



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

XVIII PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y EL DEBIDO
PROCESO COMO FUNDAMENTO PARA INSTAR EL
CONTROL DE TIPICIDAD AL INICIO DE LA AUDIENCIA
DE PRISIÓN PREVENTIVA

PRESENTADO POR:
PIERINA HAYDEE RODRÍGUEZ GARCÍA

Cajamarca, Perú, marzo de 2021.

A mi padre, el ser que con su amor incondicional
forjó la persona que soy ahora,
y quien tuvo fe en mi, siempre.
Aunque ya no está en este plano,
su amor seguirá conmigo todos los días de mi vida,
y en mi corazón vivirá eternamente.

ÍNDICE

Portada	1
Dedicatoria/ agradecimiento.....	2
Índice	3
Abreviaturas	5
Título	6
Introducción.....	7
CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS METODOLÓGICOS	
1.1 Descripción del tema.....	9
1.2 Justificación.....	9
1.3 Objetivos	10
1.3.1 Objetivo general.....	10
1.3.2 Objetivos específicos.....	10
1.4 Metodología	11
CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO TEÓRICO	
TÍTULO I	
2.1 Antecedentes de la prisión preventiva	12
2.2 Concepto.....	14
2.3 Finalidad de la prisión preventiva.....	16
2.4 Presupuestos de la prisión preventiva	17
2.4.1 Fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo	18
2.4.2 Prognosis de pena	19
2.4.3 Peligro procesal	21
A) El peligro de fuga.....	21
B) El peligro de obstaculización	23

2.4.4 Proporcionalidad de la medida.....	24
2.4.5 Duración de la medida	26
2.5 Audiencia y resolución para disponer la prisión preventiva	27
2.6 Motivación del auto de prisión preventiva.....	28

TÍTULO II

2.7 La tutela procesal efectiva en el proceso penal.....	29
2.8 El derecho al debido proceso	29
2.8.1 Derecho de defensa.....	30
2.8.2 Imputación necesaria.....	31
A) Requisitos para la observancia del principio de imputación necesaria	32

TÍTULO III

2.9 Tratamiento jurisprudencial respecto a las cuestiones de tipicidad e imputación concreta dentro de la prisión preventiva.....	34
2.9.1 Casación N° 626-2013-Moquegua	34
2.9.2 Casación N° 724-2015-Piura.....	35
2.9.3 Casación N° 704-2015-Pasco	36
2.9.4 Casación N° 564-2016-Loreto.....	37

CAPÍTULO TERCERO: DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1 Discusión	38
3.2 Análisis de resultados.....	43
Conclusiones.....	44
Lista de Referencias	47

ABREVIATURAS

A.P	: Acuerdo Plenario
Art.	: Artículo
Arts.	: Artículos
Cas.	: Casación
Exp.	: Expediente
D.P.	: Derecho Penal
C.P	: Código Penal
C.P.P	: Código Procesal Penal
P.P	: Prisión preventiva
T.C	: Tribunal Constitucional

**LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL DEBIDO
PROCESO COMO FUNDAMENTO PARA INSTAR EL CONTROL DE
TIPICIDAD AL INICIO DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está destinado a hacer un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de la prisión preventiva, y dentro de ella sus presupuestos o requisitos, como son: los graves y fundados elementos de convicción, la pena probable, el peligro procesal, la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida; que nos lleven a conceptualizarla en su real dimensión, así como entender cuál sería su finalidad.

En ese sentido, en este trabajo monográfico nos ocuparemos de la audiencia de prisión preventiva, averiguar cuál es su mecánica en la discusión o debate de sus presupuestos procesales, a fin de verificar si existe un estadio donde se pueda discutir la subsunción o encuadramiento del hecho, al supuesto de hecho contemplado en la norma penal material, sin que ello signifique desvirtuar el carácter delictuoso del evento criminal; además, abordaremos el tema de la especial o cualificada fundamentación que deberá tener el auto que concede la prisión preventiva.

Luego nos acercaremos a la definición de la tutela procesal efectiva, y del derecho al debido proceso, a fin de determinar que la primera es una categoría un tanto abstracta, mientras que el derecho al debido proceso, es la parte concreta, en tanto se manifiesta en una serie de derechos y garantías que el estado debe observar, lo que más adelante nos llevará a la conclusión que el respeto a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, deben ser fundamento para instar un control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, sobre todo si parte del derecho a la defensa y el principio de una imputación necesaria.

Para ir terminando, analizaremos el tratamiento jurisprudencial sobre los temas de tipicidad e imputación necesaria en la prisión preventiva, tratados en diferentes ejecutorias supremas, a través de las cuales podremos verificar cómo la Corte Suprema de Justicia de la República ha evolucionado sobre una posición inicial, que consideraba un tabú hacer cuestiones de control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, para luego virar y sostener que

este tipo de actuaciones si es posible, es más, sería una actuación necesaria, justamente para observar la tutela procesal efectiva y el debido proceso.

Finalmente, llegaremos a la conclusión que, si es posible hacer un control de tipicidad al inicio de la audiencia de prisión preventiva, teniendo como fundamentos macro, la tutela procesal efectiva y el debido proceso y, como fundamentos específicos, el respeto al derecho a la defensa y al principio de imputación necesaria.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 DESCRIPCIÓN DEL TEMA

De un tiempo a esta parte, la prisión preventiva viene siendo utilizada de manera indiscriminada por los señores representantes del Ministerio Público, siendo que, en muchos casos, no hay fundamento para utilizar esta figura, sea porque no se cumple uno de sus presupuestos fundamentales como es el peligro procesal o, porque la conducta, sin dejar de ser delictuosa, no calza en el delito que ha sido objeto de formalización de la investigación preparatoria.

Esto nos lleva a preguntarnos, en el caso del segundo escenario, es decir, cuando la conducta no calza en el delito formalizado, si es que el imputado tiene la oportunidad de poder formular oposición al inicio de la audiencia de prisión preventiva, cuando discrepe de la calificación jurídica de los hechos; al respecto, la praxis judicial enseña que la gran mayoría de jueces de investigación preparatoria ni siquiera reparan en un posible cuestionamiento de la tipicidad de la conducta y del delito objeto de formalización.

Esta situación preocupante, no solo en relación con los derechos del imputado, sino con los operadores del derecho, nos lleva a preguntarnos si es que existiría fundamento jurídico para que la defensa técnica del imputado, pueda oponerse a la calificación jurídica de la conducta, y que esta oposición traiga como consecuencia la efectiva concreción de los derechos del imputado y, además, la realización de un proceso con todas las garantías necesarias que nos lleven a señalar que el derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, dentro de la audiencia de prisión preventiva, han sido observados.

1.2 JUSTIFICACIÓN

Consideramos que este trabajo monográfico es importante desde un punto de vista doctrinario, en tanto permitirá esbozar ideas nuevas

referentes al control formal de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, es decir, permitirá construir conceptualizaciones de orden técnico jurídico, para sostener que si es posible realizar este tipo de objeciones en la audiencia de prisión preventiva, construcciones que le servirá, además, a la comunidad jurídica, sobre todo a los abogados de la defensa del imputado para defender de manera efectiva los derechos de su patrocinado.

Por otra parte, considero que este trabajo se justifica porque puede servir a los operadores del derecho para que orienten una nueva línea jurisprudencial, echando raíces a la postura de que al inicio de la audiencia de prisión preventiva, y una vez presentado los cargos, la defensa puede objetar la calificación jurídica de esos cargos, a fin de señalar que la conducta, sin dejar de ser delictiva, no calzaría en el delito formalizado, y se tendría que recalificar los hechos, para luego de un nuevo análisis, verificar si están presentes todos los elementos o requisitos de la prisión preventiva.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Determinar si el respeto a la tutela procesal efectiva y al derecho al debido proceso, es el fundamento jurídico para poder hacer un análisis de tipicidad al inicio de la audiencia de prisión preventiva.

1.3.2 Objetivos específicos

- a) Analizar la normatividad vigente que regula la figura jurídica de la prisión preventiva.
- b) Analizar el derecho a la tutela procesal efectiva dentro del proceso penal peruano.
- c) Analizar el derecho al debido proceso dentro del proceso penal peruano.

- d) Analizar el derecho a la defensa y el principio de imputación necesaria.

1.4 METODOLOGÍA

Respecto a la metodología a utilizar, podemos precisar que se empleará el método deductivo, toda vez que se analizará de lo general a lo particular; es decir, en el presente trabajo monográfico, conoceremos la realidad actual de la utilización de la figura de la prisión preventiva en el Perú, para luego analizar el problema en específico referido a la instauración de un control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, teniendo como fundamentos la tutela procesal efectiva y el derecho al debido proceso.

Ahora bien, respecto a los métodos propios del derecho, se utilizará el método dogmático – jurídico, porque describiremos y evaluaremos la realidad actual del tema materia de análisis, haciendo énfasis en la norma, la jurisprudencia y la doctrina; desarrollando los fundamentos que nos van a permitir instar el control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva en nuestro país.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

2.1 Antecedentes de la prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida de coerción procesal que restringe la libertad ambulatoria; esta medida ya estaba presente en el Sistema Inquisitivo, en el que primaba la presunción de culpabilidad; así, debo precisar que el Código de Procedimientos Penales de 1940, a través de su artículo 79, facultaba al Juez Instructor a emitir el auto de apertura de instrucción, pudiendo dictar orden de comparecencia u orden de detención contra el investigado o procesado; además, el artículo 81 de este cuerpo de leyes, establecía que procede la detención del inculpado cuando ha sido sorprendido en el acto de perpetración del delito, cuando se trate de delitos contra el patrimonio del Estado, o cuando lo solicite el Ministerio Público y, a juicio del Juez, la naturaleza del delito lo exija.

En ese orden de ideas, debemos precisar que, con el Código de Procedimientos Penales de 1940, se permitía que la Policía pueda detener a una persona denunciada por la presunta comisión de un delito, sin necesidad de que exista flagrancia; es recién a partir de 28 de julio de 1980 que entra en vigencia la Constitución de 1979, hecho que comenzó a cambiar la situación descrita en los párrafos precedentes, pues, se comenzó a reconocer y observar los derechos fundamentales de la persona, entre ellos, el derecho a la presunción de inocencia y, por supuesto, el derecho a la libertad, lo que determinó señalar que una persona solo puede ser detenida por mandamiento escrito y motivado del Juez o por la Policía, en caso de flagrancia delictiva.

La situación antes descrita, determinó un lento proceso de cambio de la legislación para adaptarlas a las nuevas normas constitucionales; así, se emitió el Decreto legislativo N° 126, de fecha 15 de junio de 1981, que

modificó, entre otros, los arts. 79 y 83 del Código de Procedimientos Penales, tal como a continuación se indica:

Art. 79.- El instructor puede dictar orden de comparecencia o detención provisional contra el que presuma culpable, con el objeto de que el inculpado preste su declaración instructiva (...)

Art. 83.- Terminada la declaración instructiva, en los casos en que se hubiera dictado la orden de detención provisional, el Juez Instructor, si no hay motivos fundados para considerarlo responsable del delito, lo pondrá en libertad, con conocimiento del representante del Ministerio Público; si este se opone, continuará la detención provisional, que no puede durar más de 10 días (...) dentro de los cuales debe dictarse la libertad o detención definitiva del inculpado, bajo responsabilidad del Juez Instructor.

El 02 de junio del año 1983, se dio la Ley N° 23612 que modificó una vez más el art. 79 del Código de Procedimientos Penales, con el siguiente texto:

Art. 79.- El Juez al abrir instrucción, dictará orden de comparecencia o de detención provisional contra el denunciado con la finalidad de que preste instructiva (...)

Acto seguido, hay que señalar que el 05 de diciembre de 1985, con la dación de la Ley N° 24388, se modificó una vez más los artículos del Código de Procedimientos Penales, entre ellos el art. 79, en el cual se establece lo siguiente:

Art. 79.- El Juez, al haber instrucción, dictará orden de detención o de comparecencia. Se dictará mandato de detención tan solo en los siguientes delitos, siempre que sean intencionales y que se sustenten en suficientes elementos probatorios (...). Asimismo, se dictará mandato de detención cuando el inculpado es reincidente o el delito se ha cometido en concierto o banda. Esta detención es definitiva y deberá ser fundamentada (...).

Para finalizar, debo señalar que el antecedente legislativo de la actual regulación de esta figura penal, lo encontramos en el Código Procesal Penal de 1991, aprobado por Decreto legislativo N° 638; así, en el art. 135 se estableció que el Juez podía dictar mandato de detención, si atendiendo a los primeros recaudos, acompañados por el Fiscal Provincial, fuese posible determinar: a) Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia, o perturbar la acción probatoria.

De aquí, podemos señalar las obligaciones que tenía el Juez para dispensar mandato de detención, entre ellas la de motivar o fundamentar su resolución; además, se reconoció el derecho del imputado de impugnar la decisión judicial a través del recurso de queja o de apelación y, además, se reconoció implícitamente que la detención es una medida excepcional y provisional; asimismo, se estableció los plazos máximos de duración de la detención, tanto en el procedimiento ordinario (nueve meses) y en el procedimiento especial (quince meses).

2.2 Concepto

Cubas (2018), define a la prisión preventiva de la siguiente manera:

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el juez de la investigación preparatoria, exclusivamente a pedido del fiscal, en contra de un imputado; en virtud de tal medida, se restringe su libertad individual ambulatoria para asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado al estricto cumplimiento de los presupuestos que la ley prevé. (p. 125)

Por otro lado, se conceptúa a la prisión preventiva como:

Una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir este, la aplicación

de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir este se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza. (Peña, 2016, p. 472)

Como se dice en la doctrina alemana, entre las medidas que aseguran el proceso, la prisión preventiva es la intervención más grave en la libertad personal; de otro lado, ella es, en algunos casos, indispensable para una eficaz administración de justicia penal.

La prisión preventiva es un acto procesal dispuesto por el órgano jurisdiccional, que supone la privación de la libertad del imputado de manera excepcional, proporcional y temporal, por apreciarse la objetividad del peligro procesal (fuga u obstaculización) y los demás presupuestos con la finalidad de evitar el peligro procesal. (Rimache, 2017, p. 69)

Finalmente, el Tribunal Constitucional Peruano, en el Exp. N° 03357-2003-HC/TC, ha señalado lo siguiente:

La prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y es allí donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional¹

Desde nuestra óptica, la prisión preventiva, es eminentemente una medida cautelar de carácter personal, que se otorga dentro de un proceso penal, cuando estamos ante un hecho grave y existe el *periculum libertatis*.

¹ Sentencia recaída en el Exp. N° 03357-2003-HC/TC (Caso Huamán Córdova y otro), de fecha 02 de julio de 2004, emitida por el Tribunal Constitucional.

2.3 Finalidad de la prisión preventiva

La Corte Suprema ha señalado que la prisión preventiva no es un fin en sí mismo, ya que se trata de un instrumento, de un medio para lograr los fines del proceso penal, esto según el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 en sus fundamentos jurídicos 3) y 4); ello es importante en tanto va a permitir aclarar y evitar el discurso por el cual se afirma que con la imposición de la prisión preventiva contra un ciudadano, se ha hecho justicia, o se ha generado impunidad, pues, esta figura solo es un instrumento que sirve al proceso penal principal, donde finalmente se dilucidará la responsabilidad o no responsabilidad del procesado; por lo tanto, la prisión preventiva únicamente tiene fines de aseguramiento del investigado a la causa, sea porque existe peligro de fuga o peligro de obstaculización, tal como así lo señala el ya referido Acuerdo Plenario 01-2019, en sus fundamentos jurídicos 5) y 6).

Esto tiene que ver, además, con una de las características de la prisión preventiva que es su instrumentalidad, afirmando que:

La prisión preventiva no es un fin en sí mismo, sino es un medio o instrumento para apreciar un proceso exitoso, ello implica que constituye un simple instrumento del que se vale el Estado para hacer efectivo el proceso penal, esto es, la participación o la presencia del imputado en la investigación o el juicio que se desarrolla en contra de él, o el aseguramiento de los elementos de prueba, en cuanto éstos estén en peligro. (Rimache, 2017, p. 93)

En ese orden de ideas, la finalidad de la prisión preventiva debe ser entendida como el aseguramiento de la presencia física del acusado en el proceso, para las diligencias donde se requiera imprescindiblemente su participación, pues, sin la presencia de él, puede que el proceso penal se detenga. Entonces, para el peligro de fuga, tendrá que evaluarse las muestras de fuga o no sujeción al proceso penal del investigado y las diligencias imprescindibles en las cuales el acusado tendrá que participar.

Por otro lado, también es finalidad de la prisión preventiva la protección de la prueba, es decir, los indicios que van a servir para acreditar o no la responsabilidad penal, los mismos que deben ser obtenidos de forma lícita y de acuerdo a la Constitución y la Ley.

Por ello, resulta importante que la Corte Suprema de Justicia haya hecho énfasis en reiterar que la prisión preventiva no es un fin en sí misma, sino que se trata de un instrumento al servicio del proceso penal para evitar que el proceso no alcance sus finalidades, ya sea por el peligro de fuga o por el peligro de obstaculización, señalando, además, que esta medida debe aplicarse, siempre y cuando se cumpla de forma rigurosa con sus presupuestos y, además, se observe el principio de proporcionalidad a fin de cumplir sus fines constitucionales.

2.4. Presupuestos de la prisión preventiva

El art. 268 del C.P.P, prescribe cuáles son los presupuestos de esta medida cautelar personal tal como a continuación se detalla:

Artículo 268.- Presupuestos materiales

El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes, y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de evadir la acción de la justicia

(peligro de fuga u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Además, debo precisar que la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación 626-2013-Moquegua, ha establecido en su vigésimo cuarto considerando, el cual tiene carácter de doctrina legal vinculante, que además de los presupuestos ya mencionados, se deben discutir los presupuestos referidos a la proporcionalidad de la medida y a la duración de la medida.

En ese orden de ideas, debemos empezar a desarrollar cada uno de estos presupuestos para comprender a cabalidad la figura de la prisión preventiva.

2.4.1. Fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo

Para que se ordene la prisión preventiva del imputado, deben concurrir fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que se ha cometido el delito y que éste ha sido autor o partícipe el investigado; no implica que tenga que darse la certeza y la objetividad de datos que son necesarios para producir la condena, por el contrario, es un límite al *ius puniendi*, característico de un estado de derecho, que a través de esta medida afecte de manera directa a un derecho fundamental. (Neyra, 2015, p. 161)

En ese mismo sentido, la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017, en su fundamento jurídico 24-D señala que, para dictar prisión preventiva debe estar presente la sospecha grave, que es el grado más intenso de la sospecha, incluso más fuerte que la sospecha suficiente y que no es otra cosa que la altísima probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

Finalmente, el A.P. N° 01-2019/CIJ-116, emitido por la Corte Suprema, en su fundamento jurídico 24, se refiere a la sospecha fuerte como presupuesto de la prisión preventiva, señalando que, el término sospecha debe entenderse en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones; en ese sentido, se señala que la sospecha fuerte requiere verificar el juicio de atribución del delito imputado, el examen de las fuentes (prueba lícita), además, que se analice las evidencias o los argumentos presentados por el imputado, de tal manera que el juicio de probabilidad esté sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; es decir, en un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin que esto signifique llegar al estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria.

2.4.2. Prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad

En referencia a este requisito, el Juez deberá llevar a cabo una prognosis de pena, para ello deberá cumplir con observar los principios de lesividad, proporcionalidad y las reglas del concurso de delitos, es decir, acudir a la parte general del Código Penal, con el fin de establecer las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas y causas de justificación.

La Casación 626-2013 Moquegua, la cual tiene carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, establece en su trigésimo primer considerando, que para hacer el cálculo de la prognosis de pena se deben tomar en cuenta una serie de circunstancias, tal como a continuación se detalla:

Trigésimo primero: El art. 45-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley N° 30076, establece que la pena se aplica por tercios: inferior, intermedio y superior; se da sobre la base de tres factores: a) circunstancias generales atenuantes y agravantes, establecidas en el art. 46 incisos 1) y 2), incorporado por la ley citada; b) causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (art. 14 del C.P), tentativa (art.16 del C.P), responsabilidad restringida de eximientes imperfecta de responsabilidad penal (art. 21 del C.P), responsabilidad restringida por la edad (art. 22 del C.P), complicidad secundaria (artículo 25 del C.P.); y los segundos agravantes por condición del sujeto activo (art. 46–A del C.P), reincidencia (art. 46–B del Código Penal), habitualidad (art. 46–C del C.P), uso de inimputable para cometer delitos (art. 46–D del C.P), concurso ideal de delitos (art. 48 del C.P), delito masa (art. 49 del C.P), concurso real de delitos (art. 50 del C.P), concurso real retrospectivo (art. 51 del C.P). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el art. 45 del C.P y las fórmulas del derecho premial, como la terminación anticipada del proceso, la conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena siempre que lo justifique en la resolución (...).

De lo anotado se puede extraer que, para determinar la posible pena que se le vaya a imponer al procesado, el Juez debe hacer un minucioso análisis de las circunstancias personales del imputado, y de las particulares circunstancias en que ha ocurrido el hecho, solo así se podrá tener una verdadera prognosis de pena, a fin de determinar si es que la misma superará los cuatro años de pena privativa de libertad.

2.4.3. Peligro procesal

Nuestra normatividad procesal penal, regula estos peligros en los arts. 269 y 270, en el que se establecen una serie de criterios para evaluar la presencia de uno u otro peligro, debiendo precisar que el Código Procesal Penal no ha prescrito que los dos deben estar presentes para que se configure el peligro procesal, en ese sentido basta que esté presente uno de ellos para hacer viable el camino de la prisión preventiva. Dicho ello, debemos referirnos a cada uno de estos peligros.

A) El peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el art. 269 del C.P.P. ha prescrito ciertos criterios:

a) El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Para entender este criterio, la Corte Suprema a través de la Sala Penal Transitoria, en la Casación 631-2015-Arequipa, ha señalado que el peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse de la acción de la justicia, evitando ser juzgado, o bien se vaya a sustraer de la pena que se le vaya a imponer, además, se señala que dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga, están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como “arraigo”, que tiene esencialmente un carácter objetivo, y no puede afirmarse con criterios abstractos. En ese sentido, se ha señalado que el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas

o cosas, y que el arraigo tiene tres dimensiones: 1) la posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios, situados dentro del ámbito del alcance de la justicia; el segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado; el tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar.

b) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. En razón de la naturaleza grave del delito, el imputado puede prever que la pena a imponerse será muy severa, por ende, la fuga sería la solución más viable; en esa dirección, el fundamento jurídico cuadragésimo primero de la Casación N° 626-2013-Moquegua ha establecido que: “ (...) no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de pena grave, el imputado pueda temer condena en ese sentido y fugar (...)”. La gravedad de la pena está considerada como motivo razonable para imponer la prisión preventiva.

c) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior; en la medida en que se indique su voluntad de someterse a la persecución penal. En este apartado se verificará pues la voluntad de colaborar con el esclarecimiento de los hechos, de presentarse a las diligencias si es que es citado, de no entorpecer la investigación con actitudes maliciosas o

dilatorias, etc., dando muestras de una conducta adecuada desde el inicio del proceso penal.

B) El peligro de obstaculización

El peligro de obstaculización debe justificarse teniendo como base los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, de tal manera que se llegue a la conclusión de que el investigado, de permanecer en libertad, tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad. Este peligro también debe sustentarse en criterios objetivos y sólidos, mas no en meras conjeturas.

El A.P. N° 01-2019/CIJ-116, señala en el cuadragésimo sétimo fundamento, que el peligro de obstaculización también tiene un carácter procesal, en razón de que trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse, por ello se justifica disponer la prisión preventiva, pero lógicamente a de durar el tiempo imprescindible a estos efectos.

2.4.4. Proporcionalidad de la medida

A decir de la ex Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina Quiroga (2003):

Si se acredita que el riesgo existe, hay que acreditar también que no es posible contrarrestarlo de ninguna otra manera sino a través de la privación de la libertad. Por lo tanto, la primera alternativa que el Juez debe examinar cuando estima que hay riesgo de evasión, es la posibilidad de asegurar la comparecencia en el juicio a través de alguna garantía, que podrá ser una fianza en dinero o, por ejemplo, el arraigo de la persona dentro del país que constituye una limitación menos

gravosa que la privación de la libertad, y que es permitida por el art. 22.3 de la Convención. (p. 235)

Al respecto, debo precisar que con la emisión de la Casación 626-2013-Moquegua, no sólo se debe cumplir para la dación de la prisión preventiva, los requisitos sustanciales previstos en el art. 268 del C.P.P, sino, se requiere, además, la constatación del cumplimiento de los principios constitucionales, entre ellos, la proporcionalidad de la medida.

Por ello, la proporcionalidad de la medida, es uno de los puntos centrales en la discusión de la prisión preventiva, el análisis de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, son vitales para señalar que la medida es constitucional.

La proporcionalidad funciona como un presupuesto clave en la regulación de la prisión preventiva; es decir, la proporcionalidad permite que la medida cautelar sea indispensable para el éxito del proceso penal, y esta indispensabilidad de la prisión preventiva tiene que ser debatida, pues así se abonará la excepcionalidad real de la medida. (Sanguiné, 2003, p. 689)

Al respecto, el T.C ha creado el test de proporcionalidad, tal como se puede verificar en el expediente 45-2004-PI-TC, referido al análisis de los sub-principios de idoneidad de la medida, necesidad de la medida y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de la medida:

- a) En cuanto a la idoneidad de la medida, el Tribunal Constitucional ha manifestado que ésta consiste en la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. En otras palabras, la idoneidad tiene que ver con el fin por el cual se dispensa la medida cautelar personal, que indudablemente tiene que ser de aseguramiento del procesado a la causa o aseguramiento de la prueba para el

esclarecimiento de la verdad, no pudiendo existir otra finalidad, de lo contrario, la medida cautelar personal es manifiestamente inconstitucional.

- b) En cuanto a la necesidad, hay que señalar que la prisión preventiva es la última medida en ser adoptada en el proceso penal, solo tendrá sentido cuando no exista otra medida menos gravosa e igualmente menos satisfactoria para evitar el peligro procesal, en otras palabras, no basta con demostrar o presentar indicios de la alta probabilidad de la comisión del delito y de la vinculación del imputado con el mismo, además de la objetividad del peligro procesal, sino, que tendrá que apreciarse la necesidad de la medida. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad.
- c) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional, y la intensidad de la intervención en la igualdad. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos: "Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".

2.4.5. Duración de la medida

El art. 272 del C.P.P, establece en torno al plazo límite de la duración del plazo de la prisión preventiva, lo siguiente: i) La prisión preventiva no durará más de nueve meses; ii) Tratándose de procesos complejos, el plazo de la prisión preventiva no durará más de 18 meses; iii) Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de 36 meses.

Se advierte que el legislador ha diferenciado los plazos de la prisión preventiva, tomando en cuenta la complejidad de la investigación, y la gravedad del delito cometido; sin embargo, en la Casación 626-2013-Moquegua, se ha establecido la obligación de que se justifique el plazo de duración de la misma dentro de los parámetros legales establecidos, para ello se debe tener en cuenta las particulares circunstancias del caso; es decir, su complejidad, el número de sujetos que intervienen, los actos de investigación que se han dispuesto y, por supuesto, las demás etapas del proceso penal, de tal manera que se respete el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

2.5. Audiencia y resolución para disponer la prisión preventiva

En primer término, debemos señalar que la Ley Procesal Penal establece que la audiencia de prisión preventiva debe celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, ello según así lo señala el art. 271 del Código Procesal Penal, que mayor ilustración transcribimos:

Art. 271.- Audiencia y resolución

1. 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.

2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia, lo dispuesto en el art. 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.

3. 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.

4. 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.

El objetivo de esta audiencia es que las partes planteen sus posiciones ante el Juez de Investigación Preparatoria, a fin de determinar si es que se cumplen los presupuestos materiales de la prisión preventiva y, por ende, se ampara el requerimiento fiscal o, en todo caso, se rechaza el mismo.

Es necesario precisar que, en la audiencia de prisión preventiva no se debate sobre la responsabilidad o no responsabilidad del imputado, pues

la esencia de esta audiencia está en relación al *fumus comisi deliti* y al *periculum libertatis*.

Al inicio de esta audiencia, el Juez de Investigación Preparatoria ordena al representante del Ministerio Público que presente o narre los hechos materia de imputación, además, que señale cuál sería la tipificación, encuadramiento o subsunción de esos hechos en la norma penal material, para luego dar paso al debate en referencia a los presupuestos materiales previstos en el artículo 268 del C.P.P y, finalmente, tratar los presupuestos que han sido adicionados por la Cas. 626-2013-Moquegua.

Como se podrá evidenciar, la normatividad procesal penal no contempla de forma explícita la posibilidad que, al inicio de la audiencia, y luego de la presentación de los cargos y la tipificación de los mismos, la defensa del imputado pueda plantear un control formal de tipicidad, referente únicamente a que los hechos no encuadrarían en el delito que ha sido materia de formalización por el representante del Ministerio Público.

2.6 Motivación del auto de prisión preventiva

El auto que concede o deniega la prisión preventiva debe estar especialmente motivado, es decir, debe haber una motivación cualificada, en donde se deben establecer los hechos, su tipificación legal y, por supuesto, debe haber una especial fundamentación por cada uno de los presupuestos de la prisión preventiva, en el que se deben abordar las posturas presentadas por la fiscalía y por la defensa del imputado, además, debemos precisar que este auto requiere que el Juez se pronuncie sobre todos los presupuestos de la prisión preventiva, así uno de ellos no se cumpla.

TÍTULO II

2.7 La tutela procesal efectiva en el proceso penal peruano

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona, en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y, a la observancia del principio de legalidad procesal penal².

2.8 El derecho al debido proceso en el proceso penal peruano

En principio, diremos que, el debido proceso se encuentra expresamente reconocido en el art. 139, inciso 3) de la Constitución Política del Estado, y prescriben que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

El debido proceso, según coinciden diversos juristas nacionales, está referido al conjunto de garantías penales y procesales, que se deben respetar desde la etapa de la investigación preliminar hasta la ejecución de un proceso penal, entendiéndose que el Estado, como titular del derecho punitivo, debe respetar los derechos de los justiciables en sus diferentes etapas.

Toda persona, sometida a una investigación de carácter penal, desde el inicio de las investigaciones preliminares, debe tener la absoluta confianza que su indagación, investigación y juzgamiento, se debe llevar a cabo con absoluta imparcialidad e independencia de los señores

² Parte in fine artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

jueces, en el ejercicio de sus funciones, cualquier vulneración contra el contenido esencial de la garantía constitucional del debido proceso, nulifica cualquier proceso penal.

En el debido proceso se encuentran comprendidos una serie de garantías, que es necesario que se respeten en cada etapa del proceso penal, pues, los derechos y garantías procesales, que forman parte de los derechos fundamentales de las personas, comprenden: el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural e imparcial, el derecho a la defensa de libre elección, a la no autoincriminación, a no ser juzgado sin dilaciones indebidas, a la impugnación de las resoluciones, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la pluralidad de instancias, a no ser penado sin proceso judicial, entre otros.

2.8.1 Derecho de defensa

La Constitución, en su artículo 139, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa, en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.

Ya ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para

asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.³

2.8.2 El principio de imputación necesaria

Una primera aproximación al concepto de imputación necesaria o concreta lo encontramos en las palabras del profesor Cáceres Julca (2008) quien sostiene que:

La imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal. (p. 183)

Asimismo, el Doctor José Nolasco Valenzuela (2011), citando al Doctor Castillo Alva, afirma lo siguiente:

El principio de imputación necesaria no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional, y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio. (p. 291)

Al respecto, el maestro argentino Julio Maier (2000), se refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos:

La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues

³ Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. La Imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. (p. 318)

A) Requisitos para la observancia del principio de imputación necesaria

James Reátegui Sánchez (2010) sostiene que, si se trata de ser metodológicos, existen tres requisitos que mínimamente deben cumplirse para la observancia del principio de imputación suficiente en la fundamentación de la imputación fiscal, requisitos desde el punto de vista fáctico, requisitos desde el punto de vista lingüístico y requisitos desde el punto de vista jurídico.

El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona. El art. 336 del C.P.P del 2004 señala que si de la denuncia, del informe policial, o de las diligencias preliminares realizadas, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria; es decir, el Fiscal tendrá que comunicar efectivamente al imputado el hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de modo, tiempo, lugar; así como los elementos de convicción existentes. Por lo tanto, debe cumplirse con las

exigencias del tipo objetivo describiéndose sus elementos como la precisión del autor o partícipe, comportamiento (acción u omisión), resultado (lesión o puesta en peligro), la relación de causalidad o imputación objetiva, cuando sea posible establecerla. El principio de imputación necesaria, también nos dice que la imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible.

TÍTULO III

2.9. Tratamiento jurisprudencial respecto a las cuestiones de tipicidad e imputación concreta dentro de la prisión preventiva

Para el análisis del presente trabajo, es necesario determinar si se debe discutir sobre la tipicidad y la imputación concreta o suficiente en la audiencia de prisión preventiva, para tales efectos, se realizará un breve repaso por su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema, donde se encuentra posiciones poco esclarecidas respecto al tema propuesto:

2.9.1. Casación N° 626-2013-Moquegua

En esta casación, la Corte Suprema prohíbe expresamente el análisis y discusión respecto a la tipicidad, aspectos de imputación necesaria, causas de justificación y otros, refiriendo que, de acuerdo al objeto del debate y, para tal efecto, existen otras vías procesales. Así señala textualmente:

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

jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

2.9.2. Casación N° 724-2015 Piura

En esta sentencia, la Corte Suprema discute sobre aspectos de imputación concreta, además de analizar exigencias de imputación objetiva y subjetiva, señalando que, si no se cumple con determinar estos aspectos, no podría ser admisible la medida de prisión preventiva, por no cumplirse con el primer presupuesto material de la prisión preventiva. Esta sentencia señala lo pertinente:

Cuarto.- Que, en primer lugar, es menester señalar que la denominada casación jurisprudencial está en función a las decisiones vinculantes, así declaradas por las altas cortes de justicia, pero no a fallos que, en todo caso, solo fijan una determinada línea jurisprudencial - no es viable, por tanto, dicho motivo de casación-. En segundo lugar, es de acotar que la casación sustantiva se refiere a la vulneración de normas materiales que definen el ámbito del injusto penal de la conducta atribuida o las que regulan la medición de la sanción penal- no es admisible este motivo de casación, pues se denunció la violación de normas procesales-. En tercer lugar, ya existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la prisión preventiva acerca del estándar de actos de investigación y/o prueba (*fumus delicti*)- mera probabilidad delictiva o sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, nunca certeza -: y, en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis se corresponde con el principio de intervención indiciaria y, por tanto, con el *fumus delicti*- es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente

relevante, no pasará este primer presupuesto material de la prisión preventiva, por lo que el efecto procesal será la desestimación de la medida coercitiva solicitada.

2.9.3. Casación N° 704-2015- Pasco

En este pronunciamiento supremo, se reafirma la existencia de vías específicas procesales, respecto a un debate de aspectos de tipicidad, de causas de justificación y otros y, por lo tanto, de ninguna manera la audiencia de prisión preventiva estará supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta. Así que señala textualmente:

Vigésimo cuarto.- Dentro de ese contexto, no es posible que sorpresivamente (el fiscal o el juez de oficio) en la audiencia de prisión preventiva se varíen los hechos o la calificación jurídica que fueron consignadas en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (las audiencias que se realicen antes del juzgamiento, como la prisión preventiva, está restringida y limitada por la imputación concreta que se formalizó por el fiscal), por dos aspectos concretos:

24.1. Porque la audiencia de prisión preventiva tiene como finalidad (...) verificar si se cumplen o no los requisitos establecidos en el artículo 268 del C.P.P y de ninguna manera constituya el objeto del debate el estudio de las proposiciones fácticas y la calificación jurídica para pretender la variación por un tipo penal no considerado por el Ministerio Público. En todo caso, el fiscal podrá formular una nueva proposición fáctica o una tipificación distinta en una ampliación de la Disposición de Formalización y continuación de la investigación preparatoria, pero nunca en una audiencia de prisión preventiva.

2.9.4. Casación N°564-2016-Loreto

El reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, considerado doctrina jurisprudencial, afirma que es posible que dentro de la audiencia de prisión preventiva pueda discutirse y analizarse cuestiones de tipicidad (imputación objetiva y subjetiva), pues la apariencia del delito involucra un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es tanto desde el punto de vista procesal- la existencia de graves y fundados elementos de convicción-, para así poderse determinar una imputación concreta e imponer la medida de prisión preventiva. Esta sentencia dice textualmente:

Quinto.- Este tribunal supremo, después de revisados los actuados del presente incidente, advierte que, efectivamente, el Colegiado Superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la Sentencia Casatoria N° 626-2013-Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. La experiencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado este regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permiten sostener la alta probabilidad de su comisión).

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1 Discusión

La prisión preventiva ha sufrido una serie de transformaciones a lo largo del tiempo; sin embargo, su nota característica ha sido siempre la de restringir la libertad ambulatoria. Este tipo de medidas ya estuvo en el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el cual tenía el nombre de mandato de detención, con rasgos totalmente inquisitivos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, se comenzaron a reconocer y observar los derechos fundamentales de las personas, entre ellas, el derecho a la presunción de inocencia y, por supuesto, el derecho a la libertad, fraguándose la idea normativa que solo puede detenerse a una persona por flagrancia delictiva o mandato escrito motivado del Juez.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución antes mencionada, el Código de Procedimientos Penales sufrió una serie de modificaciones, a fin de ponerse a tono con las nuevas disposiciones de orden constitucional, siendo el antecedente legislativo más próximo el que encontramos en el Código Procesal Penal de 1991, aprobado por el Decreto Legislativo 638, siendo que en este cuerpo normativo, específicamente en el artículo 135 se estableció que el Juez podía dictar mandato de detención, si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, fuese posible determinar: que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y; que el imputado, en razón a sus antecedentes u otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia, o perturbar la acción probatoria.

Después de antecedente legislativo, ha venido la actual figura de prisión preventiva, a través del Decreto Legislativo N° 957, que ha entrado en vigencia de forma progresiva en los diferentes Distritos Judiciales del país, siendo que, actualmente la prisión preventiva es conocida como una medida cautelar de carácter personal, que se otorga o se dispensa dentro de un proceso penal, cuando se cumplen los requisitos que establece la ley. Acto seguido, hay que señalar que la prisión preventiva es una medida cautelar instrumental; es decir, que sirve al proceso principal, por lo tanto, esta medida cautelar no tiene un fin en sí misma, sino que va a servir para conseguir los objetivos del proceso penal, siendo por lo tanto su finalidad la de aseguramiento del imputado a la causa.

La prisión preventiva tiene una serie de presupuestos, que son discutidos en la audiencia respectiva, siendo éstos los siguientes: primero, las evidencias graves de la comisión de un delito y la vinculación del imputado con el mismo; segundo, que la sanción que vaya a imponerse por esa conducta sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y; tercero, que el imputado, en razón de sus antecedentes u otras circunstancias del caso particular, permita colegir que tratará de eludir la acción de la justicia, u obstaculizar la averiguación de la verdad. Estos fueron inicialmente los presupuestos que se discutían en la audiencia de prisión preventiva; como se podrá evidenciar, no existía la posibilidad de hacer alguna discusión inicial sobre la subsunción o encuadramiento del hecho al tipo penal; además, debo precisar que con la dación de la Casación 626-2013-Moquegua, se estableció con el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, que en este tipo de requerimientos también debe tratarse los asuntos referidos a la proporcionalidad de la medida, y a la duración de la medida.

Acto seguido, hay que señalar que en las audiencias de prisión preventiva, la mecánica que se sigue es la siguiente: Primero se presentan los hechos, y se hace la calificación jurídica de los mismos, luego se empieza la discusión o el debate de los cinco presupuestos de

la prisión preventiva ya señalados, uno a uno, y que recién acabado uno se pasa a otro, sin embargo, una vez más podemos evidenciar que no existe la posibilidad de observar el encuadramiento de los hechos a la norma penal material, por lo menos en un plano estrictamente jurídico o jurisprudencial.

Lo dicho hasta aquí, nos lleva a preguntarnos si a pesar de que la defensa del imputado o incluso el propio imputado, hacen observaciones al encuadramiento o subsunción de los hechos a la norma penal material, en la gran mayoría de oportunidades, por no decir en casi todas, los jueces de investigación, señalan, sin mayor fundamento, que en la audiencia de prisión preventiva no se puede hacer control de tipicidad; ¿acaso esto no es una grave afectación a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, sobre todo al derecho de defensa y al principio de imputación necesaria?.

Al respecto, debemos señalar que, la tutela procesal efectiva, en esencia, implica el respeto de los derechos de una persona dentro de un proceso penal, desde el inicio del mismo, hasta su culminación definitiva. A renglón seguido, hay que señalar que esta disposición normativa adquiere cuerpo en el derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Estado, por el cual se reconoce una serie de derechos y garantías a todo ciudadano sometido a un proceso o a un procedimiento, más aún si este es de naturaleza penal.

Así, hay que señalar que dentro del debido proceso está por ejemplo el derecho a la defensa, reconocido en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Estado, por el cual se garantiza que todo ciudadano pueda realizar acciones concretas para defender sus derechos e intereses; así por ejemplo, dentro de un proceso penal se le debe conceder amplia e irrestricta libertad para defenderse de la imputación que pesa en su contra, ya sea escuchando sus argumentos de orden técnico o analizando la evidencia que presenta.

Por otra parte, existe un principio fundamental en la tramitación de todo proceso penal, como lo es el principio de imputación necesaria, por el cual se debe hacer saber al procesado cuál es la imputación concreta y correctamente formulada en su contra, de tal manera que posibilite su defensa de manera eficiente; en ese sentido, se ha señalado que la imputación debe ser clara precisa y circunstanciada de un hecho concreto; es decir, se debe describir las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que habría ocurrido el hecho, de tal manera que se lo pueda ubicar en tiempo y en espacio. Así, el principio de imputación necesaria implicará pues señalar quién es el autor o partícipe, cuál ha sido su comportamiento, cuál ha sido el resultado de ese comportamiento y, finalmente, cuál es la relación de causalidad o imputación objetiva del mismo.

Para ir terminando, hay que señalar que la jurisprudencia peruana, específicamente la emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de las Salas Penales Supremas, ha tenido diferentes posturas referente a las cuestiones de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, así, en la Casación 626-2013 Moquegua, la Corte Suprema prohibió expresamente el análisis y discusión respecto a aspectos de la tipicidad e imputación necesaria, indicando que para ello existen otras vías procesales.

Por otro lado, en la Casación N° 724-2015 Piura, la Corte Suprema analiza y discute sobre aspectos de imputación necesaria, además de exigir que se cumplan los criterios de imputación objetiva y subjetiva, señalando que, de no cumplirse estos temas, no sería admisible la prisión preventiva, pues no se estaría cumpliendo el primer presupuesto material de esta medida coercitiva.

Por otra parte, en la Casación N° 704-2015-Pasco, la Corte Suprema reafirma la postura de que existen vías específicas procesales respecto a un debate de aspectos de tipicidad, por lo que, de ninguna manera en

la audiencia de prisión preventiva se podría hacer análisis de la tipicidad de un evento delictivo.

Finalmente, hay que señalar que la Corte Suprema en la Casación 504-2016, Loreto, la Corte Suprema afirma que es posible dentro de la audiencia de prisión preventiva, discutir y analizar cuestiones de tipicidad, esto es, de imputación objetiva y subjetiva del delito.

3.2 Análisis de resultados

La prisión preventiva es una medida cautelar personal extremadamente grave, en tanto afecta de forma directa el derecho a la libertad personal; siendo que actualmente tiene hasta cinco requisitos o presupuestos para su concesión, siendo los siguientes: los graves y fundados elementos de convicción; pronóstico de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad; peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización); la proporcionalidad de la medida y; la duración de la medida; sin embargo, dentro de la regulación legal actual de la prisión preventiva no hay posibilidad de atacar la tipicidad del delito en relación a un encuadramiento correcto de la conducta, sin necesidad de atacar el carácter delictivo del hecho criminal.

Si tenemos como presupuesto que la prisión preventiva, por ser una medida cautelar personal extremadamente gravosa, hay que señalar que debe contemplarse la posibilidad de que en esta audiencia se haga un control de tipicidad, y que esta posibilidad debe estar regulada dentro de los dispositivos legales que se ocupan de la audiencia de prisión preventiva, en referencia al procedimiento preestablecido en la ley.

Las razones que justificarían esta posibilidad son justamente el respeto a la tutela procesal efectiva, y al derecho al debido proceso; entendiéndose que la tutela procesal efectiva es una garantía abstracta, por el cual todo ciudadano puede exigir que se respeten sus derechos desde el inicio hasta el final de un proceso penal, siendo que éstos derechos están contenidos justamente en el debido proceso, pues éste

derecho fundamental entraña una gama de derechos y garantías perfectamente definidas y concretas, entre ellas, por ejemplo, el derecho a la defensa y a la imputación necesaria.

El derecho a la defensa debe ser entendido como la posibilidad concreta de que el imputado haga uso de algún recurso, técnica o instrumento de forma ágil y rápida, a fin de que pueda defenderse de manera real y efectiva ante una situación que pone en peligro el fundamental derecho a su libertad. Además, el imputado tiene derecho a saber cuál es la imputación concreta en su contra, y que ésta sea hecha de manera circunstanciada en tiempo, modo y lugar y, además, que esté aparejada con evidencia fuerte, de tal manera que se pueda extraer aspectos objetivos y subjetivos de la imputación en relación con el tipo penal.

La conclusión de este análisis es que al inicio de la audiencia de prisión preventiva, se debe contemplar de forma legal la posibilidad de que luego de que el fiscal presente los cargos y la tipificación legal de los mismos, se corra traslado de manera inmediata a la defensa del imputado, con la finalidad de que la misma pueda objetar, si fuera el caso, la subsunción de los hechos a la norma penal material, teniendo como base para ello el derecho a la tutela procesal efectiva y el respeto al derecho al debido proceso y por ende al derecho de defensa y el principio de imputación necesaria.

CONCLUSIONES

1. El fundamento jurídico que nos va a permitir sostener que se puede instar un control de tipicidad al inicio de la audiencia de prisión preventiva, es el respeto al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, y dentro de ellos, el respeto al derecho a la defensa y al principio de imputación necesaria.
2. La prisión preventiva es una medida cautelar extremadamente gravosa, establecida por el Derecho Procesal Penal, para restringir el derecho a la libertad de una persona que está siendo sometida a un proceso penal, y cuando se ha determinado que existe peligro procesal eminente.
3. La tutela procesal efectiva es aquella por la cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.
4. El derecho al debido proceso es un conjunto de garantías penales y procesales que se deben respetar desde la etapa de la investigación preliminar hasta la ejecución de un proceso penal.
5. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia que se trate, no puede quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa, no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva.
6. El principio de imputación necesaria es vital dentro de un proceso penal, pues, es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse

efectiva y eficientemente, en tanto, permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal.

7. Finalmente, considero que se debe hacer una modificación normativa que regule la posibilidad de hacer control de tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

Lista de referencias

LIBROS

Castillo Alva, J. L. (2011). Citado por José Nolasco Valenzuela en “*Manual de Litigación en Delitos Gubernamentales*”. Lima – Perú: Ara Editores.

Cubas Villanueva, V. (2018). *Las medidas de coerción en el proceso penal*. Víctor Cubas Villanueva. Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Cusi Rimache, J. E. (2017). *Prisión Preventiva: ¿Qué alego en la audiencia?* Lince – Perú: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.

Medina Quiroga, Cecilia. (2003). *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 235. Recuperado de <https://corteidh.or.cr/tablas/23702.pdf>.

Maier José, J.B. (2000). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto.

Neyra Flores, J.A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima – Perú: Adensa.

Odone Sanguiné. (2003). *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia - España: Tirant lo Blanch

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima – Perú: Rodhas.

Reátegui Sánchez, J. (2011). *Más sobre el Principio de Imputación Necesaria*. Lima – Perú: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, fundamentos jurídicos 3, 4, 5 y 6.

Casación 626-2013-Moquegua, de fecha 30 de junio de 2015, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República

Casación 564-2016-Loreto, de fecha 12 de noviembre de 2018, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 704-2015-Pasco, fecha 27 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 724-2015-Piura, de fecha 15 de abril de 2016, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-443, de fecha 11 de octubre de 2017, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República y el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias.

Sentencia recaída en el Exp. 3357-2003-HC/TC, (Caso Huamán Córdova y otro), de fecha 02 de julio de 2004, emitida por el Tribunal Constitucional.

Sentencia recaída en el Exp. 45-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, emitida por el Tribunal Constitucional.