify debating criminality arguments in the pretrial detention hearing, then a legislative solution is necessary to regulate it. The type of qualitative and quantitative research was used at the purposeful level, the design was "nonexperimental", because the data collection was carried out with the application of questionnaires to the chosen sample with the purpose of corroborating the proposed hypothesis.

The documentary technique was used, for which the textual, summary and bibliographic records were used as an instrument. The analysis of data collected with the survey was carried out using the Excel program to tabulate the data and perform its respective processing and subsequent analysis using pie diagrams in order to demonstrate and validate the hypothesis.

In this order of ideas, it is intended to demonstrate the importance of making a change in our criminal procedure legislation regarding preventive prison when a probability of atypicality of the crime is noticed and thus avoid barriers based on jurisprudential criteria, of which it is held in both directions, those who accept and what not said discussion in audience.

In this way, the proposal is objective in the criminal procedural field, allowing an effective solution to be provided to the problem raised and avoiding questioning, since by including the debate on criminality arguments during the hearing of said measure through a legal reform, such dilemma.

Keywords: preventive detention, typicality, hearing, jurisprudential criteria.

Introducción

El aumento frecuente de incidencia criminal en el país, genera zozobra en la sociedad y genera que el Estado y las normas se tornen más represivas, se adopta una política criminal que se ciega ante los índices de personas que viven privados de su libertad sin tener aún una situación jurídica definida. La sociedad exige justicia, pero la misma debe ser proporcionada para todos en equilibrio y en el marco de un debido proceso.

Uno de los mecanismos más represivos, hoy en boga es una medida de coerción personal, cuya esencia ha sido desbordada al aplicarse de forma frecuente, dejando de lado la objetividad en su análisis antes de ser aplicada, se ve a los investigados ya como personas culpables, como personas que deben permanecer en la sombra, privados de su libertad lo antes posible, para librar a la sociedad de sus actos.

Adoptar una política represiva, incrementar las penas, sancionar cada vez más determinadas conductas no se traduce en un menor índice de incidencia criminal, al contrario genera zozobra porque no existe una seguridad jurídica de que los derechos sean garantizados debidamente.

Ahora bien, en el ámbito procesal, esta política represiva se refleja, en el momento en que el órgano facultado para acusar, opta por el pedido de reprimir al investigado y mantenerlo tras las rejas, aun cuando puede no tener la suficiente certeza de hallar los medios probatorios suficientes para que se le sentencie. Es evidente, que la decisión no recae en el órgano persecutor del delito, pero sí en el juzgador, quien debe ser imparcial y no contaminarse con circunstancias ajenas al proceso, debe evaluar los hechos presentados por el fiscal y las evidencias que vinculan los hechos con el investigado, que permitan inferir que en un futuro mediato será condenado.

De ser así, las decisiones en segunda instancia deberían confirmar la medida aplicada por el juez, pero el panorama tampoco es así, de lo cual se infiere que hay fallas no solo en quien solicita la medida de coerción personal sino también en quien decide aplicarla. Que es lo que falla, representaría un estudio muy amplio, pero específicamente se ha seleccionado la medida de coerción más frecuente en su aplicación y más lesiva para quien la sufre, prisión preventiva, cuyos presupuestos establecidos parecen sencillos, pero generan incertidumbre cuando se presentan circunstancias que a pesar de no estar prohibidas en el texto legal en que se regula, se interpreta en perjuicio del investigado.

Abordar la tipicidad cuando se discute la aplicación de prisión preventiva, sigue siendo un tema controversial, por lo cual, se ha tenido a bien avocar la investigación respecto a este aspecto en particular, y determinar si es necesario que su discusión no sea prohibida al debatirse su aplicación. Este aspecto, motiva el inicio de la investigación actual, se pretende analizar y describir la importancia de que se permita debatir tipicidad, cuando sea necesario en la audiencia en que se diserta sobre aplicar prisión preventiva.

El problema que se desarrolla en este caso ha quedado establecido en la forma siguiente:

¿Qué fundamentos jurídicos justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva?

En cuanto al objetivo general se procuró determinar los fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

Los objetivos específicos planteados son:

1. Analizar los fundamentos jurídicos que se argumentan en la audiencia de prisión preventiva.
2. Determinar los criterios actuales en sentencias casatorias emitidas sobre la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva
3. Explicar la relevancia de debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.
4. Recopilar la opinión de los operadores del derecho sobre su conocimiento y criterio sobre el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva
5. Desarrollar una propuesta legislativa que incluya el debate de argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva. Se ha seguido la estructura que a continuación se señala.

En el capítulo I, se expone los antecedentes del problema planteado, seguida de las bases conceptuales de acuerdo a cada variable en estudio, de esta forma se sustenta con doctrina, jurisprudencia y análisis de la legislación.

En el capítulo II, se ha desarrollado el diseño metodológico empleado, la cual es de tipo cualitativa - cuantitativa con enfoque propositivo, desarrollada en base a la identificación de una problemática jurídica de naturaleza procesal, considerando como población a los

fiscales y abogados de Bagua Grande, de los cuales se seleccionó una muestra aleatoria para aplicar el cuestionario, el cual es el instrumento de la encuesta.

En el capítulo III, se presenta los resultados que se obtuvieron en la recopilación de datos mediante diagramas circulares, lo que ha permitido un mejor análisis e interpretación de datos, para posteriormente realizar la discusión de los mismos contrastándolos con los antecedentes de la investigación. Asimismo, se desarrolla la propuesta legal que se considera permitirá la discusión de argumentos de tipicidad durante la audiencia de prisión preventiva.

En el capítulo IV, se presenta finalmente las conclusiones a las cuales se arribó luego de la investigación realizada, las que se presentan como respuesta a cada objetivo planteado en de una forma concreta, precisa y ordenada.

Cuando se está ante una realidad problemática vigente que se suscita en torno a institución jurídica denominada Prisión Preventiva, en cuanto a su regulación, debido a que no se contempla la discusión en audiencia de cuestiones atinentes a la tipicidad del delito, lo cual se justifica en la praxis cuando los tiempos para plantear excepciones como de improcedencia de acción o la de tutela de derechos, son demasiado cortos.

Entonces de cara a esta realidad, es oportuno el desarrollo del tema con miras a proponer un cambio en el que haya equilibrio en las partes del proceso, no siempre el investigado debe ser la parte débil en el proceso.

Justificación

Se justifica el desarrollo del presente trabajo, en la necesidad de que el sujeto investigado no tenga que ser privado de su libertad, por imponerle prisión preventiva, sin que se haya demostrado aún su culpabilidad por el delito del cual se le imputa, y la disyuntiva o controversia en el decurso de la audiencia en que se determina la aplicación de dicha medida, es cuando se sostiene que el delito imputado no tiene elementos de tipicidad para considerarse delito, por lo que el resultado será una conducta atípica. Se ha generado debate a nivel doctrinario y en la jurisprudencia, en el plano nacional e internacional, por su parte diversa doctrina ha hecho el análisis sobre la problemática señalada respecto de la prisión preventiva, ello aunado a jurisprudencia contradictoria emitida por la Corte Suprema.

En razón de este escenario, se tiene el propósito de brindar una perspectiva fundamentada respecto a la problemática cuestionada en correspondencia con el respeto de

las garantías constitucionales que tiene o debería de gozar toda persona, a su vez se orienta a que, esta medida tan gravosa se aplique solo cuando sea estrictamente necesaria y que al detectarse situaciones que puedan cuestionar la imputación del delito se abra el camino a su discusión durante la audiencia en que se desarrolla su aplicación.

Capítulo I

Diseño Teórico

1.1. Antecedentes

1.1.1. A Nivel Internacional

Oliver, G. (2019), en su artículo “Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno”.

El autor inicia refiriéndose a la separación de las normas que establecen los delitos y penas de aquellas normas que guían el procedimiento, siendo usual de que la ciencia penal no se comuniquen con la ciencia procesal de ámbito penal. Realiza un análisis de los principales requisitos de las medidas que limitan derechos, como *fumus delicti commissi* y el *periculum in mora*, de los cuales el primero impone la exigencia de un estándar de convicción acerca de, si el hecho delictuoso ha tenido lugar y que el imputado ha tenido intervención en dichos hechos.

El autor reflexiona sobre el *fumus delicti commissi* en la prisión preventiva considerando el supuesto de flagrancia delictiva, refiere que de acuerdo al art. 140 del CPP el solicitante de la medida coercitiva debe acreditar la existencia de antecedentes que justifiquen su investigación, sin embargo, no hay claridad sobre el estándar probatorio que se debería tener para demostrar delito y participación.

A su vez señala que en los casos de delito flagrante lo más importante en cuanto al *fumus delicti commissi* es lo que debe entenderse por delito, lo cual ha generado controversia en la doctrina, ya que para un sector debe entenderse delito como alusión al hecho típico es decir solo la tipicidad, mientras que para otro sector debe reunir todos los elementos para ser considerado delito, esto es, además de ser típico, ser antijurídico, culpable y hasta punible. El autor concluye que conforme a la regulación chilena para la prisión preventiva cuando usa la referencia a delito debe ser comprendido en sentido técnico como la afluencia de cada uno de sus elementos inclusive la punibilidad, los cuales deben ser extraídos objetivamente de los antecedentes que invoca el solicitante de la medida de coerción.

Krauth, S. (2018), en su investigación titulada “La prisión preventiva en el Ecuador”.

El autor sostiene:

El 92% de los casos evaluados el imputado ni su defensa tenían acceso sobre la causa por la cual se le estaba dictando prisión preventiva, además de que el 100% del aporte probatorio recaía sobre la defensa técnica, vulnerando el COIP y la jurisprudencia emitida por CIDH. En cuanto a las solicitudes que requieren la medida coercitiva señala que ninguna cumple con los requisitos legales; asimismo que el 99% de los autos emitidos para dictar prisión preventiva sería nulo conforme a su Constitución. Respecto de los criterios de necesidad y proporcionalidad para aplicarla conforme al art. 520, numeral 4 del COIP, han sido ignorados en todas las resoluciones. La muestra en estudio fueron 360 resoluciones analizadas para medir los criterios antes señalados. (pp. 112-115).

Este trabajo permite conocer el panorama en que se desarrollan este tipo de audiencias, ya que muestra el análisis de casos, verbigracia, el caso que “marihuana”, en el que se relata el desarrollo de la audiencia, a su vez expone las falencias existentes en la alegación de la fiscalía, debido a que no se logra fundamentar la responsabilidad del imputado, asimismo, en cuanto al peligro procesal, el fiscal debería sustentar cuales son los indicios por los cuales medidas que no priven de la libertad resultan insuficientes, además de la no consideración de criterios de necesidad y proporcionalidad. Específicamente en las audiencias de flagrancia destaca cuatro errores en las audiencias como la falta de fundamentación en la solicitud del fiscal, falta de motivación del juez en su resolución, falta al no tener en consideración criterios de necesidad y proporcionalidad, indebida forma en que se distribuye el aporte de la pruebas. (p. 95)

1.1.2. A Nivel Nacional

Zegarra (2020), tesis de maestría denominada “La tipicidad en la audiencia de prisión preventiva Corte Superior de Justicia de Lima Norte”.

El autor concluye que:

Debe contarse con el respaldo jurídico de realizase un control judicial, a pedido de la defensa privada e inclusive de oficio, de la tipicidad penal de los sucesos que se imputan en la audiencia judicial cuando se trate de detención flagrante, dado el corto plazo de tramitación y decisión de su situación jurídico penal. (p. 37).

Este trabajo permite conocer la situación que se vive en la CSJ Lima Norte, respecto de la potencial situación de indefensión que atraviesan los investigados cuando afrontan un requerimiento de prisión preventiva, cuya mayor frecuencia se presenta en detenidos en flagrancia, en escenarios en que la defensa advierta atipicidad del hecho imputado, tiene una barrera legal para que se evalúe la atipicidad del delito en la audiencia de prisión preventiva, debido a que este accionar tiene su propio mecanismo de evaluación, sin embargo, se termina generando una incertidumbre jurídico penal en el investigado ya que la discusión versa sobre la vinculación probatoria del individuo con el hecho catalogado como delito y eventualmente puede determinarse la restricción de su libertad sin fundamento jurídico penal válido, en cuyo caso el derecho a la libertad de la persona termina siendo lesionado de forma irreparable.

Cabrera, A. y Gonzales, J. (2020), en su tesis de maestría titulada “Fundamentos jurídicos para adecuar el control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en el Perú”, realizado en la EPUP Antonio Guillermo Urrelo.

El autor concluye que:

El control formal de la tipicidad persigue analizar el tipo penal de los hechos de investigación, en consecuencia su realización no va en contra su naturaleza

jurídica y aunque suene opuesto, favorece los derechos y garantías constitucionales de los procesados. (p. 101).

Considera la cuestionable de prisión preventiva y los derechos fundamentales que se vulneran cuando se requiere dicha medida de coerción sin que se haya realizado una adecuada imputación objetiva, esto es, narrar elementos que anteceden, que concurren y aquellos elementos posteriores que permitan inferir si la conducta imputada realmente encaja en un determinado tipo penal. Asimismo, se analiza la audiencia en que se discute la medida cautelar, considerando que la resolución judicial debe ser emitida con observancia estricta de los principios y garantías del sistema penal peruano, así también la motivación suficiente, congruencia, realizando un análisis de los criterios jurídicos que se plasmaron en las actas registradas de audiencias en análisis del distrito judicial en que se desarrolla la investigación.

Mercedes (2019), en su investigación de maestría titulada “Estudio dogmático, prisión preventiva, según el NPP”.

Concluye que:

La prueba para determinar flagrancia *son* las actas de intervención policiales, pero de la cual se cuestiona el accionar policial, a pesar de los cuestionamientos si es relevante al momento de explicar la motivación en que basó su decisión, pero en menor medida para los fiscales. (p. 87).

Este trabajo permite conocer el análisis de los diversos aportes dogmáticos en cuanto al uso adecuado o inadecuado de la prisión preventiva, se analiza también cada uno de sus presupuestos materiales y cómo se vulnera el derecho a la libertad producto de su aplicación y la contradicción con el principio de inocencia, sopesando que de los casos analizados, mayoritariamente, los acusados quedaron absueltos, pero luego de haber pasado varios meses privados de su libertad, porque aunque dicha medida pueda ser preventiva, provisional, no deja de constituir un encierro para el investigado.

Reynaldi (2019), en su artículo titulado “La tipicidad y otros debates en la audiencia de prisión preventiva”.

Fundamenta su postura a favor del control de tipicidad durante el decurso la audiencia de la prisión en cuestión, exponiendo diversa casuística en los que denota la gran importancia de que se proporcione esta posibilidad, dado que en la regulación de dicha medida coercitiva no existe prohibición alguna para su realización. El análisis gira en torno a la discusión causada por las casaciones emitidas por la CS, el autor sostiene que la interpretación del art. 268.a del CP, la voluntad de la ley es evaluar si existió un hecho delictivo no de un hecho que no es importante en el ámbito penal, adicionando que ello va más allá de un cuestionamiento únicamente de la tipicidad.

Morales (2019), en tesis de maestría titulada “Fundamentos jurídicos y fácticos que motivan las resoluciones judiciales de prisión preventiva en los JIP, de la sede central de la CSJ de Cajamarca-Periodo 2016”, realizado en la Escuela de Posgrado de. El autor concluye que:

La ley determina cuales deberían ser los fundamentos en que se erijan las resoluciones que funden la medida de prisión, empero, la práctica no refleja lo anteriormente dicho, toda vez que, en seis JIP-Sede Central CSJ de Cajamarca, las estas resoluciones analizadas ni contenían la motivación necesaria, resultando atentatorias y en contra del art. 139.5 (Const. Polí.).(p. 142).

Este trabajo tiene un enfoque en el desarrollo de motivar las resoluciones, debido a que es un derecho que reviste de gran relevancia por ser uno de los ejes del Estado de Derecho y que permitirá justificar la decisión arribada por el juez cuyo resultado es las preposiciones que se evaluaron, de esta forma mostrará la justificación en el desarrollo de su decisión asumida de las premisas analizadas.

1.2. La Tipicidad

Se trata de una conducta (comisión u omisión) que encuadra en el supuesto de hecho descrito en la ley penal y al cual el legislador ha determinado una determinada sanción penal (consecuencia jurídica).

Antes del derecho penal moderno los esfuerzos de los esfuerzos en cuanto a teoría del delito se focalizaban en extraer todas las consecuencias posibles del tipo penal, pero es con la obra de Beccaría en la cual se insiste en que se elimine la arbitrariedad judicial, ya que en su época los delitos estaban sujetos a interpretación extensiva por analogía. Es con la Revolución Francesa a partir de la cual las leyes deben ser entendibles al lenguaje del pueblo, claras y no tergiversadas, por lo tanto el juez debe aplicar la pena establecida y bajo ningún pretexto puede aumentarla más allá del límite de las leyes. Con la doctrina del tipo y la tipicidad marcan el desarrollo y profundización de los aportes al principio de legalidad, así se concreta los postulados de Feuerbach pudiendo afirmarse que el *nullum crimen nulla poena sine lege*, postulado fundamental del derecho penal moderno. La tipicidad es una característica exclusiva del derecho penal, ya que este, está estructurado de forma tal que no puede haber comunicabilidad entre los distintos tipos y por lo tanto, no pueden llenarse las posibles lagunas del derecho. Como consecuencia si no se reúnen los requisitos típicos no hay posibilidad de aplicar ninguna sanción penal. (Terrangni, 1981, pp. 67-74)

Verificar que la conducta se adecua un tipo descrito en la ley, en tanto coincidan, pero sin confundir el tipo con tipicidad. (Hurtado, 2005, p. 406)

Referirse a tipicidad es plantearse como interrogante ante determinada conducta, si tal conducta está prohibida, tal conducta tiene relevancia pena, si se está o no frente a una conducta puede ser un posible delito. Hablar de una de las categorías del delito, es hablar de una conducta que debe enmarcarse en la descripción de un tipo penal creada por el legislador, en el entendido de que tal conducta queda prohibida, descripción abstracta de la conducta prohibida, es la imputación de un delito a una persona. (Gonzalez et al, 2010, p.123). A nivel doctrinario fue Beling quien creo este concepto y que la independizo de la antijuridicidad y la culpabilidad. Diversos doctrinarios han dado la definición de tipicidad:

Parafraseando a Rodríguez et. al. (2012) que cita a Stratenwerth se puede definir la tipicidad como aquella conducta prohibida por la norma penal, por la cual ante un determinado hecho que se haya realizado se comprueba su coincidencia con lo que describe el hecho en la norma y su cumplimiento para la aplicación de la pena que se establece en la ley”. (p. 56)

El tipo legal se compone de dos partes, el precepto y la sanción, en el primero se refiere a la conducta humana descrita en la que el legislador señala un ilícito material, hecho objetivo que inserto en cada delito, limitando el tipo legal a la descripción dada y, la segunda parte es la infracción particular al ilícito material descrito en el tipo legal. En consecuencia cuando una determinada conducta realizada se encuadra en las características dadas en el tipo legal, esa cualidad de adecuarse al tipo es lo que se denomina tipicidad. (Hurtado, 1987, p. 179)

Solo aquellos hechos que se han tipificado como delitos por ley puede llegar a ser considerados como tales, es este el imperativo del principio de legalidad “*nullum crimen sine lege*”. (Muñoz, 1999, p. 31). en tanto es estricta la vinculación de este principio con la tipicidad. En este punto vale hacer una aclaración, no se debe confundir tipicidad con tipo, ya que la primera está referida a la conducta, y la segunda está referida a la descripción que ha realizado el legislador acerca de un hecho ilícito. (Betancourt, 2015, p. 118)

Para Muñoz (2009), tipicidad no es más que un hecho cometido que se adecua a lo descrito en la norma sustantiva, esta adecuación al tipo legal constituye la tipicidad, pero esta debe diferenciarse del tipo. El tipo se trata de la fórmula que corresponde a la ley, en cambio la tipicidad corresponde a la conducta. Una conducta individualizada que se encuentra prohibida por un tipo penal. (p. 496)

De lo señalado, se tiene que es el legislador quien recoge las conductas que considera son más lesivas a la sociedad y las describe en la ley penal, pero no cualquier conducta o no es necesario que sea detallado o que describa de forma minuciosa tal conducta pero debe ser suficiente para abarcar sus características esenciales de aquella que queda prohibida, luego de describirla le señala una pena como consecuencia de haber realizado la conducta prohibida en la ley. No cualquier conducta puede ser delito, se recalca, en

respeto del principio de mínima intervención del derecho penal, y a su vez en cumplimiento del principio de legalidad.

Por más que alguna conducta pueda ser considerada por un determinado sector como aberrante o antisocial, si es que no está encuadrada en un tipo penal, no es delito. Entonces si una determinada conducta no se adecua a la descripción de la ley penal o lo que se denomina el supuesto de hecho de la norma no puede de ninguna forma ser considerado delito. La tipicidad es pues la base de la que dependen las demás características del delito, y resulta ser el fundamento y el presupuesto de la pena, en su significado más amplio.(Mezger, 1958,p88) .

Vista la tipicidad se puede concluir de que, se trata de una característica fundamental para que se determine la existencia de delito. En este sentido, no se puede comprender cómo una conducta que carece de esta característica para ser delito, que no se adecua a la conducta establecida en un determinado tipo penal podría ser pasible de imponerle medida de coerción al sujeto, agente de la conducta realizada, en específico se habla de la medida de prisión preventiva.

Ahora bien, la conducta puede ser por acción o por omisión y, encuadrarse o subsumirse a un determinado tipo penal. (Girón, 2013, p. 29)

La acción, vista desde el sistema finalista, es un proceso causal dirigido por la voluntad humana (Orellana, 2014, p. 136), este direccionamiento es con una finalidad

Tipo o injusto penal

Descripción que realizó el legislador en el supuesto de hecho de la ley penal, la cual se realiza a través de verbos rectores como robar, matar, defraudar, en otros. Pero también se integra de las variantes de la conducta como lugar, tiempo, los medios empleados, en consecuencia si en el tipo penal se establece alguna modalidad y la conducta realizada no presenta dicha modalidad, no sería posible que se diera la tipicidad.

Para Zaffaroni (2005), sobre el tipo penal afirma que es la fórmula establecida en la ley, pero la tipicidad corresponde al ámbito de la conducta, entonces la característica

conducta es la tipicidad, entonces tal conducta es la que se adecua a un tipo penal, previamente señalada como prohibida por un tipo penal. (p. 455)

En el tipo penal puede describirse el resultado tangible las cuales se encuentran en leyes especiales, consecuentemente el legislador puntualiza en el tipo penal el comportamiento prohibido, con elementos objetivos de la conducta y en otras ocasiones refiriéndose a la valoración normativa de la misma. (Betancourt, 2015, p. 127.)

Conforme a la doctrina el tipo penal tiene tres funciones, las cuales de acuerdo a Girón (2013) son:

Función seleccionadora, por la cual solo se escoge aquellas conductas de mayor relevancia penal, las más graves o las más lesivas a la sociedad, de esta forma se protege los bienes jurídicos, en este sentido los comportamientos humanos de relevancia penal quedarán prohibidas por el derecho penal. La función de garantía, con ello se intenta proteger a los ciudadanos de las posibles arbitrariedades del Estado, es decir no se puede aplicar una sanción por realizar una conducta que antes no estuviera indicada en una ley anterior, ni abrir proceso cuando la ley no lo señale, mediante esta función se da seguridad a los ciudadanos de que no cualquier comportamiento será sancionado penalmente, sino solo aquel que contiene todos los presupuestos para que se aplique una pena. La función motivadora, esta función persigue que los ciudadanos al conocer el tipo penal, comprenda que determinada conducta queda prohibida de realizarla, y por lo tanto debe abstenerse porque su realización va a decantar en una consecuencia, así por ejemplo durante la realización de una audiencia, en el momento de que el testigo va a rendir su testimonio, previamente el Juez advierte que debe decir la verdad ya que el falso testimonio es delito y le explica cuál es la pena por ello, entonces lo motiva a declarar con la verdad. (pp. 29-30)

Por su parte el tipo penal tiene una estructura que se conforma de elementos esenciales como lo son el elemento descriptivo y el elemento normativo; el primero es aquel apreciable a través de los sentidos del ser humano, es común conocer el significado de “robar” o “lesionar”, lo llaman emplear “elementos lingüísticos descriptivos”. (Muñoz, 1999, p. 35), que cualquiera puede entender sin mayor dificultad. El segundo elemento implica una valoración, se aprecia a través del intelecto e incluso hay que auxiliarse de otras ramas del derecho para interpretarlos, requieren de un fundamento jurídico como en el caso por ejemplo de propiedad, acreedor, posesión.

1.3. Prisión preventiva

Se erige como una de las medidas cautelares más gravosas que se pueden aplicar a una persona que está siendo investigada por intervenir en un hecho delictivo, se dice la más gravosa debido a que priva de su derecho a la libertad al investigado que aún no tiene una sentencia condenatoria pero sobre el cual existen alta probabilidad de que se dicte condena dados los elementos que el fiscal ofrece y que buscan generar convicción en el juzgador. Se orienta principalmente a la emitir resoluciones que generan la limitación de un derecho fundamental y asegurar la eficacia del proceso. (Rio, 2016, p. 36)

El Estado desde una perspectiva preventiva y utilitaria busca cautelar el proceso y la pena, en tanto el sujeto sea hallado responsable del hecho que se le atribuye, para ello antes de ser condenado, puede presentarse el escenario de peligro para el proceso o de que el sujeto huya de la pena futura, entonces se opta por aplicar la prisión de forma preventiva bajo en cumplimiento de determinados supuestos legales, resulta entonces razonable ante tal peligro sacrificar una parte de la pena en tanto permita asegurar la pretensión punitiva del Estado. (Caro, 2005, p. 249)

Es una medida de coerción personal por la cual se priva de la libertad al imputado antes de que exista sentencia firme, por el juez competente, se funda principalmente en el peligro concreto de que el sujeto se fugue y así no acuda al juicio oral o no se pueda cumplir la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o ante el peligro de una eventual obstaculización hacia el proceso que se desarrolla en su contra. (Rodríguez, 2016, p.27)

Citando a Claus Roxín sostiene que los diferentes estudios normativos opinan que el objeto de esta medida en análisis es “garantizar el proceso o que la pena llegué a cumplirse”. (Arbulú, 2015, p. 472).

A su vez, adiciona citando a Asencio mellado, que el propósito de esta medida en concordancia a su naturaleza, la de aseguramiento del proceso y que la pena futura que

posiblemente se imponga se haga efectiva, por tanto, bajo ningún motivo puede atribuirse a esta medida cautelar la naturaleza de pena anticipada o de medida de seguridad.

Por otro lado, el maestro Binder (2004) afirma sobre la prisión preventiva que para todo sistema penal resulta un reto las garantías en su conjunto, es por ello que, dicha medida cautelar debe ser ocupación para el derecho procesal penal, el derecho penal y el derecho de ejecución penal. (p. 291)

De lo señalado por los autores, en efecto se comparte su postura sobre su naturaleza, toda vez que su posición es en favor del respecto de las garantías constitucionales de los imputados, ya que esta medida tan gravosa y excepcional no debe aplicarse por cuestiones ajenas al proceso, y debe tenerse especial cuidado en el análisis que se realice para su aplicación porque supone que se prive la libertad de una persona que aún no tiene condena declarada de prisión ; por ejemplo por cuestiones mediáticas, el juez en este sentido debe mantener su imparcialidad y valorar el *fumus comissi delicti* en otras palabras que exista apariencia de derecho, en consecuencia, existe alta posibilidad que relacione al imputado con el hecho delictivo y a su vez que ello permita una eventual sentencia condenatoria.

Para ejemplificar este detalle, citare un caso hipotético que guarda relación con la problemática planteada, sucede que en el marco de un operativo realizado por la policía en las inmediaciones de una garita detienen a un camión que transitaba por el rumbo, con la finalidad de revisar supuestamente, que tengan la documentación en regla, en dicho camión se transportaba carga pesada, resulta ser que en el ínterin del operativo el conductor no tenía consigo la guía de remisión de la carga, por lo que el efectivo policial le solicita abrir las puertas traseras del vehículo y muestre que carga lleva, según acta de inspección el copiloto indicaba que llevaban droga camuflada, obviamente una carga ilegal, cuando consultan al piloto, él menciona que solo fue contratado por la empresa dueña del vehículo para conducirlo, asimismo señaló que, él inspeccionó la carga antes de partir y solo vio paja empaquetada. Los efectivos policiales detienen al chofer y copiloto y además a dos personas que venían en la tolva del vehículo. Todos excepto el copiloto señalan desconocer el contenido ilegal de la carga. Todos carecían de antecedentes penales sin embargo, les detienen preliminarmente y días después el fiscal solicita medida de prisión preventiva, en el caso del conductor, no contaba con defensa

privada y carecía de los medios para tenerla. Resulta ser que el copiloto desconocía totalmente de lo que en realidad se estaba transportando, es cierto que fue negligente al no constatar con mayor detenimiento la carga, sin embargo él no cometió el delito, según su narración, por otro lado cuenta con una fotografía al momento de que abrieron la tolva del camión, en la que se aprecia que efectivamente hay paja empaquetada. Ahora bien, en la audiencia de prisión preventiva el defensor público intentó que se discutiera la tipicidad del delito, sin embargo, no se lo permitieron, entonces le aplicaron prisión preventiva.

Sin duda alguna se ha privado de su libertad a una persona que es inocente y que de haberse evaluado las características de su conducta posiblemente no hubiera pasado los límites para considerarse delito.

Es por ello que esta medida colisiona indudablemente con los derechos fundamentales, en este contexto Pastor (2004) comenta que en efecto a pesar de que diversos procesalistas no se encuentran de acuerdo con su aplicación, debido a su colisión con los derechos fundamentales, optan por aceptarla motivados en distintas circunstancias. (p. 186)

El código adjetivo, en su planteamiento de motivos se rige por los principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad, cabe agregar que este carácter de excepcionalidad se debe a al mandato de presunción de inocencia constituida como un derecho fundamental, y por imperio de lo previsto en los contenidos internacionales de derechos humanos. Entre ellos, el PIDCP (1966) dispone en el art. 9.3 que el juzgamiento para aplicarla no debe considerarse como regla general. Como se señaló en la problemática existe un 38% de presos sin condena a febrero de 2022, lo que evidencia que en el desarrollo del proceso penal no impera el principio de presunción de inocencia sino el principio de culpabilidad, es decir, ante la duda es mejor que vaya preso, lo cual no debería ocurrir siquiera ante la advertencia de atipicidad de la conducta efectuada por el imputado en el delito investigado. (Binder, 2006, p. 183)

En el derecho comparado

En España: Siguiendo a Asencio Mellado, se puede señalar que en el ordenamiento jurídico español, conforme lo señala la LECrim en su art. 503, la prisión preventiva se

aplica a un hecho que ya acontecido, no puede ser sobre hecho futuro, lo segundo es que tal hecho constituya delito, debe encontrarse debidamente tipificado en la ley penal, en respeto del principio de legalidad por el cual se prohíbe imponer una pena sin que se haya cometido delito, lo mismo opera para la pena provisional, su aplicación debe ser por un hecho criminal. En igual sentido, la prisión provisional busca responder a los fines del proceso, por lo cual debe sustentarse los presupuestos que se exigen como, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Analiza también la discusión doctrinal sobre si en la audiencia para aplicar la medida de prisión preventiva es relevante discutir todos los elementos que conforme a la doctrina alemana de Beling constituyen delito, esto es, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; y circunstancias como exenciones, extinción y modificación de responsabilidad deben dejarse solucionadas en la sentencia definitiva.

La finalidad de imponerla es también el aseguramiento del proceso y la presumible pena futura se otorga cuando resulta inevitable para obtener los resultados pretendidos por la cautela. Si bien el España desde la LECrim, L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento de 8 de mayo de 1981, hayan denotado esfuerzos por mantener la vigencia de la presunción de inocencia de aquellos que se encuentran como presos preventivos y lo necesario de su separación de los presos con sentencia definitiva para que de esta forma se cumpla con mantenerlos al alcance de las manos de la justicia mientras se desarrolle su proceso, sin embargo, en la práctica funciona como una verdadera pena privativa de libertad o como un adelanto de la pena.

Separar en el interno de un penal a los presos preventivos de los definitivos, debido a la falta de medios materiales para su realización, no resulta como razón para excusarse del proceso, por tanto resulta pertinente que se evalúe una regulación adecuada de la ley de prisión preventiva toda vez que colisiona con el derecho a la presunción de inocencia (pp 156-289)

En Ecuador: Siguiendo a Krauth (2018), en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) la prisión preventiva se encuentra en la sección de las medidas cautelares del proceso penal cuya naturaleza es en estricto procesal, esto es, garantizar que el imputado comparezca en juicio y que cumpla su pena de hallárselo responsable (arts 522 y 524

del COIP). Los requisitos para dictarla son conforme al art. 534 COIP: elementos de convicción suficientes; claros, precisos y justificados de su autoría o complicidad con la infracción; indicios de que otras medidas no privativas de libertad son escasos y que la prisión preventiva es necesaria; que la pena fijada para el delito sea mayor a un año, el peligro procesal, acreditar dicho peligro.

El autor señala como el riesgo procesal a la “insuficiencia de otras medidas no privativas de libertad” para evaluar la intensidad del riesgo considerando dos componentes la probabilidad (peligro de fuga) y la gravedad del delito, en este sentido si no existe posibilidad de que el investigado no comparezca al proceso, entonces no es necesario aplicar de la medida cautelar aunque el delito sea altamente grave.

Ahora bien, para acreditar el peligro procesal deben evaluarse situaciones concretas sin lugar a subjetividades, sin que ello represente que “a mayor pena, mayor posibilidad de fuga”, tal deducción no tiene ninguna lógica. La evaluar debe partir de los indicios, que son los hechos que si se pueden demostrar, ejemplifica el autor, retiros dinerarios, compra de boleto aéreo, entre otros indicios, y de estos indicios concretos se desprenda el riesgo procesal.

Las pruebas presentadas por Fiscalía respecto de los indicios concretos son objeto de contradicción, conforme al art. 520, numeral 3 del COIP y corresponde al juez juzgar con imparcialidad. La valoración de los indicios, es el punto decisivo de análisis por el que se determina si la intensidad del riesgo procesal es tan grave que otras medidas limitativas de libertad son insuficientes (pp. 56-60)

Audiencia de prisión preventiva

El CPP vigente incorpora a diferencia del antiguo código la audiencia se efectúa para determinar la aplicación de la prisión preventiva, (Neyra, 2015, p. 187). La que debe ser llevada a cabo en el plazo de 48 horas al requerimiento realizado por el fiscal.

Esta audiencia está ubicada en el art. 271 del CPP. En la que se establecen las partes procesales cuya presencia es obligatoria, y del carácter inaplazable de la audiencia por incomparecencia del imputado o de su defensa, en caso no concurrir este último, debe ser

reemplazado por un defensor de oficio. Nada señala o prohíbe sobre la discusión de temas distintos a la prisión preventiva como por ejemplo tipicidad.

Conforme se señala en la casación 626-2013- Moquegua, fundamento décimo octavo, el primer punto a debatirse en la audiencia de prisión son los fundados y graves elementos de convicción (en adelante *FyGec*), cuyo relato se encuentra a cargo del fiscal, quien tiene que fundamentar sus argumentos basándose en los elementos materiales con los que cuente; acto seguido el Juez concede el traslado a la defensa técnica del imputado. El juez tiene una labor de dirección y de él depende tutelar que el desarrollo se lleve conforme a ley y en equilibrio de las partes y que no se vulnere los derechos del imputado.

Se continúa el debate en audiencia sobre la prognosis de la pena, luego sobre el peligro procesal, quedando en manos del juez señalar la magnitud de dicho peligro. Se culmina el debate y es el momento de fundamentar la proporcionalidad de lo solicitado y su duración. Ahora bien, la Corte señala que los *GyFec*, es indispensable la existencia de nivel de concreción respecto de la realidad de los hechos y vinculación de estos con el imputado, para evitar detenciones arbitraria, el examen de los actos de investigación debe asemejarse al que se efectúa en etapa intermedia, entonces queda bajo la responsabilidad del fiscal fundamentar de forma clara los fundamentos facticos y acreditarlos, y corre por cuenta de la defensa allanarse o refutarlos y del juez realizar una adecuada valoración para un pronunciamiento solido del *fumus delicti comissi*.

Lo que si establece es que la medida cautelar en cuestión debe ser especialmente motivada en el auto que se emita, conteniendo de forma sucinta la imputación, fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

Ante lo cual, y desde una perspectiva crítica se puede precisar, como se puede hablar de un auto especialmente motivado, cuando la imputación carece de fundamento en lo atinente a la tipicidad, que como característica para determinar que la conducta es delito, es de mayor relevancia, no se puede dejar de lado si se nota en audiencia que hay un error o falla en la tipicidad, no puede continuarse con la prisión preventiva o al menos debe permitirse a la defensa del imputado argumentar las razones de su perdido, y queda en el juez poder determinar la procedencia o no de lo manifestado por la defensa del imputado.

Analizar los fundamentos jurídicos que se argumentan en la audiencia de prisión preventiva.

Conforme con en el art. 268° del CPP es viable aplicar prisión preventiva, cuando quien solicita (Ministerio Público) acredite de los primeros recaudos que convenguen los presupuestos señalados en los literales a), b) y c) del artículo en referencia.

Son aquellos requisitos que debe cumplirse en el requerimiento fiscal, se encuentran establecidos en el artículo 268, al cumplimiento de todos estos presupuestos, la medida de coerción ha de ser adoptada. Se trata de lineamientos a cumplirse en el requerimiento fiscal para que pueda aplicarse la medida preventiva, pero deben ser riesgos concretos no solo letra escrita en el requerimiento vacía de sustento probatorio. Asimismo, considerar su excepcionalidad tratándose de una medida tan gravosa. (Asencio, 2005, p. 497)

Es durante la etapa preparatoria que se llevan a cabo un conjunto de actuaciones dirigidas a conocer y recabar las evidencias de un hecho delictuoso, así poder determinar el autor o participe, y de esta forma poder fundamentar la acusación. A parte de lo realizado, se toman medidas que aseguren las fuentes de investigación, adoptarse medidas que restrinjan derechos a fin de que se garantice el progreso del proceso. Precisamente una de las medidas que limitan el derecho a la libertad es la prisión preventiva, cuyos presupuestos se señalan a continuación:

a) Fundados y graves elementos de convicción: Elementos de convicción, señala San Martín (2020), son el fruto de los actos realizados en investigación, el conocimiento que contribuyen, lo que estos elementos pueden aportar en información, la persuasión judicial que se puede arribar de forma siempre intermedia. (p. 667). Del primer presupuesto y en concordancia con la doctrina legal se requiere el estándar de “sospecha grave” para proferir dicha medida cautelar, lo que implica una sospecha más fuerte que en la etapa de diligencias preliminares o en la etapa de investigación preparatoria (en adelante IP), así lo ha establecido la Corte Suprema en su pronunciamiento de carácter vinculante Sentencia Plenaria Casatoria N°. 1-2017. La sospecha grave, es el nivel más fuerte de sospecha, más intensa que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y enjuiciamiento, en términos de CPP vigente. No se trata de prueba en

sentido estricto, como la que se actúa en juicio oral, lo que se requiere es que de los elementos de convicción fluyan datos inculpatórios que sumen a la supuesta vinculación delictiva.

Sin embargo es de mencionar que la Corte señala distintos grados de sospecha en cada etapa del proceso, como si fuere viable establecer una medida para cada uno de ellos, si se realiza una breve reflexión al respecto, pensar en sospecha inicial, sospecha suficiente o sospecha grave conceptualmente se podría quizá entender pero al momento de adaptarse a un caso en concreto, ¿cómo? se reconoce el momento en que el grado de sospecha cambia al otro grado o nivel más elevado. La Corte no ha sido clara en torno a esta cuestión, quizá por ello resulta sencillo al momento de solicitar la adopción de la medida cautelar en comentario, describiendo los fundamentos facticos con la sola etiqueta de señalarlos como sospecha grave. En opinión personal, no existen forma de diferenciar con exactitud cuándo se está ante una sospecha simple, suficiente o grave, solo se está ante la probabilidad de existencia o no de sospecha, empero no es motivo para extendernos en este cuestionamiento pero si se considera pertinente haber realizado un breve comentario sobre el particular. A su vez, el texto legal faculta al juez para aplicarla o no a pesar del cumplimiento de los presupuestos establecidos, entonces, así los elementos presentados en el requerimiento y estos encuadren y concurren, queda en el criterio del juez aplicarla u optar por una medida menos lesiva que permita contar con la presencia del imputado.

Ahora bien, retomando los presupuestos procesales, respecto del señalado en el literal a) *FyGec* y vinculación de estos con el imputado; La norma adjetiva en palabras de Asencio Mellado “el *fumusi bonii iurus* se refiere a la apariencia jurídica de responsabilidad del imputado” (Caro, 2019, p. 523)

Implica entonces que el fiscal debe ofrecer evidencias, pruebas pertinentes idóneas, que en su totalidad sea capaces de proporcionar razones aceptables que permitan sospechar que se cometió un hecho ilícito. No solo se trata de evidenciar la existencia de un hecho delictivo, debe también fundamentar la vinculación del imputado con la comisión del hecho delictivo atribuido, la admisibilidad de los elementos de prueba, resultan esenciales, sugieren la existencia de los hechos, ya que permiten a la persona que analiza la intervención del imputado, que esta pueda inferir la probabilidad de la intervención del sujeto en el hecho calificado por la ley como delictuoso (Lujan, 2019, p.104), no es

cierto que no hace distinción en este escenario de autoría o complicidad, pero resulta obvio que bien sea como autor o participe, debe quedar clara la vinculación con los hechos facticos que atribuye el fiscal al imputado, en otras palabras, no hay exigencia de certeza de la imputación, pero sí la existencia de un alto grado de probabilidad, la cual debe ser entendida como el acercamiento al conocimiento de la verdad, no a nivel que se llega luego de un juicio, pero sí a una aproximación cercana al que se llegaría. Un nivel alto en cuanto a probabilidad, se refiera, de que tal persona ha cometido el hecho delictuoso y de que convergen elementos de punibilidad y perseguibilidad que permiten en un futuro un nivel alto de posibilidad de una condena.

Entonces, el primer presupuesto señala dos reglas a considerar para la imposición de la medida, en primer lugar, que el hecho sucedido el cual se está investigando, haya sucedido realmente y que se encuentren presentes las características de delito la cual deben constar en los actos de investigación, en segundo lugar, es lo referido a la imputación penal, debe tenerse una certidumbre elevada y alto grado de probabilidad que el imputado ha intervenido en el hecho punible, es una *conditio sine qua non* para la adopción y mantenimiento de la medida de coerción personal.

El elemento de convicción que presenta el fiscal pueden brindar certeza o ser ratificado por otro elementos de convicción o puede también por sí mismo tener una alta fiabilidad en sus resultados, que tenga el poder de incriminar, significa ello que el elemento de convicción vincule al imputado con el hecho punible.

En este sentido, la exigencia probatoria para aplicar la medida de coerción no es igual al estándar de prueba que se requiere para la imposición de una condena, pero si debe ser superior al estándar probatorio de las actuaciones penales iniciales. Los elementos de convicción deben ser los idóneos y necesarios que requieren para la adoptar una medida de coerción tan grave.

Existe injerencia en el derecho a la presunción de inocencia que el imputado debe tolerar, pero esta injerencia tiene un límite y este es que no se le trate como culpable, no aplicando la medida como un anticipo de pena, pues su finalidad no es retributiva o preventiva. No se precisa estar ante certezas para su aplicación pero si ante conjeturas razonables y fundadas en medios de investigación que se comportan como indicios que apuntan hacia un juicio de probabilidad y sostenido. (San Martin Castro, 2020, p. 667)

De lo señalado y desde una perspectiva personal referente a los presupuestos de la medida cautelar en comentario, se puede manifestar lo siguiente: acerca del presupuesto material del primer inciso, lo que se pretende con los elementos de convicción es poder colegir que conforme a los hechos fácticos analizados es factible establecer su vinculación con el imputado, bien por autoría o por participación, para ello es vital la existencia de una imputación formal que proporcione una explicación a detalle de los hechos sucedidos y de los cargos que se atribuyen. Significa entonces, que la apariencia de delito tiene como exigencia acreditar la imputación que se realiza con los medios probatorios idóneos que permitan causar convicción judicial. Asimismo el grado de convicción que causen estos elementos debe ser equiparable al de la “certeza”, es por ello que se dicen “graves y fundados”, no tanto por ser plurales sino por la certeza que causen, entonces a mayor grado de convicción mayor certeza judicial para adoptar la medida de coerción. Dicho de otro modo, existe mayor probabilidad de que el imputado haya realizado los hechos que se le atribuyen, es claro que no se tiene absoluta certeza pero si existe una verosimilitud del derecho.

b) Prognosis de la pena:

Forma parte también del *fumus commissi delicti* ya que está relacionada a la pena futura a ser impuesta, en líneas generales la PP. no aplica para delitos de bagatela, la ley fijado una perspectiva cualitativa en función de la prognosis de la pena futura que se espera lograr, solo aplica para aquellos cuya de pena sea superior a cuatro años. Entonces, gravedad y características del imputado son los ejes de este requisito. (San Martín Castro, 2020, p. 670)

Si se está ante un supuesto en que la no se cumpla con la prognosis de pena no es posible aplicar la medida cautelas, Cuando se trata de delitos considerados como graves por la ley cuyas penas son elevadas, en este supuesto las sanciones penales superan definitivamente la valla de la prognosis de pena, sin embargo, se considera que, no solo es cuestión de que el juzgador de lectura a que cumpla con la pena establecida para el delito, debe además considerar si por los hechos atribuidos la pena en concreto a aplicarse a futuro supera esta valla. No basta una lectura simple del artículo y corroborar que supera a valla de los 4 años, aquí si bien cumple el requisito no es suficiente para su aplicación, además resulta necesario que existe peligrosismo procesal.

Si bien el análisis que realiza el juzgador previamente tendrá como dato que la pena señalada por la ley, para el delito que se imputa, es una pena elevada, no es un dato suficiente para asumir que ello en concreto, por ser de conocimiento del investigado, este se sustraerá de la ley y que por tanto, la pena elevada de por si representa peligro procesal. Se considera en este punto conforme al Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, de setiembre 2019, el motivo de la prisión “[...] no puede ser solo desde una perspectiva objetiva y meramente cuantitativa, si la pena concreta probable es superior a cuatro años de privación de la libertad [...]”. (Fundamento 22°).

Es necesario considerar que su aplicación es viable, cuando no hay otra medida que que garantice los fines del proceso penal, caso contrario resultaría exagerada y desmedida, que pudiendo dictar por ejemplo una vigilancia electrónica, con la que se pueda garantizar su eficacia y permitir que el investigado no se sustraiga del proceso penal, se otorgue PP. resultaría innecesario y desmedido.

En conclusión, este segundo presupuesto se refiere la cuantía de la pena que puede llegar a ser impuesta, señalando un límite inferior (mayor a 4 años), pero es claro que esto no es una simple formalidad, no se trata solo de verificar si es delito cumple con esa prognosis de pena, debe realizarse una proyección considerando los hechos atribuidos y la pena probable conforme el resultado de la suficiencia probatoria.

c) Peligro Procesal:

Este numeral contiene el peligro de fuga y/o la obstaculización a hallar la verdad de los hechos, esto es el peligro de obstaculización.

En la óptica que ha tenido la reforma del modelo procesal vigente, señala Talavera (2004) que, introducir de forma expresa en el código adjetivo criterios tanto para el peligro de fuga y como para el peligro de obstaculización, como se verifica en los artículos 269° y 270° se establecen los criterios a tener en cuenta cuando se cuenta con estos dos elementos, ha sido uno de los grandes aciertos.

El elemento teleológico del peligrosismo procesal, como supuesto principal, consiste en las acciones que el investigado puede realizar estando en libertad, con la finalidad de comprometer el desarrollo del proceso para que no se le aplique la pena privativa de libertad que conoce se le aplicará en una futura sentencia, la naturaleza del delito y la

gravedad de la penal no son suficientes, para su aplicación en automático.(San Martin Castro, 2020, p. 671)

El precepto legal tiene como exigencia la verificación del peligro procesal, ya que la ausencia del mismo evitaría imponer la medida de coerción. El legislador ha tenido a bien implantar dos aspectos en los que yace el peligro procesal y los criterios a considerar en cada caso: peligro de fuga y peligro de obstaculización.

Citando a Asencio señala que, el peligrosismo para ser considerado como tal, debe evaluarse por cada caso en concreto acorde con los precedentes y peculiaridades del caso, esto es, la situación social, personal y laboral, además de la moralidad del imputado, los medios económicos con los que cuenta, circunstancias de arraigo, sus conexiones, su conducta previa, comportamiento en otras causas. Por lo que, estos elementos no pueden ser apreciados en automático sino de una manera motivada y conforme lo amerita la situación cautelar.(San Martin Castro, 2020, p. 671-672)

Las distintas situaciones a que se refiere el peligro de fuga han sido desarrolladas en el art. 269° del CPP, como arraigo en el país, residencia habitual, asiento de la familia o de sus negocios, posibilidades de que abandone el país o permanezca oculto; gravedad de la pena esperada; nivel del daño que causó y no tener deseo de reparar el daño; comportamiento anterior al proceso; que integre una organización criminal. (Sala Penal Permanente de Apelación N° 34-2022 Corte Suprema)

Es innegable que en los casos de corrupción de funcionarios, por tratarse de un funcionario público, por cuyo cargo ha venido haciendo de las suyas, por tanto conoce cómo eludir a la justicia y que todo ese dinero que ha ido a sus bolsillos luego de haber burlado la confianza que se ha colocado en su persona, todo el status que ostenta puede hacerlo que con mayor facilidad eluda a la justicia. (Lamas et al, 2018, Cuzco p. 66)

No obstante la el peligrosismo está dado por criterios concretos se puede hablar de la existencia de peligrosismo por meras conjeturas o especulaciones, cada caso tiene sus particularidades y debe ser analizado en concreto, para que se justifique adecuadamente.

1.4. Bases conceptuales

1.4.1. Teoría de medidas de coerción procesal

Dado el *imperium* otorgado por la norma suprema a ciertas autoridades se puede restringir el uso de derechos constitucionales al imputado, las cuales pueden afectar la esfera de sus derechos individuales (detención en flagrancia delictiva, por mandato judicial, arresto domiciliario, PP., prohibir la salida del país, internamiento preventivo, obligar al sometimiento de vigilancia de determinado sujeto o institución) o de sus derechos de orden patrimonial (embargar, incautar, prohibir la enajenación y gravar bienes, retenerlos y las anotaciones marginales). (Lujan et. al, 2019, p.103)

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2 apartado 24 párrafo b) de la Constitución Política solo en los casos predispuestos por ley se restringe la libertad personal, lo cual concuerda con el art. VI del TP. del CPP dispone que solo la autoridad judicial es la facultada para disponer o emitir medidas que limitan derechos fundamentales y no puede hacerlo si no en el modo y forma previstas por ley, su decisión ha de ser debidamente motivada y sustentada en los elementos de convicción suficientes, dada su naturaleza y finalidad tanto del derecho fundamental que se limita como en la medida que se aplique, en congruencia con el principio de proporcionalidad.

Parafraseando a Gimeneo Sendra (1990) se tiene que dichas medidas se entienden como resoluciones motivadas emitidas por el órgano jurisdiccional que se imponen al imputado del acto delictivo investigado, de forma tal que pueda limitarse de forma provisional su ciertos derechos para cumplir con la finalidad de que se tenga la garantía que lo dispuesto en la sentencia” (p. 354)

Binder citando a ILLESCAS RUS define a las medidas cautelares de tipo penal, como aquellos actos procesales de coerción directa, que recaen en las personas o en sus bienes sobre los que recaerán la efectiva sentencia que a futuro se les impondrá. (p. 185)

Asimismo, Reategui (2004) señala que:

Debido al incremento de la delincuencia por imprudencia, como es el caso de tráfico automotor, el legislador peruano optó por la posibilidad de que se aplique también medidas de coerción personal como prisión preventiva para los delitos culposos, clara muestra de una decisión político criminal son

imperantes para las reglas jurídicas. Es así que mediante Ley N° 27753 del 9.06.2002 se incorporó la PP. para los delitos por culpa. Es esa la propensión sostenida en el derecho internacional que se dirige a no hacer distingo entre un delito doloso o culposos para la aplicación de la medida antes mencionada. (p. 233)

De las definiciones señaladas se destaca características de estas medidas son la instrumentalidad y su provisionalidad. La instrumentalidad no como un fin en sí mismas, si no que buscan asegurar el proceso en lo referente a su normal desarrollo; la provisionalidad desde que nacen, toda vez que deben dejarse sin efecto cuando ya no se necesiten para dar cumplimiento a las finalidades del proceso penal. (Binde, 2006, p. 186)

Dada pues la provisionalidad en el caso de la prisión preventiva se ha fijado mecanismos que permiten excarcelar a un preso preventivo, como la apelación, liberación al vencer el plazo, variación de la medida.

Estas medidas deben permanecer solo el tiempo necesario, siendo el Tribunal Constitucional que sobre el particular precisa que están subordinadas a la cláusula *rebus sic stantibus* por lo que deben ser temporales, puesto que su variación o permanencia dependerá de los cambios que hayan tomado los presupuestos por las que fueron impuestas. (Exp. 00685- 2016-30, 2017)

1.4.2. Teoría de los derechos fundamentales

Es obligación del Estado asegurar el vigor de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y ante cualquier infracción, instancia como el Poder Judicial se encuentra obligado a preservar estos derechos como parte integrante del Estado, por lo tanto esta institución del Estado debe proporcionar equilibradamente seguridad y flexibilidad al interpretar y aplicar de las normas a fin de que se obtenga la tan añorada justicia. (Gutiérrez, 2012, p. 60)

El derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 2° inc 24° párrafo e) de la Const. peruana, es uno de los derechos que pueden verse afectados en el avande del proceso penal, en particular cuando se discute la aplicación de una medida de coerción

personal, en particular la prisión preventiva exige un alto nivel de probabilidad, que el hecho atribuido al imputado, haya sido realizado por este, estamos hablando de la vinculación con el delito, porque ante la certidumbre de que existió un hecho punible no necesariamente ello representa la vinculación con el imputado, sin embargo, al existir duda en la vinculación debería optarse por su no aplicación, pero en la actualidad funciona al contrario, ante la duda es mejor que vaya preso, de esta forma se le otorga a fiscalía la posibilidad de continuar con su investigación, sin considerar el principio de excepcionalidad y el derecho a que se le considere inocente. Resulta innegable que los sistemas penales en la actualidad han considerado que su aplicación va de la mano con la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso penal y en consecuencia que la pena sea eficaz. (Gálvez et al, 2010, p. 543)

Es solo después de celebrado el juicio en que se considera legítima la destrucción de la presunción de inocencia, ya que mediante los medios de prueba incorporados al proceso para luego ser actuados acreditan no solo la existencia del delito sino también la responsabilidad del imputado. La presunción de inocencia, es una garantía básica del proceso penal que por imperio constitucional nadie debe ser declarado como culpable mientras no exista sentencia judicial que así lo declare, que sea producto de proceso judicial dentro del cual se haya configurado su culpabilidad, por el cual el juez adquirió el grado de certeza necesario para imponer la condena. Entonces el imputado es inocente mientras no se haya declarado su culpabilidad en juicio, el imputado no es quien debe demostrar su inocencia, al contrario es fiscalía quien debe demostrar su culpabilidad, recae la presunción de inocencia en el ámbito probatorio por lo que es con las pruebas concretas con las que fiscalía debe acusar. Sucede que cuando no se logra grado de certeza porque los medios probatorios no generan convicción en el juzgador sino más bien duda acerca de la responsabilidad del imputado se aplica el principio constitucional previsto en el inc. 11 art. 139° de la Constitución, *in dubio pro reo*, lo cual implica que la duda favorece al reo, mientras los medios de prueba ofrecidos no generen convicción éste debe ser absuelto en el proceso penal.

La prisión preventiva no es una condena, ni un anticipo de condena, pero para su aplicación se exigen elementos de convicción que determinen sospecha grave, si bien no al grado de una condena pero que sea superior al de las actuaciones penales iniciales. En este contexto, cuando se está al interno de la audiencia de prisión preventiva, que sin

duda tiene sus presupuestos a desarrollarse que se encuentran descritos en el texto legal que lo rige, que razones pueden ser suficientes para negarle a la defensa técnica la exposición de argumentos por los cuales pueda desprenderse la atipicidad de la conducta del sujeto. No es acaso la Constitución la norma suprema que protege el derecho a la presunción de inocencia, porque entonces considerar evadir tal discusión cuando puede evitarse la imposición de una medida que a todas luces debe primar lo excepcional, de que alto nivel de probabilidad de la vinculación del imputado con el hecho punible se puede estar discutiendo y eventualmente imponiéndose prisión preventiva a una persona cuya conducta puede devenir en atípica.

1.4.3. Principios

La restricción de los derechos fundamentales para ser adoptados debe realizarse respetando de forma escrupulosa la Constitución y los Tratados Internacionales correspondientes a los derechos humanos. Siguiendo a Cubas (2009), los principios al respecto son:

Principio de legalidad:

De acuerdo al contenido constitucional dispuesto en el párrafo b) del inc. 24 del art. 2, la libertad es un derecho fundamental. A su vez el principio de legalidad determina que el poder coercitivo del Estado está supeditado a las leyes vigentes, en consecuencia solo pueden ser aplicables las medidas de coerción contempladas de forma expresa en la ley y por el tiempo y forma que en ella se señalen. (p. 371)

Significa entonces, las restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas solo serán admisibles cuando se encuentren expresamente en la ley. (Neyra, 2015, p. 183)

Principio de proporcionalidad

Como se conoce las medidas coercitivas afectan derechos, en este contexto, las medidas coercitivas no pueden aplicarse de forma indiscriminada y a la ligera, al contrario deben sujetarse a un estricto cumplimiento de sus reglas y manteniendo la finalidad que se busca, es así que el principio de proporcionalidad cobra relevancia porque debe ponderarse si con su aplicación se podrá prevenir el peligro que ante determinada circunstancia asecha, verbigracia, tratándose del proceso penal cuando existe evidencia

de que pretende huir u obstaculizar el proceso, impidiendo de esta forma el normal desarrollo del proceso, entonces es necesaria su aplicación. (p. 371)

Por ello, se debe efectuar juicio de ponderación de intereses en juego (Neyra, 2015, p. 187), teniendo en la balanza por un lado la libertad de la persona y por otro lado, la importancia del fin de la medida. Lo cual se encuentra en conformidad con el art. VI del TP del CPP vigente.

Ubicamos este principio en el art. 200 de la Const. párrafo último, por el cual, hay obligatoriedad de evaluar, por parte del órgano jurisdiccional, la racionalidad y proporcionalidad del acto que se aplicará restringiendo o suspendiendo derechos.

Asimismo, se desarrolla en el párrafo segundo del art. 253 del CPP señalando que: Para restringir un derecho fundamental se realice en el modo y bajo los supuestos señalados en la ley, además de que se tengan los elementos de convicción suficientes.

Consta de tres sub principios como son: principio de idoneidad, necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. De esta forma solo cuando en el análisis realizado se supere los tres criterios, valga precisar, medida adecuada, necesaria y equilibrada, podrá afectarse un derecho constitucional con la aplicación de la medida coercitiva. (Cáceres, 2017, p. 21)

A continuación se detallará sobre cada uno:

a. Principio de idoneidad

Debe entenderse como una regla de decisión por la cual se seleccionará la medida de coerción que sea más eficaz para los fines del proceso. (Cáceres, 2017, p.22). En este sentido, al pretender se restrinja el derecho fundamental a la libertad ha de evaluarse si su aplicación es adecuada para lograr un fin constitucional. Cuando de prisión preventiva se trate, el fin cautelar es prevenir riesgo de fuga u obstaculización del proceso, no debe representar solo como una mera posibilidad para alcanzar un fin, dicha evaluación debe darse en transcurso de la audiencia, es decir, “antes de”, no pudiendo realizarse una valoración posterior presumiendo culpabilidad del

imputado, debido a que además, representaría vulnerar el principio a la presunción de inocencia¹.

Es decir, luego de aplicarse esta regla de decisión debe resultar claro el por qué es indispensable limitar un determinado derecho fundamental para lograr el fin cautelar.

b. Principio de necesidad

Las medidas coercitivas se aplican de forma excepcional y ante circunstancias de las cuales se valore es imprescindible su imposición. El inc. c), art. 268° CPP, determinados supuestos que el juzgador debe valorar, estos son elementos relativos que indiquen que el procesado se puede fugar, por otro lado que tenga la posibilidad de truncar el proceso intentando anular las evidencias que lo relacionen con el hecho delictivo. En consecuencia cuando se solicite y al imponer la medida coercitiva debe realizarse un examen minucioso y con el debido cuidado, teniendo en cuenta que una garantía fundamental que salvaguardar, ello más allá de la formalidad y burocracia del trámite como tal. (Cubas, 2009, p. 372)

En otras palabras, cuando se realice esta regla de decisión debe de observarse que no exista una medida alternativa que tenga igual efectividad que permita alcanzar el fin cautelar². Compararse prisión preventiva con otra medida cautelar que prevea el código adjetivo y si resulta afectar menos el derecho a la libertad del imputado, además de ser idóneo para el fin cautelar, entonces se tiene como resultado que no es necesario la aplicación de la prisión preventiva.

c. Principio de proporcionalidad en sentido estricto

Prohibición del exceso y atropellar el contenido esencial del derecho a ser limitado, en el entendido de que debe coexistir un equilibrio directamente proporcional entre la medida que se aplica el resultado que se pretende. (Cáceres, 2017, p.23)

¹ Francisco Mendoza, La proporcionalidad de la prisión preventiva, 09 mayo 2019. <https://laley.pe/art/7827/la-proporcionalidad-de-la-prision-preventiva>
Cáceres Roberto, Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal”, 2017, p. 22.

Principio de prueba suficiente

Principio recogido en el artículo 253 del CP. Por el cual se determina una adecuada base probatoria que fundamente la vinculación imputado - hecho delictivo y la necesidad de resguardar el transcurso normal del proceso penal. (Cubas, 2009, p. 371)

Principio de Provisionalidad

Dada la naturaleza de las medidas coercitivas estas son temporales, debido a que tienen no son indeterminadas o definitivas, toda vez que pueden extinguirse o modificarse en cualquier momento a pedido del interesado o del fiscal y autorizado por orden judicial conforme varíen las motivos por los cuales se aplicaron, es decir, que su continuación ya no sea necesaria porque desaparecieron las razones que permitieron su imposición y por lo tanto no se justifica que subsista la medida de coerción impuesta con anterioridad. Es pertinente señalar que las medidas de coerción son sujetas a variación, bien de oficio, cuando haya variado los supuestos que originaron su aplicación, así lo establece el art. 255, inc.2 del CPP. Asimismo pueden ser impugnadas por el ente fiscal o por el imputado. (Cubas, 2009, p. 372)

Al respecto, San Martín Castro (2004) manifiesta que:

Prisión preventiva nace de una resolución emitida por el ente jurisdiccional, cuyo carácter es eventual, esto es, que por duración limitada se restringirá el la libertad del procesado por motivo de estar inmiscuido en un hecho delictivo de connotación grave y que en el sujeto existe un peligro de fuga capaz de hacer presumir de forma racional que no estará presente en el desarrollo del juicio oral o en peligro de entorpecer la actividad probatoria suficiente que ponga en peligro en desarrollo del proceso y que pueda esclarecer los hechos materia de imputación. (p. 196)

Principio de judicialidad

Estas medidas que limitan derechos pueden disponerse solo por orden judicial a través de resolución motivada y a solicitud del sujeto legitimado conforme lo establecido en el art. VI del TP y el art. 254 del CPP, se origina del espíritu de la Const. peruana y

simado a ello, se encuentra en el artículo VI del TP. y el artículo 254 del CPP. Cabe precisar que el sujeto legitimado para la medida de prisión preventiva es el fiscal, quien presentara su solicitud señalando las razones que fundamentan su pedido, acompañada de los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes. (Cubas, 2009, p. 373)

Explicar la relevancia de debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de PP.

Para se comprenda la relevancia de debatir este tipo de argumento en el desarrollo de esta audiencia, se debe señalar:

Principio del favor libertatis

La finalidad de privar de su libertad a un ciudadano investigado se sustenta en el resguardo del proceso y el aseguramiento de la presencia del sujeto imputado, empero en el proceso penal rige este principio “favor libertatis”, el cual exige respetar la libertad del procesado además de vincularse a los demás derechos que corresponde a la persona, Se trata de que al momento de realizarse la interpretación de una norma se debe realizar una interpretación más amplia y favorable al imputado. Debe prevalecer la excepcionalidad de la medida cautelar, considerando que solo se aplica en tanto se justifique en los fines del proceso penal y el haber cumplido los requisitos que la ley exige.

Considerando que es una medida radical extrema que limita la libertad del procesado hasta por 36 meses, es entonces una medida extrema del Estado que debe aplicarse con el mayor análisis de los sucesos facticos y su enlace con el sujeto imputado, no se trata de aplicarlas a diestra y siniestra como si se tratase de un anticipo de pena. Esta medida cautelar es provisional, sus posibilidades de aplicación son condicionadas. (Ascencio, 2007, p. 40)

Paralelo a los fines del proceso penal, se encuentra la persona, que en tal incertidumbre reclama la realización de sus derechos, sobre todo la presunción de inocencia, un debido proceso. A su favor debería tener el Derecho mismo que como tal favorece los derechos humanos y el respeto de su dignidad. En este sentido su dignidad, es la fuente de la obligatoriedad de los Derechos humanos. (Gutiérrez, 2015, p 634)

La actividad que realiza el juez en este escenario, es bastante sensible y su motivación no debe descuidar o dejar de lado el principio “favor libertatis”, señalado al principio, ya que se trata de un derecho del sujeto procesado cuya condición jurídica es incierta.

Ausencia de tipicidad

No puede aplicarse a un sujeto, pena o medida de seguridad, a cuya acción realizada carece o no reúne los requisitos incluidos en el tipo, en este caso no se produce la adecuación a la figura y en consecuencia la responsabilidad penal no se concreta. (Terrangni, 1981, p. 83)

Si una acción no reúne los elementos contenidos en la figura legal sustantiva, entonces no es delito. Partiendo de esa premisa, si la PP. resulta ser una medida coercitiva cuyo desarrollo normativo en opinión de algunos doctrinarios se encuentra debidamente reglamentada, a su vez algunos destacan que existe un adecuado desarrollo también jurisprudencial en cuanto a determinadas ambigüedades, porque, existen pronunciamientos contradictorios emitidos por la Corte Suprema como el de poder discutir temas de tipicidad en el desarrollo de la audiencia. Es importante que al aplicarse este tipo de medida que si bien es provisional para su adopción se requiere que exista un hecho con las características de ser delito, en otras palabras que sea delito, más aun cuando no se llevado a cabo un juicio ni se ha dictado sentencia condenatoria al imputado.

Citando a Roxín (2002) señala, que carece de relevancia penal aquella conducta con ausencia de tipicidad, el hecho de que haya solamente causado daño o perturbado a la sociedad no es razón suficiente para tener carácter de injusto penal. (Valderrama, 2021, párrafo 2)

Para determinar la ausencia de tipicidad se realiza mediante un juicio de tipicidad, que consiste en verificar si aquella conducta o acción que se ha desarrollado encaja con el tipo penal descrito en la ley penal, de no poder adecuarse dicha conducta con el contenido del tipo penal entonces no habrá tipicidad.

La finalidad de alcanzar justicia no debe extralimitarse, la coerción en este sentido no debe perder su fin cautelar porque violaría el principio a la presunción de inocencia, asimismo el principio de legalidad.

La imputación necesaria:

Seguindo a Peña Cabrera (2022), afirma que se requiere de datos que sirvan para identificar al imputado, la relación clara y precisa del hecho atribuible con circunstancias precedentes y concomitantes de tratarse de pluralidad de hechos: Separación y detalle; los elementos de convicción en que se fundamentan, la participación que ha tenido el acusado, la relación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que converjan y artículos pertinentes del código penal.

Asimismo, la imputación necesaria se deriva del derecho constitucional de que el imputado se le detalle y señale cuales son los cargo formulados en su contra; estos cargos han de hacer referencia a la supuesta comisión de un hecho punible, conforme el principio de reserva procesal penal; el hecho, la descripción fáctica debe hacer alusión a un hecho punible, ello significa que el fiscal ha de subsumir el hecho bajo los alcances normativos de un determinado tipo penal, ello de tal forma, de que con ello se sujeta tal actuación funcional a los principios de legalidad y defensa y contradicción procesal.

El relato debe ser completo, incluir los elementos: la clase del sujeto activo y pasivo, objeto material del delito, objetivos y subjetivos, normativos y descriptivos que comprende el tipo legal lo cual incide en la responsabilidad penal del imputado, también incluyen circunstancias agravantes y atenuantes; debe derivar juicios de valor razonables, donde esa exhaustividad en la imputación el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del imputado.

Casación Cañete 1749-2018, se ciñe al requerimiento acusatorio, conforme el art. 349° del CPP, consta de una serie de requisitos, lo que implica su motivación; el tema es si recién en esta etapa es que el fiscal debe cumplir rigurosamente con el principio de imputación necesaria; que, bajo nuestra postura, debe cumplirse a partir de que se formalice la IP art. 336°, no en vano el acuerdo plenario de la CS, ir a tutela de derechos ante el defecto de precisión en la atribución delictiva.

El conocimiento que exige la defensa es el conocimiento racional de la imputación, de aprehender los detalles circunstanciados de los datos fácticos y jurídicos; en cuanto

a captar todos los aspectos trascendentales de modo, tiempo, lugar y medios relacionados con el hecho atribuido, así como su correspondiente calificación jurídica.

Esto implica entender que cada figura delictiva cuenta con descripciones fácticas y normativas singulares, por lo que su materialidad está condicionada a la presencia de ciertas evidencias, que dan lugar a los llamados "elementos de convicción", sumado a los elementos subjetivos del tipo que en definitiva delimita un tipo legal con otro; v. gr., una tentativa de homicidio con lesiones graves, lesiones graves subsecuente de muerte con homicidio, tentativa de violación sexual con actos contra el pudor consumado o dígase un delito de trata de personas con el de tráfico ilícito de migrantes.

La imputación por tanto, significa la atribución de un hecho jurídico penalmente relevante (propia de su esfera de organización personal), por lo que han de ser descartados aquellos estados de desvalor a bienes jurídicos, producto del azar, del destino o de la causalidad, precisamente ello debe garantizar el principio de imputación necesaria exigiendo la estricta observancia de la identificación de los presupuestos de punibilidad, que han de ser analizados en la formalización de la IP, con mayor rigor en su requerimiento acusatorio.

Requisitos a cumplirse en la imputación necesaria

Los requisitos mínimos que debe cumplirse en la imputación necesaria conforme se señala en el RN 2823-2015-Ventanilla, en su fundamento número 8, son:

Requisitos fácticos: Debe entenderse como el relato circunstanciado y preciso de los hechos que son penalmente relevantes y que se atribuyen a una persona.

Requisitos lingüísticos: Se refiere al lenguaje el cual debe ser claro, sencillo y entendible, considerando que se dirige a un ciudadano al que se le está realizando la atribución de los hechos.

Requisito normativo: Lo constituye el cumplir previamente con los requisitos descritos líneas arriba: Se fije la modalidad típica, imputación individualizada, se fije el nivel de intervención, se establezcan los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

La experiencia señala que en las diversas acusaciones que realiza en fiscal no se describe de manera clara, precisa y circunstanciada, tal como lo exige el principio de imputación necesaria como garantía procesal al momento de determinar el o los hechos en la acusación. Lo que implica no tener acusaciones vagas, confusas o imprecisas de los hechos que se atribuyen. Ubicar los hechos y sus circunstancias en tiempo modo y lugar.

Cuando la acusación no cumple con esta garantía procesal no debe superar la valla de control de acusación ya que se trata de una acusación con defectos, caso contrario conllevaría a no poder probarse el elemento típico por lo que debería suponer a futuro la absolución del imputado por falta de suficiencia probatoria.

Se considera que precisamente el inadecuado tratamiento procesal del elemento típico, en opinión de la investigadora, uno de los motivos para considerar que es de suma relevancia que en una audiencia de PP. se discutan argumentos de tipicidad, toda vez que si los hecho imputados al investigado no se adecua a la descripción legal del delito formulado en abstracto por la ley penal, en una eventual sentencia debería absolverse al imputado, lo mismo sucede en la PP. si no se está ante hechos cuyo comportamiento no encuadra en la descripción legal del tipo penal, resulta absurdo la aplicación de la medida cautelar, se debe siempre considerar que, según Bacigalupo et. al. (2019) “la prisión preventiva no es una sanción porque no ha habido una declaración de responsabilidad mediante sentencia”. (p. 193)

Conocer los criterios que tienen los operadores jurídicos que justifican el debate de la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

Se ha realizado el análisis de determinados casos relacionados a la materia en estudio, por los cuales fiscalía realizó el requerimiento de prisión en el Distrito Fiscal de Bagua, para lo cual se ha recopilado los datos mediante fichas y el respectivo análisis de la resolución judicial posterior a la audiencia de PP., pero se ha presentado limitantes respecto de esta labor de campo, específicamente cuando se pretendió obtener la autorización para poder utilizar dicha información sobre el registro de audiencias desarrolladas y poder dar detalles de esta labora en el presente documento, sin embargo, con lo analizado más la información recopilada mediante las encuestas directamente del personal que allí labora, claro está fuera de su lugar de trabajo, se señala nuevamente, por motivos de permisos que no fueron otorgados por la institución, ha generado una

idea clara de cómo se viene realizando las audiencias en cuanto a la permitir o no debatir argumentos que no sean los descritos en el art. 268 del CPP.

Las ideas esenciales a las cuales se arribó de los casos analizados se tiene que:

La aplicación de prisión preventiva se incrementa, siendo más frecuente su aplicación en delitos de corrupción de funcionarios y otros delitos cuyos investigados por flagrancia. Asimismo en delitos por Violación sexual, tráfico de drogas, homicidio calificado, feminicidio. No es posible detallar los nombres de los implicados en los casos, por tratarse de casos penales en que la reserva es de vital importancia, sin embargo, del análisis realizado es de notar que el JIP otorga vital importancia al presupuesto señalado en el párrafo a) del art. 268° del CPP. Referido a los graves y fundados elementos de convicción considerando como base los elementos sustentados en la solicitud del fiscal.

A su vez de las solicitudes analizadas que en algunos casos se relatan los hechos sin embargo, no se da una adecuada fundamentación en cuanto a la vinculación con el investigado, de igual forma hay deficiente calificación jurídica en menor proporción.

Por otro lado, se encuentra el sustento del peligro procesal, en la que se analiza el peligro de fuga y de obstaculización, en la que se observa que se analiza de manera subjetiva en las cuales prima la discrecionalidad del juez.

Por su parte las defensas técnicas de los imputados centran sus esfuerzos en cuestionar la calificación jurídica y con ello la falta de fundamentos de los presupuesto de la medida cautelar.

Se concluye que de la información obtenida de los casos analizados prima sobre otras medidas menos gravosas, al ser concedida mayoritariamente, a pesar de existir sustento de arraigo por parte de sus respectivas defensas técnicas, por otro lado, en algunas resoluciones se observa deficiente motivación respecto de los FyGec, por lo que se terminan afectando el derecho a la debida motivación en las resoluciones y el derecho a la libertad.

En los comentarios del Nuevo CPP se refiere que el cambio respecto del tratamiento de la PP. en su antecesor Código de 2004 que esta deba ser solicitada por el fiscal y no ser decretarla de oficio por el juez, además en el actual CPP se establece de forma taxativa

la concurrencia de requisitos o presupuestos materiales “sin dejar a duda supuestos de interpretación”. Empero de ser todo tan claro no se requeriría recurrir a interpretar los presupuestos materiales, cuando se requiere interpretar es para aclarar algo de lo cual se tiene dudas; es pues, conocido que ha sido materia de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, precisamente de los presupuestos y la posibilidad de extender su discusión a analizar tipicidad. Los pronunciamientos han sido contradictorios los cuales se van a mostrar a continuación mediante sentencias de casación.

Casación 704-2015-Pasco:

Se trata de un recurso interpuesto por el Fiscal Superior contra la resolución que declara nula la sentencia que en su oportunidad declaro fundado el requerimiento de PP. contra los procesados por la modalidad de robo agravado.

La Corte señala que de acuerdo a los ámbitos de la casación se discutirán dos tópicos: determinar si el JIP puede solicitar al fiscal la variación de la medida de PP., y establecer si debe dictarse alguna medida para asegurar la presencia del imputado en las diligencias judiciales a realizarse en la IP.

La Corte reitera menciona los presupuestos que deben concurrir para que se pueda solicitar la medida de PP.; asimismo conforme con el art. 271 del CPP el JIP ha de señalar fecha para la realización de la audiencia en que se debatirá la procedencia de la medida de coerción personal sujetándose a los principios de inmediación y de contradicción. Será decisión del juez la aplicación o no de la medida de coerción guiado por lo que escuchó en la audiencia y si es necesario la limitación de la libertad realizarlo fundamentándose en los motivos y procedimientos del art. 268 del CPP.

La Corte insiste en que durante la audiencia de PP. lo que el JIP ha de verificar es el cumplimiento o no de los presupuestos del art. 268 CPP y que en ningún supuesto debe extenderse a analizar la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad de la conducta, toda vez que es responsabilidad exclusiva del fiscal realizar una imputación concreta, en consecuencia este punto no es objeto de discusión en esta audiencia.

La Corte considera que el imputado tiene tiempo suficiente para preparar su defensa efectiva antes de la audiencia por la garantía constitucional del derecho de defensa que le asiste al imputado. Por otro lado también aclara que no es posible que fiscal o juez de forma sorpresiva modifiquen la calificación jurídica de la disposición de formalización

y continuación de la IP, fundamentando su perspectiva en la finalidad que tiene la audiencia de PP. y debido a que esta audiencia es impostergradable, lo que no da lugar a que la defensa técnica del inculpado prepare su defensa a las posibles modificaciones. Adicionando que, cualquier decisión contraria acarrea vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, No obstante este criterio no impide que se corrija la calificación jurídica errónea, pero en el estadio correspondiente que conforme al 374.1 CPP, esto es posterior a emitida la acusación y antes de culminarse la actividad probatoria, por lo cual se otorgará el plazo que corresponda para que las partes se pronuncien al respecto, precisando que la suspensión del plazo para que las partes ofrezcan sus pruebas no es compatible con la audiencia de PP., pues en esta audiencia exige inmediatez y no hay posibilidad de suspensión para expedirse la resolución.

De caso en concreto en efecto sucedió que el Juez advirtió una calificación jurídica errónea y requirió al fiscal para que modifique su calificación jurídica a robo agravado en grado de tentativa, dado que si bien el art. 349.2 CPP no tiene previsto tal circunstancia, es lícito la posibilidad de variar la calificación jurídica mientras no se varíen los hechos o personas involucradas señaladas en la disposición de formalización de IP. Realizada tal variación impuso 6 meses de prisión PP. a los procesados. Posteriormente esta resolución es declarada nula por el Supremo Tribunal por haberse infringido el principio acusatorio, la imparcialidad judicial y el presupuesto de la carga de imputación.

El Supremo Tribunal refiere que juez y fiscal desbordaron el objeto de la audiencia, desnaturalizando la finalidad de la audiencia, generando estado de indefensión en los imputados ya que al haber interpretado el art. 349 del CPP interpuso una imposición censurable respecto de las garantías de los procesados, siendo incorrecta el criterio del juez dado al artículo señalado.

Finalmente se declara infundado el recurso de casación.

Comentario: Se considera que la actuación del juez y fiscal no ha sido desbordada, nada hay de indebido en corregir un error de imputación cuando este es advertido, ya que el art. 349. 2 del CPP no lo prohíbe, lo que se considera pertinente es que la forma en que se realizó, dado que no está previsto en la audiencia, es no haberse dado el plazo necesario para que los procesados puedan preparar su defensa acorde con la nueva

calificación, si bien el Supremo Tribunal considera que no es objeto de la audiencia de PP. y que en ella solo debe verificarse el cumplimiento de presupuestos del art. 268 CPP., sin embargo, está dejando de lado que en los presupuesto de dicha medida coercitiva se encuentran los graves y fundados elementos de convicción los cuales son precisamente el primer presupuesto para la aplicación de la medida, los cargos deberían cumplir las exigencias de la imputación objetiva y subjetiva para pasar la primera valla que exige la PP. En consecuencia no se está de acuerdo con el criterio adoptado por el Supremo Tribunal con respecto al criterio de rechazar la discusión de tipicidad en la audiencia de PP.

Casación 724-2015-Piura

Se trata de un recurso interpuesto por el Fiscal Superior de Piura contra el auto de vista que revoca el mandato de comparecencia restringida del encausado por delitos de minería ilegal y hurto agravado. Señalando en sus fundamentos que los delitos pasan la prognosis legal de pena, dado que son mayores de 4 años las penas señaladas para los delitos en cuestión. Señala que el encausado en su recurso invocó inobservancias al debido proceso y vulneración al precepto material (art. 286.2 y 287.1 CPP) y apartamiento de la doctrina jurisprudencial en el examen de corrección jurídica del juicio de imputación, realizado por el fiscal.

De análisis realizado por la Corte señalaron que no es viable el motivo de casación, además de que ya existe doctrina jurisprudencial atinente a la imputación necesaria, que los cargos que no son concretos y no cumplen las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, no pasará el primer presupuesto material para la prisión preventiva. Declarando Inadmisible el recurso.

Se considera adecuada la decisión del Tribunal, debido a que es claro que para aplicar la medida de prisión preventiva, siendo de carácter excepcional, el fiscal debe reunir a cabalidad los presupuestos materiales que exigen el art. 268° del CPP, resulta erróneo pretender que se declare fundada la medida cuando los cargos no son concretos y no definen adecuadamente la imputación objetiva y subjetiva. Resulta perjudicial para el imputado que le priven de su libertad cuando la conducta realizada pasa la valla de tipicidad del delito.

Capítulo II

Diseño Metodológico

2.1. Diseño de Contrastación de hipótesis.

La investigación es no experimental, porque no se manipuló ninguna de las variables en estudio.

Se trata de una investigación no experimental, cuando no se manipula las variables de forma intencional. (Hernández, 2018, p. 153)

En la investigación se realizó lo siguiente:

Se planteó la hipótesis de acuerdo a la problemática en estudio y las variables objeto de estudio.

Se ha contrastado la hipótesis mediante la aplicación de la encuesta a la muestra seleccionada teniendo como base la investigación realizada.

Elaboración de las conclusiones, fundadas en la investigación realizada conforme a los resultados obtenidos.

2.2. Población y Muestra.

Población

La población en la presente investigación son los fiscales y abogados de Bagua Grande.

Muestra

La muestra queda detallada de la siguiente forma:

Descripción	Cantidad
Fiscales de Bagua Grande	4
Abogados de Bagua Grande	6
Total	10

Fuente. Propia de la Investigación.

2.3. Técnicas, Instrumentos.

2.3.1. Técnicas

- **Observación:** Técnica de investigación científica, que ha permitido a la investigadora conocer directamente el objeto de estudio, haciendo uso del órgano de la vista y así desde su propia empírea ha identificado y descrito la problemática que se expone en la presente investigación. Se utiliza instrumento un protocolo o guía de observación de campo, recurriendo como informante el propio investigador.
- **Documental:** Para elaborar la tesis de grado la investigadora ha recurrido a los distintos centros de información y repositorios universitarios en los que se almacena la información. Una vez ubicada la fuente de información se procedió a extraer, procesar y retener aquella parte de conocimiento que es de utilidad a la investigación. Mediante esta técnica en efecto se logrará conservar la información extraída luego de haber realizado una lectura profunda.

2.3.2. Instrumentos

- **Encuestas:** Se utiliza como instrumento el cuestionario con 10 preguntas en escala de Likert que serán elaboradas por la investigadora para ser aplicados a los participantes de la muestra seleccionada.

Capítulo III

Resultados y discusión de los resultados

3.1. Resultados

En esta sección se presenta los resultados de la investigación mediante tablas y figuras seguido de su análisis e interpretación obtenidos de haber aplicado los instrumentos de análisis documental y de la encuesta realizada a abogados y fiscales.

Tabla 1:

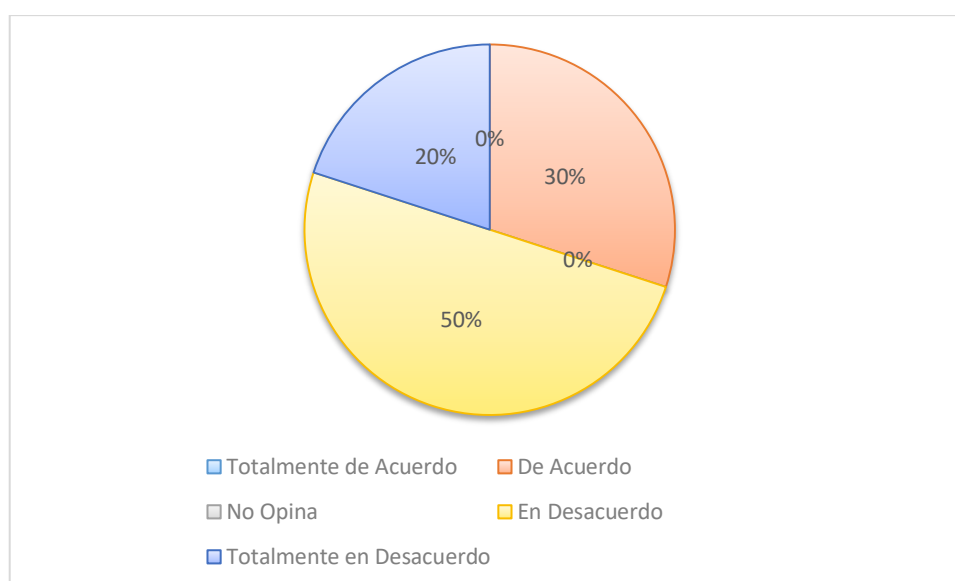
Los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
De Acuerdo	3	30%
No Opina	0	0%
En Desacuerdo	5	50%
Totalmente en Desacuerdo	2	20%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 1:

Los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva



Nota:

En lo referente a si los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva el 50% de los encuestados señalaron que están en desacuerdo, el 30% se encuentran de acuerdo y el 20% totalmente de acuerdo.

Tabla 2:

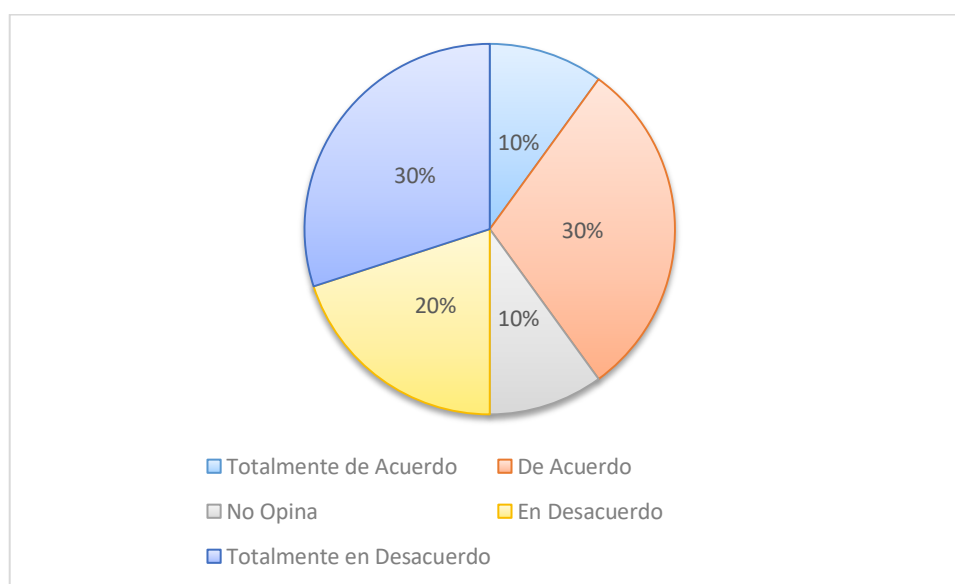
Existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	1	10%
De Acuerdo	3	30%
No Opina	1	10%
En Desacuerdo	2	20%
Totalmente en Desacuerdo	3	30%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 2:

Existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

**Nota:**

En lo referente a si Existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva el 30% de los encuestados señalaron que están de acuerdo, el 10% se encuentran totalmente de acuerdo, mientras que el 20% se muestran en desacuerdo, el 30% totalmente en desacuerdo y el 10% decidieron no opinar.

Tabla 3:

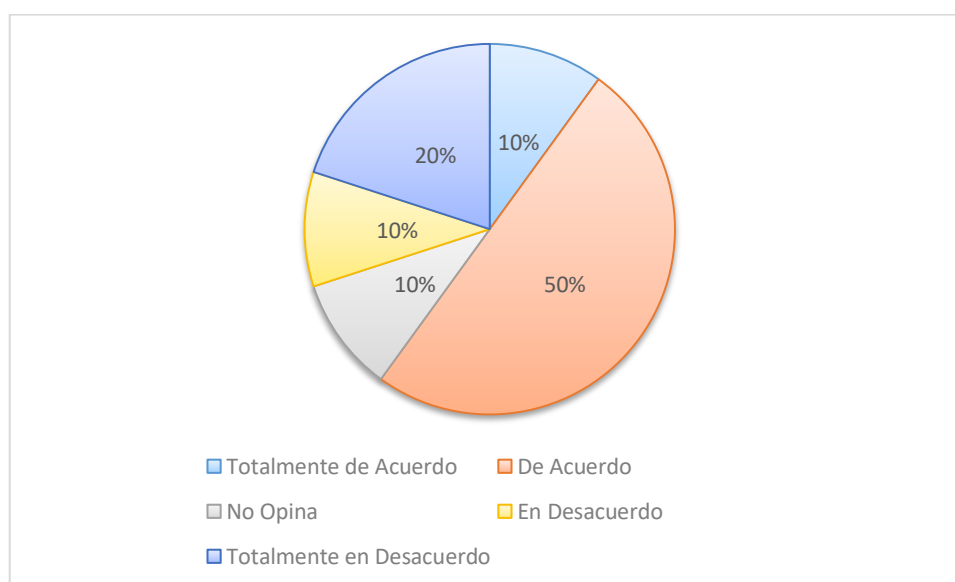
En la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	1	10%
De Acuerdo	5	50%
No Opina	1	10%
En Desacuerdo	1	10%
Totalmente en Desacuerdo	2	20%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 3:

En la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado.



Nota:

En lo referente a si en la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado el 50% de los encuestados señalaron que están de acuerdo, el 10% se encuentran totalmente de acuerdo, mientras que el 10% se muestran en desacuerdo, el 20% totalmente en desacuerdo y el 10 % decidieron no opinar.

Tabla 4:

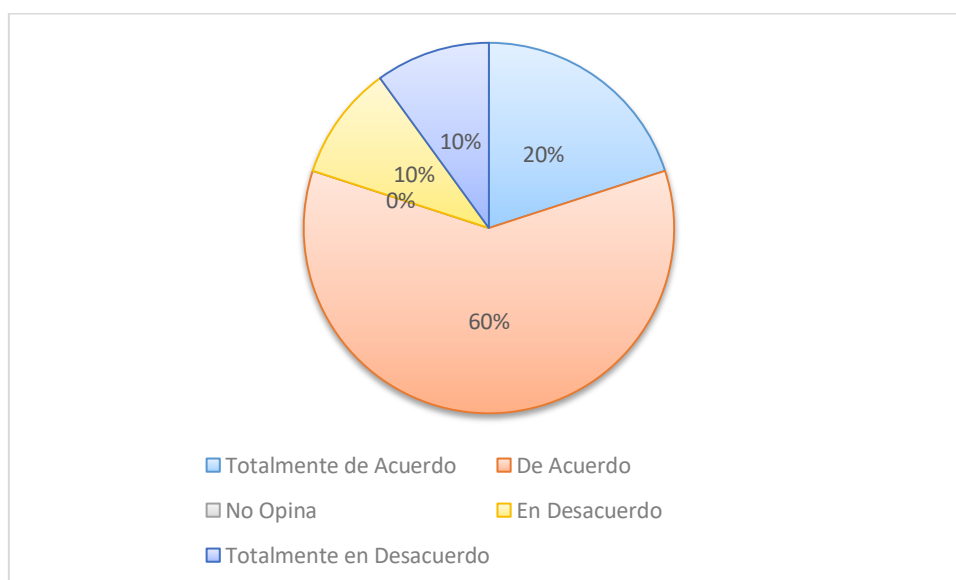
La falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	2	20%
De Acuerdo	6	60%
No Opina	0	0%
En Desacuerdo	1	10%
Totalmente en Desacuerdo	1	10%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 4:

La falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso.



Nota:

En lo referente a si la falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso el 60% de los encuestados señalaron que están de acuerdo, el 20% se encuentran totalmente de acuerdo, mientras que el 10% se muestran en desacuerdo y el 10% totalmente en desacuerdo.

Tabla 5:

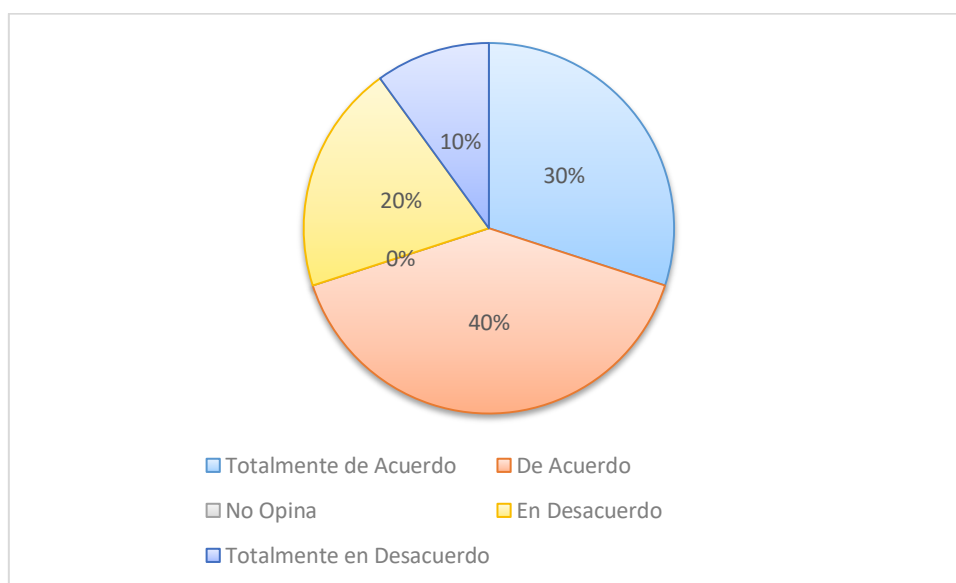
De acuerdo a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	3	30%
De Acuerdo	4	40%
No Opina	0	0%
En Desacuerdo	2	20%
Totalmente en Desacuerdo	1	10%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 5:

De acuerdo a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente.

**Nota:**

En lo referente a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente el 40% de los encuestados señalaron que están de acuerdo, el 30% se encuentran totalmente de acuerdo, mientras que el 20% se encuentran en desacuerdo y el 10% totalmente en desacuerdo.

Tabla 6:

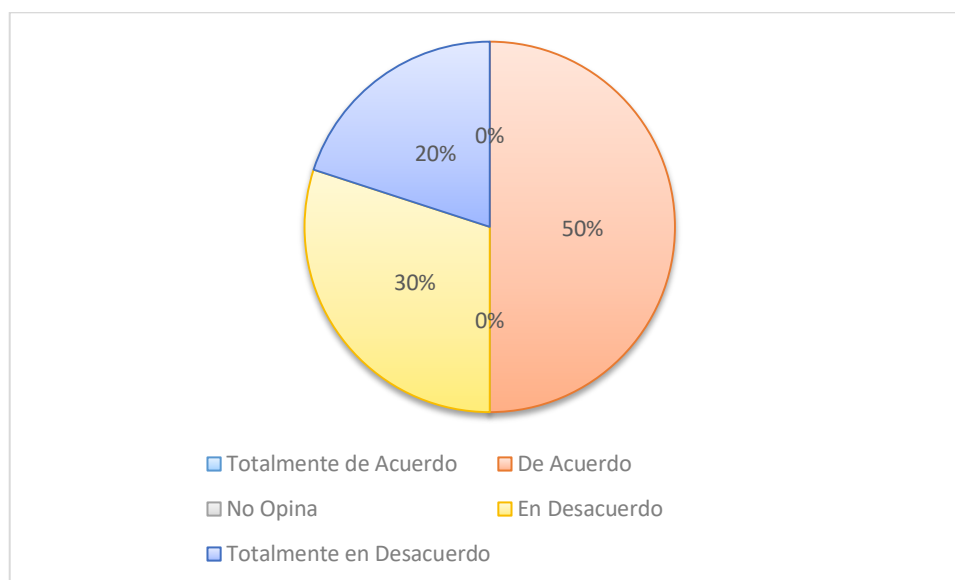
Es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
De Acuerdo	5	50%
No Opina	0	0%
En Desacuerdo	3	30%
Totalmente en Desacuerdo	2	20%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 6:

Es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada.



Nota:

En lo referente a si es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada el 50% de los encuestados señalaron que están de acuerdo, mientras que el 30% se encuentran en desacuerdo y el 20% totalmente en desacuerdo.

Tabla 7:

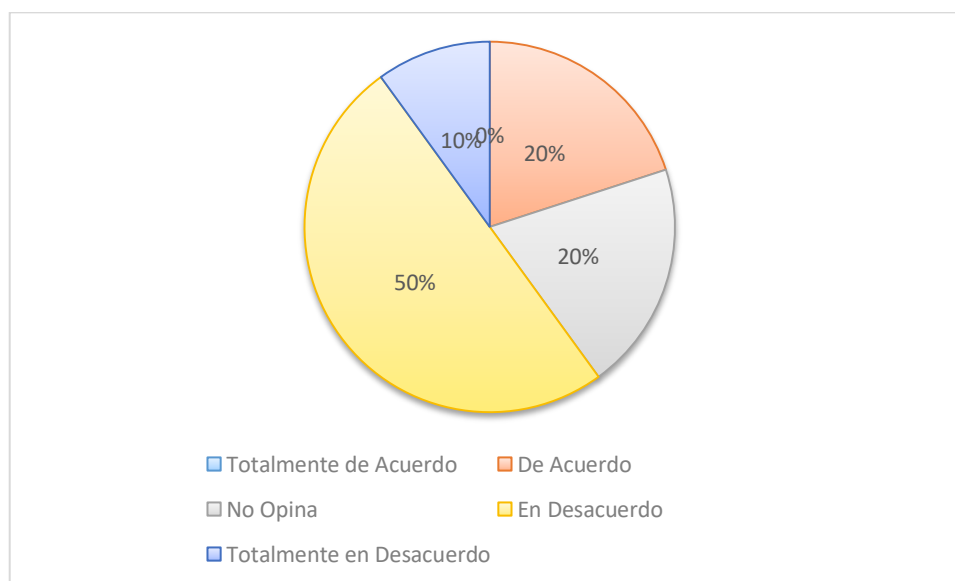
Cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
De Acuerdo	2	20%
No Opina	2	20%
En Desacuerdo	5	50%
Totalmente en Desacuerdo	1	10%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 7:

Cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva.

**Nota:**

En lo referente a si cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva el 50% de los encuestados señalaron que están en desacuerdo, mientras que el 20% se encuentran de acuerdo y el 20% decidieron no opinar.

Tabla 8:

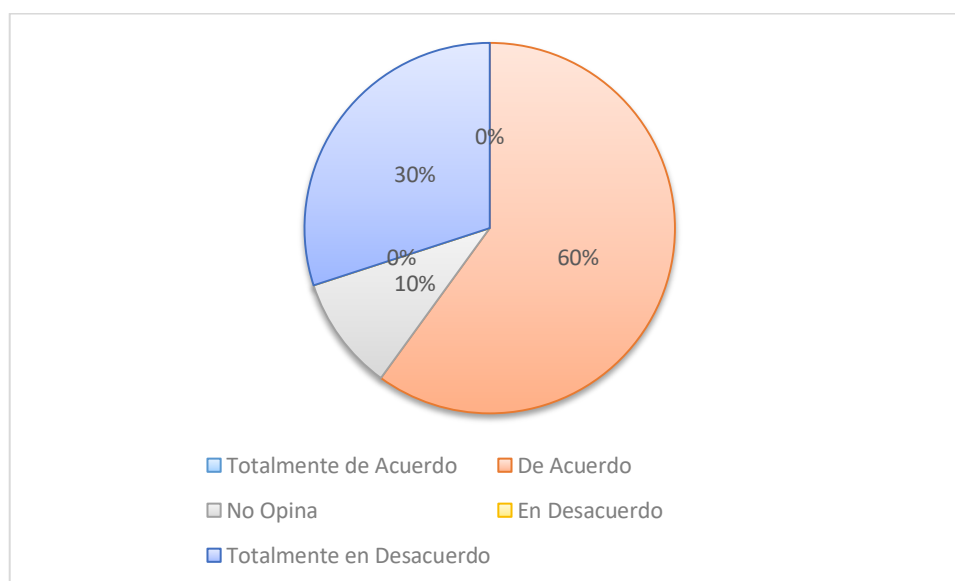
Se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
De Acuerdo	6	60%
No Opina	1	10%
En Desacuerdo	0	0%
Totalmente en Desacuerdo	3	30%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 8:

Se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito.

**Nota:**

En lo referente a si se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito el 60% de los encuestados señalaron que están en de acuerdo, mientras que el 30% se encuentran totalmente en desacuerdo y el 10% decidieron no opinar.

Tabla 9:

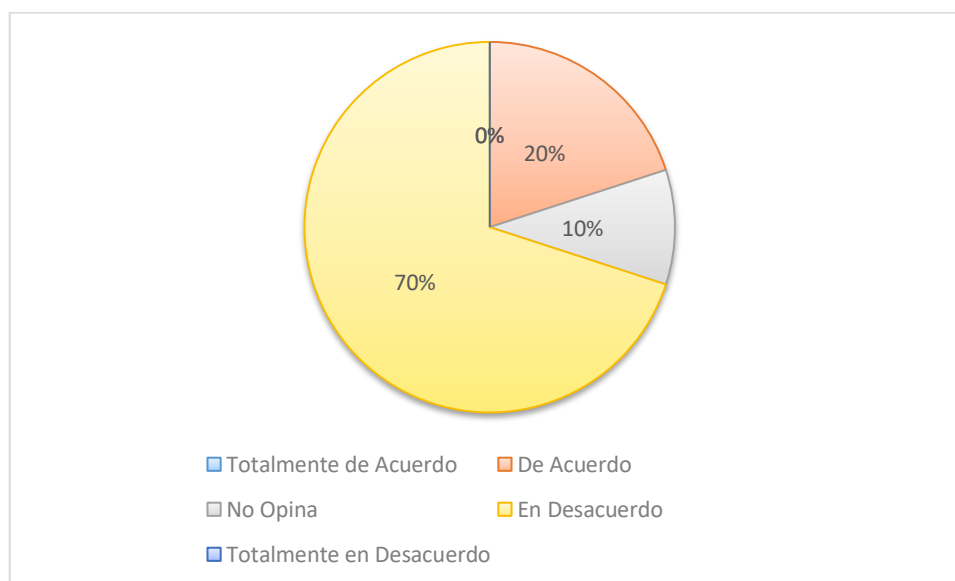
De su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
De Acuerdo	2	20%
No Opina	1	10%
En Desacuerdo	7	70%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 9:

De su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva.

**Nota:**

En lo referente a su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva el 70% de los encuestados señalaron que están en desacuerdo, mientras que el 20% se encuentran de acuerdo y el 10% decidieron no opinar.

Tabla 10:

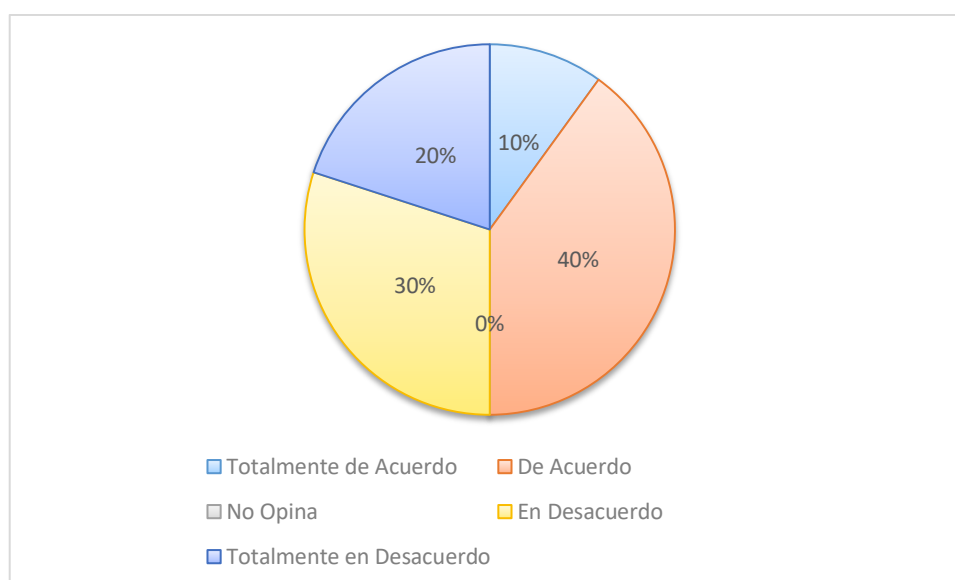
Reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea.

RESPUESTAS	Frecuencia	PORCENTAJE%
Totalmente de Acuerdo	1	10%
De Acuerdo	4	40%
No Opina	0	0%
En Desacuerdo	3	30%
Totalmente en Desacuerdo	2	20%
TOTAL	10	100%

Nota: Encuesta a Abogados y fiscales

Figura 10:

Reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea.



Nota:

En lo referente a Reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea el 40% de los encuestados señalaron que están en desacuerdo, el 10% totalmente de acuerdo, mientras que el 30% se encuentran en desacuerdo y el 20% totalmente en desacuerdo.

3.2. Discusión de resultados

De la encuesta aplicada a los abogados y fiscales de Bagua Grande se evidenció que: De acuerdo con la Tabla 1, el 50% están en desacuerdo y el 20% totalmente en desacuerdo en que los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva; asimismo en la Tabla 2, el 20% están en desacuerdo y el 30% totalmente en desacuerdo en que existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva. Se contrasta con lo señalado por Oliver (2019), quien afirma en su investigación que la prisión preventiva para casos en flagrancia delictiva lo más importante en cuanto al *fumus delicti commissi* es lo que debe entenderse por delito, que si bien es controversial si se debe entender delito como alusión al hecho típico es decir solo la tipicidad o reunir todos los elementos para ser considerado delito, esto es, además de ser típico, ser antijurídico, culpable y hasta punible.

Guarda consenso con lo afirmado por Morales (2019), quien concluye que, La ley determina cuales deberían ser los fundamentos en que se erijan las resoluciones que funden la medida de prisión, empero, la práctica no refleja lo anteriormente dicho, toda vez que, en seis JIP-Sede Central CSJ de Cajamarca, las estas resoluciones analizadas ni contenían la motivación necesaria, resultando atentatorias y en contra del art. 139.5 (Const. Polí.).(p. 142)

En la Tabla 3, el 50% están de acuerdo y el 10% totalmente de acuerdo en que en la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado, así también en la Tabla 4, el 60% están de acuerdo y el 20% totalmente de acuerdo en que la falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso. Guarda relación con lo manifestado por Krauth (2018), quien afirma que el 92% de los casos evaluados el imputado ni su defensa se podía enterar del motivo por el cual se le estaba dictando prisión preventiva, además de que el 100% de la carga de la prueba recaía sobre la defensa técnica, en cuanto a las solicitudes que requieren la medida coercitiva señala que ninguna cumple con los requisitos legales; asimismo que el 99% de los autos emitidos para dicar prisión preventiva sería nulo conforme a su Constitución.

Se condice con lo señalado por Arbulú (2015), quien citando a Asencio mellado, señala que la finalidad de esta medida cautelar va de acuerdo a su naturaleza que es la de garantizar el proceso y el cumplimiento de una pena futura que pueda ser impuesta, por tanto, bajo ningún motivo puede atribuirse a esta medida cautelar la naturaleza de pena anticipada o de medida de seguridad.

En el desarrollo del proceso penal el investigado tiene el derecho a un debido proceso, y a que se le presuma inocente aun tratándose de pedido de prisión preventiva, es el fiscal quien debe proporcionar los elementos suficientes para que el juez acepte su pedido, sin embargo, la realidad dista de ello, toda vez que, el imputado tiene que enfrentar dicho requerimiento sin las suficientes herramientas, sobre todo cuando de flagrancia delictiva se trata.

En la misma línea en la Tabla 5, el 40% están de acuerdo y el 30% totalmente de acuerdo en que basados en su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente; en la Tabla 6, el 50% está de acuerdo en que es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada; por otro lado en la Tabla 7 el 50% está en desacuerdo y el 10% totalmente en desacuerdo en que cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva. Se condice con Cabrera y Gonzales (2020), quienes afirman que el control formal de la tipicidad persigue analizar el tipo penal de los hechos de investigación, en consecuencia su realización en la audiencia de prisión preventiva no afecta su naturaleza jurídica, muy por el contrario favorece el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los procesados. (p. 101)

Se contrasta con Mercedes (2019), quien afirma que la prueba para determinar flagrancia *son* las actas de intervención policiales, pero de la cual se cuestiona el accionar policial, a pesar de los cuestionamientos si es relevante al momento de motivar sus decisiones, pero en menor medida para los fiscales. (p. 87).

Conforme con la Tabla 8, el 60% se mostró de acuerdo en que se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito, a su vez en la Tabla 9, el 70% se mostró en desacuerdo basándose en su experiencia, en que cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se

confirma mayoritariamente la prisión preventiva; finalmente conforme a la Tabla 10, el 50% estuvieron de acuerdo en que reformar el art. 268° del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea. Se contrasta con Zegarra (2020), quien afirma que debe contarse con el respaldo jurídico de realizase un control judicial, a pedido de la defensa técnica e inclusive de oficio, de la tipicidad penal de los hechos que se imputan en la audiencia judicial cuando se trate de detención flagrante, dado el corto plazo de tramitación y decisión de su situación jurídico penal.

En la misma línea Reynaldi (2019), fundamenta su postura a favor del control de tipicidad durante el decurso la audiencia de prisión preventiva exponiendo diversos casos en los que denota la gran importancia de que se proporcione esta posibilidad, dado que en la regulación de dicha medida coercitiva no existe prohibición alguna para su realización.

En efecto debe considerarse un cambio en la legislación respecto de la prisión preventiva, considerando los diversos pronunciamientos contradictorios existentes, evitando barreras legislativas cuando se trata de una medida que priva del derecho a la libertad, ante la menor duda debe primar el derecho del imputado y si es necesario que se discuta situaciones distintas como la tipicidad que permitan evitar la cárcel al imputado, entonces no debe negarse tal posibilidad.

3.3. Propuesta de intervención

1. PROYECTO DE LEY N°.....

Proyecto de ley que incorpora la discusión de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en concordancia con el artículo 271 del Código Procesal Penal para garantizar una medida cautelar excepcional y justa.

2. La abogada Victoria de la Cruz López alumna de la Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, ejerciendo el Derecho de iniciativa Legislativa que confiere el Artículo N° 107 de la Constitución Política del Perú, y conforme a lo establecido en el Artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la Republica, presenta la siguiente propuesta legislativa:

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA LA DISCUSIÓN DE TIPICIDAD EN LA
AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONCORDANCIA CON EL
ARTÍCULO 271 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

3. Exposición de Motivos

➤ Antecedentes:

La prisión preventiva (en adelante PP) viene a ser el poder o facultad de someter a una persona de la cual se sospecha, presuntamente que ha cometido un delito, a una medida que lo priva de su libertad, previo cumplimiento de presupuestos contemplados por ley, que generen un nivel alto de convencimiento judicial de la vinculación de los hechos con el sujeto imputado.

La cara de la realidad trasluce su aplicación inmoderada que son contrarios a la excepcionalidad de su naturaleza, contrarios a las reglas generales de aplicar otras

medidas menos lesivas que no resulten atentatorias a la dignidad humana, por el contrario se ha vuelto una forma de reprimir, subyugar al investigado o investigados.

No hay oposición en que aquellos que han delinquido vayan a la cárcel, pero ello antecedido de un debido proceso, vivir en libertad es un derecho sumamente preciado, después de la vida y solamente por hechos previstos por ley puede ser suprimida o restringida, luego de un juicio justo, existe posibilidad de privación de libertad antes de una sentencia condenatoria, es claro que sí, ejemplo de ello son las medidas de coerción personal, la más extrema justamente la que se pretende modificar con el presente proyecto legal, hablamos de la prisión preventiva

El informe estadístico de Febrero 2022, el Instituto Nacional penitenciario reporta un 38% de presos cuya situación jurídica es “procesado”, en otras palabras no tienen condena, esto son 32964 personas, entre hombres y mujeres, que no tienen sentencia³. Entonces con mayor razón el juez que tiene en sus manos aplicar una medida coercitiva menos gravosa o ante la existencia de una posible atipicidad del delito, no debe hacer ojos ciegos y negar tal posibilidad al imputado, basándose en posturas jurídicas que resultan exageradas cuando de la libertad de una persona se trata.

Las cifras citadas, son consecuencia en parte de esta medida coercitiva personal de forma inmoderada, teniendo en sus manos la facultad de aplicar una medida distinta, que no quebrante la dignidad del investigado. Sin duda la presión de los juzgadores al analizar los presupuestos de aplicación de dicha medida, no debe resultar sencilla, sin embargo, debe mantener su imparcialidad y no contaminarse con los hechos que no tengan que ver con el proceso, para que su decisión resulte objetiva y sobre todo justa.

No se debe o al menos no debería ser viable la posibilidad de privar de libertad a una persona, aunque tenga vinculación con el delito sin que se pruebe de forma objetiva y razonable existe peligro procesal, o por el simple hecho de ser una figura mediática es razón suficiente para que no se valore objetivamente en conjunto con las demás acciones que tenga en investigado respecto del proceso.

³ Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Febrero 2022, p. 23.

https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_febrero_2022.pdf

➤ **La Identificación del Problema:**

No se discute o analiza la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, porque supuestamente dicha audiencia no tiene el carácter para discutir la tipicidad del delito.

➤ **Propuesta de Solución**

La solución al problema materia de investigación, es incorporar al artículo ya mencionadas líneas arriba, que en la audiencia se discuta la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

➤ **Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional**

La presente propuesta legal, no transgrede las disposiciones o derechos que se amparan en la Constitución Política del Perú, por el contrario va en concordancia con su art. 2, inc. 24, literal e), a través del cual se regula a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

5. **Análisis Costo Beneficio**

La presente propuesta legislativa, no genera incremento al erario nacional; por el contrario, genera seguridad jurídica.

6. **Fórmula Legal**

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo 271. Numeral 5 incorporado.

“Si en el transcurso de la audiencia el juez o las partes intervinientes advierten que respecto al hecho objeto de imputación se debe analizar la tipicidad del delito, primero se resolverá dicho incidente, a fin de que posteriormente se continúe con los presupuestos de la prisión preventiva”.

Capítulo IV

Conclusiones

1.A. Se determinaron que los fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva son:

- De lectura del artículo 268 apartado a) del CPP, es claro que no hay prohibición alguna respecto de que se debatan circunstancias distintas a los presupuestos señalados, en consecuencia no existe razón jurídica que impida se priorice debatir circunstancias de las cuales se desprenda la atipicidad de sus acciones, entonces en concordancia con el principio del favor libertatis en la interpretación de cualquier norma jurídica debe favorecer al imputado.
- Ante la posibilidad de ausencia de tipicidad y que esta sea advertida por la defensa técnica del imputado y comunicada al juez la existencia de que el hecho no constituye delito, entonces deben sentarse las bases jurídicas que permitan a la defensa técnica exponer sus argumentos, evitando obstáculos procesales en detrimento de la presunción de inocencia del imputado.

1.B. Se analizaron los fundamentos jurídicos que se argumentan en la audiencia de prisión preventiva, establecidos en el artículo 268° del CPP, la sospecha grave es lo que se requiere para requerir esta medida cautelar y la cuantía de la pena mayor a cuatro años, el peligro de fuga y de obstaculización, conforme lo señala la norma procesal.

1.C. Se determinó los criterios que los criterios actuales en las sentencias casatorias emitidas sobre la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva son contradictorias los cuales han oscilado en que si los cargos no cumplen las exigencias de imputación objetiva y subjetiva no pasarían el primer presupuesto procesal de la prisión preventiva, por otro lado, el criterio contrapuesto es que la finalidad de la audiencia de prisión preventiva se desnaturaliza al pretender corregir errores de imputación.

1.D. Se explicó la relevancia de debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, toda vez que no se debe anteponer obstáculos procesales o ausencia de voluntad de la ley ante un derecho fundamental como lo es la presunción de inocencia, por lo tanto, ante la posibilidad de que la conducta no sea delito debe existir el mecanismo para que la defensa técnica del imputado exponga sus argumentos.

1.F. De la información recopilada a los operadores del derecho sobre su conocimiento y criterio acerca del desarrollo de la audiencia de prisión preventiva, se concluye que existe un 50% de encuestados que en conjunto se muestra a favor de una reforma respecto de incluir discusión de tipicidad en la audiencia, debido a que de los encuestados el 70% afirma que en segunda instancia la prisión preventiva no se confirma. De lo cual se infiere que su aplicación no fue realmente indispensable para el desarrollo del proceso.

1.G. Se desarrolló una propuesta legislativa que incluya el debate de argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, de esta forma se elimina inconvenientes de interpretación, y las posturas a favor y en contra de dicho accionar. Con ello se elimina el vacío legal y se prioriza el derecho fundamental del procesado y se evita que vaya a prisión y esperar una nueva audiencia para que se discuta la tipicidad del delito.

Referencias

Libros

- Arbulú, V. (2015). *Derecho procesal penal. Un enfoque doctrinario*, 1era edición.
- Asencio, J. M. (2007). *La prisión provisional*. Madrid.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Tercera Edición, Colombia. Prentice Hall.
- Betancourt, E. (2015). *Teoría del delito*. Décimo Novena edición. Editorial Porrúa.
- Binder, Alberto, et al, (2006). *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura ENJ.
- Cabrera, A. y Gonzales, J. N. (2020). *Fundamentos jurídicos para adecuar el control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en el Perú*. Escuela de Posgrado de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo
- Cáceres, R. (2017). *Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal*.
- Caro, J. (2019). *Summa Procesal Penal*. 1era edición. Editorial Nomos & Thesis
- Cubas, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores.
<https://app.vlex.com/#WW/vid/338232434>
- Gálvez, Tomas y Palacios, William y Castro, Hamilton. (2010) *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores.
- Gimeneo Sendra, V. (1999). *Derecho Procesal (Procesal Penal)*, Tomo II. Tirant To Blanch.
<https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:PE/prisi%C3%B3n+preventiva+en+el+per%C3%BA/p3/WW/vid/846601074>
- Girón, J. G. (2013). *Teoría del delito*. 2da edición.
- Gutierrez, W. (2015). *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica SA.
- Gutierrez, M., (2012). *Temas de Derecho Procesal, Revista editada por los miembros de la Escuela de Litigación y Oratoria Forense*, N°1.

- Gonzales, O. y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito*, Lima.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Segunda Edición. EDDILI
- Lamas, L. et. al, (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Herramientas para la lucha contra la corrupción en Iationamérica. Instituto Peruano de Derecho y Gobernabilidad*.
- Loor, E., López, M., Bacigalupo, E., Boderó, E., Borja, E. y Bustos, J. (2013). *Las teorías del delito*. Córdoba, Universidad de Córdoba.
- Lujan, Peña Cabrera, y Benavente (2019). *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*. Gaceta Jurídica.
- Mercedes (2019). *Estudio dogmático, prisión preventiva, según el Nuevo Código Procesal Penal*. Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal*. Argentina.
- Moreno, J. (2019). *Tipicidad y prisión preventiva. ¿Sí o no? Las «idas» y «vueltas» de la Corte Suprema. Casos Edwin Oviedo y Walter Ríos*. Legis Pasión por el Derecho. Párrafo 10.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. 2da edición. Editorial Temis.
- Muñoz, F. (2007). *Teoría general del delito*”, 4ª ed., Tirant lo Blanch.
- Neyra, J., (2015). *Tratado de derecho penal*. Tomo II, IDEMSA.
- Orellana, O. (2014). *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista.*, Editorial Porrúa.
- Krauth, S. (2018). La prisión preventiva en el Ecuador. Defensoría Pública del Ecuador. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>
- Oliver, G. (2019). *Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°. 53. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000506>
- Orellana, O. (2014). *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Editorial Porrúa.

- Peña Cabrera, A. R. (2022). Ponencia Principio de Imputación Necesaria.
- Peña, O., Almanza, F. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Reynaldi, R. (2019). *La tipicidad y otros debates en la audiencia de prisión preventiva, por Roberto Carlos Reynaldi Román*. <https://legis.pe/tipicidad-debates-audiencia-prision-preventiva/>
- Rodríguez, M., Ugaz, A., Gamero, L., Schönbohm, H. (2012). *Manual de casos penales. Teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Segunda Edición. Ediciones NOVA.
- Rodríguez, LL. (2016). *Prisión preventiva. Límites constitucionales*. Editorial Grijley.
- Rodríguez, P. (2020). *La tutela procesal efectiva y el debido proceso como fundamento jurídico para instar el control de la tipicidad al inicio de la prisión preventiva*. <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14074/4681/Monografia%20PIERINA%20RODRIGUEZ%20GARCIA.pdf>
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal*. Lecciones -2da edición, INPECCP. Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.
- Talavera, P. (2004). *Comentarios al NCPP*. Grijley.
- Villabella, C. M. (2015). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Unviersidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Revistas

Reynaldi, R. (2019). La tipicidad y otros debates en la audiencia de prisión preventiva, por Roberto Carlos Reynaldi Román. <https://legis.pe/tipicidad-debates-audiencia-prision-preventiva/>

Moreno, J. (2019). Tipicidad y prisión preventiva. ¿Sí o no? Las «idas» y «vueltas» de la Corte Suprema. Casos Edwin Oviedo y Walter Ríos. *Legis Pasión por el Derecho*. publicado el 06 de enero de 2019. Visitado el 14.05-2019. <https://legis.pe/tipicidad-prision-preventiva-si-o-no-idas-vueltas-corte-suprema-casos-edwin-oviedo-walter-rios/>

Exp. 00685- 2016-30. LP Pasión por el Derecho, 25 de octubre 2017. <https://lpderecho.pe/cesacion-prision-preventiva-tramitarse-etapa-proceso/>

Linkografía

<https://lpderecho.pe/tipicidad-prision-preventiva-si-o-no-idas-vueltas-corte-suprema-casos-edwin-oviedo-walter-rios/>

<https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:PE/prision+preventiva+y+principio+de+proporcionalidad/WW/vid/338232434>

<https://www.redalyc.org/journal/720/72068427006/html/>

<https://lpderecho.pe/cas-724-2015-piura-casacion-jurisprudencial-decisiones-vinculantes-no-a-fallos-linea-jurisprudencial/>

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/002ec2804558f6ec8570b54df21c54fc/Prisi%C3%B3n+preventiva+y+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=002ec2804558f6ec8570b54df21c54fc>

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/RN-2823-2015-Ventanilla-LP-.pdf>

<https://lpderecho.pe/cesacion-prision-preventiva-tramitarse-etapa-proceso/>

Anexos

Anexo 1: Datos Básicos del Problema.

a) Realidad problemática

En la actualidad jurídica, el Título III, Capítulo I del Código Procesal Penal (en adelante CPP) regula la institución jurídica denominada “prisión preventiva”, que es una medida de coerción de carácter personal aplicable a los imputados que estén siendo investigados de delitos que superen una pena probable mayor a 4 años, que exista una probabilidad alta de que han sido autores del delito perpetrado y que fundamentalmente puedan fugarse o realizar actos que obstaculicen el desarrollo del proceso penal. Lo regulado en la medida de coerción solo señala los presupuestos para su aplicación, no contempla que durante el desarrollo de la audiencia se discutan por ejemplo cuestiones de tipicidad. Pero ¿Cuál sería la relevancia de discutir la tipicidad, cuando se tiene regulado la excepción de improcedencia de acción o inclusive la posibilidad de formular una tutela de derechos?. Dicho cuestionamiento no sería necesario si en la praxis siempre existiera tiempo para poder plantear dicha excepción o tutela, sin embargo, en la práctica es distinto, por ejemplo cuando se tiene un caso de flagrancia, la prisión preventiva se solicita en tiempo breve, no da el lapso de tiempo necesario a la defensa técnica del imputado para plantear una excepción de improcedencia de acción de haber detectado que a su patrocinado se le está procesando por una conducta que no es típica, bien quizá por la vigencia de la ley penal o porque carece de algún elemento típico para que el proceso pueda continuar, en consecuencia si el delito atribuido no supera la vaya de tipicidad va a ser imposible que dicha conducta pueda ser considerada delito, entonces porque permitir que se le prive de su libertad por una aparente conducta delictiva y por aparentes circunstancias por las cuales fiscalía le está imputando determinado delito.

El motivo de entrar en dicho cuestionamiento es porque existen hoy en día audiencias en donde se pretenden discutir la tipicidad de la conducta atribuida partiendo de la exigencia del primer presupuesto de la prisión preventiva, esto es, que exista elementos de convicción fundados y graves que vinculen al imputado, quiere decir, que no se exige una sospecha inicial o presunta, por el contrario, la exigencia que es que la sospecha debe ser “grave”.

La Corte Suprema ha emitido diversos pronunciamientos, respecto a la problemática de la que hoy ocupa a la investigación que en opinión no solo personal sino también de diversa doctrina, son contradictorios, así se tiene que en las casaciones 626-2013-Moquegua, 704-2015-Pasco, su postura es negativa, mientras que, en las casaciones 724-2015-Puno y 564-2016-Loreto, su postura es a favor de cuestionar la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva. Adicionalmente, se refiere en el comentario de una de las casaciones a favor, cuando la corte refiere “cuando los cargos no son concreto”, se trata de la imputación necesaria, y cuando hace referencia a las “exigencias de imputación objetiva y subjetiva”, se trata de aspectos de tipicidad, al no cumplirse estos aspectos como consecuencia tampoco se cumpliría con el primer presupuesto de la prisión preventiva, por tanto es una apertura a la posibilidad de un debate de estos aspectos pese a existir vías específicas. (Moreno, 2019, párrafo 10)

En ese orden de ideas, se cita el caso emblemático de Walter Ríos, en la audiencia que se desarrolló para determinar la imposición de dicha medida de coerción, su defensa técnica como primer pretensión sostuvo como primer punto la inexistencia de delito, considerando que iba a tener lugar a debatir los argumentos del porque sostenía tal pretensión, sin embargo, este punto fue rechazado por el magistrado argumentando “que los aspectos de tipicidad no son propios para el debate en la audiencia de prisión preventiva”.

El abogado Reynaldi Román es su artículo respecto de tipicidad y prisión preventiva, cuyo perspectiva esencial, en opinión personal, es poner en el telón las sentencias contradictorias de la Corte Suprema acerca del tema en cuestión han generado tremenda polémica cuando dicha cuestión resulta ser bastante obvia, afirma que, no existen razones jurídicas por las que se deba impedir el debate de tipicidad en dicha audiencia, que es de gran relevancia un debate penal del hecho cuando se determine imponer la medida coercitiva de prisión preventiva. (Reynaldi, 2019, párrafo 2).

Postura con la que se encuentra de acuerdo la investigadora, toda vez que, tal como lo señala el autor, con la sola lectura del artículo 268 apartado a) del CPP, refiere la exigencia de que existan “fundados y graves elementos de convicción” para que el resultado de su aplicación pueda ser razonable, porque con ello se demuestra una alta probabilidad de que el imputado está vinculado con la comisión del delito atribuido.

Es más que obvio que la conducta del autor debería haber pasado los estándares para ser considerada delito y no un hecho que no tenga relevancia para el derecho penal. De esta forma, se resolvería cualquier divergencia sobre el tema.

Se expone que en la ley procesal penal debe ser de exigencia la interpretación constitucional acorde con el contenido de los derechos fundamentales y demás garantías procesales como el debido proceso en todos sus extremos.

En este contexto de, cuando en el decurso de la audiencia de prisión preventiva, existe fundamentos para argumentar causa de justificación o de no punibilidad, entonces no tiene mayor sentido que se pronuncie por la medida cautelar, debiera en todo caso realizarse un análisis de motivos por los cuales la defensa técnica no tuvo la oportunidad de presentar excepciones.

Es importante tal discusión, por cuanto, por ejemplo, si en la audiencia, el abogado del imputado, solicita se discuta la tipicidad de la prisión preventiva, y el juzgador deniega el pedido, sin embargo, en la audiencia de excepción de improcedencia de acción, se declara fundada la misma, y se archiva el caso. Entonces ¿Qué pasa con el imputado que se encontró privado de su libertad por un determinado tiempo, si pudo prevenirse en la audiencia de prisión preventiva al discutirse la tipicidad del delito?, la respuesta evidente es que al imputado se le ha vulnerado sus derechos constitucionales privándose de su libertad por una conducta que no estaba prohibida por la ley penal, resultado que a todas luces resulta inconcebible en un modelo procesal garantista que a la fecha está vigente.

Asimismo, es pertinente considerar que la aplicación de una medida tan gravosa como está, debe aplicarse con sumo cuidado, toda vez que la población penitenciaria actual tiene un gran porcentaje de presos cuya situación jurídica es de procesado y no de condenado, así, en el informe estadístico de Febrero 2022, el Instituto Nacional penitenciario reporta un 38% de presos cuya situación jurídica es “procesado”, en otras palabras no tienen condena, esto son 32964 personas, entre hombres y mujeres, que no tienen sentencia⁴. Entonces con mayor razón el juez que tiene en sus manos aplicar una medida coercitiva menos gravosa o ante la existencia de una posible

⁴ Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Febrero 2022, p. 23.

https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_febrero_2022.pdf

atipicidad del delito, no debe hacer ojos ciegos y negar tal posibilidad al imputado, basándose en posturas jurídicas que resultan exageradas cuando de la libertad de una persona se trata y de su derecho a la presunción de inocencia.

En consecuencia, se considera pertinente y relevante abordar el tema “La discusión dogmática penal para debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva”, toda vez que se busca prevenir que se vulneren un conjunto de derechos fundamentales, en más relevante en este contexto penal, la libertad locomotora del sujeto en que va a estar privado de su libertad afrontando un proceso y gastos dinerarios en su defensa técnica, muy probablemente por un hecho que no constituye delito. A su vez, debe considerarse que las medidas de coerción son excepcionales, no deben ser impuestas de forma mecánica o automática, como si fuese un acto procesal de mero trámite, debería ser un análisis de cada caso en concreto, de esta forma determinar el cumplimiento de los presupuestos que exige la medida de coerción.

b) La formulación del problema de investigación.

¿Qué fundamentos jurídicos justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva?

c) Justificación e Importancia

La prisión preventiva es una medida que priva de la libertad al sujeto investigado sin que se haya demostrado aún su culpabilidad por el delito del cual se le imputa, y la disyuntiva o controversia en el decurso de la audiencia en que se determina la aplicación de dicha medida, es cuando se sostiene que el delito imputado no tiene elementos de tipicidad para considerarse delito, por lo que el resultado será una conducta atípica. Se ha generado debate a nivel doctrinario y en la jurisprudencia, en el plano nacional e internacional, por su parte diversa doctrina ha hecho el análisis sobre la problemática señalada respecto de la prisión preventiva, ello aunado a jurisprudencia contradictoria emitida por la Corte Suprema. En razón de este escenario, se tiene el propósito de brindar una perspectiva fundamentada respecto a la problemática cuestionada en correspondencia con el respeto de las garantías constitucionales que tiene o debería de gozar toda persona, a su vez se orienta a que, esta medida tan gravosa se aplique solo cuando sea estrictamente necesaria y que al

detectarse situaciones que puedan cuestionar la imputación del delito se abra el camino a su discusión durante la audiencia en que se desarrolla su aplicación.

Social: Es un tema relevante aún para el ordenamiento jurídico nacional, debido a que, al existir esta discusión dogmática en la audiencia de prisión preventiva respecto de la tipicidad, es oportuno que el Estado brinde el conocimiento de rápido acceso a través de folletos, a fin de evitar tergiversaciones en las decisiones de los jueces a nivel nacional, respecto a la problemática abordada.

Académica: Se justifica en el beneficio que brindará a los operadores jurídicos, debido a la relevancia del tema objeto de estudio, la investigación es de utilidad también en la preparación académica y profesional de todo abogado, asimismo generar el interés en la comunidad jurídica para ahondar o ampliar el conocimiento acerca de la institución procesal materia de investigación.

Legal: Existe necesidad de construir un marco jurídico eficaz y adecuado para que los distintos órganos públicos y los organismos constitucionalmente autónomos, se enfoquen y se modifique el contenido sustantivo de este instituto jurídica procesal penal in comento de esta forma llenar de contenido constitucional la referida incorporación legislativa.

Metodológica: La investigación se ha realizado haciendo uso de los criterios de investigación científica y aplicando la metodología del autor Hernandez Sampieri.

Práctica: Lo que se busca con la presente investigación es desarrollar una propuesta viable para solucionar una problemática vigente en el sector jurisdiccional que afecta a los ciudadanos investigados por un presunto hecho delictivo y que por motivo de haberse requerido la prisión preventiva en un lapso de tiempo breve no ha logrado presentar mecanismos de excepción

d) Objetivos:

Objetivo General

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva

Objetivos Específicos

1. Analizar los fundamentos jurídicos que se argumentan en la audiencia de prisión preventiva.
2. Explicar la relevancia de debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.
3. Determinar los criterios actuales en sentencias casatorias emitidas sobre la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.
4. Recopilar la opinión de los operadores del derecho sobre su conocimiento y criterio sobre el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva.
5. Desarrollar una propuesta legislativa que incluya el debate de argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

e) Hipótesis y variables.

- Hipótesis

Si, existen fundamentos jurídicos que justifican debatir argumentos de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, entonces, es necesario una solución legislativa que la regule.

- Variables.

Variable independiente: Prisión preventiva

Variable dependiente: La tipicidad

Anexo 2: Formato de Tabulación de Datos.

	Pregunta 1	Pregunta 2	Pregunta 3	Pregunta 4	Pregunta 5	Pregunta 6	Pregunta 7	Pregunta 8	Pregunta 9	Pregunta 10
Participante 1	2	4	2	4	5	4	3	4	2	4
Participante 2	4	4	4	4	4	4	2	4	2	1
Participante 3	4	3	4	1	2	4	3	3	4	5
Participante 4	2	4	4	4	5	4	2	4	2	4
Participante 5	2	5	5	5	4	4	2	4	2	4
Participante 6	1	1	1	4	4	2	4	4	4	4
Participante 7	2	2	1	4	4	1	2	1	2	2
Participante 8	2	2	3	5	5	2	4	1	2	2
Participante 9	1	1	4	4	1	2	1	1	2	2
Participante 10	4	1	4	2	2	1	2	4	3	1

Anexo 3: Instrumentos de Recolección de Datos.

ENCUESTA A ABOGADOS Y FISCALES

Estimado(a) participante: El presente trabajo de investigación jurídica, se realiza en el contexto social y normativo vigente respecto de la institución jurídica de la Prisión Preventiva, prevista en el artículo 268° del Código Procesal Penal Peruano. La finalidad de la presente encuesta es conocer su opinión respecto de esta figura legal.

Indicaciones: El presente instrumento consta de 10 preguntas y para responder marque solamente con un aspa (x) donde crea conveniente.

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
1.- ¿Cree usted los presupuestos materiales son suficientes para decidir la aplicación de prisión preventiva?					
2.- ¿Cree usted existe restricción normativa para discutir cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva?					
3.- ¿Considera usted que en la actualidad la carga de la prueba también la tiene la defensa técnica del imputado?					
4.- ¿Cree usted que la falta de imputación necesaria afecta el derecho del imputado a un debido proceso?					
5.- ¿Considera usted que de acuerdo a su experiencia la prisión preventiva se aplica mayoritariamente?					
6.- ¿Considera usted que es adecuado debatir tipicidad cuando se advierte una calificación jurídica inadecuada?					
7.- ¿Considera usted que cuando la defensa objeta la calificación del fiscal es atendida por el juez de forma positiva?					

8.- ¿Considera usted que se vulnera el derecho al debido proceso del imputado al aplicarse prisión preventiva y esperar a la etapa intermedia para discutir la tipicidad del delito?					
9.- ¿De su experiencia, cuando se aplicó prisión preventiva habiéndose advertido una calificación jurídica inadecuada, en segunda instancia se confirma mayoritariamente la prisión preventiva?					
10.- ¿Considera usted que reformar el art. 268º del CPP para incluir la discusión de tipicidad es una medida idónea?					