



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLÍTICAS**



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA PERMITIR EL DEBATE DE**  
**ARGUMENTOS DE ATIPICIDAD EN AUDIENCIA DE PRISIÓN**  
**PREVENTIVA**  
**TESIS**

**Para Obtener el Título Profesional de**

**ABOGADO**

**Presentada por el Bachiller**  
**RICHARD NIXON JESÚS PÉREZ MOLOCHO**

**ASESOR**  
**M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**

**CAJAMARCA, PERÚ**

**Mayo 2021**

## TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIACIONES.....	VI
RESUMEN.....	VII
<i>ABSTRACT</i> .....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	11
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA – PROBLEMÁTICA.....	11
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	15
1.3.1.    Justificación Científica.....	15
1.3.2.    Justificación Técnico – Práctico.....	16
1.3.3.    Justificación Personal.....	16
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.4.1.    Delimitación espacial.....	17
1.4.2.    Delimitación temporal.....	17
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.5.1.    De acuerdo al fin que se persigue.....	17
1.5.2.    De acuerdo al diseño de investigación.....	17
1.5.3.    De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	18
1.6. HIPÓTESIS.....	18
1.7. OBJETIVOS.....	18
1.7.1.    Objetivo general.....	18
1.7.2.    Objetivos específicos.....	19
1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	19
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	21
1.10. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO.....	21
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
1.11.1.    Técnicas.....	23
1.11.2.    Instrumento de recolección de datos.....	24
1.12. ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN.....	24
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	25
2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	25
2.1.1.    Antecedentes Históricos.....	25
2.1.2.    Nociones generales de la Prisión Preventiva.....	27
2.1.3.    Naturaleza jurídica.....	33
2.1.4.    Audiencia de Prisión Preventiva.....	34
2.1.5.    La prisión preventiva en la legislación comparada.....	35

2.1.6. La prisión preventiva en la jurisprudencia comparada .....	41
2.2. EL CONTROL DE TIPICIDAD .....	44
2.2.1. Noción General .....	44
2.2.2. <i>El Fumus Delicti Comissi</i> .....	46
2.3. LOS PRINCIPIOS- DERECHOS FUNDAMENTALES .....	54
2.3.1. El principio de legalidad .....	54
2.3.2. La libertad personal .....	59
2.3.3. El derecho a la defensa .....	63
2.4. EL GARANTISMO PENAL .....	68
2.4.1. Noción general del Garantismo .....	68
2.4.2. La legitimidad del control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva .....	71
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	74
3.1. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL .....	75
3.2. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL .....	80
3.3. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA IUS FILOSÓFICO .....	85
CAPITULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA .....	89
4.1. Propuesta <i>lege ferenda</i> de la permisibilidad del debate de atipicidad a nivel del primer presupuesto material de prisión preventiva .....	89
4.2. Exposición de motivos para la modificatoria al artículo 268-A y la adición de un párrafo al artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004 .....	90
4.3. Cuadro comparativo entre el texto vigente y modificado sobre el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004 .....	92
CONCLUSIONES .....	95
RECOMENDACIONES .....	97
LISTA DE REFERENCIAS .....	98

A mi familia, a mis maestros y seres queridos, por el apoyo moral otorgado para lograr la elaboración del presente trabajo de investigación. Su incondicional confianza es una fuente importante para seguir esforzándome en el tiempo, a fin de perfeccionar mi carrera profesional.

## AGRADECIMIENTO

Gracias, a Dios por brindarme la luz de la esperanza para retar los desafíos de la vida, a mi padre Joaquín Pérez Alarcón, por el sacrificio incomparable a lo largo de mi vida profesional. A mi maestro y asesor de tesis **Saúl** Alexander Villegas Salazar, y demás maestros universitarios, por guiarnos y sostener el valor de la realidad del conocimiento.

## LISTA DE ABREVIACIONES

APP. : Audiencia de Prisión Preventiva.

Art. : Artículo.

Cas. : Casación.

C.P.C. : Código Procesal Penal

C.P. : Código Penal.

EXP. : Expediente.

M.P. : Ministerio Público.

P.J. : Poder Judicial.

R.N. : Recurso de Nulidad.

STC. : Sentencia del Tribunal Constitucional.

## RESUMEN

Durante el desarrollo de la investigación se ha reflejado, la extensión del tema de investigación sobre: los fundamentos que permiten el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, para su realización se ha encaminado con la medida posible de lograr una correcta superación y aplicación de la institución de prisión preventiva, propugnar los fines del proceso penal y la respetuosidad de los Derechos fundamentales. Para tal estudio, se han utilizado de manera conjunta métodos y técnicas que han permitido la realización de la investigación, es decir, el método dogmático ha permitido ser utilizado en el estudio de la institución, sus conceptos, pronunciamientos, aportes y sus interrelaciones. A la vez, concedió a arribar a ciertas interpretaciones, y por medio de la argumentación como método ayudará a persuadir y convencer de la postura propuesta. Para cumplir con la investigación, como conclusión genérica se sostiene que la dimensión protectora de los derechos fundamentales comportan tres vertientes que justifican la realización del debate de atipicidad, el primero encuentra sustento en el carácter legal, por el mismo desarrollo y fines que sostiene el proceso penal, la segunda, el carácter constitucional, que asume dicha institución en su relación con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y la tercera, el carácter filosófico, asumiendo la teoría del garantismo penal que propugna la interrelación lineal de la actividad procesal y el respeto de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** prisión preventiva, libertad personal, principio de legalidad, derecho a la defensa, garantismo penal, control de tipicidad.

**ABSTRACT**

During the development of the investigation, the extension of the research topic has been reflected on: the foundations that allow the debate of typical arguments in a preventive prison hearing, for its realization it has been directed with the possible measure of achieving a correct overcoming and application of the institution of preventive detention, advocating the purposes of criminal proceedings and respect for fundamental rights. For such a study, methods and techniques that have allowed the research to be carried out have been used together, that is, the dogmatic method has allowed it to be used in the study of the institution, its concepts, pronouncements, contributions and their interrelationships. At the same time, he conceded to arrive at certain interpretations, and through argumentation as a technique he will help persuade and convince of the proposed position. To comply with the investigation, as a generic conclusion it is argued that the protective dimension of fundamental rights involves three aspects that justify the performance of the typicality control, the first one finds support in the legal character, for the same development and purposes that sustains the process criminal law, the second, the constitutional character, assumed by said institution in its relationship with the unrestricted respect of fundamental rights and the third, the philosophical nature, assuming the theory of warranties that advocates the linear interrelation of procedural activity and respect for fundamental rights.

**Keywords:** preventive detention, personal freedom, principle of legality, right to defense, criminal guarantees, control of typicity.

## INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal, adopta medidas coercitivas que limitan la libertad personal, entre lo previsto encontramos a la Prisión Preventiva, que resulta ser en la realidad judicial la más temible por su naturaleza cautelar. A lo largo de su vigencia, la prisión preventiva cuenta con respaldo legal y constitucional, sin embargo, cuando se trata de analizar casos difíciles que superan el panorama establecido, no es suficiente para su ámbito de aplicación.

Si bien es cierto, existe pronunciamientos de carácter no vinculante que expresan prohibición (Casación 626-2013, Moquegua) y permisibilidad (Casación 724-2015, Piura), sobre la validez del debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva; en un extremo, se pretende argumentar a favor de la posición que demuestre la vigencia y equilibrio entre los fines propios del proceso penal y los Derechos Fundamentales. Y en la otra línea, comprende que la medida coercitiva esté libre de errores, a base de la correcta superación de los presupuestos materiales. En ese aspecto surge la aspiración por resolver y detonar respuestas sobre: ¿si se debe o no permitir el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva? ¿Y cuáles serían los fundamentos jurídicos a sustentar para su permisibilidad?

La incertidumbre y la atracción Procesal Penal que reviste esta investigación, en una vertiente positiva, nos ha permitido recabar información de los escenarios en donde se desarrolla la medida de prisión preventiva, asumiendo la valoración realista e idealista sobre dicha institución, en posturas que fabrican la posibilidad

de llevar a cabo un debate revestido de garantías en un marco respetuoso de los Derechos Fundamentales.

En el desarrollo teórico se ha previsto el capítulo segundo, este cuenta con tres vertientes que sustentan el desarrollo de la investigación: legal, constitucional y filosófico. En el primero, se ha tratado el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, desde un aspecto general y específico, manifestando su articulación a la materia procesal penal. En el segundo, se ha fundado, principios-derechos: libertad personal, legalidad y defensa, que orientan el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva. Y tercero, se ha entrelazado el rol del garantismo en las barreras del proceso penal.

Los precedentes temas se han tratado a fin de fundamentar la vigencia del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva. Y los resultados de la presente investigación se han forjado en criterios y bases de respeto a los Derechos Fundamentales en la Prisión Preventiva y fines previstos del Proceso Penal.

## CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA – PROBLEMÁTICA

En el proceso penal peruano, existen tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y la de juzgamiento; la primera a la vez se divide en la investigación preliminar y la investigación preparatoria propiamente dicha; en esta última se va a centrar la investigación. Pues, una vez notificado a las partes procesales el requerimiento de prisión preventiva, el abogado defensor puede controlar la imputación de delitos, sin embargo, los mecanismos de defensa: la tutela de derechos y la excepción de improcedencia de acción, se agotaron en una etapa y audiencia diferente.

Además, dada la prohibición establecida en el artículo 268-A del código procesal penal, abre la posibilidad de encontrar, con qué tipo de normas jerárquicamente se contraponen; ante ello hemos establecido los siguientes niveles, el constitucional, el *ius* filosófico y el legal; el estudio e interpretación de las teorías, fomentarán a encontrar los fundamentos para permitir el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva.

Sobre lo reflejado anteriormente, vamos a partir del nivel constitucional, en caso de una deficiente atribución de delitos contraviene al principio de legalidad sostenido en el artículo 2, inciso 24, literal d), que señala: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley; de la misma manera se opone a la libertad personal que

prescribe el artículo 2, inciso 24, párrafo b), de la Constitución Política del Estado establece que: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...). Y, por último, vulnera al derecho al defensa expuesto en artículo 139 inc. 14 de la Constitución, que establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

En ese sentido, bajo la perspectiva de la corriente filosófica del garantismo penal que sostiene el profesor Luigi Ferrajoli, refiere que durante los actos procesales que se sustentan a nivel del proceso penal, es importante respetar la barrera exitosa de los derechos fundamentales, a fin de efectivizarlos. Asimismo, conforme a la realidad judicial, la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores, y sobre todo cuando en el actual modelo positivista, se ha encarnado la moderna prisión preventiva, que reviste y adolece problemas de aflicción sobre las personas, ello conlleva a realizar un delicado tratamiento sobre la respetuosidad de los derechos fundamentales (Luigi Ferrajoli, 1995).

En ese marco, el aspecto legal al que contraviene la no realización del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, se sustenta en el artículo VII del título preliminar del código procesal penal, que menciona, la vigencia e interpretación de la ley procesal, en su contenido y finalidad, tratan de favorecer y garantizar los derechos individuales del imputado mediante la correcta aplicación e interpretación

de normas; en el mismo sentido el artículo 202 del CPP, sostiene que cuando resulte indispensable la aplicación de del medida de coerción que limite derechos fundamentales debe seguir lo dispuesto por la ley y las garantías para el procesado. Y sobre el artículo 253 del CPP, en su sentido teleológico, los derechos fundamentales tienen que ser respetados a lo largo de la investigación y el proceso penal.

Sobre el nivel jurisprudencial se corrobora, la expresa prohibición en la Casación 626-2013, Moquegua, mientras que un pronunciamiento de la Corte Suprema, en la Casación 724-2015, Piura, permite el debate de imputación necesaria y tipicidad en APP (audiencia de prisión preventiva en adelante).

Lo que señala la Casación Moquegua 626-2013, es que el juez no debe permitir que se discutan cuestiones ajenas a la propia naturaleza de la audiencia, mientras que la Casación Piura 724-2015, otorga la posibilidad de debatir cuestiones de atipicidad. Es claro que, en una prohíbe y en la otra permite, frente a ello vamos recabar información para la presente investigación, basado en las posturas no unificadas.

En ese aspecto es necesario analizar y verificar la aplicación correcta del primer presupuesto material de la prisión preventiva, la finalidad que tiene el debate de atipicidad, y en qué medida respaldan y benefician al proceso penal en relación a los sujetos procesales y los derechos fundamentales.

Cabe precisar en el aspecto fáctico de la presente contextualización, se ha recabado que existe la presencia de otros eventos no previstos por

nuestro ordenamiento, y la realidad judicial lo asume como barreras grises del proceso penal, es el caso denominado “Los cuellos blancos del Puerto”, donde se presencia que se había notificado el requerimiento de prisión preventiva<sup>1</sup>, sin antes haber sido emitido o notificados de la disposición de formalización de la investigación preparatoria a la defensa para poder cuestionar o verificar la imputación. En ese mismo modo ha sucedido en la audiencia de prisión preventiva del Sr. Jorge Acurio<sup>2</sup>, y exactamente lo mismo ha sucedido en el caso “Los intocables ediles”.

También un hecho surgió en la audiencia de prisión preventiva de Walter Benigno Ríos Montalvo (ex presidente de la Corte Justicia del Callao), cuando en plena audiencia la defensa técnica empezó a argumentar problemas de atipicidad, claro que nos preguntamos qué tiene que ver la tipicidad en una audiencia de esta naturaleza, pero la defensa puso en claro, que no tiene sentido que se le atribuya elementos de convicción a un hecho que finalmente va resultar atípico; así que empezó a argumentar la atipicidad de todos los delitos imputados.

Cabe mencionar respecto a la parte fáctica sostenida anteriormente, solo son casos particulares en donde se plasma la realidad judicial, más no pretendemos arribar de su individualización a un investigación, y desde

---

<sup>1</sup> Audiencia de prisión preventiva realizada el día 14 de agosto de 2018, Expediente 33-2018-6, a cargo del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=is1Ztx7S3tg&t=1410s>.

<sup>2</sup> Audiencia de prisión preventiva realizada el día 27 de mayo de 2017, a cargo del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria especializado en delitos de corrupción de funcionarios.

luego, son escenarios en donde se presentó problemas, y ante lo cual se debe tener en cuenta para su previsibilidad; y sobre todo se resalte la presencia del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, ya que es de suma importancia estudiarlo e investigarlo para posicionarlo en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En efecto, el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva es una forma de garantizar y dar razón al proceso penal, pues la labor rigurosa de ministerio público, defensa técnica o juez de investigación preparatoria, ante la no unificación de posturas y la no regulación expresa, nos motiva desarrollar una investigación descriptiva, explicativa y propositiva a fin de dar con una pronta solución.

En este sentido nos formulamos la siguiente pregunta:

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para permitir el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

### **1.3.1. Justificación Científica**

La presente investigación se ha propuesto con la finalidad de sostener argumentos legales, constitucionales y filosóficos en el marco del Proceso Penal, tales conocimientos estarán dirigido a los

operadores del Derecho a fin de encontrar la correcta interpretación de los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

### **1.3.2. Justificación Técnico – Práctico**

El debate de argumentos de atipicidad es una medida que se debe llevar a cabo en audiencia de prisión preventiva por parte del juez de garantías, el fiscal o la defensa técnica, pues sirve ante la acción, omisión o denegación de los mecanismos de defensa y frente a la aún incorrecta subsunción del tipo penal en la parte fáctica, pues con dicha figura se evitará arbitrariedades y el ilegítimo ejercicio del derecho.

También se debe entender que el debate de tipicidad no se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Penal, es más existe serias controversias sobre su regulación, para lo cual se hará una propuesta de modificación en el primer presupuesto material.

### **1.3.3. Justificación Personal**

Para nosotros es un reto involucrarnos con la investigación, ante ello el primer paso es acercarse en el estudio del proceso penal, especialmente en la prisión preventiva, además de eso, la constitución y la filosofía, nos servirá de sustento para validar adecuadamente la esencia de la presente investigación.

## **1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. Delimitación espacial**

El estudio de la investigación no tendrá un ámbito específico, debido a que el material jurídico analizado e interpretado, será de utilidad para todo tipo de estudio en la constitucionalización del proceso penal.

### **1.4.2. Delimitación temporal**

Este trabajo no está delimitado, pues la problemática que se posiciona está en el nivel del marco legal, constitucional y filosófico.

## **1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue**

Es una investigación básica, su finalidad va a conllevar a incrementar el conocimiento legal, constitucional y filosófico, sobre la prisión preventiva, a nivel del primer presupuesto material plasmado en audiencia. Sus efectos, constituye la construcción y sustento de bases teorías generales.

### **1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación**

Es una investigación es de tipo explicativa, descriptiva y propositiva, porque se ha identificado la problemática, se ha delimitado bases teóricas para su sustento del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva; y en esa misma línea la propuesta legislativa al artículo 268-A del Código Procesal Penal Peruano, será la solución en estricto.

### **1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

Este trabajo será arribado por métodos y técnicas (enfoque cualitativo), porque la problemática será sostenida en las bases teóricas doctrinarias, constitucionales y filosóficas; y las hipótesis van a ser sustentadas en un ámbito de argumentación e interpretación jurídica.

## **1.6. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos para permitir el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva son:

- a) La correcta aplicación del plano formal del primer presupuesto material de la prisión preventiva, en el marco del *fumus delicti comissi*,
- b) El respeto del nivel subjetivo y objetivo que contempla el principio de legalidad, la libertad personal y el derecho a la defensa en la prisión preventiva, a propósito de la justificación del campo normativista y realista del funcionamiento efectivo del ordenamiento jurídico penal, propuesto por Luigi Ferrajoli.

## **1.7. OBJETIVOS**

### **1.7.1. Objetivo general**

Determinar los fundamentos jurídicos para permitir el debate de argumentos de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

### 1.7.2. Objetivos específicos

- a) Estudiar el sustento del debate de atipicidad en el primer presupuesto material de la prisión preventiva.
- b) Analizar el derecho a la libertad personal y el derecho a la defensa, en el marco de permisibilidad del debate de argumentos de atipicidad.
- c) Analizar el principio de legalidad en relación con la permisibilidad del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, su debida superación y la conexidad con otros derechos fundamentales.
- d) Realizar una propuesta de *lege ferenda*, en la que se encuentre la correcta precisión del primer presupuesto material de la prisión preventiva.

### 1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Habiendo realizado la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – SUNEDU, se encontró lo siguiente:

Según Méndez Zelaya (2016), en su tesis titulada como “Control de tipicidad en los autos y sentencias por los juzgados unipersonales, juzgados colegiados y sala de apelaciones de Huaraz, 2012-2016”, para optar el Título Profesional de Abogada, en la Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”, tuvo como objetivo: Determinar cuáles son los fundamentos, oportunidad y frecuencia del control de tipicidad de los autos y sentencias por los juzgados unipersonales, juzgados colegiados y Sala Penal de Apelaciones de Huaraz, 2012-2016,

la autora planteó la siguiente hipótesis: El caudal probatorio actuado, mayor conocimiento de los fundamentos típicos de cada hecho considerado como delito, permiten realizar mejor control de tipicidad de los autos y sentencias por los juzgados unipersonales, juzgados colegiados y Sala Penal de Apelaciones de Huaraz, 2012-2016. En tal sentido, la investigadora aborda a la conclusión y a los resultados: los procesos terminan en archivos, siendo esto perjudicial para las entidades públicas pues genera mayor carga laboral y mayor presupuesto, además para los particulares que tienen procesos pendientes demoren en la resolución de dichos por la excesiva carga laboral, debiéndose esto a una deficiente valoración entre los hechos y el tipo establecido por el legislador. A diferencia de la investigación realizada por Méndez Zelaya, el presente trabajo va a adecuar sobre el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, es decir permitir el debate de argumentos de tipicidad antes de superar cada presupuesto material, siempre y cuando se haya agotado o denegado la excepción de improcedencia de acción, o cuando persista el error de calificación en audiencia de prisión preventiva. Con ello, busca garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del imputado.

## **1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

En la presente investigación, se van a utilizar métodos lógicos, a continuación, se detallan:

### **A. Método inductivo-deductivo**

Como el método inductivo, nos va a ayudar a partir del estudio de los conceptos, teorías y posiciones doctrinales y filosóficas y normativa vigente de la prisión preventiva, a fin de formar una teoría general que sostenga los fundamentos jurídicos para permitir el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva; mientras que, en el método deductivo, se planteará a base de los elementos que componen la hipótesis como regla general, ello se estudiará y analizará de forma fragmentada (general a particular), a fin de encontrar la esencia y el resultado positivos o negativos. Tanto en el deductivo como el inductivo; serán utilizados en la presente investigación de manera conexa.

## **1.10. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO**

El presente trabajo de investigación se utilizará según los propios métodos asumidos por la ciencia jurídica, a continuación, se detalla:

### **A. Método de la dogmática – jurídica**

El profesor Tantaleán Odar con respecto a este método señala que:

La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. Su sustento se encuentra en los trabajos elaborados por la pandectística alemana encargada de construir instituciones jurídicas a partir de los

textos legales. Por ello se asocia a la investigación dogmática o formal con las normas jurídicas estudiadas en abstracto, motivo por el que se puede decir que se trata, en esencia, del estudio de las normas jurídicas y todo lo que tenga que ver con ellas pero siempre en sede teórica. (Tantaleán Odar, 2016, p. 4)

Basado en el concepto señalado, podemos manifestar que este método nos ayudará a interpretar, sistematizar y evaluar las bases teóricas legales, constitucionales y filosóficas que se sostienen en el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, pues con ello delimitará qué sentido se va a adoptar y unificar las posibles soluciones en nuestro sistema vigente.

## **B. Método hermenéutico**

Morella Arráez citando a Ricoeur (2006), señala que:

La Hermenéutica como una actividad de reflexión en el sentido etimológico del término, es decir, una actividad interpretativa que permite la captación plena del sentido de los textos en los diferentes contextos por los que ha atravesado la humanidad. Interpretar una obra es descubrir el mundo al que ella se refiere en virtud de su disposición, de su género y de su estilo. (p. 4)

Con este método, tiene una concepción amplia sobre la investigación, pero desde el punto de vista jurídico, abarca a la interpretación de las normas jurídicas y su relación con la filosofía del derecho. A partir de ese contexto, este método nos permitirá, interpretar los aspectos poco claros sobre la jurisprudencia y legislación comparada, doctrina, normas procesales y presupuestos

materiales de la prisión preventiva en el marco del sustento del garantismo penal.

### **C. Método de la Argumentación Jurídica**

Meza Fonseca citando a Atienza (s.f), señala que:

Es el de aplicación de normas jurídicas al caso concreto, distinguiendo entre la argumentación en relación con problemas concernientes a los hechos o bien al Derecho; asegurándonos que la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones de los casos difíciles relativos a la interpretación del Derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. (p.4)

Una vez sostenida la postura en el presente trabajo, este método ayudará a convencer y persuadir sobre los resultados finales de la presente investigación, además la justificación y la fundamentación propenderán en demostrar la solución en concreto.

## **1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.11.1. Técnicas**

Para la presente investigación se va a emplear la previa observación, selección y recopilación de todos los documentos que se encuentren relacionados al tema de la investigación, y a medida que se sintetice, el análisis e interpretación será plasmado en el marco teórico y en su debida oportunidad servirá para fundamentar la hipótesis.

### **1.11.2. Instrumento de recolección de datos**

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha utilizado las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario. Durante toda la investigación, el uso de las fichas digitales: comentario, resumen, textuales y bibliográficas; tal actividad ha permitido recaudar una selectiva compilación de la leyes, doctrina y jurisprudencia (nacional y convencional).

### **1.12. ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN**

En este trabajo de investigación, no referirá elementos estadísticos ni cuantitativos.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA

#### 2.1.1. Antecedentes Históricos

##### A. En la Edad Antigua

En Grecia, no existe el uso de prisión preventiva, pero si data manifestaciones respecto al pago pecuniario, asumida como pena; dichos criterios jurídicos se deben a que el respeto de la libertad del imputado y a la conexas expresión de los valores absolutos de la persona y dignidad humana. En ese sentido, Marcelo Víctor citando a Rodríguez y Rodríguez (1981), prescribe:

En Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación. (p. 18)

En la historia jurídica de Roma, la prisión preventiva ha tenido un trato más avanzado respecto a criterios sobre su uso, tal atención engloba a condiciones de flagrante delito o cuando mediaba confesión y sobre los casos de crímenes contra la seguridad del Estado. Ello se justificaba en el respeto al principio de igualdad y principalmente bajo la vigencia de las Doce Tablas (Rodríguez y Rodríguez, 1981).

**B. En la Edad Media**

En el siglo XVI, prisión preventiva tenía dos particulares finalidades, la primera consistía en determinar cuál es la gravedad de del delito y la segunda, en encontrar un grado de sospecha en la comisión del delito. Posteriormente, en el contexto del medioevo, la prisión preventiva, ocupa un desnivel en el carácter excepcional, debido a que el sistema inquisitivo forja a la detención o captura como un medio para someter a torturas al procesado y lograr obtener información (confesión).

**C. En el siglo XVIII**

Marcelo Víctor R. citando a Von Henting (2017), señala que:

La prisión preventiva no se diferenció en cuanto a su aplicación de la prisión como pena, ya que todos los presos fueron sufriendo igual trato así en Europa como en los Estados Unidos de América, que durante el siglo XVIII, la cárcel era prisión militar, manicomio y custodia de deudores, etc. A finales del siglo, en Walnut Street Jail no había ninguna separación entre presos, llegando hasta el aislamiento celular riguroso de principio del siglo XIX. Los procesados estaban siempre junto con los condenados sufriendo las mismas consecuencias. Más tarde surge la fase correccionalista y moralizadora de los siglos XVIII y XIX, y por último el periodo reconciliador y readaptador del sistema penitenciario. (p.06)

En el contexto y realidad que asume nuestro país, ha quedado superado la problemática de prisión por deudas, sin embargo, el trato a los presos en los centros penitenciarios sigue siendo retrógrada en cuanto al respeto de los Derechos Fundamentales. Asimismo, por respeto a la Libertad Personal

y la Presunción de Inocencia, no son condiciones carcelarias que los procesados estén junto con los condenados. En efecto, el Estado legitima el encarcelamiento de una persona en condición de procesada, que aún no cuenta con una sentencia absolutoria y condenatoria.

#### **D. Edad Moderna**

Uno de los acontecimientos importantes que surgió a raíz de la Revolución Francesa de 1789, es la Declaración del Hombre y del Ciudadano, en ella se realizó enmiendas sobre la respetuosidad de la libertad personal en el Código de Instrucción Criminal de 1808, en dicha compilación abordó la detención preventiva, asumiendo criterios para su uso tales como, la discreción del juez para aplicar la medida coercitiva bajo una caución; siempre y cuando los imputados hayan cometido delitos por primera vez y respondan a penas correccionales (Rodríguez y Rodríguez, 1981).

#### **2.1.2. Nociones generales de la Prisión Preventiva**

Es importante partir resumidamente las tres etapas del proceso penal, este consta, en la investigación preparatoria, la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento. En la investigación preparatoria, se divide en la preliminar y propiamente dicha, en estas dos sub etapas comprenden distintos actos que tienen como finalidad de reunir elementos de convicción de cargo y descargo, para que el fiscal bien pueda preparar o no una formulación de

acusación. En efecto, en esta etapa comprenden los actos preparatorios de la iniciación de la investigación y el ejercicio de la acción penal<sup>3</sup>.

Mientras que, en la segunda etapa, la etapa intermedia, cumple una función saneadora sobre los actos procesales realizados precedentemente, en esta comprende tanto la evaluación de las pretensiones material-procesal formulada por el fiscal, y una vez realizado tal control por el juez de garantías, se ordenará consecuentemente aperturar el juicio o el sobreseimiento de la causa.

Y, por último, en la etapa de juzgamiento, se asume un eje discrecional, pues es la celebración judicial sobre la responsabilidad de la conducta del procesado, en él se sustentará la condena o la absolución, a fin de culminar el proceso penal.

Una vez expuesto la generalidad del proceso penal, es oportuno manifestar que la presente investigación se va centrar en la etapa de investigación preparatoria, específicamente en la prisión preventiva, para ello es importante conocer su concepto brevemente:

---

<sup>3</sup> En esta etapa es donde el fiscal puede formular la medida de coerción de prisión preventiva; y sobre la cual será materia de investigación en el presente trabajo.

A nuestra consideración la prisión preventiva es una medida de coerción que limita temporalmente la libertad personal del justiciable, a fin de permitir asegurar la presencia del imputado en el curso del proceso penal y no truncar las acciones procesales.

Ya desde un concepto más amplio de la prisión preventiva, la Casación Penal N° 01-2007 señaló que:

La prisión preventiva (...) es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene fin punitivo). Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes –cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él- tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican –sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación<sup>4</sup>.

La prisión preventiva es sin duda alguna la medida de coerción personal más aflictiva y polémica de las que existen en el ordenamiento jurídico procesal penal, y lo es, no tanto por su aceptación expresa en las leyes nacionales y supranacionales; sino

---

<sup>4</sup> Casación Penal N.º 01-2007-Huaura. Sala Penal Permanente. Lima, 26 de julio de 2007. 2 BRUZZONE, Gustavo. A. "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal". En Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005, p. 244.

más bien por su regulación y aplicación, pues esta debe utilizarse de la manera más acorde con los derechos fundamentales como la libertad personal, presunción de inocencia, derecho a la defensa, etc. (Villegas, 2013, p. 75).

La medida de coerción (prisión preventiva), vienen a ser las más utilizadas en la praxis judicial, que ante ello puede existir defectos en el procedimiento y aplicación, tal es el caso del tema de la labor de atipicidad que se debería o no sostener en audiencia de prisión preventiva; siendo prescindible analizar las posturas en nuestro sistema jurídico. Pues existen criterios para sustentar la correcta superación de los presupuestos de la prisión preventiva y por ende su ejecución.

Basándonos en el contenido anterior; podemos darnos cuenta sobre la labor de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva se erige como una exigencia a una garantía que se encuentra presente a lo largo de todas las etapas del proceso y que deviene en labor fundamental en tanto que informa y da sentido a la ratio de todos los actos procesales, esto es, determinar si el imputado es competente por la infracción de la expectativa normativa institucionalizada y, por ende, si resulta responsable penalmente.

En la presente investigación lo que nos va a interesar es el primer presupuesto material (graves y fundados elementos de convicción

del delito)<sup>5</sup> de la prisión preventiva, ya que en él se va a concentrar un análisis que tendrá una cercana relación con la posible realización de un debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva. Asimismo, lo que nos va incumbir, por otro lado, es importante tomar el análisis de la Casación 724-2015 Piura, que resalta sobre agotar el *fumus commisi delicti*, relación que encontramos con el debate de tipicidad.

En sentido, por el grado de relación con la atipicidad es importante tener presente al artículo de la Constitución Política, el literal “d” inciso 24 del artículo 2, que consagra el principio de legalidad como una garantía para proteger y salvaguardar la libertad y seguridad personales; pues en ello estipula que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

En la misma línea el artículo VII del título preliminar, sobre la vigencia e interpretación de la ley procesal penal, en su contenido y finalidad, tratan de favorecer y garantizar los derechos

---

<sup>5</sup> El primer presupuesto material de la prisión preventiva en el artículo 268 del Código Procesal Penal en el que suscribe de la siguiente manera: “a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”.

individuales del imputado mediante la correcta aplicación e interpretación de las normas procesales.

También se tiene a la legalidad procesal (Artículo 202 del Código Procesal Penal), que expresa: “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

En otro punto, se debe tener en cuenta que, ante la ineficaz subsunción realizada por el Ministerio Público, se estaría contraviniendo a lo estipulado en el Artículo 253 sobre Principios y finalidad de las medidas de coerción.

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

Asimismo, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos reconocen a la libertad personal como un derecho de tutela internacional, sujeto a restricciones excepcionales debidamente establecidas en la ley y con arreglo al procedimiento preestablecido en ella.

### **2.1.3. Naturaleza jurídica**

En la prisión preventiva se encuentra positivizado en el Código Procesal Penal, y en este se encuentra la concurrencia de los presupuestos formales y materiales que deberían cumplirse ante una posible aplicación, y los indicados para velar el pleno cumplimiento y validez son el juzgador, Ministerio Público y Defensa técnica (Peña Cabrera, 2007).

Como institución forma parte del ordenamiento procesal penal peruano, y ha marcado aflicciones al ejecutarla, para ello, el reto es dotarla de garantías, pues la participación de los sujetos procesales (jueces, el fiscales y defensores) conllevará a que la medida cumpla los fines establecidos.

Ahora como medida cautelar, la prisión preventiva, esta revestida o cumple una función de pena anticipada, por el hecho de privar el derecho de la libertad en un centro penitenciario, frente a ello surge la posibilidad de debatir cuestiones y criterios para mejorar la aplicación de tal institución, pero manejando un clima más sensato, como es el permitir el debate de argumentos de atipicidad en

audiencia de prisión preventiva, con ello se pretende dar una respuesta a los justiciables y revestir la aplicación de la prisión preventiva con el pleno respeto de los principios constitucionales.

#### **2.1.4. Audiencia de Prisión Preventiva**

Para efectos de la presente investigación es oportuno tener presente el artículo 271 del Código Procesal Penal en el que se encuentra regulado de la siguiente manera:

- a) El juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.
- b) Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 8, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.
- c) El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.
- d) El juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

En el rol y deber de todos los sujetos procesales es que se cumpla todos los requisitos materiales de la prisión preventiva, el normal desarrollo del proceso penal y el irrestricto cumplimiento de los derechos constitucionales del imputado.

### **2.1.5. La prisión preventiva en la legislación comparada**

#### **A. La ley de enjuiciamiento criminal - España**

Mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su última modificación: 20 de noviembre de 2020. Conforme al artículo 502, señala:

1. Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. 2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. 3. El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. 4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.

Como se ha podido ver la intención del legislador español, es respetar el Derecho a la Libertad y la Presunción de Inocencia; y adopta márgenes de garantismo, al asociar la necesidad y

justificación de la medida de coerción personal, en un alto grado de la comisión del delito.

Y en ese sentido en el artículo 503, señala los presupuestos para dictarla:

La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran varios los hechos imputados se estarán a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal. 2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Al igual que los países de Argentina, Bolivia, Chile y nuestro país, se adopta pasos o presupuestos a superar para dictar la medida, en tal sentido, es una forma de garantizar el Debido Proceso, el Derecho a la Defensa y Derechos conexos, y sobre todo la excepcionalidad de la prisión preventiva. Lo rescatable del tratamiento que se le ha dado sobre la prisión preventiva en España, es la prognosis de la pena de dos años, el criterio de la tipicidad subjetiva referido al dolo y el alto grado de participación del imputado en el delito, que ha comparación de nuestro ordenamiento, en la prisión preventiva existe una zona

gris en la aplicación de los presupuestos materiales.

## **B. Código Procesal de Costa Rica**

En el artículo 238, se encuentra la aplicación de la prisión preventiva, mediante los siguientes parámetros:

La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que convoque a una audiencia oral, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida. Si la persona se encontrare detenida, la solicitud de audiencia deberá pedirse dentro de las veinticuatro horas, contadas desde que el encausado se puso a la orden del juez; la audiencia deberá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas y la resolución deberá ser dictada dentro de ese plazo. Corresponde al Ministerio Público y la defensa del imputado, aportar la prueba en la que fundamente sus peticiones. Terminada la audiencia, el juez resolverá sobre lo solicitado. Si contare con medios de grabación, el respaldo de ellos será suficiente para acreditar la existencia de la celebración de la audiencia y de lo resuelto. Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados. La privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en el caso.

Sobre las líneas anteriores, el Código Procesal Penal de Costa Rica, ha tenido por cuenta establecer los procedimientos y condiciones para dictar la prisión, similares actos procesales suceden en el código procesal penal de 2004.

Mientras que en el artículo 239, en la procedencia de la prisión preventiva, estipula que el tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes

circunstancias:

a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

El tratamiento respecto a dictar la prisión preventiva, los presupuestos a seguir son excluyentes y copulativos, es más, existen a comparación de nuestro Código Procesal Penal, criterios sobre la víctima o agraviada, como una forma de protección.

Asimismo, es importante nombrar al artículo 239 bis, en las que se encuentran otras causales de prisión preventiva:

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política: a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de

uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. d) Se trate de delincuencia organizada.

Como se puede apreciar en las líneas anteriores, la prisión preventiva en Costa Rica tiene un especial tratamiento, porque constituye en su Constitución Política, tres aspectos importantes para asumir la prisión preventiva, en primer lugar, clasifica los delitos que se encuentran inmersos a una medida cautelar, en segundo lugar, condiciona a los presuntos imputados no hayan cometido delitos contra las personas o fuerza sobre las cosas, en tercer lugar, se condiciona la reincidencia y cuarto lugar, se dicta la medida si se trata de organización criminal. Se puede deducir que, a comparación de nuestro Código Procesal Penal, el costarricense, se encuentra avanzado en cuanto a criterios a aplicar la prisión preventiva, y exterioriza un alto grado de constitucionalización del Proceso Penal.

### **C. Código Procedimiento Penal de Bolivia**

En el artículo 232. - (Imprudencia de la detención preventiva). No procede la detención preventiva:

En los delitos de acción privada; 2. En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; y, 3. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años. En estos casos únicamente se podrá aplicar las medidas previstas en el artículo 240 de este Código. Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un año, la detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar medida alternativa.

Como se ha apreciado en el artículo 232, existe causales de improcedencia en cuanto a aplicar la prisión preventiva, que a comparación del nuestro, no contamos con tal regulación, pero si lo hemos otorgado regulación a la prognosis de la pena (superior a 4 años), y en cuanto a la condición de la mujer embarazada y madre en lactancia, se aplica siempre y cuando no haya otra medida alterna, mientras que en Perú, no se menciona nada sobre la situación de las mujeres embarazadas y madre en lactancia en prisión preventiva.

En el artículo 233, prescribe los requisitos para la detención preventiva:

Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurren los siguientes requisitos: 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y, 2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculicen de la verdad. Artículo 234.- (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias: 1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajos

asentados en el país; 2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; 3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga; y; 4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

Sobre las líneas sostenidas anteriormente, se puede apreciar que la regulación de los presupuestos materiales a superar, tiene similares características al del artículo 268 del Código Procesal Penal peruano del 2004, en cuanto a los elementos de convicción a sostener el grado de participación en el delito, peligro de fuga y obstaculización, asimismo sobre el arraigo laboral y domiciliario.

#### **2.1.6. La prisión preventiva en la jurisprudencia comparada**

##### **A. En Chile**

Mediante la Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Ingreso N° 0-4223-2008, RUC: 0800265096-8, de fecha 29 de diciembre de 2010. Considerando primero y segundo, establece que:

Existían problemas de doble foliación de la carpeta fiscal, (...) que los antecedentes acompañados al tribunalno estaban completos, pues faltaban, interceptación de llamadas telefónicas, copias de documentos incautados, copias de autorizaciones judiciales, entre otras. Los abogados defensores se han visto impedidos de controlar y controvertir no solo la prueba de cargo ofrecida por la fiscalía y recopilada (...)

Como se ha pronunciado el Tribunal Chileno, cuando se

transgrede el Derecho a la Defensa, hace imposible y trunca las posibilidades de controlar y controvertir; en ese sentido, no debe ser ajeno la objetividad para lograr los fines propios del proceso penal y el respeto de los Derechos Fundamentales.

## **B. En Bolivia**

Mediante Sentencia Constitucional Plurinacional 1617/2013, Sucre, 04 de octubre de 2013, sobre el Derecho a la Defensa señaló:

Al existir una impugnación de la sentencia de primera instancia, apelación que se encontraba sin resolverse, debieron observar la jurisprudencia relativa al trámite del planteamiento de la extinción de la acción penal y los arts. 187 y 188 del CPP.1972; y, 308 del CPP, en lo que concierne a la naturaleza del trámite de las excepciones, esto es que, toda excepción debe tener un previo y especial pronunciamiento. En efecto, las autoridades demandadas, primeramente debieron paralizar el trámite principal y resolver la excepción según las reglas de la jurisprudencia constitucional vigentes en ese momento; así, al entender que eran incompetentes, tenían la opción de remitir antecedentes al juez o tribunal competente a fin de que este resuelva el fondo del planteamiento de la excepción, entre tanto se encontraba paralizado el pronunciamiento del auto de vista; o en su defecto, rechazar la misma sin ingresar al fondo de la causa, habilitando a la imputada a fin de que ésta acuda directamente a la autoridad competente (..). Entre tanto no exista una resolución de fondo del incidente cuyo planteamiento se dio hace más de siete años atrás, este Tribunal Constitucional Plurinacional no encuentra otra posibilidad más que anular el Auto de Vista de 13 de octubre de 2012 en su integridad y, por su relación, el Auto Supremo 28/20013 de 28 de febrero. (p.18 y 19)

El tribunal al emitir su pronunciamiento, hace referencia a que el Estado debe garantizar el derecho al debido proceso y a la

defensa, en cualquier estado del proceso, a fin de salvaguardar oportunamente e inmediata los Derechos fundamentales de los imputados.

### **C. En España**

Luis Pomed Sánchez citando la STC 120/1990, de 27 de junio, donde el Tribunal Constitucional (2006), pone de manifiesto que:

La libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico art. 1.1 de la Constitución, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero que «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo». (p.02)

El Tribunal Constitucional español, es muy incisivo cuando se trata de salvaguardar los Derechos Fundamentales, es decir, es garantista. En tal sentido, la protección de la libertad de la persona abarca a la manifestación en su práctica-vida de individuos; y la permanencia y respeto es sujeción de los

órganos jurisdiccionales.

## **2.2. EL CONTROL DE TIPICIDAD**

### **2.2.1. Noción General**

Desde un concepto amplio, el control de tipicidad abarca la adecuada subsunción<sup>6</sup> de la parte fáctica en un tipo penal; no vale confundir con el concepto tipo, ya que es la descripción concreta o abstracta de los fenómenos sociales que acarrea una consecuencia jurídico penal.

En el control de tipicidad, siendo uno de los filtros procesales (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se podría manifestar en audiencia de prisión preventiva, a través de un debate de argumentos de atipicidad, a nivel del primer presupuesto material de la medida de coerción; siempre y cuando exista una deficiente imputación, y no se haya podido agotar o denegado a un mecanismo de defensa (excepción de improcedencia de acción).

Dicha oportunidad procesal puede ser resuelta por el Ministerio Público, Defensa técnica y en último momento por el Juez de Garantías; con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del imputado, mantener la celeridad procesal, etc.

---

<sup>6</sup> Subsumir significa, adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual), o incluir una clase en una clase más amplia (subsunción genérica). En otras palabras, subsumir significa, comúnmente, usar un concepto.

Para más precisión sobre el control de tipicidad, es importante recalcar el trabajo de Jiménez Asúa (como se citó en Plasencia Villanueva, 2017), sobre las nomenclaturas sobre el tipo y la tipicidad:

- a) Adecuación típica, correspondencia entre el hecho y la descripción legal.
- b) Tipicidad *sensu strictu*. Constituye un elemento esencial del delito, la descripción elaborada por el legislador.

Mientras los hechos relevantes jurídicamente mantengan una calificación optima, esta va respetar el interés protegido por el tipo penal descrito y así mismo cuando independientemente los sujetos procesales constantemente puedan calificar, subsumir un hecho punible en un tipo penal (Carrión, 2016, p. 54).

El control de tipicidad desde la perspectiva de la teoría del delito, se exige la afirmación de una acción típica, en general se reconoce que el dolo puede deducirse de la existencia del tipo objetivo; asimismo se debe afirmar la existencia de antijuricidad, culpabilidad y finalmente, que la conducta sea punible, sumados a la perseguibilidad, estos tres últimos elementos son presupuestos para una calificación racional de todo tipo penal (Carrión, 2016, p. 54).

Y el control de tipicidad como medio para lograr una prisión preventiva valida y revestida de garantías en el proceso penal, pues

una de la característica principales de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es decir, la institución de prisión preventiva, es un medio para lograr otros fines procesales. En ese sentido, el control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva, como elemento, forma parte del medio de realización de la prisión preventiva, y del mismo proceso penal.

### **2.2.2. *El Fumus Delicti Comissi***

Como primer momento de la apariencia del delito se tiene a la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, Circular sobre la prisión preventiva, señala:

El primer presupuesto material a tener en cuenta que tiene un carácter genérico es la existencia de fundados y graves elementos de convicción, juicio de imputación judicial para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*.

Para que el *fumus delicti comissi* se configure como un presupuesto material, está compuesto por dos elementos: el carácter normativo y probatorio. Para la presente investigación sólo nos ocuparemos del primero.

Se entiende que:

El elemento normativo informa que el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, es decir, que la afirmación fáctica alegada por el fiscal debe tener carácter típico, antijurídico, culpable y, en ciertos

casos, punible. De ahí que la prisión preventiva no procede en los casos de faltas o de infracción administrativa. (Oré, 2016, p. 124)

Entonces con el elemento normativo, otorga a que el posible control de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, se verifique la adecuada imputación; con la finalidad de no acrecentar errores y mantener el correcto proceso sin vulneración de derechos. Pues ante ello surge que se debe plantear como exigencia para la correcta aplicación. Y como superación del primer presupuesto de prisión preventiva, esto se agotaría; mientras si fuera lo contrario, no tendría sentido continuar con los demás presupuestos.

En esa misma línea la Cáceres (2017) señala que:

Se denomina *fumus delicti comissi*, al hecho imputado y a la calificación jurídica propuesta por el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en términos de verosimilitud sobre la existencia del hecho y la participación del procesado. (p.63)

Mientras que en el trabajo Cáceres citando a San Martín Castro (2017), señala que:

Consta de dos reglas, la primera regla está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres del delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Así como los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre aspectos, es decir, que en caso de duda no es posible acordar la prisión. La segunda regla está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre

acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que un indicio racional de criminalidad; el plus material es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal.<sup>7</sup> (p. 63)

Y en la misma línea, se toma en cuenta la postura a la que arriba la Casación 724-2015, Piura:

(...) sobre el debate de argumentos de tipicidad, que existe estándares de los actos de investigación y/o de prueba (al que se denomina *fumus commissi delicti*), es decir la mera probabilidad delictiva o sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, nunca certeza.<sup>8</sup>

A partir de la idea anterior postulada, se debe entender que la imputación objetiva y subjetiva, en el caso que no sea estimable como primer presupuesto, de plano será desestimada la medida coercitiva. Al tratar de denotar los caracteres de un control de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, es pasible retomar los aspectos de la teoría del delito, para tratar de superar el primer presupuesto exigido en la medida cautelar.

---

<sup>7</sup> San Martín Castro, Cesar Eugenio. "La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano". Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: "Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño".

<sup>8</sup> Sala Penal Transitoria Casación 724-2015, PIURA, de fecha quince de abril de dos mil dieciséis. Fundamento Cuarto.

Para fortalecer la misma línea de pensamiento, Gimeno Sendra (2007) profundiza sobre la importancia de la imputación material y formal, pero desde un marco de estudio de la teoría del delito:

La adopción de la prisión provisional requiere la observancia de los siguientes requisitos desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal o contravención, sino de un delito (y de aquí que no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad en las faltas) y, atendiendo a un criterio formal, es necesario no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el Juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad del imputado<sup>9</sup>. (p. 445)

Entonces para que se cumpla la medida de coerción (prisión preventiva), necesariamente se debe exigir que la imputación realizada por el Ministerio Público sea la más correcta. De tal manera que, la atribución del delito se perciba en audiencia de prisión preventiva como la conducta típica, antijurídica y culpable. En efecto, con la presencia del control realizado se pueda entender uno de los criterios de superación del primer presupuesto materiales de la prisión preventiva.

Y vale precisar que, toda conducta realizada que califique como jurídico-penal relevante, se considerará como típica, antijurídica y culpable, es decir pasible de imputación a un sujeto quien realizó una conducta reprochable por el sistema penal. Ahora si fuera lo

---

<sup>9</sup> Gimeno Sedra, Vicente. Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional. Op. cit., p. 445.

contrario, se estaría descartando la imputación, tal es así para que se considere la conducta típica y encuentre relación con las características de la tipicidad, se tiene en cuenta que:

Este tipo penal para ser relevante a efectos de configurar delito tiene que cumplir con la tipicidad, que se manifiesta a través de la verificación de si la conducta descrita guarda concordancia con lo descrito en el tipo penal, mediante un juicio de subsunción. (Carrión, 2016, p. 46)

Otro aspecto de gran importancia es la división del tipo penal, esta comprende tanto la imputación objetiva como la imputación subjetiva, la primera consiste en la conducta y el resultado, mientras que el segundo contiene los elementos subjetivos del tipo penal aludido al dolo y la culpa, para la presente investigación lo que nos importa es la primera la imputación objetiva conocida como tipo penal objetivo (Carrión, 2016).

Y en la misma línea Carrión (2016), resalta que, si no se encuentra un grado de antijuricidad, se presencia por un lado contrario la presencia de causas de justificación, como directriz para la apartar a la antijuricidad, y se genera en el derecho la suerte de que la conducta cumple los criterios de atipicidad, sin embargo, es permitida por el derecho.

Para la prisión preventiva es de vital importancia conocer el saneamiento de la conducta típica en audiencia, pues de sí misma no ejerce relevancia jurídica, sino que se trata de que la imputación

penal este revestida de un grado de certeza o a manera de indicios de la existencia de una antijuricidad. Que, en ese sentido, la antijuricidad juega un rol importante como elemento propio del delito y como concepto genérico que devela la magnitud de la conducta dentro de un contexto de contrariedad con el derecho.

El *fumus delicti comissi* comporta dentro de la audiencia de prisión preventiva una suerte de control sustancial por parte de los sujetos procesales, en el término de verificar el carácter normativo y dinámico que se pueda presentar respecto a los hechos, y pues otorga la posibilidad de realizar una justificada verificación de la correcta y estricta aplicación del tipo penal.

Para finalizar en esta primera parte, la jerarquía de la teoría del delito para la prisión preventiva es transcendental, porque como bien lo ha indicado la Casación N° 626-2013:

Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si este último está sólidamente fundamentado, hará decaer el *fumus delicti comissi*. (p. 25)

## A. Fundados y graves elementos de convicción

En la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ (2011), circular sobre prisión preventiva establece en el fundamento segundo que:

(...) es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos - del material instructorio en su conjunto -, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad). (p.1)

Para el dictado de la prisión preventiva, se entiende que se debe superar cada presupuesto expuesto en el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, sin embargo, para la presente investigación el primer presupuesto (graves y fundados elementos de convicción del delito) le vamos a otorgar importancia por la naturaleza de la investigación que se está realizando.

Miranda Aburto (2014), apunta con la idea sobre; al primer presupuesto se le encuentra un grado de relación con el *fumus bonis iuris*, que significa la apreciación de los indicios razonables de criminalidad en la fase de la investigación, en ello se puede obtener la idea del autor sobre que no se necesita una sospecha de culpabilidad sino una eventualmente

credibilidad objetiva sobre la comisión del hecho punible. Entonces se parte de la premisa de que la credibilidad objetiva de la comisión de un delito solo podrá ser evaluada con el criterio de control de tipicidad, y solo de esta manera se podría verificar la correcta imputación de delitos a los procesados. Y vale precisar, que dicho control de tipicidad forma parte del contenido implícito del primer presupuesto de la prisión preventiva.

Cuando en prisión preventiva, se pretende evaluar los graves y fundados elementos de convicción, importa de estos que sean tanto cualitativos como cuantitativos<sup>10</sup> debido a que se va estimar la comisión de un delito que ha pasado el filtro o control, mediante el debate sobre los argumentos de tipicidad.

En efecto, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, Ministerio Público o Defensa técnica la evaluación de las circunstancias que se presenten en el caso en concreto a fin de establecer criterios de debate de argumentos de atipicidad planteado por las partes procesales, que se ajusten a dos puntos de vista, el primero referido al

---

<sup>10</sup> La exigencia prevista por el Código Procesal Penal va más allá del aspecto cuantitativo, esto es, que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados, sino que por imperio de la norma procesal se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito, esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos (Carrión, 2016).

“legal”, se debe ajustar todo acto a lo preestablecido en el Código Procesal y al segundo, que refiere al “constitucional”, se pretende manifestar la realidad teniendo en consideración los derechos constitucionales del imputado revelados en audiencia de prisión preventiva.

## **2.3. LOS PRINCIPIOS- DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **2.3.1. El principio de legalidad**

#### **A. Nociones**

El principio de legalidad forma parte de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Con ello, queremos decir que, para el desarrollo del control de tipicidad, se requiere la correcta aplicación del tipo penal al hecho punible, para así comprender que la imputación de delitos cometidos al tiempo del hecho esté debidamente tipificada en el Código Penal.

A continuación, se va exponer y relacionar al principio de legalidad con el control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva, desde el panorama del Tribunal Constitucional:

En el Exp. N° 2302-2003-PA, el Tribunal Constitucional, con fecha 13 de abril del año 2005, señaló (punto de vista legal):

La subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes.  
(p.17)

A ello se toma importancia el rol de los sujetos procesales en audiencia de prisión preventiva, cuando mediante una petición el/los participantes anuncian ante el juez de garantías para debatir argumentos de atipicidad, como respuesta el juzgador y en cumplimiento del principio de legalidad, realiza el control de legitimidad para que se pueda realizar dicha petición o caso contrario se desestime. También puede ser el caso que, el juez pueda realizar de oficio el control.

Asimismo, el control de tipicidad en la prisión preventiva será válida si se encuentra autorizada por una norma con rango de ley, esta norma jurídica debe reunir las condiciones mínimas para que el ciudadano pueda comprender los ámbitos de la norma y así garantizarle una protección adecuada contra la arbitrariedad.

En el Exp. N° 00197-2010-PA, el Tribunal Constitucional, con fecha 24 de agosto del año 2010, señaló que (punto de vista constitucional):

El principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: 'Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (p.2)

En este sentido, el TC valora al principio de legalidad como fuente del estricto cumplimiento de la ley y los derechos fundamentales, y dado al caso del control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva, se pretende que por medio del otorgamiento del plazo razonable se debata argumentos de atipicidad a fin de que se atribuya la correcta calificación de delitos atribuidos al imputado.

## **B. Implicancias del principio de legalidad en el control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva**

### **a) Ley previa**

Para el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, se requiere que la imputación cumpla con la garantía de la ley previa, es decir el tipo penal debe estar prohibido anterior al hecho acaecido, o también en caso de los delitos de naturaleza permanente importa que al tiempo de ocurrido el hecho este vigente el delito imputado (Exp. N° 02488-2002-PHC, con fecha 18 de marzo del año 2004).

Si no se cumpliera con tal condición, los sujetos procesales están en toda la facultad de orientar argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva.

**b) Ley cierta**

En primer lugar, la constitución se expresa en el literal d del inciso 24) del artículo 2 como exigencia suprema, que los delitos imputados en un proceso penal, estén en el marco de la determinación clara y precisa, es decir que está prohibido la promulgación de leyes penales indeterminadas; y conforme a la investigación presente, se abre la posibilidad de que el Juez de investigación preparatoria, Fiscal o Defensa técnica en audiencia de prisión preventiva corrijan el error.

**c) Ley escrita**

En este contenido, se precisa que en los supuestos de hechos que determina el tipo penal, tengan una suerte o dote de significado unívoco y preciso, de tal forma que la subsunción del hecho en el tipo penal que realice el fiscal revista de un grado de certidumbre. Caso contrario puede sufrir una formulación de corrección u observación en audiencia de prisión preventiva orientado a sanear la imputación (Exp. N° 00010-2002-PI/TC, con fecha 03 de enero del año 2003).

### **C. Diferencias con el principio de tipicidad**

El principio de legalidad, necesita la plena vigencia o existencia de una ley, que califique taxativamente una conducta ilícita, mientras que, para determinar una conducta ilícita, se debe verificar no sólo la tipicidad, sino también la antijuridicidad y la culpabilidad. De tal manera que si no se logra superar el primer control (tipicidad), el proceso no sigue el normal desarrollo, y peor aún se vulnera derechos fundamentales como, la libertad personal, debido a la medida de coerción ejecutada.

En ese sentido, para tener más claridad, en el Exp. N° 00197-2010-PA, con fecha 24 de agosto del año 2010, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la diferencia entre el principio de legalidad y el de tipicidad:

a) El principio de legalidad se refiere a la previsión de infracciones y sanciones, el de tipicidad se vincula con aquello considerado como falta [N]o debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. b) Y el subprincipio de tipicidad es una manifestación del principio de legalidad, El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está

proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (p.5-6)

### **2.3.2. La libertad personal**

Como es sabido, la libertad personal está relacionado conceptualmente con la libertad individual, y esto a la vez despliegan protección subjetiva sobre otros derechos como esfera subjetiva de libertad de la persona humana. (Saldaña Barrera, 2018).

En ese sentido sobre el significado de libre desarrollo, Mesía Ramírez citando a García Toma (2018), menciona que:

El ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencialidades físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, con la finalidad de alcanzar un nivel de vida cualitativamente mejor. Es el derecho de todo ser humano a lograr la realización de su personalísimo proyecto de vida, lo que es de imposible concreción si no se goza de los bienes materiales y espirituales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana. (p.106)

Bajo el panorama anterior, es importante aclarar la concepción de La libertad, por su parte Mesía Ramírez, esboza un doble tratamiento expuesto por la Constitución: En primer lugar, se menciona a las facultades que otorga la Carta Magna sobre los medios formales, es decir orienta a garantizar el libre desenvolvimiento, salvo la ley autorice previamente los límites (Artículo 2, inc. 24, literal a). Y, en segundo lugar, trata sobre la

dimensión filosófica, que atañe a la idea que la persona humana a través de La Libertad (es un medio), se realizará en el mundo. (Mesía Ramírez, 2018).

En ese sentido, el artículo 2, inciso 24, párrafo b), de la Constitución Política del Estado establece que: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...).

Respecto al derecho a la libertad personal, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

- a) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
- b) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- c) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.
- d) Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora, del cargo formulados contra ella.
- e) Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...).
- f) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fuera ilegales, en los Estados parte (...) dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

La libertad personal como atributo a la persona humana, encuentra protección en el ordenamiento jurídico penal; pues se sostiene que siendo la libertad uno de los valores importantes para que otros derechos puedan mantener su existencia y vigencia, ello debe ser respetada y garantizada en cualquier etapa de un proceso penal. Que, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional establece que: "En el caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, tiene un doble carácter, a saber.

En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.<sup>11</sup>

Es muy importante reconocer que, si no se debate argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, de un modo y otro estaría vulnerando la libertad personal; y desde luego se estaría analizando presupuestos de prisión preventiva de un delito mal atribuido y por ende distinto al que le corresponde, entonces vale

---

<sup>11</sup> Exp. N ° 00502-2018-PHC/TC- Piura- Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, de fecha 26 de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional en su fundamento 27.

precisar que se estaría vulnerando no solo derechos fundamentales (libertad personal) sino también otros derechos.

En estos casos, el juez de garantías, el fiscal y defensa técnica deberían tener presente siempre en su mente la Constitución y diferenciar el extremo legalista que pueda tener, es decir, antes de asumir y ejecutar una medida que limite la libertad personal, se debe considerar lo prescrito como valor supremo en la Constitución Política del Estado en el artículo 2, inciso 24, párrafo b): No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...).

Vale precisar que una vez dictada la medida de coerción (prisión preventiva), sin el procedimiento correcto, no solo contraviene o se opone a la constitución sino que al artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos reconocen y protegen la libertad personal como un derecho de tutela internacional, sujeto a restricciones excepcionales debidamente establecidas en la ley y con arreglo al procedimiento preestablecido en ella.

La connotación esencial es que los derechos constitucionales del imputado se respeten a lo largo la audiencia de prisión preventiva, tal es así el caso del derecho a la libertad que se sostiene como

fundamento y ejercicio de otros contenidos constitucionalmente protegidos, es decir se relaciona con el ejercicio de otros derechos.

### **2.3.3. El derecho a la defensa**

Cruz Barney citando a Moreno Catena (2015), sobre la definición del Derecho a la defensa señala que:

Es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. (p.3)

Por su parte, San Martín Castro citando a Méndez y Schlüchter (2012)

El Derecho a la Defensa íntimamente ligada con la de igualdad de las partes y respeto de la audiencia y contradicción bilateral. Apunta al respecto a que la defensa, o "audiencia" en términos más amplios, expresa el respeto del ordenamiento jurídico ante la dignidad del hombre en un sentido muy profundo y, además, favorece a otro fin procesal que consiste en evitar las decisiones injustas. (p.583)

En ese sentido es importante mostrar que el Derecho a la Defensa al igual que otros Derecho Fundamentales, tienen un doble contenido constitucionalmente protegido, el primero es el subjetivo, parentado con las facultades que se otorga a la persona humana y el segundo, es el objetivo o institucional, se refiere a la obligación que tiene el poder público de hacer cumplir las finalidades previstas. (San Martín Castro, 2012).

En función a los Derechos propuestos, es menester esbozar teorías que los posicionen como tal.

Sebastián Contreras citando a Vitale 2000, señala que:

El problema de los derechos fundamentales, postulando, como una de sus principales ideas, que toda búsqueda del fundamento de los derechos humanos, carece, a su vez, de todo fundamento. Y todavía más, declarando que el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos, y, sobre todo, el de posicionarlos como leyes del más débil. (p. 02)

En el sentido tanto el Derecho Fundamental a la libertad personal como el Derecho a la Defensa, son leyes de los más débiles, y dada la naturaleza jurídica que se asume en la prisión preventiva, se debe fundamentar razones y parámetros para limitar tal abuso de poder. (Sebastián Contreras citando a Ferrajoli., y Vitale, 2012).

Los derechos constitucionales de los procesados al amparo del positivismo forman una barrera exitosa siempre y cuando, los sujetos procesales al invocar en el proceso penal se respeten, es ahí donde se puede entender la vinculación con el garantismo. En esa misma línea, Ferrajoli (1995) señala que:

Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del estado de derecho, aquél no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico. Es claro que, con respecto a esta experiencia, la positivación o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico. (p. 868)

Entonces, los órganos jurisdiccionales deben siempre tener en cuenta la estructura triangular; como sostiene Ferrajoli:

La formulación de la imputación, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el derecho de defensa atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*). (Ferrajoli, 1995, p. 606)

Las tres garantías procesales manifestadas sirven para no forjar ni perdurar un modelo inquisitivo. Asimismo, Ferrajoli afirma sobre la prisión preventiva:

Desde el punto de vista interno o constitucional, poniendo en relación la prisión preventiva no sólo con la presunción de no culpabilidad sino también con el conjunto de las demás garantías penales y procesales establecidas por la Constitución y violadas directa o indirectamente por aquélla. (Ferrajoli, 1995, p. 853)

En fin, romper las barreras inquisitivas en nuestro sistema procesal penal, se ha convertido en un reto, y ante ello se debe dotar de estándares constitucionales y convencionales a la persona humana para que afronte la temible prisión preventiva.

Por otro lado, el Art. 139º inc. 14 de la Constitución establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, además toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada

por este éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”. En virtud de esta disposición, se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.

En razón al artículo 139 inc. 14 de la Constitución, está se puede manifestar de distintas maneras, tal es el caso de soslayar una imputación que en su contenido no tiene claro los delitos atribuidos al procesado, pues en esa faceta el abogado defensor tiene a su alcance abordar temas de atipicidad, pues el uso extensivo del derecho a la defensa se muestra en que los justiciables deberían ser garantizados sus derechos fundamentales en el proceso penal.

Por su parte, el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, establece que: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”.

El artículo IX de la parte preliminar del Código Procesal Penal, reconoce que el imputado debe ser asistido tanto con la información clara y precisa, como con un defensor a elección o de oficio. Pero la importancia de este artículo del título preliminar

radica en que, el derecho a la defensa comporta relación con la postura de permitir el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, ello nos ayudará a abordar dos razones fundamentales para su permisión:

- a) Contenido de la información: Esta información debe comprender tanto la naturaleza de la imputación formulada en contra de la persona, así como la cusa de dicha acusación.
- b) Oportunidad de la información - Derecho al tiempo y a las facilidades necesarias para la defensa: De ahí que, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. - Derecho a contar con asistencia pública.

Como consta en el apartado anterior, el contenido y la oportunidad de la información debe respetarse en cualquier fase del proceso, caso contrario el derecho a la defensa, y sus elementos conexos y consecuentes van a ser afectados mientras dure el proceso penal.

## **2.4. EL GARANTISMO PENAL**

### **2.4.1. Noción general del Garantismo**

Es así cuando se trata de ver las posturas que permite el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, de plano se debe exponer por parte de los sujetos procesales la eventualidad por lo que no se discutió en la vía satisfactoria la tipicidad, entonces a partir de ello es posible que se asuma la permisibilidad o no. Pero valiéndose de los planos expuestos por Luigi Ferrajoli deducimos que:

- a) En el plano formal, se reconoce que la observancia de los actos y procedimientos que se manifiesten en audiencia de prisión preventiva, van a quedar a criterio y control de legitimidad por parte de los jueces.
- b) En el plano sustancial, el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, encuentra respaldo por dos razones, la primera que no se puede lesionar derechos fundamentales y la segunda que el estado a través de los órganos de jurisdicción vela y garantizan los derechos fundamentales.

Como se manifestó en su momento, el derecho a la libertad, el derecho a la defensa, son susceptibles de protección en audiencia de prisión preventiva y por ende configuran vínculos con el principio de legalidad, y al mismo tiempo resulta estricto su cumplimiento (Ferrajoli, 1995).

Asimismo, Luigi Ferrajoli en su libro *Derecho y Razón*, menciona tres acepciones del garantismo que refuerzan al control de tipicidad, en un primer momento trata de criticar al modelo garantista plasmado en las constituciones, pero con rasgos de racionalidad, de justicia y de legitimidad; sin embargo, a pesar de lo establecido en la carta magna, en la práctica judicial estos parámetros son totalmente distintos (Ferrajoli, 1995).

Es decir, a pesar de que se encuentra regulado en nuestra carta magna el respeto irrestricto a la libertad personal, a la defensa, el de legalidad; en la praxis judicial es totalmente distinto, pues en ello aíslan a los derechos fundamentales y tratan de manejar actos procedimentales, olvidando preponderar los derechos fundamentales en cualquier etapa del proceso penal. Entonces a partir de ello, se trata de analizar si la Casación 626-2013, Moquegua y la Casación 724-2015, Piura, estas acechan un grado de garantismo respecto a, si se debe o no permitir debatir argumentos de tipicidad en audiencia de prisión preventiva. Por el momento es importante reconocer a continuación las acepciones del garantismo:

En su primera acepción señala que:

El garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, "estricta legalidad" SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de

tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. (Ferrajoli, 1995, p. 851)

En efecto, concuerdo con el autor sobre el garantismo del sistema penal, al manifestar que la efectividad es producto del ajuste normativo al modelo constitucional adoptado; el cumplimiento y respeto de los principios y derechos fundamentales son la plena vigencia y efectividad de la constitución. Y más aún en el plano procesal penal realista, el irrestricto respeto, el grado de superioridad y primacía que se le otorga a los derechos fundamentales, siempre debe estar presente para asegurar la efectividad.

Y en la misma línea, concluye que:

Para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, de garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo. (Ferrajoli, 1995, p. 852)

En la segunda acepción Ferrajoli menciona que:

La teoría garantista del derecho penal es normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es

idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad. (Ferrajoli, 1995, p. 852)

Como tercera y última acepción: El garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral” (Ferrajoli, 1995, p. 853).

Ante eso, es vital conocer el concepto y su breve diferenciación porque como en su libro menciona, que el Derecho y Moral es el presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo, así tenemos que:

El derecho es la regla positiva, el mandato del poder social bajo el cual vive efectivamente una colectividad; es una realidad. Mientras que, la moral es la regla que el hombre se siente obligado a obedecer para cumplir el bien, para respetar su propia humanidad y la del prójimo; es de esencia espiritual. (Claude Du Pasquier, 1990, p. 281)

Con el control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva, se trata de velar por la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales, dando así la oportunidad a los sujetos procesales de observar defectos en tipicidad, para su pronta enmienda. Y frente a su prohibición o permisibilidad que asumen los jueces se tiene que asumir una postura que unifique la garantía de derechos fundamentales y la correcta aplicación de actos procesales en el sistema penal.

#### **2.4.2. La legitimidad del control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva**

Sobre la prisión preventiva, el profesor Ferrajoli (1995), señala que:

Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva. (p. 603)

Sobre la legitimidad de prisión preventiva en el marco de los Derechos Fundamentales, no quisiéramos que la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico penal moderno siga siendo la medida de coerción más temible e incluso la que revista de grandes errores, ante eso con la presente investigación se busca establecer estándares constitucionales y convencionales para consolidar la correcta superación y unificación de los presupuestos materiales, a efectos de respetar los Derechos Fundamentales y cumplir los fines propios del proceso penal.

Entonces, para que el ciudadano pueda afrontar una medida cautelar como la prisión preventiva, en un primer momento el ordenamiento debe dotar de defensas al imputado para afrontarlo, para ello existe la estructura triangular que sostiene Ferrajoli:

La formulación de la imputación, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el derecho de defensa atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*). (Ferrajoli, 1995, p. 606)

De esa forma se tiene que asegurar que las tres garantías procesales deben estar revestidas en la prisión preventiva, y no forjar un modelo inquisitivo- autoritario.

Para la valoración de la permisibilidad del control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva, se sostiene lo que Ferrajoli afirma sobre la prisión preventiva:

Desde el punto de vista interno o constitucional, poniendo en relación la prisión preventiva no sólo con la presunción de no culpabilidad sino también con el conjunto de las demás garantías penales y procesales establecidas por la Constitución y violadas directa o indirectamente por aquélla. (Ferrajoli, 1995, p. 853)

En fin, pues, hablar en vez de alternativa entre garantismo y autoritarismo, como por simplicidad se ha hecho hasta ahora, de grado de garantismo de los sistemas penales concretos según el grado de decidibilidad de la verdad procesal que permitan normativamente y satisfagan efectivamente.

El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico.

### CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el presente capítulo se desarrollará la contrastación de la hipótesis; en un primer momento se arribó a la siguiente formulación de pregunta ¿cuáles son los fundamentos jurídicos para permitir el control de atipicidad en audiencia de prisión preventiva?, particularmente se planteó las hipótesis siguientes: a) La correcta aplicación del plano formal del primer presupuesto material de la prisión preventiva, en el marco del *fumus delicti commissi*, b) El respeto del nivel subjetivo y objetivo que contempla el principio de legalidad, la libertad personal y el derecho a la defensa en la prisión preventiva, a propósito de la justificación del campo normativista y realista del funcionamiento efectivo del ordenamiento jurídico penal, propuesto por Luigi Ferrajoli.

Ante ello, se buscará sintetizar desde tres puntos de vista las hipótesis, el primero desde un punto de vista legal, el segundo desde un punto de vista constitucional y en un tercer momento el punto de vista filosófico.

Para el primer punto de la hipótesis propuesta, se desarrollará de la perspectiva legal, esto se esgrime tanto la naturaleza jurídica del control de tipicidad y los presupuestos materiales que asume la prisión preventiva, en ella se analizará la legislación vigente, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

En tanto, para el segundo punto de la hipótesis propuesta, se arriba al marco constitucional sobre los derechos y principios que comporta el control de tipicidad, tales como el derecho a la libertad personal, el

derecho a la defensa y el principio de legalidad. Y, por último, se tratará desde el punto de vista de la corriente filosófica del garantismo penal.

### **3.1. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL**

El control de tipicidad se encuentra manifestado a través del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva; este encuentra razón de ser en el artículo 268 del Código Procesal Penal, a nivel del primer presupuesto material que señala: Existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. Es a partir de ello, se asume la apariencia del delito u *fumus delicti comissi*, que para nosotros representa el juicio de imputación que se debe realizar en audiencia de prisión preventiva; como se señaló en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, Circular sobre la prisión preventiva que: “verificar el alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal (artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*”.

En ese sentido, se puede arribar que es una de las manifestaciones del primer presupuesto material inmerso, a ser evaluado en un debate de argumentos de atipicidad orientados a atribuir correctamente la imputación.

En ese sentido, para su configuración comprende dos bases importantes, tanto el normativo como el probatorio. Nos abocaremos al carácter normativo porque en el radica la permisibilidad de la labor de tipicidad en

audiencia de prisión preventiva, pues su importancia revela la uniformidad fáctica para ser revestido de típico, antijurídico y culpable. De ahí que la imputación necesaria propuesta por el fiscal tiene que ser clara y precisa.

La permisibilidad se aboca a que el debate de argumentos de atipicidad otorgue la exigencia y validez a la imputación de delitos, para en efectos se asuma una correcta superación de los presupuestos materiales de la medida de prisión preventiva. Y en el mismo contexto, se pueda ejecutar correctamente sin vulnerar derechos fundamentales y reglas procesales.

Como se asumió en la postura que arriba la Casación 724-2015- Piura, nosotros respetamos y apoyamos el criterio de permitir el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, al que denomina *fumus comissi delicti*.

La importancia del debate de argumentos de atipicidad a nivel del primer presupuesto material de la prisión preventiva, radica en que se ejecute adecuadamente, la suerte de saneamiento, es decir que el *fumus delicti comissi* se plantee con todas sus expresiones, tales como la sospecha vehemente de la participación del imputado, la clara y precisa calificación, la concordancia entre el nivel normativo y probatorio al momento de contrastar la ejecución de la medida. Y en su contrariedad no debería continuar la audiencia de prisión preventiva.

En ese sentido el acuerdo plenario N° 1-2019/CIJ-116, sobre el juicio de imputación (tipicidad y elementos del tipo penal) en la prisión preventiva, la Corte Suprema, ha señalado que se realice el juicio de imputación,

referido a las categorías de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; pues una vez superado las imprecisiones y vaguedades sobre la imputación, se podrá manifestar que el filtro de tipicidad penal se ha superado, y sobre el procesado se asumirá que ha cometido el hecho ilícito. Cabe precisar que tal análisis, comprende que la esfera de la imputación esté libre de errores, a fin de dictar una correcta prisión preventiva.

En efecto, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, Ministerio Público o Defensa técnica la evaluación de las circunstancias que se presenten en el caso en concreto a fin de establecer criterios de debate de argumentos de tipicidad planteado por las partes procesales, que se ajusten al punto de vista legal, es decir, se debe ajustar todo acto a lo establecido en el Código Procesal.

El momento específico, es la audiencia de prisión preventiva, toma importancia porque es el contexto apropiado, en el que los sujetos procesales pueden orientar sus argumentos de tipicidad, bien puede ser a propuesta por el Juez de garantías, Ministerio Público o Defensa técnica, pero el grado radica en que se pueda realizar el debate de tipicidad dentro de la variante del primer presupuesto material de la Prisión preventiva.

El juez de garantías dará cumplimiento al desarrollo de la audiencia, encabezando la dirección, en participación con Ministerio Público y Defensa técnica, una vez instaurado la audiencia, se procede a aperturar y superar cada presupuesto material con un estricto debate de los participantes.

Cuando se está debatiendo el primer presupuesto, los sujetos procesales tienen la oportunidad de solicitar un plazo razonable para debatir argumentos de atipicidad, siempre y cuando el juez de garantías lo permita. Entonces la observación a la imputación de delitos puede ser puesta a conocimiento por cualquiera de los sujetos procesales, y en caso, que fuera hecha la observación por el mismo juzgador, tanto Ministerio Público como Defensa técnica tienen el deber y la obligación de pronunciarse sobre los defectos de imputación. Y si fuere la situación, en que Ministerio Público o Defensa técnica observarán o subsanaran la imputación, se dará a conocer al juez de garantías, para que se le otorgue un plazo razonable, para poder debatir las cuestiones de atipicidad. Cabe aclarar solo se realizará cuando se esté debatiendo el primer presupuesto material.

El análisis que debemos hacer está relacionado con el plazo que ha de otorgar para el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, específicamente cuando se esté postulando y debatiendo el primer presupuesto, pues en este punto, resulta oportuno resaltar la razonabilidad y la ponderación que debe realizar el juez de garantías para permitir el control de tipicidad. En el mismo considerando, a criterio legal y constitucional tanto la petición de Ministerio Público y la Defensa técnica, debe estar revestida de criterios constitucionales y legales para ser aceptada, o por su parte del juez de garantías compartir la misma línea de pensamiento y reforzar su decisión con el criterio finalista de la medida cautelar, la eficiencia del proceso penal y el respeto de los derechos constitucionales del imputado.

Asimismo, antes de proponer la finalidad saneadora en audiencia de prisión preventiva, es mostrar las evaluaciones sobre el contenido y los intereses que deben ser protegidos en la prisión preventiva, pues como institución se tiene que sujetar a las garantías procesales supletorias, en el sentido de lograr la eficiencia de los Derechos Fundamentales y la cercana imputación de delitos, y en segundo lugar, obtener el equilibrio y respeto de las barreras garantistas (Derechos Fundamentales del imputado) en la medida de coerción (PP), por parte de los órganos jurisdiccionales, a fin de no menoscabar la contraposición de derechos-principios.

Y, por último, una vez tomado en cuenta la disposición emitida por el Tribunal Constitucional, se pretende aterrizar en la idea sobre control de tipicidad en la etapa de investigación de preparatoria propiamente dicha, específicamente en la audiencia de prisión preventiva, para adelantamos en las siguientes finalidades:

- a) Desde el punto de vista constitucional se pretende asegurar y garantizar que el procedimiento y la ejecución de la prisión preventiva esté en el marco del respeto irrestricto del cumplimiento de los derechos constitucionales.
- b) Desde un punto de vista legal, el control de tipicidad en audiencia de prisión preventiva comporta el pleno cumplimiento de los presupuestos materiales, la correcta imputación de delitos y el normal desarrollo del proceso penal.

## **3.2. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL**

### **3.2.1. Sobre los derecho- principios: libertad personal, defensa, y legalidad**

Cuando se trata de la medida de coerción como la prisión preventiva, siempre va a involucrar a la libertad personal, pero desde el marco que señala nuestra constitución política en el artículo 2, inciso 24, parágrafo b), señala en su esencia, el paso del carácter absoluto a lo relativo del derecho a la libertad personal, es decir que la persona humana por naturaleza posee tales facultades y atributos, sin embargo, se las priva por casos previstos por la ley.

No sólo queda positivizado a nivel nacional, sino que en un nivel convencional lo podemos encontrar, como en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Todo ello se encuentra en el marco internacional, manteniendo condiciones, excepciones conforme los procedimientos y los arreglos conforme a ley adopte y suscriba cada país.

Cuando tratamos a la libertad personal en el ordenamiento penal, y en su relación con la audiencia de prisión preventiva, podemos afirmar que el debate de argumentos de atipicidad a nivel del primer presupuesto propone la protección, vigencia y existencia de la libertad personal en el marco objetivo; pues la conexidad con otros

derechos fundamentales forma un presupuesto necesario para ser respetado y garantizado endoprocésalmente.

Cuando se trata del control de tipicidad a través del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, inmediatamente recurrimos a la protección de los Derechos fundamentales, tal como la libertad personal; en el marco de respeto hacia las otras garantías (principios y derechos), surge la necesidad de posicionarlo en la ejecución de cada presupuesto material de prisión preventiva.

Además, que el objeto a dictar la medida coercitiva es limitar la libertad personal mientras dure el proceso, y en un doble sentido de protección en el proceso penal, lo apropiado es verificar que no afecten el contenido esencial constitucional de otros derechos fundamentales, debido a que la libertad personal es el fundamento necesario para el ejercicio de otros derechos.

Cuando se trata de respetar los presupuestos materiales, hay un parámetro legal y procesal a cumplir, sin embargo, cuando se trata de dar sentido al nivel subjetivo y objetivo de la libertad personal, es necesario ampliar los criterios a agotar el carácter absoluto de los derechos fundamentales; entonces un mecanismo de relativización sería el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva.

Sobre el Derecho a la defensa, en audiencia de prisión preventiva, el imputado goza del ejercicio del derecho a la defensa en su condición de imputado, pues conforme al artículo 139, inciso 14 de la Constitución señala que un imputado no puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; y llevado al campo de la presente investigación, el rol de la defensa técnica, todo acto o medida que ejecute tiene que ser la más favorable a su patrocinado, entonces valiéndose del derecho a la defensa, puede solicitar ante el juez de garantías el tiempo razonable y necesario para debatir argumentos de atipicidad, es decir cuando no se haya agotado y denegado la excepción de improcedencia de acción o persista el error de calificación.

Y desde luego, cuando el fiscal pueda observar en la imputación errores, puede petitionar ante el juez de garantías dicha subsanación o corrección de la misma, y el rol del juez de garantías, en atención al rol oficioso evaluará la imputación necesaria.

Vale precisar que, en el Código Procesal Penal, el imputado tiene derecho a que la imputación sea comunicada, y se detalle de forma correcta. Ante ello la defensa puede tener la oportunidad de observar los defectos con la excepción de improcedencia de acción, pero viviendo la realidad judicial asumida por los abogados peruanos, puede pasar desapercibida, y que en ese sentido el vulnerado es el imputado, considerando ello, el derecho a la

defensa se haría presente con un tiempo razonable para que se realice el debate de atipicidad por la parte solicitante.

En efecto, lo que importa es que, en dicha audiencia de prisión preventiva, pueda sujetarse la defensa técnica en el derecho a la defensa para corregir la imputación, así como el Juez y el fiscal puedan respetar el derecho a la defensa como la oportunidad para corregir los errores expuestos en el caso concreto.

Entonces el derecho a la defensa se encuentra expuesto cuando en el derecho al plazo razonable se otorga tanto para el Ministerio público como la Defensa técnica, para sustentar argumentos de atipicidad, siempre que el juez de garantías los permita. Y vale precisar que el Derecho a la defensa se ve realizado cuando se otorga el plazo razonable.

Ahora, el principio de legalidad se ve sustentado en la audiencia de prisión preventiva, a través del primer presupuesto material, pues consideramos que se debe permitir el debate de argumentos de atipicidad conforme al artículo 2, inciso 24, literal d) de Constitución, en el sentido de que no solo se debe respetar el principio de legalidad en el tiempo, sino que, en su aplicación al caso en concreto, en su vertiente rigurosa, a fin de no imputar delitos errados a actos u omisiones. Caso contrario la calificación deviene en vulnerable de la libertad personal del sujeto procesal.

Una de las primordiales expresiones sobre la permisibilidad del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, es el respeto del punto de vista legal en el marco procesal, vista desde la discrecionalidad del juez de garantías en su vertiente legitimadora.

El rol de la defensa técnica es asumir una unificación de criterios y posturas radica en revelar el contexto de intervención positivista-garantista de los sujetos procesales.

A fin de no vulnerar derechos fundamentales y no apartarse del principio de legalidad, debe asumirse el debate de argumentos de atipicidad siempre y cuando, exista razones suficientes o notorias que afecten la libertad del imputado a raíz de una deficiente, errada o no observada a tiempo por eventos procesales no previstos.

El principio de legalidad necesita la plena vigencia o existencia de una ley, que califique taxativamente una conducta ilícita, mientras que, para determinar una conducta ilícita, se debe verificar no sólo la tipicidad, sino también la antijuridicidad y la culpabilidad. De tal manera que si no se logra superar el primer control (tipicidad), el proceso no sigue el normal desarrollo, y peor aún se vulnera derechos fundamentales como, la libertad personal, debido a la medida de coerción ejecutada.

Para abordar los argumentos de atipicidad, se debe respetar tanto el principio de legalidad como el de tipicidad, para dicha labor la existencia de ambos conceptos nos permite diferenciar y dar a conocer que no solo se trata de garantizar el de legalidad y olvidarse del de tipicidad, sino que existe un vínculo muy cerrado entre ambos, su precisión está muy clara cuando se trata de relacionarlo con el fundamento para permitir el debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, es decir; al momento de superar el primer presupuesto, el principio de tipicidad radica en la precisión suficiente de la ley para la comprensión sin dificultad de los sujetos procesales; mientras que para principio de legalidad, lo asumimos en el contexto de que existe suficiente previsión de infracciones y sanciones para conductas en la ley.

### **3.3. EL CONTROL DE ATIPICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA IUS FILOSÓFICO**

Comparto la idea de Ferrajoli al mencionar que los parámetros constitucionales no se cumplen en la realidad y la práctica judicial, tal es el caso de la presente investigación sobre: si se debe o no debatir argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, existen dos panoramas en el que se deslinda la investigación:

- a) En la primera, se puede afirmar que no debería ventilarse el tema de argumentos de atipicidad en dicha audiencia de prisión preventiva, por la existencia de vías específicas que satisfacen.

- b) En la segunda, agregamos la existencia de eventuales actos que no se pudieron satisfacer por "x" razones en su vía específica, pero existe la prisión preventiva, en la que se puede resolver, siempre y cuando involucren derechos fundamentales absolutos; asimismo en base a la presencia de modelo garantista que adopta nuestro sistema penal, no puede vulnerar o poner en grado de indefensión al imputado, sino dotarle de defensas, es allí donde la propuesta de la permisibilidad es asumida de formar excepcional.

En la Casación 724-2015 Piura, tiene un alto grado de respeto irrestricto a libertad personal, al derecho a la defensa y al de legalidad; pues partiendo de su contexto podemos deducir que durante cualquier etapa del proceso se debe preponderar derechos fundamentales, bajo el paradigma garantista.

Ahora, partir de la permisión del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, conlleva a mencionar que las garantías penales y procesales pueden excepcionar y permitir dicho acto procesal, valiéndose de que la libertad personal del imputado será privada por una imputación de delitos que al tiempo resultan ser imperfectas.

Los derechos constitucionales de los procesados al amparo del positivismo forman una barrera exitosa siempre y cuando, los sujetos procesales al invocar en el proceso penal se respeten, es ahí donde se puede entender la vinculación con el garantismo penal.

La importancia que se le debe otorgar al principio de legalidad en el proceso penal significa dos criterios: el primero como principio constitutivo de la legitimación para las normas y el segundo consiste en servir como elemento constitutivo del moderno derecho positivo y del moderno estado de derecho (Ferrajoli, 1995).

Con el debate de argumentos de atipicidad, forme parte como uno de los criterios de valides para fomentar la correcta superación y unificación de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, a efecto de no percibir errores en la ejecución de la prisión preventiva, y por ende en el proceso penal.

Cuando se trata de afrontar un proceso penal, y en especial una medida cautelar, a la parte imputada se le debe dotar de garantías para poder defenderse del sistema acusatorio, tal es así que el profesor Luigi Ferrajoli anuncia el sistema triangular que sirve de resistencia para el procesado:

- a) La imputación propiamente dicha, para el requerimiento de prisión preventiva, Ministerio Público previamente presento la formalización de la investigación preparatoria, es a partir de ello que la defensa técnica puede conocer la imputación que se le atribuye a su patrocinado. Entonces para el debate de argumentos de atipicidad, los sujetos procesales están debidamente notificadas con la formalización de la investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva; es allí donde se observará los errores de imputación, se demostrará los eventuales actos procesales que sustentan si debe o no realizarse el debate de argumentos de

atipicidad en audiencia de prisión preventiva, a nivel del primer presupuesto material.

- b) La carga de la prueba pesa sobre el acusador, la relación entre la parte fáctica, la imputación de delitos y los elementos de convicción, tiene que estar sumamente clara y precisa para asumir que se superó el primer presupuesto, caso contrario se debe desestimar. Es por ello, que cuando decidimos que se evalúe la permisibilidad del debate de argumentos de atipicidad, significa que la atribución de delitos este saneada, para poder consolidar y arraigar a ello (imputación de delitos), los elementos de convicción.
- c) El derecho a la defensa, como derecho y principio debe hacerse valer al momento de decidir si se debe o no debatir argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, es la una de las formas por el cual puede tener validez la presente investigación. (Ferrajoli, 1995).

En práctica judicial, el debate de argumentos de atipicidad, tiene doble sustento, la parte formal y sustancial, en el primero debe avocarse que los actos y procedimientos debe ser asumidos desde la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales cuando exista actos procesales no previstos, y cuando realidad judicial lo asuma como barreras grises en el proceso penal, y en el segundo, los derechos fundamentales se deben posicionar a lo largo del proceso penal para controlar y neutralizar el poder, y el ilegítimo derecho.

## CAPITULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

En el presente capítulo se desarrollará tres aspectos importantes: en el (acápito 4.1.), se arribará a una propuesta *lege ferenda* a base de los problemas de unificación de posturas sobre la permisibilidad que presenta el debate de atipicidad en audiencia de prisión preventiva; posterior a ello, en el (acápito 4.2.), se postulará los motivos por el cual se propone la positivización y efectos del debate de argumentos de atipicidad en el primer presupuesto material de prisión preventiva; y en el (acápito 4.3.), se esbozará un cuadro comparativo entre el texto vigente y el modificado.

### 4.1. Propuesta *lege ferenda* de la permisibilidad del debate de atipicidad a nivel del primer presupuesto material de prisión preventiva

A. En la modificación del artículo 268 a), que comprende el presupuesto material: “Que exista fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”, se derogará el conector lógico condicional “**Que exista**” para agregar la proposición simple “**Que exista la correcta verificación cualitativa**” y el conector lógico indicativo “**de**”, en la regulación actual “**fundados y graves elementos de convicción para**”, desde luego se eliminará el verbo rector “**estimar**”, para agregar el verbo rector “**atribuir**” a lo regulado “**razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo**”. Bajo lo señalado, se ha pretendido revestir al primer

presupuesto tanto del elemento normativo y probatorio, de la misma manera cumple en otorgar una precisión lingüística clara y precisa sobre el saneamiento de la imputación de delitos. Vale precisar que no se ha consignado el *Fumus Delicti Comissi*, pero se ha desarrollado precisiones que expresan su definición.

- B. Al artículo 268 del Código Procesal Penal, se pretende agregar: “El juez, excepcionalmente, en atención a lo previsto del artículo VII del título preliminar del CPP, el artículo 202 del CPP, artículo 253 del CPP, artículo 271 CPP, permitirá el debate de argumentos de atipicidad a nivel del primer presupuesto material, siempre y cuando no se haya resuelto en una vía satisfactoria los siguientes mecanismos de defensa: tutela de derechos y la improcedencia de acción.

#### **4.2. Exposición de motivos para la adición de un párrafo en la parte final del artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004**

##### **A. Sustento técnico-práctico, en cuanto a la modificatoria al artículo 268-A del Código Procesal Penal**

- i. Se ha modificado el artículo 268-A para exponer rasgos claros sobre el debate de argumentos de atipicidad, además, es el único a nivel de todos los presupuestos materiales que tiene una naturaleza saneadora de la imputación necesaria.
- ii. Sustentamos la precisión lingüística de los términos “la correcta verificación cualitativa”, se ha visto sustentado en atención al control estricto de la parte normativa en las conductas merecedoras de un delito, de la misma manera el adjetivo “cualitativo” que

adiciona a los fundados y graves elementos de convicción, se fundan en el soporte probatorio nuclear (esencia), de la misma manera el verbo “atribuir” en vez de “estimar”, resulta ser una precisión verbal para que los encargados realicen el juicio de imputación necesaria en el marco de racionalidad de la comisión de un delito.

- iii. La solución ante la permisibilidad del debate de argumentos de atipicidad se ve connotado a nivel del primer presupuesto material, pues con ello se evitará los problemas de interpretación y aplicación. Además, que la solución se sustenta en que la superación debe comprender dos momentos importantes, la parte normativa y probatoria (ambas conexas).

**B. Sustento técnico-practico, en cuanto a la adición de un último párrafo al artículo 268 del Código Procesal Penal**

- i. La precisión del último párrafo al artículo 268 del CPP, encuentra razón de ser como una “condición necesaria”, es decir que no se haya agotado anteriormente la tutela de derechos y la improcedencia de acción, caso contrario se sigue el curso normal de evaluación y cumplimiento de las exigencias que determina el primer presupuesto material.
- ii. La excepcionalidad para la realización del debate de argumentos de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva, se ve sustentado en el último párrafo porque va resultar ser una condicionante para la ejecución. Asimismo, para su adopción será

en virtud al agotamiento del carácter absoluto del derecho a la defensa y la libertad personal.

- iii. Para que se exprese en la voluntad de la ley, el debate de atipicidad se ha sustentado en concordancia con el principio de legalidad y sub principio de tipicidad, artículo VII del título preliminar del CPP, el artículo 202 del CPP, artículo 253 del CPP y al artículo 271 CPP; pues estos marcan aspectos de respeto sobre la interpretación y favorecimiento procesal, la necesaria aplicación de la prisión preventiva en el límite de derechos fundamentales, y la procedibilidad de la audiencia en marco de la igualdad de partes y contradicción.

#### 4.3. Cuadro comparativo entre el texto vigente y modificado sobre el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004

Texto vigente	Texto modificado
<p>Artículo 268.- El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:</p> <p>a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar</p>	<p>Artículo 268.- El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:</p> <p><b>a) Que exista la correcta verificación cualitativa de fundados y graves</b></p>

<p>razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.</p> <p>b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y</p> <p>c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).</p>	<p><b>elementos de convicción para atribuir razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.</b></p> <p>b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y</p> <p>c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).</p> <p><b>El juez, excepcionalmente, en atención a lo previsto del artículo VII del título preliminar del CPP, el artículo 202 del CPP,</b></p>
--	---

	<p><b>artículo 253 del CPP y al artículo 271 CPP, permitirá el debate de argumentos de atipicidad a nivel del primer presupuesto material, siempre y cuando no se haya resuelto en una vía satisfactoria los siguientes mecanismos de defensa: tutela de derechos y la improcedencia de acción.</b></p>
--	---

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos para permitir el debate de argumentos de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva son: la correcta aplicación del plano formal del primer presupuesto material de la prisión preventiva, en el marco del *fumus delicti comissi* y el respeto del nivel subjetivo y objetivo que contempla el principio de legalidad, la libertad personal y el derecho a la defensa en la audiencia de prisión preventiva.
2. El sustento del debate de atipicidad en el primer presupuesto de la prisión preventiva es, la superación de la imputación necesaria, el supuesto de no haberse planteado la tutela de derechos, ni la excepción de improcedencia de acción, el debate de atipicidad sería el mecanismo idóneo para satisfacer el saneamiento de imputación objetiva en la audiencia de prisión preventiva; de tal manera que, al plantear dicho mecanismo, los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de su facultad discrecional e independiente, sustenten y soporte su decisión en base a los derechos fundamentales.
3. En el derecho a la defensa, la dimensión “el no ser privado del derecho a la defensa” se ha llevado a dos contextos aplicados al debate de atipicidad en prisión preventiva: el término y oportunidad que se le otorgue para llevar a cabo el debate en audiencia, a nivel del primer presupuesto material de prisión preventiva, la realización reviste características propias del derecho

a la defensa, y en ese sentido permite lograr por conexidad y consecuencia otros derechos fundamentales y por fines, los propios del proceso penal.

4. Se analizó que, para mantener el respeto y la vigencia del derecho a la libertad personal, así como del derecho a la defensa, en la audiencia de prisión preventiva, de manera excepcional se debe permitir el debate de argumentos de atipicidad, para agotar el carácter absoluto de los mencionados derechos fundamentales.
5. Para el debate de argumentos de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva, el principio de legalidad y el subprincipio tipicidad, se manifiestan en dos sentidos, el primero identifica la vigencia de las infracciones y sanciones, mientras que el segundo otorga la relevancia jurídica penal (tipicidad). Asimismo, tiene relación extensa en el plano filosófico - constitucional con el respeto a la persona humana, que al tiempo que es procesada penalmente, se respete la jerarquía normativa y la vigencia de los derechos fundamentales en la imputación de delitos.
6. En necesaria la modificación del artículo 268, comprende la solución en su esencia al problema de prohibición del debate de atipicidad en prisión preventiva. Y a través de ello, marcamos un medio para lograr la correcta superación de la imputación necesaria.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los órganos jurisdiccionales revisar legislación comparada y jurisprudencia convencional, con la finalidad de implementar la actividad procesal a nivel del debate de argumentos de atipicidad en audiencia de prisión preventiva, a efectos de contrarrestar la desnaturalización y aplicar desmedidamente la prisión preventiva.
2. Para que exista una adecuada protección de los derechos fundamentales (Libertad Personal y Defensa), se sugiere a las partes procesales que permitan y realicen el debate de atipicidad en la audiencia de prisión preventiva, para lograr el respeto de las garantías esbozadas en instrumentos de nivel constitucional y convencional. En ese sentido, se debe asumir una constitucionalización a nivel del Código Procesal Penal de 2004. A fin de evitar la aparente protección de los Derechos Fundamentales en las leyes procesales penales.
3. Se recomienda a los legisladores, regular el debate de atipicidad en el primer presupuesto material de la prisión preventiva, precisando los alcances de dicha figura jurídica.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Du Pasquier, C. (1990). *Introducción al Derecho*. Lima: Fecat.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta S.A.
- Gimeno Sendra, Vicente; Morenilla Allard, Pablo; Torres Del Moral, Antonio; Díaz Martínez, Manuel (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex
- <http://spij.minjus.gob.pe>. (Noviembre de 2016). Obtenido de [http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPR OCESALPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPR_OCESALPENAL.pdf)
- Palacios Dextre, D. (2018). *Detención y Prisión Preventiva*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Plasencia Villanueva, R. (29 de agosto de 2017). *biblio.juridicas.unam.mx*. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Villegas Paiva, E. (2013). *La detención y la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A
- Cáceres Julca, R. (2016). *Medidas de Coerción en el Nuevo Código*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Carrión Díaz, J. (2016). *Manual Auto Instructivo- Prisión Preventiva*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. (01 de febrero de 2016). Obtenido de <file:///C:/Users/HP/Downloads/DialnetTipologiaDeLasInvestigacionesJuridicas-5456267.pdf>

Meza Fonseca, Emma. (s.f.). obtenido de [https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22\\_6.pdf](https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf)

Morella Arráez, Josefina Calles, Liuval Moreno de Tova. (2 de diciembre de 2006). Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/410/41070212.pdf>

Cruz Barney, O. (2015). El Derecho de Defensa. *Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM*, 16.

<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>. (01 de diciembre de 2020). Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>: <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>

Mesía Ramírez, C. (2018). *Los Derechos Fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Unidas, N. (01 de diciembre de 2020). <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8sp.pdf>. Obtenido de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8sp.pdf>: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8sp.pdf>

Contreras, S. (2012). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales. *Revista de la*

*Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos, págs. 121-145.*

<http://spij.minjus.gob.pe>. (noviembre de 2016). Obtenido de

[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPR\\_OCESALPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPR_OCESALPENAL.pdf)

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta S.A.

[spij.minjus.gob.pe](http://spij.minjus.gob.pe). (mayo de 2016). Obtenido de

[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/Const-peru-oficial.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Const-peru-oficial.pdf)

Biblioteca Miguel de Cervantes. (01 de diciembre de 2020).

<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>.

Obtenido de

<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>:

<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=constituciones+peru>

derecho a la libertad y a la seguridad. *RCSP*, 12.

*Red Iboamericana de Cooperación Jurídica Internacional*. (09 de Diciembre de

2020). Obtenido de Red Iboamericana de Cooperación Jurídica

Internacional: <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-procesal-penal>

Victor R., M. (09 de enero de 2017).

[http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752084)

[prision.html#\\_Toc471752084](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752084). Obtenido de

[http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752084)

[prision.html#\\_Toc471752084](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752084):

[http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752084)

prision.html#\_Toc471752084

Miranda Aburto, E. (2014). *Prision Preventiva Comparecencia Restringida Y Arresto Domiciliario En La Jurisprudencia Del Tribunal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Peña Cabrera, A. (s.f. de s.f. de 2007). <http://www2.congreso.gob.pe/>. Obtenido de <http://www2.congreso.gob.pe/>: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio\\_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/11E187A327C119FC05257F9A00744CC4/\\$FILE/345.2M63..PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/11E187A327C119FC05257F9A00744CC4/$FILE/345.2M63..PDF)

Plasencia Villanueva, R. (S.f. de S.f. de 2004). *Instituto De Investigaciones Jurídicas UNAM*. Obtenido de Instituto De Investigaciones Jurídicas UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/1.pdf>

Villabella Armengol, C. (s.f. de s.f. de 2012). *Los Métodos de la Investigación Jurídica Agunas Precisiones*. Obtenido de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

### **Resoluciones del Tribunal Constitucional peruano**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N°0197-2010-PA/TC, de fecha 24 de agosto de 2010.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N°1091-2002-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2002.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N°010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N°2192-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N.º 2488-2002-HC/TC, de fecha 18 de marzo de 2004.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N.º 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N.º 00502-2018-PHC/TC, de fecha 26 de abril de 2018.

### **Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la República**

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N°626-2013, MOQUEGUA, de fecha treinta de junio de dos mil quince.

SALA PENAL TRANSITORIA CASACIÓN N°724-2015, PIURA, de fecha quince de abril de dos mil dieciséis.

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N°01-2017, PIURA, de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

CIRCULAR SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA, RESOLUCION ADMINISTRATIVA del N° 325-2011-P-PJ, de fecha 13 de setiembre del año 2011.

TERCER JUZGADO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, Exp. N° 33-2018-6, Audiencia de prisión preventiva realizada el día 27 de mayo de 2017 (Ver:

<https://www.youtube.com/watch?v=is1Ztx7S3tg&t=1410s>)