



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**La Tipicidad en audiencia de Prisión Preventiva: ¿Discutible o no
discutible?**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTORES:

Cruz Cuenca, Emerson Alessandro Aldair (ORCID: 0000-0002-2146-845X)

Mendoza Martínez, Geraldine Mirella (ORCID: 0000-0001-7694-070X)

ASESORES:

Mg. Fernández Bernabé, Pool Gilbert (ORCID: 0000-0002-0008-7332)

Dra. Yupari Azabache, Irma Luz (ORCID: 0000-0002-0030-0172)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Procesal Penal

TRUJILLO – PERÚ

2020

Dedicatoria:

Dedico este presente trabajo en primer lugar a Dios por brindarme fortaleza para continuar con uno de mis mayores deseos, así mismo a mi mamá Charito Martínez Rodríguez a mi papá Javier Mendoza Aranda y hermanos por ser mi soporte, por brindarme su apoyo incondicional en todo momento, así también a mi tía Angélica Mendoza Aranda quien sentó en mi la base de valentía frente a cualquier adversidad, así mismo a mi pareja Manuel Bardales Núñez, quien fue parte de este proceso, brindándome su apoyo en todo momento, su amor y paciencia para culminar satisfactoriamente este trabajo.

(Geraldine Mirella Mendoza Martínez)

Dedicatoria:

Dedico este trabajo a mi madre, Susana Cuenca González, a mi padre Víctor Cruz Lezcano, y a mi hermano Kevin Cruz Cuenca, para que vean en este trabajo el reflejo de su esfuerzo, virtud que se han esforzado tanto en enseñar, lección que se revela con el tiempo como la única forma de alcanzar grandes cosas. Su sacrificio y dedicación fueron pieza clave para la culminación de este trabajo.

(Emerson Alessandro Aldair Cruz Cuenca)

Agradecimiento:

Agradecemos al Dr. Pool Fernández Bernabé por su valiosa contribución y apreciaciones para el óptimo desarrollo de nuestra investigación, así como a la Dra. Irma Yupari Azabache, quien con su consejo y dirección nos permitió perfeccionar la metodología que dio como resultado el presente trabajo.

Índice de contenidos

Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de contenidos	iv
Resumen	vi
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	4
III. METODOLOGÍA	19
3.1. Tipo y Diseño de Investigación	19
3.2. Categorías, Sub categorías y matriz de categorizaciones	19
3.3. Escenario de estudio	20
3.4. Participantes	20
3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	20
3.6. Procedimiento	21
3.7. Rigor Científico	21
3.8. Métodos de Análisis de Datos	21
3.9. Aspectos Éticos	22
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	23
V. CONCLUSIONES	46
VII. RECOMENDACIONES	48
VIII. PROPUESTA	48
REFERENCIAS	50
ANEXOS	54

Índice de tablas

Tabla 1 : Respuestas a la primera pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	23
Tabla 2 Respuestas a la segunda pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	24
Tabla 3: Respuestas a la tercera pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	27
Tabla 4: Respuestas a la cuarta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	28
Tabla 5: Respuestas a la quinta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	30
Tabla 6: Respuestas a la sexta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	33
Tabla 7: Respuestas a la séptima pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	35
Tabla 8: Respuestas a la octava pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	37
Tabla 9: Respuestas a la novena pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú.....	38
Tabla 10: Análisis de sentencias.....	40

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo principal **determinar la necesidad de la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva**, en el correcto marco legal de la conducta y el hecho materia de imputación, como requisito autónomo, o como parte del análisis del presupuesto material de graves y fundados elementos de convicción que vincula a la persona que constituye un acto delictivo. De enfoque cualitativo, tipo básica y diseño fenomenológico. En este sentido, se han utilizado instrumentos como la guía de entrevista siendo esta aplicada a jueces y abogados, así también la ficha de análisis documental sobre jurisprudencia y derecho comparado. Los resultados indican que la tipicidad es un elemento esencial que debe ser analizado y de esta manera poder asegurar una imputación concreta del procesado, aunado a ello es necesario un nuevo criterio para el merecimiento de la prisión preventiva y evitar una detención arbitraria; por lo que se propone la modificatoria legal del artículo 268 del nuevo código procesal penal. Por todo lo expuesto se concluye que, es necesario analizar a la tipicidad como uno de los elementos fundamentales para determinar el merecimiento de la prisión preventiva, de esta manera podemos asegurar una imputación concreta del procesado.

Palabras clave: Tipicidad Penal, Principio de legalidad, Prisión preventiva.

Abstract

The main objective of this research is to determine the necessity of typicity as a criterion for the merit of preventive detention, in the correct legal framework of the conduct and the fact that is the subject of the charge, as an autonomous requirement, or as part of the analysis of the material budget serious and well-founded elements of conviction that bind the person who constitutes a criminal act. Qualitative approach, basic type and phenomenological design. In this sense, instruments such as the interview guide have been used, being applied to judges and lawyers, as well as the document analysis file on jurisprudence and comparative law. The results indicate that typicity is an essential element that must be analyzed and in this way be able to ensure a concrete imputation of the accused, adding to this a new criterion is necessary for the merit of preventive detention and avoid arbitrary detention; for which the legal modification of article 268 of the new criminal procedure code is provided. For all the above it is concluded that, it is necessary to analyze the typicality as one of the fundamental elements to determine the merits of preventive detention, in this way we can ensure a specific charge of the accused.

Keywords: Criminal Typicity, Principle of legality, Preventive detention

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, hemos decidido incursionar en el tema de denominado LA TIPICIDAD EN AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA ¿DISCUTIBLE O NO DISCUTIBLE?, teniendo como problema de investigación planteado: ¿Es necesaria la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva? En virtud de ello, manejamos dos ejes, que son la Prisión Preventiva y la Tipicidad.

En cuanto al primero, es sabido que, en el marco del proceso penal, a efectos de lograr mayor eficacia en su desarrollo, se han desarrollado ciertas instituciones llamadas medidas cautelares, las que a su vez se distinguen en virtud de su carácter real o personal. Dentro de estas últimas, la medida más gravosa vendría a ser la Prisión Preventiva. Respecto a esta institución, en su aspecto general, Sánchez (2009) establece que es la medida más gravosa impuesta en el marco del proceso penal acusatorio, incidiendo directamente en la libertad del procesado, siempre que este se desarrolle o que se imponga una variación. Concerniente a ello cabe precisar que la prisión preventiva es un medio para asegurar el logro de otros fines, coincidimos con la referencia que hace mención Cafferata (1992) puesto que, dado que la prisión preventiva es un medio instrumental y cautelar, esta medida debe ser cumplida infaliblemente cuando sean necesarios para neutralizar peligros o haya obstaculización a la verdad o actuación procesal. De igual manera el legislador Oré (2006) afirma sobre la aplicación de la prisión preventiva esto es aplicable cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir los riesgos de fuga, ocultamiento de bienes, así como para impedir la obstaculización de averiguación de la verdad y evitar reiteración delictiva. Así también, para efectos de la investigación, tomaremos una perspectiva específica de la misma, la cual consiste en explicar la necesidad de un nuevo criterio de los presupuestos de la prisión preventiva a partir del *fumus commissi delicti*.

Este último elemento viene a ser el segundo eje de nuestra investigación. Consideramos que es necesario hablar de la tipicidad en esta etapa del procedimiento, donde se evalúa la posibilidad de la imposición de la prisión

preventiva. Es así que, en su aspecto general, debemos empezar por explicar la noción de tipo que, según el pensamiento de Bacigalupo (1986), responde a un concepto ideado por el legislador, el cual se obtiene de una operación de interpretación de la ley. De esta manera, entendiendo que el tipo es una conducta plasmada en la ley, coincidimos con lo dicho por Villavicencio (2006), al referirse a la Tipicidad como una verificación de la conducta y su correspondencia con el tipo. De igual manera, Muñoz (1990) plasma dicho concepto, entendiéndolo como adecuación de la conducta a la descripción que el legislador ha considerado en el texto legal. Es así que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad, solo lo plasmado en la ley se considera delito. Es necesario acotar la aclaración que respecto de este término realiza Zaffaroni (1981), donde establece que debemos diferenciar a la tipicidad, como operación intelectual que el juez al verificar la relevancia penal de la conducta, del resultado que obtenemos de dicha operación, es decir, la conducta típica. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, tomaremos una perspectiva específica de la tipicidad, la cual consiste en analizar la tipicidad como elemento fundamental para una imputación concreta del procesado.

Aunado a ello, debemos mencionar el razonamiento que manejaremos a lo largo de la presente investigación. En la prisión preventiva, se entiende, la sospecha sobre la comisión de un delito ha llegado a un nivel que la jurisprudencia ha tenido a bien denominar "grave". Debemos entender que, si no nos encontramos en este grado de sospecha, mucho menos podremos discutir la relación que une al procesado con el hecho delictivo en cuestión. En otras palabras, según lo establecido por San Martín (1999), si no hay seguridad acerca de la real comisión de un hecho delictivo, es imposible razonar acerca de la relación del imputado como autor de este hecho. Lo anterior mencionado encuentra asidero en la perspectiva específica que venimos manejando respecto de los dos ejes que sostienen nuestra investigación, que son tanto analizar la tipicidad como elemento fundamental para una imputación concreta del procesado, como explicar la necesidad de un nuevo criterio de los presupuestos de la prisión preventiva a partir del *fumus commissi delicti*. Es así que, si consideramos que el hecho de que no pueda discutirse siquiera la realidad de la comisión de un delito puede dar pie a discutir la tipicidad del mismo, finiquitando un proceso que no cuenta con fundamentos sólidos. Ahora

bien, es lógico pensar, bajo un criterio de economía procesal que, antes de recurrir a una vía alterna y engorrosa como la excepción de improcedencia de acción –cabe destacar que mientras esta se formaliza, cabe la posibilidad de que la prisión preventiva se ejecute, aun cuando la excepción resulte fundada ulteriormente- pueda recurrirse a cuestionar la tipicidad en la misma audiencia de prisión preventiva, evitando un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional y, como es lógico suponer, una detención preventiva arbitraria. De esta manera se ha considerado como objetivo general Determinar la necesidad de la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva.

Así mismo como objetivos específicos analizar a la prisión preventiva a la luz de sus presupuestos materiales, en especial del elemento *fumus commissi delicti*, que, en nuestra opinión, ha sido un elemento especialmente desatendido, así como su incidencia en la audiencia de prisión preventiva. Consecuentemente, analizar a la tipicidad en el aspecto relativo a la determinación de una conducta como típica, así como el grado de corroboración que debe revestir esta en audiencia de prisión preventiva.

De igual manera, formular una modificatoria legal del artículo 268 del código procesal penal referida a la inclusión de criterios de tipicidad al momento de determinar el merecimiento de prisión preventiva. Así pues, es pertinente reflexionar que nuestra investigación influirá en el ejercicio práctico el derecho en beneficios de aquellos procesados cuyo proceso se encuentre en etapa de prisión preventiva, sobre todo en aquellos casos –los más abundantes- en los cuales la notificación de formalización de investigación preparatoria y la del requerimiento de prisión preventiva suelen arribar al mismo tiempo en manos de la defensa. Considerando esto, es evidente que no es posible cuestionar una imputación de la que recién se tiene conocimiento y, simultáneamente, formular elementos de descargo para desmerecer una medida cautelar.

Ahora bien, para la presente investigación se hizo uso de instrumentos tales como la realización de guía de entrevistas a diversos especialistas en la materia de derecho penal y derecho procesal penal, así como del guía de documentos sobre sentencias casatorias, leyes y conferencias registradas en material audiovisual referentes al tema en cuestión.

II. MARCO TEÓRICO

Es necesario precisar en nuestra investigación estudios previos a manera de antecedentes, para llevar a cabo un contexto profundo y a ello poder entender el problema de nuestra investigación de posturas distintas e independientes a nivel internacional y nacional.

Se tiene el trabajo de investigación de Benavides & Serrano (2019), la cual tiene como objetivo general reformar el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal sobre la prisión preventiva; asimismo, concluye que el Código Orgánico Integral Penal estipula que la prisión preventiva es la decisión final, ya que esta medida puede ser aplicada frente a situaciones en las que otras medidas preventivas son ineficientes para la presencia del acusados y también deben cumplir con una serie de exigencias para determinar el pedido de prisión preventiva. El primer requisito consiste en recabar elementos de convicción suficientes que acrediten para la existencia de un delito. Estas serían las principales evidencias encontradas durante la investigación. El segundo elemento en el Código Penal Integral Organizacional que requiere detención preventiva es que haya un elemento de convicción preciso y claro. En otras palabras, el acusado debe ser el autor del delito o cómplice de este, por lo tanto, debe determinar la relación del nexo causal con el acusado. El tercer requisito consiste en que exista evidencia de las medidas cautelares no privativas de la libertad no son necesarios para determinar la presencia del acusado. Finalmente, requiere que se penalice y se castigue con más de un año de detención. Siendo este último requisito incompatible con las características que definan a la prisión preventiva. Hemos tomado esta investigación puesto que reafirma nuestra postura acerca de brindar mayor atención al análisis del primer elemento de la prisión preventiva, con el agregado nuestro de emplear criterios de tipicidad para dicha operación.

Asimismo, tomamos la investigación de García (2009), teniendo como objetivo general determinar si se respeta el principio de presunción de inocencia garantizado en la Constitución de la República, al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva; en la que concluye que la presunción de inocencia requiere que la base para la condena se obtenga legalmente y estas sean practicadas con las

debidas garantías que provee la ley, que contienen elementos incriminatorios suficientes con respecto a la participación del acusado en los hechos ilícitos sometidos a la decisión del tribunal para establecer una condena necesaria sobre la existencia del delito, cuando una persona es condenada solo por sospecha sin evidencia, esto viola la presunción de inocencia; cuando se presume que el procesado es culpable al imponer una carga del onus probandi, carga de prueba; cuando es condenado sin recibir evidencia de defensa, o confesando que la evidencia acusada es inconsistente, y condenado por evidencia obtenida o reclamada injustamente, infringiendo los derechos básicos, o constitucionales. Así pues, tomamos esta investigación debido a que compartimos el énfasis que atribuye el autor al análisis de los medios probatorios a fin de imponer prisión preventiva, de manera que así evitamos caer en un sistema procesal guiado por la presunción de culpabilidad.

De igual manera, tomamos la investigación de Zambrano (2015); la cual tuvo como objetivo general Reformar el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal donde tipifique la asociación ilícita de las personas jurídicas; así pues, concluye que es importante establecer una norma restrictiva en el entorno empresarial, en el que todos los derechos que dan la propiedad social y humana deben ser protegidos, y en el caso de las asociaciones ilegales, sus actividades deben controlar de manera más específica, pues habría una probabilidad que sus mismos integrantes delincan creándose en compañías holdings y en este sentido, bajo la excusa de operaciones o transacciones inadecuadas, especialmente el blanqueo de capitales o lavado de dinero, es necesario que estas acciones acuerden una subsección al Artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, en que se genere un inciso en el que se sancione la comisión de este acto ilegal, aunque no se haya descubierto de inmediato, sino debido al proceso continuo y de agrupación. La ley que se propone proporcionará un control más preciso no solo de las compañías nacionales que operan en Ecuador sino también de las compañías extranjeras. Así pues, tomamos esta investigación debido a que, si bien describe una situación respecto a un delito específico, nos expone la importancia de la tipicidad y los elementos que la componen, importancia que debe tomarse en cuenta al momento de imponer prisión preventiva.

De igual manera, contamos con la investigación de Zambrano (2017); la cual tuvo como objetivo general proponer una reforma al Código Orgánico Integral Penal de Ecuador para que incluya un tipo penal específico, de Lesiones provocadas con sustancia corrosivas; en la cual concluye, primero, que el delito de uso de sustancias corrosivas o ácido en Ecuador no está tipificado, lo que resulta en un tratamiento legal penal insuficiente de la persona responsable del delito y la falta de protección legal de los derechos de las víctimas de estos incidentes; y como segunda conclusión, que a través de este análisis, es preciso y urgente modificar el COIP para agregar otra forma de delito de lesiones, del artículo 152 de la misma normativa, que utiliza sustancias corrosivas. Así pues, tomamos la presente investigación debido a que, si bien trata un tema de indebida tipicidad, recogemos el criterio del autor al momento de proponer una modificatoria legislativa para evitar la desprotección de la víctima que, en nuestro caso, sería el imputado, al momento de imponérsele una prisión preventiva sin tomar en cuenta la tipicidad de la conducta.

Así también, hemos tomado la investigación de Ricra (2019), la cual tuvo como objetivo general establecer cuáles son las circunstancias del peligro procesal que el Juez considera determinantes de la prisión preventiva; donde concluye, primero, que a falta de una base legal, dado que ni la jurisprudencia de la Corte Suprema prestó demasiada atención a otros presupuestos de la prisión preventiva, algunos jueces penales consideraron la falta de cooperación y seriedad con la investigación constituía un riesgo procesal, ello resulta concluyente a dictar esta medida coercitiva en su contra; y en segundo lugar, concluyó que cuando el juez penal emite la medida coercitiva de prisión preventiva y establece riesgos procesales en ausencia de cooperación entre el acusado y la investigación, se desconoce el derecho a la defensa del acusado y fiscalía está obligada a probar la responsabilidad del acusado; es así que, tomamos esta investigación debido a la excesiva atención de los jueces sobre la corroboración del peligro procesal, tal como denuncia el autor, dejando a un lado el análisis concienzudo de otros elementos como los graves y fundados elementos de convicción, presupuesto materia de la presente investigación.

De igual manera, tomamos la investigación de Fernández (2019), la cual tuvo como objetivo general determinar los fundamentos del estándar probatorio de la prisión preventiva como justificación de las garantías del nuevo código procesal penal peruano; donde concluye que con el establecimiento de un padrón de evidencia para establecer la prisión preventiva, existe la obligación de sopesar los elementos de convicción que prueban la existencia del delito y la conexión del acusado con este; esto ha llevado a los fiscales a evaluar los requisitos de prisión preventiva en función de la información que obtuvieron previamente durante la investigación; hemos tomado la presente investigación, debido a que compartimos la afirmación que esgrime el autor respecto de la importancia de una adecuada valoración de los elementos de convicción recabados, máxime si se trata de un caso que se asienta en una conducta atípica.

Bacigalupo (1986) nos brinda una exposición detallada al respecto, en cuanto a la tipicidad, la teoría más reconocida por los juristas y operadores del derecho en general, es la teoría del delito. La conducta, nos dice el autor, debe pasar responder a tres preguntas que, a su vez, aluden a tres partes de la teoría del delito.

La tipicidad responde a la pregunta: ¿es el hecho cometido el prohibido por la norma? A partir de aquí, puede valorarse la conducta según la infracción de la norma prohibitiva. Dicha infracción puede ser voluntaria o involuntaria, que, en palabras de la doctrina, se divide en delitos de comisión y de omisión respectivamente.

En segundo lugar, la antijuricidad se plantea lo siguiente: si es el prohibido por la norma ¿estaba en las circunstancias en que lo realizó, autorizado? Sin embargo, no es suficiente el infringir una norma prohibida, puesto que, como advierte el autor, pueden concurrir ciertas circunstancias que doten de un “permiso” al autor para realizar tal conducta.

En tercer lugar, la culpabilidad se plantea: ¿es responsable el autor del hecho prohibido y no autorizado? Ahora bien, si hemos verificado el grado de reproche de la conducta, debemos ligar a esta con el imputado en cuestión. Para ello, nos dice el autor, debemos estar seguros de que no concurren elementos que disminuyan

su capacidad de ser imputado, como, por ejemplo, un estado de necesidad, o que adolezca de una anomalía psíquica.

Si bien lo descrito hasta ahora es una disgregación de todas las categorías que encauzan la noción de delito, a efectos de la investigación cuando hablemos de Tipicidad, nos referiremos a la operación que determina una conducta típica y antijurídica, puesto que la comprobación de la culpabilidad tiene lugar al final del proceso.

Como mencionamos anteriormente, la prisión preventiva es solo una especie dentro de un género más amplio, esto es, las medidas de coerción procesal.

En palabras de Sánchez (2009), las medidas de coerción procesal responden a una finalidad concreta, esto es, velar por la efectiva comparecencia del imputado al juzgado y la sentencia tenga eficacia. Sin embargo, nos advierte el autor, estas medidas responden a principios rectores. Estos son:

En primer lugar, el respeto a los derechos fundamentales. Esto es extensivo al desarrollo del proceso mismo, esto es, que los derechos fundamentales deben dotar de un marco de legitimidad a la medida limitativa en cuestión. En segundo lugar, el principio de excepcionalidad. Esto implica que la limitación de derechos no constituye una regla, sino que se aplica como último recurso ante la ineffectividad de otras medidas menos gravosas. En tercer lugar, el principio de proporcionalidad. Este principio tiene estrecha relación con el anterior, puesto que, del análisis realizado, debe entenderse que la medida impuesta responde a la concurrencia efectiva de los presupuestos para su imposición. En cuarto lugar, el principio de provisionalidad. Se refiere a que las medidas de coerción solo tienen vigencia por el plazo expreso que determina la ley, es decir, tienen un tiempo limitado. En quinto lugar, el principio de taxatividad. Al dotar de un marco de legalidad a dichas medidas, se refiere a la autorización legal expresa que debe revestir dicho instrumento. En sexto lugar, el principio de suficiencia probatoria. Se refiere así a la efectiva recolección de elementos de convicción realizada en la etapa de investigación preparatoria. Este principio cobra vital importancia en la presente investigación, al momento de evaluar dichos elementos bajo el faro de la tipicidad. En séptimo lugar, el principio de motivación de la resolución. Como nos adelantó el

autor anteriormente, toda medida de coerción se impone mediante una resolución que, además de ser expedida por autoridad jurisdiccional, debe estar motivada, exigencia –cabe mencionar- extensiva también a la sentencia.

En octavo lugar, el principio de judicialidad. En estrecha relación con el principio anterior, este principio reza que solo el órgano jurisdiccional, a pedido de las partes, puede imponer una medida de coerción. Por último, el principio de reformabilidad o variabilidad: Este principio implica que estas medidas pueden modificarse por una menos gravosa, o en su defecto, por una más perjudicial, en tanto varíen las circunstancias que motivaron su imposición o se incumplan las reglas de conducta impuestas por el juez.

Ahora bien, para efectos de esta investigación, hemos considerado pertinente ahondar en un principio en específico: el principio de legalidad. Para entender mejor este principio, habría que remitirnos a lo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así pues, al momento de plasmar una disposición normativa, esta debe redactarse de manera precisa, de modo que no surja duda alguna acerca de su contenido, permitiendo que la sociedad regule su accionar de acuerdo a ella. Este matiz del principio de legalidad, se denomina “canon de previsibilidad de la medida”, según lo recogemos de Del Rio (2016). Así también, según lo advierte el mismo autor, esta valoración y calidad legislativa no debe ser cuidada solo por el legislador al momento de confeccionarla, sino también por el juzgador al momento de imponer determinada medida, debiendo respetar la norma no solo en su forma, sino también de acuerdo a su finalidad. Es así que, después de lo anterior expuesto, medidas coercitivas como la prisión preventiva deben estar plasmadas en una disposición normativa lo suficientemente clara y precisa como para evitar futuros malentendidos o pronunciamientos contradictorios. Lamentablemente, en nuestro país, dicha disposición ha dado muestras de lo contrario, lo que se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

Por otra parte, otro principio que nos gustaría destacar es el llamado principio de intervención indiciaria. Este principio es de especial consideración al momento de imponer determinada medida de coerción procesal o que sea limitativa de derechos fundamentales. Pues bien, estas medidas deben ser impuestas dentro de un contexto delimitado por indicios reveladores de criminalidad, esto es, actos o

evidencias que permitan colegir que el imputado en cuestión se ha visto involucrado en un hecho delictivo. Este principio tiene especial relación con uno de los presupuestos materiales de las medidas coercitivas en general y, por ende, de la prisión preventiva: el *fumus comissi delicti*, tal como lo advierte Peña (2020). Así pues, si bien no hablamos de una imputación que genere un grado de certeza en el juzgador, debido a la temprana etapa procesal en la que nos encontramos, cabe destacar que la medida de coerción procesal en cuestión debe ser impuesta teniendo como indicios determinados actos que permitan generar un juicio de probabilidad delictiva, esto es, sin que se quiebre por completo el principio de presunción de inocencia.

Para entender mejor estas teorías, hemos considerado pertinente profundizar un poco más en las definiciones de las distintas instituciones que componen los ejes teóricos de la presente investigación.

La Tipicidad es una de las categorías del delito, es la más importante y relevante desde el punto de vista jurídico. Esta se refiere a una operación en la que los hechos que han ocurrido en la realidad son apropiados o enmarcables dentro del alcance de los supuestos fácticos descritos en la ley penal. Es decir, proviene de un hecho real con una descripción abstracta y genérica, supuesto de tipo penal en la ley.

Para entender el término, debemos tener en cuenta cierta distinción entre los términos “tipo” y “tipicidad”. Respecto del primero, se evidencia su origen legislativo como un conjunto de categorías conceptuales, directa consecuencia del principio de legalidad. Es así que podríamos utilizar el término “hipótesis normativa” como sinónimo de tipo. Por otra parte, cuando hablamos de tipicidad, refiere a una operación cognitiva mediante la cual tratamos de hallar consonancia entre una conducta material y la hipótesis normativa antes descrita. El tipo precede a la tipicidad, según Villavicencio (2017).

Así también, hablando en términos más precisos, se entiende que el delito necesariamente debe contemplar los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Es por ello insostenible hablar de un “presunto delito” o de “elementos de convicción que vinculan al delito” sin tener en claro que entendemos por este término. Es esta la importancia de dicha institución, en su relación con el proceso penal, tal como

nos dice Espinoza (2020). Así pues, más adelante continúa resaltando la importancia de su contemplación en cualquier requerimiento o medida que pueda perjudicar la situación jurídica del procesado, esto a fin de evitar un estado de indefensión, por lo que se debe prestar especial atención a la premisa fáctica y a la calificación jurídica que se le atribuye.

Pues así podemos determinar que la tipicidad es la adecuación de un hecho que se ha cometido a la descripción que se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

La acción debe ser un evento típico y a la vez recoger ciertos roles supuestos del paradigma (modelo), Incluidos en la lista de delitos y penas. Por lo que así lo refiere Roxin (1997).

Jiménez De Asua (2003) refiere que la “tipicidad” es un concepto muy controvertido en el derecho penal moderno, entre otras razones, porque está relacionado con el derecho penal liberal, que es garantía, y está relacionado con el “*nullum crimen sine praevia lege*”. Este tipo de descripción legal que carece de la naturaleza de la evaluación es típico. Por lo tanto, el tipo de ley es una abstracción concreta del legislador, y se descartan detalles innecesarios para definir los hechos tipificados como delitos en la ley. Sostuvo que en la tipicidad no hay tipo de hecho, sino solo tipos legales, porque la conducta humana está clasificada como un tipo legal.

En resumen, el tipo penal como sustantivo es correcto, es la descripción de la conducta prohibida a la que se asigna una pena sobre esta, al referirse sobre tipicidad esta es la adecuación del comportamiento siendo este suficiente para satisfacer la descripción del tipo.

Una primera aproximación al concepto de imputación concreta o necesaria, lo encontramos en el concepto de Cáceres (2008), quien refiere que la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstancial de hechos concretos. Utilizando un lenguaje descriptivo, se refiere al pasado. Permite la negación o afirmación sobre los hechos en cada caso, junto con los hechos afirmados que pueden ampliar, excluir la significancia de la pena, es decir la comunicación con una determinada conducta delictiva individualizada es de forma clara, veraz, detallada y atribuible a

una determinada persona con cierto nivel de posible contacto; de esta forma, es posible ejercer eficazmente su derecho de defensa.

Por otro lado, tenemos a Reátegui (2011), refiere que la base del principio de imputación concreta es un supuesto irrefutable: los procesos penales existían antes, y en los procesos penales modernos, la imputación la realiza el sector público y no el poder judicial. El derecho a ser informado es un derecho especial de la Ley de Procedimiento Penal. "Si el imputado no conoce de antemano los hechos en los que se basa el imputado para oponerse a la excepción de la defensa correspondiente en su contra, la defensa es nula.

Así también tenemos al autor Celis (2015), quien publicó en su libro llamado "La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo" El autor refiere en esta obra algo sobresaliente al decir con firmeza que no cabe duda de que la imputación de conductas punibles constituye el núcleo de los requisitos punitivos y la piedra angular de la teoría general del proceso. Así también refiere en su línea de análisis una situación preocupante al decir La reforma procesal enfrenta un problema central en su desarrollo: el riesgo de auto de alegaciones de conductas punibles, la formalización de investigaciones preparatorias y alegatos. Los defectos observados son muy graves y serios que afectan directamente al objeto del debate, en la audiencia. Debido a la falta de declaraciones fácticas, pruebas o de declaraciones, la confirmación de los juicios orales inevitablemente se convertirá en un debate sobre prejuicios, sospechas o conjeturas.

Así mismo se sostiene que la imputación concreta de comportamiento punible es "conditio sine qua non" que realmente puede ejercer la defensa. Por lo tanto, debe definirse y configurarse para lograr la resistencia ideal. Este es un presupuesto necesario por garantías o principios contradictorios, de hecho, si no se tienen presupuestos específicos, es imposible lograr contradicciones.

El autor Castillo (2011), sostiene que "El principio de imputación necesaria no solo debe ajustarse a la descripción de los hechos, tipos específicos de conducta, o enfrentar múltiples acusaciones o imputados, debe concretar cada uno de sus aportes, sino que también debe ajustarse al establecimiento de la distinción entre

el titular y el autor que ostentan los hechos o infringen el alcance de las obligaciones institucional, así como de los participantes, asociados o instigadores que dañen intereses legales de manera incidental.

Compartimos la atribución que refiere el autor Julio (2000), al referirse sobre imputación como Una acusación debidamente formulada ya que es la clave para la posibilidad de defenderse efectivamente, porque permite negar todo o parte de su contenido para evitar o mitigar consecuencias jurídico-penales. Las acusaciones específicas no pueden basarse en más o menos ambigüedad entre la malicia o el odio y el orden jurídico, es decir, no pueden basarse en explicaciones imprecisas y desordenadas de las acciones u omisiones del imputado, y mucho menos en la base del delito. La abstracción realizada en nombre (está matando o usurpando), pero debe basarse en la afirmación específica, clara, certera e indirecta de un solo hecho de la vida humana.

Castillo (2011), refiere que la imputación concreta no solo hace referencia a la descripción de los hechos, sino que la forma del delito también es interesante cuando hay múltiples imputados o exista concurso de delitos, porque cada aportación del autor, participante, colaborador o instigador Debe ser claro y distinguido en violación de derechos legales, se puede concluir del párrafo anterior que aproximadamente de hecho, necesita el nivel de intervención de todos, quién está involucrado en el acto delictivo.

Mendoza (2013) señaló que cuando hablamos de imputación concreta, no se refiere a las calificaciones legales, porque esta última es nomen iuris (Nombre legal), es decir consecuencias penales.

El autor señala que no debemos tener una mala interpretación del concepto de imputación concreta y calificación jurídica, ya que son completamente diferentes porque las calificaciones legales se refieren al nombre legal del delito porque es nuestro sistema legal; por otro lado, la inferencia específica incluye una narración circunstanciada, específica y relacionada con el delito.

En cuanto a la prisión preventiva, se la describe como la medida cautelar de carácter personal más grave, impuesta mediante una resolución motivada, la cual incide directamente en la libertad del imputado, a fin de asegurar su comparecencia

al proceso. Esto, en palabras de Miranda (2014) En cuanto a otra posición de lo que respecta a esta misma institución, otro autor señala que en la detención preventiva o "privativa de libertad", la prevención tiene sentido para eliminar los llamados riesgos de procedimiento (Impide la investigación y el escape), así como salvar el doble propósito del reconocimiento del procedimiento penal: La realización de la verdad y la ley material. Siempre para prevenir a las personas inocentes desde una perspectiva constitucional, pero que involucra elementos específicos de realización de un delito. Esto lo refiere Bruzzone (2005). Dicho esto, ha de quedar en claro el alto grado de vulneración que implica la aplicación de dicha medida coercitiva en el marco de un proceso penal, a la que podríamos describir como la *última ratio* dentro de la *última ratio*. Así pues, cabe mencionar su carácter estrictamente instrumental que, como hemos mencionado anteriormente, la vincula íntimamente con los fines del proceso, no siendo admisibles otros objetivos tales como la prevención del delito, finalidad exclusiva de la pena.

Así también, siguiendo lo dicho por el profesor Víctor Cubas Villanueva, se establece, además de las características mencionadas –personal, provisional y excepcional- su sujeción incondicional a los supuestos que la ley prevé. Esta cita la hemos recabado de Espinoza (2020). Así pues, siguiendo este razonamiento, se entiende que la única forma por la cual se puede crear un nuevo presupuesto de la prisión preventiva, es a través de la ley. Esto entra en consonancia con el carácter de legalidad que caracteriza no solo a la prisión preventiva, sino a las medidas cautelares penales en general. Por lo tanto, es solo una modificación legislativa la que puede generar esta incidencia en los presupuestos materiales de la prisión preventiva, hecho que no ha ocurrido hasta el momento.

Pues bien, cabe destacar que antes de imponer una medida tan gravosa como la prisión preventiva, la imputación materia de proceso debe haber reunido cierta complejidad, debe haber madurado lo suficiente y ser lo suficientemente fuerte, producto de un examen concienzudo por parte del fiscal, para poder superar el nivel de sospecha inicial que le permitió formalizar investigación, y alcanzar uno nuevo que le permita requerir prisión preventiva. Esto lo recogemos de Peña (2020).

Así pues, como ya hemos adelantado, la prisión preventiva debe reunir ciertos presupuestos para su incoación. Entre estos, se encuentra el que deba reunir

graves y fundados elementos de convicción. Así pues, estos actos iniciales de investigación deben generar una sospecha de criminalidad vehemente, configurando indicios razonables de la comisión de un hecho delictivo. Esto lo recogemos de Peña (2020), quien continúa diciendo que la existencia de dichos indicios de criminalidad en etapa de investigación no configura por si solos la evidencia delictiva suficiente que requiere esta medida, sino que deben demostrar asimismo el grado de participación o autoría que lo vincula con el sujeto imputado. Cabe destacar el carácter plural de la expresión “elementos de convicción”, pues estos deben ser varios para asegurar una base de razonamiento lo suficientemente sólida. Esto reviste especial consideración al momento de advertir que, en nuestra legislación, no contamos con un mecanismo procesal expreso y positivizado para el control de la formalización de investigación preparatoria. Es así que los graves y fundados elementos de convicción –o *fumus comissi delicti*- deben ser evaluados concienzudamente por el órgano jurisdiccional. El hecho de que la ley no prevea un control formal de la imputación en etapa de investigación, pero si lo prevea en esta sede de prisión preventiva, debe darnos una idea de la exigencia distinta y particular que se requiere en cuanto a la intensidad de la imputación. Esto lo recogemos de Del Rio (2016). Por nuestra parte, entendemos que esta exigencia distinta y particular se traduce en los niveles de sospecha desarrollados por la jurisprudencia, de manera que el nivel de sospecha que se maneja a nivel de formalización no es el mismo que se maneja a nivel de prisión preventiva. Es por ello que el análisis de todos sus aspectos –entre los que se incluye la correcta adecuación típica de la conducta- debe ser oída por el juzgador con especial atención antes de imponer dicha medida coercitiva.

Dicho presupuesto material descrito anteriormente, debe concurrir con otros, como son la prognosis de pena y el peligro procesal, aspectos que no son objeto de análisis de la presente investigación, puesto que incidimos solo en los graves y fundados elementos de convicción. Esto, debido a que el examen de los presupuestos materiales se realiza de manera preclusiva, es decir, evaluando uno por uno. Esto lo menciona Peña (2020).

Así pues, la configuración de dicho presupuesto por el legislador no es gratuita, puesto que se encuentra en estrecha relación con el carácter instrumental de la

prisión preventiva. De esta manera, la prisión preventiva debe servir al proceso y su resultado, asegurando tanto la presencia del individuo imputado a lo largo de su desarrollo, como evitando cualquier conducta de este que busque obstaculizar la actividad probatoria. Esto lo recogemos de Del Rio (2016). Siguiendo este razonamiento, podemos constatar el grado de importancia que reviste este presupuesto material, el cual garantiza que la medida de prisión preventiva sirva a los fines del proceso, evitando perseguir fines arbitrarios o ajenos a su carácter instrumental.

Este presupuesto tendrá especial importancia para el órgano jurisdiccional al momento de motivar la resolución. Es así que la labor de motivación –y más aún una motivación cualificada como se exige en este caso- requiere un examen o valoración fáctica, en cuanto a su adecuación típica a los elementos descritos en la disposición normativa. Así pues, no hablamos de una exigencia meramente legal, sino de una constitucional que se deriva de nada menos que el derecho al debido proceso. Así lo recogemos de Peña (2020).

De igual manera, según advierte el autor, hablando en específico de la audiencia de prisión preventiva, todas las incidencias que tengan lugar dentro del proceso que merezca dilucidarse, deben pasar por un examen garantizado por la inmediación judicial, así como haber sido resultado de la contradicción de las partes, para que estas puedan debatir, refutar y contrarrestar lo alegado por la contraparte, de modo que la garantía de la oralidad no es exclusiva de la etapa de juzgamiento, sino que atañe también a esta sede cautelar. Así pues, en cuanto a este carácter contradictorio, cabría recurrir a lo desarrollado por la CIDH, en cuanto a la audiencia previa. Nos dice que, en este caso, la posibilidad formal de alegar es insuficiente, puesto que el procedimiento debe estar dotado de una visión material y seria del principio de contradicción. Así pues, la resolución especialmente motivada debe consignar dentro de sí a todas las respuestas del juzgador frente a las alegaciones de la defensa. No debemos olvidar que dicha garantía de contradicción se desprende asimismo del derecho de defensa, de donde se desprende también el derecho a ser oído, el cual es un presupuesto o condición previa para el pronunciamiento del juzgador no solo de sentencias, sino de resoluciones emitidas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto último lo

recogemos de Del Rio (2016). Este razonamiento también se desprende de la garantía del juicio previo, plasmada en el artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en su inciso 2.

De todo lo expuesto hasta este momento, habiendo descrito en que consiste la prisión preventiva y su presupuesto de *fumus commissi delicti*, pues debemos concluir que no hay disposición o razonamiento alguno que impida la discusión de la tipicidad de la conducta en esta etapa procesal, y muy por el contrario, se hace necesaria esta discusión a fin de evitar pronunciamientos arbitrarios que priven de la libertad a imputados cuya conducta no revestía carácter delictivo.

Antes de analizar a la Excepción de improcedencia de acción, es necesario entender que son las excepciones procesales. Estas se encuentran dirigidas a cuestionar el objeto de acción penal, discutiendo su vigencia o si el procedimiento que se está desarrollando es el adecuado para este tipo de cuestiones, teniendo como consecuencia la traslación de la causa a la vía procesal correspondiente, o su archivo definitivo. Dicho criterio es el esbozado por (2014).

Siguiendo el razonamiento anterior, entendemos que dichos medios de defensa se encuentran dirigidos a la naturaleza de la acción, entendiendo esta como la concurrencia de todos los elementos necesarios para imputar determinada conducta bajo el título de delito.

Habiendo dejado claro que se entiende por excepción procesal, debemos entender que implica la excepción de improcedencia de acción. Así pues, respecto de esta categoría, debe entenderse como un medio de defensa interpuesto cuando el hecho presuntamente ilícito no es relevante a ojos del derecho penal o cuando la hipótesis normativa no concuerde con dicha conducta, aplicándose, además, cuando el hecho no sea punible en nuestra legislación al tiempo de haberse cometido. Esto según lo dicho por San Martín (1999).

Asimismo, se advierte que este medio de defensa puede incoarse por dos motivos. El primero es peticionar que se declare fundado debido a la falta de concurrencia de un elemento normativo o descriptivo del tipo penal. El segundo, consiste en peticionar cuando el delito no es justiciable penalmente, es decir, cuando se

presenta una causa de justificación o una excusa absoluta. Esto según lo dicho por Arbulú (2015).

Ahora bien, habiendo entendido el significado de dicha institución, cabe destacar su tratamiento procesal. En el supuesto que interesa a la presente investigación, es decir, cuando el hecho no constituye delito, se entiende que pueden cuestionarse tanto aspectos objetivos como subjetivos. En el primer caso, solo es necesario cuestionar la imputación y su correcta adecuación. Por otra parte, en el segundo caso, es necesario que los aspectos subjetivos del hecho se encuentren probados. El término “probados” no es gratuito, puesto que nos transporta a determinado estadio procesal, esto es, el Juicio Oral. Así lo advierte (2014).

Este breve repaso de la institución de la excepción de improcedencia de acción tiene un propósito. Es claro que dicha institución puede –y debe- ser interpuesta al momento que se advierte que el hecho adolece de dicho vicio. Sin embargo, su trámite procesal es sin duda engorroso, tal como lo prevé el artículo 8 del Nuevo Código Procesal Penal. Es por ello que nuestra posición consiste en salvaguardar el derecho de defensa del imputado, permitiéndosele discutir un aspecto fundamental, como es la tipicidad de la conducta, en audiencia de prisión preventiva. El asumir que la excepción de improcedencia de acción es la única oportunidad para cuestionar dicho aspecto, constituye una actitud reñida con un actuar razonable del órgano jurisdiccional.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Diseño de Investigación

El presente proyecto de investigación tiene como tipo de investigación, una investigación básica que, de acuerdo con el reglamento de CONCYTEC (2018), se enfoca en un entendimiento de las características más fundamentales del problema objeto de estudio, de los datos objetivos o de las relaciones entre individuos. Asimismo, cuenta con un enfoque cualitativo el cual, como lo define Flick (2015) consiste en tomar como punto de partida el texto –en lugar de los datos numéricos– para analizar la sociedad y sus construcciones en su conjunto, interesándose en los puntos de vista de los individuos involucradas, sus prácticas y el saber cotidiano que alude al problema de investigación en cuestión.

El diseño de investigación aplicado es el fenomenológico. Respecto al diseño, nos remitimos a lo expuesto por Hernández, Fernández y Baptista (2014), quien establece que en la fenomenología se trabajan de manera directa lo declarado por los involucrados en la investigación, respecto de su experiencia, en lugar de realizar una abstracción a partir de ellas, como pasa en la teoría fundamentada.

3.2. Categorías, Sub categorías y matriz de categorizaciones

Entre las categorías conceptuales que hemos considerado, tenemos a la Tipicidad. Como definición conceptual, hemos adoptado la descripción que hace Muñoz (1990), quien plasma dicho concepto, entendiéndolo como adecuación de la conducta a la descripción que el legislador ha considerado en el texto legal. Entre sus sub categorías hemos tomado en cuenta a la *Importancia* y a la *Imputación Concreta*. Aunado a ellas, hemos considerado como indicadores a la *Determinación de su pertinencia en audiencia de prisión preventiva*, así como al *Nivel de sospecha fuerte*. De igual manera, hemos considerado como instrumentos a la *Guía de entrevistas* y a la *Guía de análisis de documentos*.

La segunda categoría conceptual que hemos considerado es la Prisión Preventiva. Como definición conceptual, hemos adoptado la descripción que hace Sánchez (2009), quien la establece como la medida más gravosa impuesta en el marco del proceso penal acusatorio, incidiendo directamente en la libertad del procesado,

siempre que se este se desarrolle o que se imponga una variación. Asimismo, entre sus sub categorías hemos tomado en cuenta al *Análisis de sus presupuestos*, así como a la *Idoneidad de merecimiento*. De igual manera, hemos considerado como indicadores al *Estudio concatenado de sus elementos*, así como considerarla una *Medida razonable que justifica el debido proceso*. Aunado a ello, hemos considerado como instrumentos a la *Guía de entrevistas* y a la *Guía de análisis de documentos*.

3.3. Escenario de estudio

El escenario de estudio que tiene la presente investigación son los territorios de Moquegua, Piura, Pasco, Loreto y Arequipa.

3.4. Participantes

La presente investigación se obtuvo a diez participantes aquellos operadores del derecho que se vean ante una audiencia de prisión preventiva, donde consideren que la conducta imputada puede ser cuestionada en términos de tipicidad, siendo los mismos que intervinieron en la investigación a través de la encuesta, de los cuales se recolectó su opinión, siendo especialistas en materia penal o procesal penal acerca del problema de investigación. (1) Juez, (5) abogados. Quienes son especialistas en materia penal y procesal penal.

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

Como bien sostienen Hernández, Fernández y Baptista (2014), si un instructor opta por tener una visión multidimensional del problema que pretende investigar deberá manejar distintos métodos de recolección de datos que se encuentren circunscritos al logro de sus objetivos y entre los cuales haya una relación de validez y confiabilidad.

Las técnicas empleadas, tal como las entiende Baena (2017) quien las describe como los mecanismos utilizados en toda actividad del ser humano que tienen como finalidad alcanzar cierto objetivo, siendo prácticas producto de la reflexión dirigidas a complementar el método, son la recolección de datos, utilizaremos la entrevista y el análisis de documentos. Así también, como instrumentos de recolección de datos, entendidos por Arias (2016) en relación con las técnicas como aquellos soportes materiales que permiten guardar la información obtenida por estas, utilizamos la guía de entrevista y la guía de análisis de documentos.

3.6. Procedimiento

El procedimiento de la investigación consistió en la realización del cumplimiento del objetivo general y objetivos específicos correspondientes mediante la aplicación de técnicas. Siendo aprobado el proyecto de investigación se ejecutaron los trámites correspondientes para acceder a los participantes de la investigación, con la autorización de la Universidad. Las técnicas utilizadas fueron la entrevista con abogados litigantes, fiscales, así también como el análisis documental lo que nos permitió revisar documentos importantes para nuestro estudio, y casos relacionados con la investigación. Una vez recopilado estos datos, se prosiguió con la clasificación de la información recopilada ordenándolas en la matriz de información, de modo que se pueda continuar analizándola para aclarar todas las preguntas relacionadas con el tema de investigación y ordenarlas en la tabla estadística, de acuerdo con los objetivos previamente establecidos. De igual manera, se ha realizado una triangulación, incluyendo una discusión de los resultados obtenidos considerando las entrevistas y casos, y comparándolos con lo que indican la doctrina consultada y los antecedentes mencionados.

3.7. Rigor Científico

Los instrumentos utilizados para la recolección de datos fueron analizados rigurosamente por los especialistas en la materia, quienes manifestaron su conformidad y validaron los mencionados, los que nos permitieron realizar la entrevista a los especialistas descritos anteriormente, por lo que se cumplió con la consistencia lógica que, como manifiesta Baena (2017), permiten el registro sistemático de los fenómenos vislumbrados.

3.8. Métodos de Análisis de Datos

Respecto al método de análisis de datos, se manifiesta a partir de la construcción jurídica, el cual, tal como se establece en Quisbert (2020), toma ciertas características del método sistemático, basándose en una estructura donde se identifiquen los puntos comunes en determinada rama del derecho, así como desarrollar principios comunes a todas las instituciones; y a la vez es dialectico que, como establece el autor, se plasma un enfrentamiento constante entre la norma positivizada con la realidad viva, producto del cual se desarrolla un derecho más adecuado a la sociedad contemporánea.

3.9. Aspectos Éticos

Para el presente proyecto de Investigación se tomó en consideración a los autores pertinentes, cuyos trabajos fueron utilizados para precisar nuestro tema de estudio, situando la cita de sus investigaciones partiendo como base las normas APA. Por lo tanto, esta información se obtuvo de manera fidedigna toda vez el estudio de la información recabada se manejó con total responsabilidad.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Realizadas las entrevistas se consideró a especialistas en materia penal y procesal penal.

RESULTADOS

Para analizar el objetivo 1 se han analizado las siguientes tablas:

Tabla 1 : Respuestas a la primera pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 01: ¿Atendiendo al rol de tipicidad que entiende usted por este concepto?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
La tipicidad es uno de los elementos fundamentales del delito, es la cualidad que deben tener las conductas de encajar en la descripción que de ellas se hacen como delitos en las leyes penales.	Es el resultado de verificación que la conducta realizada por el sujeto se subsume en el tipo penal. Tipo penal: es la norma penal que describe la conducta prohibida.	Según se tiene el desarrollo evolutivo de este concepto a lo largo del tiempo, la tipicidad vendría a ser la adecuación del acto-conducta humana ejecutada por el sujeto a la figura descrita en la ley como delito (tipo).
Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado 05: M.A.A.G.	Entrevistado 06: M.G.Z
Para hablar de tipicidad debemos entender que deriva del término "Tipo", el mismo que constituye la descripción de la conducta prohibida por la ley penal. Entonces, la tipicidad vendría a ser el resultado del proceso de subsunción	La tipicidad se podría entender como aquellos hechos descritos por el legislador como supuestos de hecho antijurídicos con su correspondiente sanción penal, en otros términos, para que una conducta sea típica, debe constar de	Conducta típica o Tipicidad tiene que ver con toda conducta que conlleva una acción u omisión que se ajusta a los presupuestos detalladamente establecidos como delito

entre la conducta imputada a una determinada persona y lo descrito en el “tipo” penal.	manera específica y pormenorizada como delito o falta en un código.	dentro de un cuerpo legal. Si se adecua es indicio de que es delito o falta.
--	---	--

Coincidencias: De las respuestas obtenidas, se desprende que nuestros entrevistados consideraron a la tipicidad como un elemento principal de la teoría del delito, ya que es la adecuación del acto humano voluntario o involuntario realizado por el sujeto y este se encuentra descrita por la ley como delito o falta. Se dice que este es el encaje, la subsunción del acto humano al tipo penal.

Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto al rol de tipicidad y el concepto de este.

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 2 Respuestas a la segunda pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 02: ¿Qué tan importante es la tipicidad dentro del marco de las medidas cautelares?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
Es de suma importancia, por cuanto las medidas cautelares penales reales o personales implican la limitación de derechos, por	Es de real importancia es el análisis de la tipicidad en las medidas cautelares en tanto y por cuanto los elemento de cualquier medida cautelar como el fumus	Si bien es cierto, en la teoría de las medidas cautelares que atienden naturalmente a

<p>tanto, al realizarse y juzgarse una conducta que no encaja en ningún tipo penal, no resultaría razonable la limitación de derechos reales o personales.</p>	<p>bonus iuris o apariencia del buen derecho derecho requiere que para que lo graves y fundados elementos de convicción se materialicen como tal, debe desde primera facie analizarse si la conducta atribuida se subsume o no en un tipo penal para que a partir de allí podamos indagar si existen elementos de convicción que impliquen una posible realización del mismo, caso contrario, es un contrasentido analizar los graves y fundamentos elementos de convicción, pronóstico de pena o peligro procesal, si es que no hemos analizado correctamente el análisis típico.</p>	<p>asegurar el proceso para ejecutar correctamente la resolución judicial, estas tienden a ser provisionales, temporales y variables. Dentro de sus presupuestos tenemos a la verosimilitud del derecho, peligro procesal y proporcionalidad de la medida; siendo necesario, para la verosimilitud o apariencia de buen derecho, tener en claro cuál es la conducta enmarcada dentro de un tipo penal que se le está atribuyendo a un sujeto.</p>
<p>Entrevistado 04: W.C.M.M.</p>	<p>Entrevistado05: M.A.A.G.</p>	<p>Entrevistado 06: M.G.Z</p>

<p>La tipicidad constituye un elemento estructural del delito, sin la cual la conducta realizada por una persona no tendría la calidad de delito. Ahora bien, cuando hablamos de medidas cautelares, nos encontramos en el ámbito procesal, ámbito al cual llegamos luego de haber realizado el proceso de subsunción y de haber verificado el cumplimiento de los demás elementos del delito (acción, típica, antijurídica y culpable). Es decir, para dictar una medida cautelar, previamente ya se ha verificado que la conducta imputada se subsume o coincide con un tipo penal.</p>	<p>La tipicidad es un factor determinante en las medidas cautelares, puesto que sin la existencia de la misma se estaría acusando o imputando un delito sin saber si la conducta del procesado encaja en el tipo penal por el cual se le está procesando y peor aún por el cual se le esa imponiendo una medida cautelar.</p>	<p>Porque es la soberana de los conceptos limitativos de la función punitiva del Estado y garantizadores de la libertad individual. Es importante porque, limita la función punitiva del Estado, consecuentemente, garantiza la libertad.</p>
<p>Coincidencia: Mediante las respuestas obtenidas de nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que la importancia de la tipicidad dentro del marco de las medidas cautelares, es de real importancia en tanto los elementos de cualquier medida cautelar requiere que para que lo graves y fundados elementos de convicción se materialicen como tal. Es decir, para dictar una medida cautelar, previamente ya se ha verificado que la conducta imputada se subsume o coincide con un tipo penal.</p> <p>Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto a la importancia de la tipicidad dentro del marco de las medidas cautelares</p>		

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 3: Respuestas a la tercera pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 03: ¿Cree Usted que es necesario el análisis de la tipicidad para asegurar una imputación concreta?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
Si resulta necesario la tipicidad en este caso, ya que la conducta realizada debe encajar en el tipo penal de donde se deriva la imputación concreta, que es la atribución al imputado de haber realizado una conducta que amerita una sanción.	Si es necesario ya que todo ciudadano tiene el derecho a una imputación concreta, entiéndase esta como espacio, lugar y tiempo, una vez identificados estos estándares pasamos al segundo filtro de análisis si dicha conducta se subsume o no en el tipo penal.	Es totalmente fundamental hacer un análisis, no sólo de la tipicidad, sino también del tipo. Es decir que, tiene que haber una correcta subsunción del enunciado fáctico al supuesto normativo descrito, tiene que haber una correcta concreción entre los hechos atribuidos y el tipo penal que se está planteando. (...)
Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado 05: M.A.A.G.	Entrevistado 06: M.G.Z.
Efectivamente, cuando se imputa una conducta ilícita a una determinada persona, esta debe ser clara y precisa (imputación concreta). La misma que debe coincidir con la descrita en un tipo penal. Es decir, que el hecho	Es muy necesario que todo procesado sepa específicamente porque delito se le procesa, que la imputación debe ser específica y no de manera general, que su conducta sea atípica y encaje en el tipo penal.	Sí, es necesario analizar la tipicidad, pues, el hecho debe ser ilícito para ser encuadrado dentro de un tipo penal, ya que, los tipos penales nos señalan que conductas son ilícitas.

imputado debe tener apariencia de un delito.		
--	--	--

Coincidencia: De las respuestas obtenidas por nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que es necesario el análisis de la tipicidad para asegurar una imputación concreta debido a que todo procesado sepa específicamente porque delito se le procesa, esta debe ser clara y precisa. Es decir, que el hecho imputado debe tener apariencia de un delito.

Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto a la importancia sobre el análisis de la tipicidad para asegurar una imputación concreta

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Para analizar el objetivo 02 se han analizado las siguientes tablas:

Tabla 4: Respuestas a la cuarta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 04: Teniendo en cuenta que el Fumus Comissi Delicti es entendido como la apariencia de la comisión de un delito. ¿Cree usted que una interpretación de este presupuesto permita el análisis de la imputación?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.

<p>Efectivamente la interpretación de la apariencia del delito está basada en los indicios reveladores, no solo de la existencia del delito, sino que la conducta desplegada por el agente ha superado el umbral de la sospecha, de que quien es el autor de dicho delito, corresponde al sujeto a quien se le está buscando privar de su libertad de forma temporal, para garantizar la futura condena y evitar la sustracción de la justicia.</p>	<p>Considero que en toda medida cautelar debe identificarse de manera correcta si existe una debida imputación a efectos de analizar el primer presupuesto de toda medida cautelar (estos es la apariencia del buen derecho), si ello no es así, existiría una vulneración irrestricta al debido proceso y al derecho de derecho e incluso el de libertad procesal</p>	<p>Si, para mejor entendimiento haremos un símil con las medidas cautelares en el proceso civil. Para ello se necesita de los siguientes presupuestos: i) <i>Fumus boni iuris</i> -verosimilitud en el derecho (...) Situémonos en el primer presupuesto. Para ello se necita que la pretensión principal tienda a ser cierta y, con ello, asegurar la eficacia de la resolución judicial. Ahora bien, regresando al plano penal, podemos ver que el <i>fumus comissi delicti</i> no se aparta tanto de <i>fumus boni iuris</i>, esto debido a que para ambos se exige una situación que pueda resultar ser cierta, en este caso, la apariencia de comisión de un delito.</p>
<p>Entrevistado 04: W.C.M.M.</p>	<p>Entrevistado05: M.A.A.G.</p>	<p>Entrevistado 06: M.G.Z.</p>
<p>El literal a) del artículo 268 del Código Procesal Penal – primer presupuesto material–, señala lo siguiente: De su lectura podemos advertir que la conducta que se impute a una persona debe tener apariencia de delito, es</p>	<p>El Fumus Comissi Delicti alude a la existencia de indicios y es uno de los presupuestos para la aplicación de medida cautelares, por lo que basarnos solo en indicios no permitiría</p>	<p>En definitiva, es la necesidad de que no sólo exista constancia del hecho delictivo, “sino también que el Juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad del imputado. Es decir, además de indicios racionales de criminalidad, debe coexistir la</p>

<p>decir, que se subsuma en la descripción de un tipo penal; sin embargo, considero análisis es previo al pedido de cualquier medida cautelar. Ello significa que, cuando el Fiscal solicita la imposición de una medida cautelar real o personal, es porque ya ha realizado el análisis de tipicidad.</p>	<p>hacer un análisis correcto de la imputación.</p>	<p>no concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal, y ello se advierte en la comisión del evento delictivo y su encuadramiento en el tipo penal.</p>
<p>Coincidencia: De las respuestas obtenidas por nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que, si es necesario tener en cuenta el Fumus Comissi Delicti, como la apariencia de la comisión de un delito. Ya que la interpretación de este presupuesto va a permitir el análisis de la imputación, y de esa manera se va asegurar una imputación concreta, mediante la existencia de indicios para la aplicación de esta medida cautelar</p> <p>Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto a la importancia sobre la interpretación del presupuesto del fumus comissi delicti para permitir el análisis de la imputación</p>		

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 5: Respuestas a la quinta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

<p>Pregunta 05: ¿Considera usted que exista la necesidad de agregar un parámetro de interpretación en sede de prisión preventiva?</p>		
<p>Entrevistado 01: C. K. C. H.</p>	<p>Entrevistado 02: A.B.A.V.</p>	<p>Entrevistado 03: J.L.P.A.</p>
<p>En el derecho existen diferentes métodos de</p>	<p>Considero que más que interpretación lo que debería</p>	<p>Yendo más allá, se tiene que actualmente la prisión</p>

<p>interpretación y cada operador jurídico tiene una preferida, a la fecha el órgano supremo ha establecido criterios de interpretación para poder resguardar los derechos de las personas en cuanto a su libertad. A mi criterio si resulta conveniente establecer parámetros cerrados para determinar la situación jurídica de una persona, pero si debe establecerse mecanismos que aseguren la aplicación de una medida limitativa de derechos cuando termine un proceso penal.</p>	<p>darse es de lege ferenda la creación de dos presupuestos más a fin de aplicar la prisión preventiva, en este caso sería que debería verificarse. Una imputación concreta (espacio, lugar y tiempo) y dos, si la conducta se subsume o no en la ley penal.</p>	<p>preventiva es la regla y no la excepción, cuando debería, como se dice doctrinariamente, ser al revés. Para ello resultaría necesario agregar un “control” sobre los hechos que se están investigando al imputado y su posible adecuación típica, esto en estricto nos llevaría a tocar el punto de uno de los presupuestos de la prisión preventiva, el cual es el contar con graves y fundados elementos de convicción. Al tener el mencionado supuesto, se estaría haciendo un antejuicio sobre la comisión de un delito que, muchas veces, en etapa intermedia o en etapa de juicio oral, resulta no ser amparado, generando así una situación de perjuicio irreparable para la persona que se le dictó esta medida de coerción. Esto sumado a la deficiente línea jurisprudencial de la Corte Suprema.</p>
---	--	--

Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado05: M.A.A.G.	Entrevistado 06: M.G.Z.
<p>Considero que los parámetros de interpretación están dados para el derecho en general. Cuando se habla de análisis o valoración probatoria en materia procesal penal, el artículo 158 inciso 1 del Código Procesal Penal establece las siguientes reglas: la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Desde mi punto de vista, estas reglas también deben observarse en la audiencia de prisión preventiva.</p>	<p>La prisión preventiva hoy en día se ha vuelto la medida cautelar más usada en el sistema penal, por lo que para que exista una debida aplicación de la misma es necesario que se agregue un parámetro de interpretación para que no haya un uso desmedido de la medida.</p>	<p>Una de las principales características del nuevo modelo procesal penal es que, cada audiencia tiene un propósito y agregar un parámetro relacionado al fumus comisi delicti sería importante para tomar la medida de restringir la libertad al sujeto activo.</p>
<p>Coincidencia: de las respuestas obtenidas, por nuestros entrevistados, 5 (C. K. C. H. -A.B.A.V. - J.L.P.A.-M.A.A.G.-M.G.Z.); consideraron que sería importante agregar un parámetro de interpretación debido a que considera que los parámetros están dados de manera general hoy en día se ha vuelto la medida cautelar más usada en el sistema penal, por lo que debe existir una debida aplicación y agregarse un parámetro de interpretación para que no haya un uso desmedido de la medida. Para ello se afirmó que resultaría necesario agregar un “control” sobre los hechos que se están investigando al imputado y su posible adecuación típica.</p> <p>Discrepancia: se encontró 1 (W.C.M.M.); discrepancia en cuanto a la importancia de agregar un parámetro de interpretación en sede de prisión preventiva, debido a que considera que debe establecerse las siguientes reglas: la lógica, la ciencia y las</p>		

máximas de la experiencia, estas deben ser observadas en la audiencia de prisión preventiva.

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 6: Respuestas a la sexta pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 06: ¿Es necesario el presupuesto tipicidad como elemento de prisión preventiva?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
Totalmente necesario el presupuesto de la tipicidad por cuanto lo que se evalúa además de otros presupuestos es que la conducta realizada sea delictuosa, lo contrario implica defecto de tipicidad, por tanto, innecesaria la limitación del derecho a la libertad del presunto responsable.	Si, por los fundamentos expuestos up supra.	Como se desarrolló en la pregunta anterior, resulta sumamente necesario por: i) la gravedad de la medida coercitiva; y ii) el posible daño irreparable que se le cause al imputado. Al tener a la tipicidad como presupuesto, esta medida (prisión preventiva) sería tal cual lo desarrolla la doctrina –la excepción y no la regla-, siendo que, para solicitarla, se debe también de tener presente otro presupuesto que presenta –graves y fundados elementos de convicción-, mediante el cual se fundamenta la sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, por lo que, si los cargos no resultan ser concretados o no definidos, no se pasará por este primer presupuesto.

Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado05: M.A.A.G.	Entrevistado 06: M.G.Z.
<p>El literal a) del artículo 268 del Código adjetivo, permite realizar este análisis cuando la conducta imputada evidencie un hecho que no constituye delito o que no cumpla con el elemento de tipicidad. Señalo esto teniendo en cuenta que el análisis de tipicidad debe realizarse mucho antes, incluso para aperturar una investigación preliminar debe evaluarse si la conducta constituye delito.</p>	<p>Es necesario puesto que del mismo dependería que el procesado goce de la garantía al debido proceso, no se vulnere su presunción de inocencia, no se le prive de su derecho a la libertad, que si se aplica una medida cautelar previamente exista una imputación concreta, que le permita saber porque delito se le esta privando de su libertad, si verdaderamente su conducta se enmarca dentro del tipo penal señalado en la acusación fiscal o en la formalización de la investigación.</p>	<p>Si. Es necesario ya que al momento de dictarse o restringir la libertad muchas veces no se tiene en claro el delito que se cometió, previo a ello debe garantizarse el derecho de defensa del investigado.</p>
<p>Coincidencia: De las respuestas obtenidas por nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que, si es necesaria la tipicidad como elemento de la prisión preventiva, garantizando un debido proceso que permita al imputado el no ser privado de su libertad sin que se vulnere la presunción de inocencia, garantizando además que la medida sea proporcional.</p> <p>Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto a la importancia sobre la tipicidad como elemento de la prisión preventiva.</p>		

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Para analizar el objetivo 03 se han analizado las siguientes tablas:

Tabla 7: Respuestas a la séptima pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 07: ¿Es necesario el análisis de la tipicidad dentro de la prisión preventiva para la seguridad jurídica?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
Si es necesario el análisis de la tipicidad por cuanto se debe determinar en la audiencia de prisión preventiva si la conducta realizada encaja en el tipo penal descrito por la norma, lo contrario derivaría en una excepción de improcedencia de acción por falta de alguno de los elementos del delito.	Si es necesario, que si bien cierto no existe el mecanismo establecido por ley, no obstante, a través de los diversos pronunciamientos de los jueces supremos y jueces de instancia a través de sus resoluciones judiciales han dejado claro ahora que debe analizarse la Tipicidad, aun así, considero que debe regularse por ley, dado cuenta, que hoy en día, en cada distrito judicial los jueces de instancias no son uniformes y toman criterios discrecionales que no se ajustan a derecho, por ese motivo	Como se viene desarrollando líneas anteriores y, a la nuestra legislación crear mecanismos de defensa ante esto – excepción de improcedencia de acción y tutela de derechos-, se optaría, debido a la apariencia de la comisión de un delito mediante indicios razonables, por hacer análisis del desarrollo fáctico presentado y su adecuación normativa, uniformizando así el criterio de no solicitar prisión preventiva por mero capricho del fiscal.

	considero que debe ser regulado por ley.	
Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado05: M.A.A.G.	Entrevistado06: M.G.Z.
Efectivamente, pues para solicitar y dictar prisión preventiva la conducta imputada debe tener apariencia de delito, es decir, cumplir con los elementos del mismo. De no cumplirse, la conducta no tendría la calidad de delito y por ende no podría dictarse tal medida cautelar. Ello no significa, que en la misma audiencia deba archivarse la investigación, toda vez que la naturaleza de esta institución jurídica es distinta a la de una Excepción de improcedencia de acción.	Si es necesario por seguridad jurídica y por garantizar sus derechos constitucionales de todo procesado, puesto que la prisión preventiva de alguna u otra forma podría ser considerada una condena anticipada que ante una mala imposición generaría un grave daño en el proceso al demostrarse su inocencia en un juicio.	Sí, porque permitiría asegurar una imputación concreta, y discutirse sobre la comisión del delito sin infringir e interponer una excepción de improcedencia de acción. Y permitir una detención arbitraria.
<p>Coincidencia: De las respuestas obtenidas por nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que, si es necesario el análisis de la tipicidad por seguridad jurídica y para garantizar sus derechos constitucionales de todo procesado, que se determina en la audiencia de prisión preventiva si la conducta realizada encaja en el tipo penal descrito, de no cumplirse, la conducta no tendría la calidad de delito y por ende no podría dictarse tal medida cautelar.</p> <p>Discrepancia: No se encontraron discrepancias en cuanto a la importancia del análisis de la tipicidad dentro de la prisión preventiva para la seguridad jurídica</p>		

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 8: Respuestas a la octava pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 08: ¿Qué tan necesario es que la tipicidad sea tomada en cuenta dentro del marco de la Prisión Preventiva?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
<p>Cuando hablamos de la apariencia del delito implica que en este contexto concurren indicios que permiten construir una hipótesis plausible de la existencia de un delito, por tanto, resulta necesario y hasta obligatorio que se tome en cuenta la tipicidad en este contexto.</p>	<p>Es muy necesario que la tipicidad sea tomada en cuenta a la hora de la atribución de un delito que se le imputa a nuestro patrocinado con el fin de evitar recurrir a la vía alterna y esto acarree una detención arbitraria.</p>	<p>Resultaría sumamente necesario, más aún en estas épocas donde las audiencias de prisión preventiva, ya sea de manera mediática o por un tema de “heroísmo” de los jueces y fiscales, son más a comparación de las audiencias de control de acusación o juzgamiento. Al tomar en cuenta que la tipicidad debe ser analizada en la audiencia de prisión preventiva, se crearía un mejor uso de este mecanismo para asegurar correctamente el proceso.</p>
Entrevistado 04: W.C.M.M.	Entrevistado 05: M.A.A.G.	Entrevistado 06: M.G.Z.
<p>La tipicidad (como proceso de subsunción típica), tal como lo he mencionado, constituye un elemento estructural del delito; ello significa que, de no</p>	<p>Debe ser considerada como un presupuesto, generará que el Ministerio Público realice una amplia investigación con carga probatoria determinante para acreditar la responsabilidad penal en el procesado, garantizando</p>	<p>Al advertir la aparente comisión de un evento delictivo, definitivamente está relacionado con el tipo penal. Pues su encuadramiento está dado porque la acción tenga una relación con el resultado y eso se llama nexo causal.</p>

haber tipicidad no habría delito. En ese marco de ideas, la tipicidad debe estar presente desde el inicio de la investigación.	así también que este último sea procesado con todas las garantías de saber que su conducta efectivamente se adecua a un delito.	
<p>Coincidencia: De las respuestas obtenidas por nuestros entrevistados, se desprende que consideraron que, si es necesario que la tipicidad sea tomada en cuenta dentro del marco de la Prisión Preventiva, ya que esta debe ser analizada dentro de la audiencia misma, debido a que se crearía un mejor uso de este mecanismo para asegurar correctamente el proceso, por tanto, resulta necesario y hasta obligatorio que se tome en cuenta la tipicidad en este contexto.</p> <p>Discrepancia: No se encontraron discrepancias sobre la importancia de la tipicidad dentro del marco de la Prisión Preventiva.</p>		

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 9: Respuestas a la novena pregunta por parte de los especialistas entrevistados en Perú

Pregunta 09: ¿Usted considera eficiente dicha modificatoria?		
Entrevistado 01: C. K. C. H.	Entrevistado 02: A.B.A.V.	Entrevistado 03: J.L.P.A.
Si considero eficiente dicha modificatoria, esto debido a que en una audiencia de prisión preventiva se discute una medida cautelar personal limitativa de	Excelente iniciativa de su parte y considero que está muy bien, y el tema ha sido muy cuestionable en los últimos años debido a discusión de la tipicidad dentro de la audiencia de prisión preventiva.	Dicha propuesta resulta ser adecuada, debido a que se debe de tener en cuenta que, cuando el hecho no constituye delito, pueda este discutirse en la etapa del proceso para el merecimiento de la prisión preventiva. Como ya mencioné, este control resultaría estar basado en el principio de

<p>derechos para garantizar una imputación concreta. La viabilidad del análisis de la tipicidad se evoca únicamente al interior del proceso donde se puede argumentar en la audiencia misma de prisión preventiva.</p>		<p>imputación necesaria debido a los indicios razonables que se deben de tener para esta medida con la presencia de los graves y fundados elementos de convicción.</p>
<p>Entrevistado 04: W.C.M.M.</p>	<p>Entrevistado05: M.A.A.G.</p>	<p>Entrevistado 06: M.G.Z.</p>
<p>Considero que el término “podrá” es facultativo, y podría acarrear distintas interpretaciones. En mi opinión es más adecuado el término “deberá”, pues tiene carácter imperativo. Señalo esto aun cuando considero que tal facultad del Juez ya se encuentra prevista en la descripción actual.</p>	<p>Sería muy eficiente y aportaría mucho en el sistema de justicia, ya que el juez penal garantizaría que la medida solicitada se encuentre debidamente sustentada, motivada, siendo que la conducta desplegada por el acusado constituya un delito y no sean meros indicios que muchas veces no vinculan al procesado con el hecho.</p>	<p>Si. Porque la tipicidad es un elemento del delito y establecerlo dentro del tipo penal como presupuesto para el merecimiento de la prisión preventiva seria evitar detenciones arbitrarias y un desgaste jurisdiccional innecesario.</p>

Coincidencia: De las respuestas que se obtuvieron por nuestros entrevistados, consideraron eficiente dicha modificatoria debido a que se debe tener en cuenta que, cuando el hecho no constituye delito, pueda este discutirse en la etapa del proceso para el merecimiento de la prisión preventiva. Ya que el juez penal garantizaría que la medida solicitada se encuentre debidamente sustentada, motivada, siendo que la conducta desplegada por el acusado constituya un delito y no sean meros indicios que muchas veces no vinculan al procesado con el hecho.

Discrepancia: No se encontraron discrepancias sobre la eficiencia de dicha modificatoria.

Fuente: Entrevista elaborada por los autores

Tabla 10: Análisis de sentencias

ANÁLISIS DE SENTENCIAS	
Casación 626-2013 Moquegua	f.18.- “(habla de los tribunales) 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 (...)”.
Casación 724-2015 Piura	f.4.- “(...) 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

	<p>prisión preventiva, por lo que el efecto procesal será la desestimación de la medida coercitiva solicitada (...).”.</p>
<p>Casación 704-2015 Pasco</p>	<p>f.20.- “En ese sentido, el objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta (...).”.</p>
<p>Casación 564-2016 Loreto</p>	<p>f.5.- “(...) La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (...), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal.”</p>
<p>Audiencia de pedido de 36 meses de prisión preventiva contra Walter Ríos</p>	<p>Min. 2:18:50: “Nosotros sostenemos, señor vocal supremo, que los hechos atribuidos a título de cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo específico resultan atípicos. Si el hecho resulta</p>

	atípico, evidentemente ya no existe ya ni prueba suficiente ni pena probable respecto del mismo.”
Dictado de la resolución de prisión preventiva contra Walter Ríos	Min 8:31: “Fundamentos de la prisión preventiva. Previamente el abogado de la defensa ha señalado que los hechos imputados son atípicos. (...). Este juzgado supremo en este estadio no puede analizar la tipicidad de los hechos imputados. (...).”
Resolución N°8 del Expediente 0047-2018. (Caso Edwin Oviedo)	f.18.- “En consecuencia, al Colegiado no le queda otra alternativa que señalar que las consideraciones expresadas en la recurrida y resumidas en el considerando sétimo de la presente resolución, no tiene mayor sustento legal y jurisprudencial. El juez ha efectuado una errónea interpretación de los hechos y concluye que no se darían los elementos objetivos y subjetivos de los delitos invocados cuando, como ya se expresó, esta no es la etapa procesal correspondiente para determinarlo (...).”

DISCUSION

En esta etapa y en cumplimiento del objetivo general de nuestra investigación, debemos tener en consideración el determinar la necesidad de la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva. De esta manera, debemos mencionar la importancia que tiene la institución jurídica de la tipicidad al momento

de imponer una medida de coerción como la prisión preventiva. Esto se refleja en la **Tabla 07**, donde se evidencia la perspectiva de los entrevistados al considerar necesario el analizar la tipicidad como institución dentro de la prisión preventiva. De igual manera, contrastamos con la investigación de Ricra (2019), de donde se desprende la excesiva atención que los órganos jurisdiccionales han prestado al elemento del peligro procesal al momento de imponer prisión preventiva, obviando otro presupuesto igual de importante como es el del *fumus comissi delicti*, incluso dejando de lado un análisis de la tipicidad de la conducta imputada. Siguiendo esta línea, reiteramos lo establecido por Del Rio (2016), quien considera que el hecho de que la ley no prevea un control formal de la imputación en etapa de investigación, pero si lo prevea en esta sede de prisión preventiva, debe darnos una idea de la exigencia distinta y particular que se requiere en cuanto a la intensidad de la imputación. De esta forma, podemos establecer que la necesidad de la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva radica en la importancia que tiene el concienzudo análisis de la conducta imputada, puesto que constituye el presupuesto no solo de la imposición de una medida de coerción procesal, sino del proceso mismo. Si bien el control de la imputación en etapa de investigación no cuenta con una base legal específica, la motivación de la resolución que impone prisión preventiva sí que debe contemplar este supuesto. Y entendiendo que el contenido de dicha resolución es el resultado de un debate contradictorio, el análisis de dicha institución debe estar presente en el contexto de la audiencia de prisión preventiva.

Así pues, en cumplimiento de nuestro primer objetivo específico de nuestra investigación, es necesario tener en cuenta la importancia de analizar la tipicidad como elemento fundamental para una imputación concreta del procesado, debido a ello, debemos mencionar que es necesario el razonamiento que se maneja a lo largo de esta etapa del proceso para asegurar una imputación concreta, convirtiéndose así a la tipicidad como el elemento importante para el merecimiento de la prisión preventiva. Tal como se refleja en las **tablas 1, 2 y 3**, según el punto de vista de los entrevistados afirman que resulta necesario analizar la tipicidad para asegurar una imputación concreta debido a que la conducta realizada debe encajar en el tipo penal, donde se deriva la imputación concreta, que es la atribución al imputado de haber realizado una conducta que amerita una sanción. Es decir, que

el hecho imputado debe tener apariencia de un delito. Esta subsunción debe estar basada en el principio de imputación necesaria, entiéndase esta como espacio, lugar y tiempo, una vez identificados estos estándares pasamos al segundo filtro de análisis si dicha conducta se subsume o no en el tipo penal. Contrastamos con la investigación de Zambrano (2015), donde nos describe una situación respecto a un delito específico, y la importancia de la tipicidad y los elementos que la componen, importancia que debe tomarse en cuenta al momento de imponer prisión preventiva para asegurar una imputación concreta del procesado. Basándonos en el concepto de Cáceres (2008), quien refiere que la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstancial de hechos concretos, utilizando un lenguaje descriptivo, se refiere al pasado, es decir la comunicación con una determinada conducta delictiva individualizada es de forma clara, veraz, detallada y atribuible a una determinada persona con cierto nivel de posible contacto; de esta forma, es posible ejercer eficazmente su derecho de defensa.

Siguiendo este orden de ideas nuestro segundo objetivo específico de nuestra investigación, es necesario tener en cuenta la importancia de **Explicar la necesidad de un nuevo criterio de los presupuestos de la Prisión Preventiva a partir del Fumus Comissi Delicti**, Consideramos que a partir de ello cabe destacar un nuevo criterio dentro de los presupuestos de la prisión preventiva, cuya finalidad es de explicar que es necesario deslindar la tipicidad como uno de los presupuestos importantes para el merecimiento de la Prisión preventiva, a partir de la apariencia de un delito ya que esta es una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal, concerniente a ello cabe precisar que la prisión preventiva es un medio para asegurar el logro de otros fines. Tal como se refleja en la **tabla 04,05 y 06** según el punto de vista de los entrevistados consideran que efectivamente la interpretación de la apariencia del delito está basada en indicios reveladores, no solo de la existencia del delito, Por el contrario, la conducta mostrada por los agentes ha superado el umbral de la sospecha, es decir, el autor de dicho delito corresponde al sujeto que se pretende privar temporalmente de su libertad, para garantizar la futura condena y evitar que evada a la justicia. Ello significa que, cuando el Fiscal solicita la imposición de una medida cautelar real o personal, es porque ya ha realizado el análisis de tipicidad.

Recogemos la investigación de Benavides & Serrano (2019), donde el primer requisito consiste en recabar elementos de convicción suficientes que acrediten para la existencia de un delito. Estas serían las principales evidencias encontradas durante la investigación. El segundo elemento en el Código Penal Integral Organizacional que requiere detención preventiva es que haya un elemento de convicción preciso y claro. En otras palabras, el acusado debe ser el autor del delito o cómplice de este, por lo tanto, debe determinar la relación del nexo causal con el acusado. Coincidimos con el autor Del Rio (2016), quien refiere que debemos entender que esta exigencia distinta y particular se traduce en los niveles de sospecha desarrollados por la jurisprudencia, de manera que el nivel de sospecha que se maneja a nivel de formalización, no es el mismo que se maneja a nivel de prisión preventiva. Es por ello que el análisis de todos sus aspectos –entre los que se incluye la correcta adecuación típica de la conducta- debe ser oída por el juzgador con especial atención antes de imponer dicha medida coercitiva.

Como tercer objetivo específico de nuestra investigación, **Proponemos la modificatoria legislativa del art. 268° del Nuevo código procesal penal sobre la inclusión del criterio de la tipicidad para el merecimiento de la prisión preventiva** es pertinente reflexionar que nuestra investigación influirá en el ejercicio práctico el derecho en beneficios de aquellos procesados cuyo proceso se encuentre en etapa de prisión preventiva, sobre todo en aquellos casos –los más abundantes- en los cuales la notificación de formalización de investigación preparatoria y la del requerimiento de prisión preventiva suelen arribar al mismo tiempo en manos de la defensa. Considerando esto, es evidente que no es posible cuestionar una imputación de la que recién se tiene conocimiento y, simultáneamente, formular elementos de descargo para desmerecer una medida cautelar. Tal como se refleja en la **tabla 10**, hay un constante desacuerdo y contradicción entre los diversos pronunciamientos que ha tenido el Poder Judicial sobre este tema, no solo en instancias inferiores, sino también en casación, lo que es evidente que genera un estado de inseguridad jurídica en la colectividad. En ese sentido, tal y como observamos en la **tabla 09**, según el punto de vista de los entrevistados consideran que sería eficiente y aportaría mucho en el sistema de justicia, debido a que el juez penal garantizaría que la medida solicitada se encuentre debidamente sustentada, motivada, y no sean meros indicios que

muchas veces no vinculan al procesado con el hecho. Como ya mencioné, este control resultaría estar basado en el principio de imputación necesaria debido a los indicios razonables que se deben de tener para esta medida con la presencia de los graves y fundados elementos de convicción. Hemos tomado la postura de García (2009), debido a que compartimos la postura que refiere que cuando una persona es condenada solo por sospecha sin evidencia, esto viola la presunción de inocencia; cuando se presume que el procesado es culpable al imponer una carga del onus probandi, carga de prueba; cuando es condenado sin recibir evidencia de defensa, o confesando que la evidencia acusada es inconsistente, y condenado por evidencia obtenida o reclamada injustamente, infringiendo los derechos básicos, o constitucionales. compartimos con la investigación de Espinoza (2020), entendiéndose que la única forma por la cual se puede crear un nuevo presupuesto de la prisión preventiva, es a través de la ley. Esto entra en consonancia con el carácter de legalidad que caracteriza no solo a la prisión preventiva, sino a las medidas cautelares penales en general. Por lo tanto, es solo una modificación legislativa la que puede generar esta incidencia en los presupuestos materiales de la prisión preventiva, hecho que no ha ocurrido hasta el momento.

V. CONCLUSIONES

1. La tipicidad es necesaria para el merecimiento de la prisión preventiva debido a que la acción típica constituye no solo el eje central de una medida de coerción procesal, como lo es la prisión preventiva, sino también del proceso mismo; este hecho se hace patente al momento de observar los presupuestos de dicha medida, que exigen la apariencia de un delito, para el cual se requiere una constatación mínima de la tipicidad de la conducta imputada.
2. La tipicidad es un elemento fundamental para una imputación concreta del procesado ya que, si bien esta última es una institución mucho más amplia con sus propios mecanismos procesales de tutela, la adecuación típica de la conducta constituye un elemento importante de esta, puesto que todos los presupuestos que la componen, tales como el carácter circunstanciado, claro y preciso de la imputación, están determinados en la medida que la narración fáctica que se hace de conocimiento al procesado esté encauzada en un tipo penal previsto por el legislador.

3. Se necesita un nuevo criterio para la imposición de la prisión preventiva, el cual debe desprenderse del *fumus comissi delicti*, puesto que los presupuestos actuales de la prisión preventiva tipificados en nuestra legislación, han terminado por generar confusión al momento de imponer esta medida. Nos referimos a que la apariencia de delito, también llamada *fumus comissi delicti*, debe revestir ante todo una conducta de carácter delictivo como su mismo nombre lo indica, es decir, que sea susceptible de ser encauzada en una norma. Por lo tanto, los elementos que componen la estructura del delito, entre los que se encuentra la tipicidad, deben estar corroborados en la imputación, y eventualmente, discutidos en la audiencia.

4. Proponemos una modificatoria al artículo 268º del código procesal penal, a fin de incluir en dicho texto a la tipicidad como criterio para el merecimiento de la prisión preventiva, en la medida que esta institución jurídica ayudará a evitar futuros casos donde se imponga prisión preventiva de manera desproporcionada cuando el hecho no constituye delito, restituyendo la seguridad jurídica de la colectividad al dotar a dicho debate de una imposición legal.

VII. RECOMENDACIONES

Respecto a la legislación actual, se recomienda que el artículo 268 del código procesal penal vigente sea modificado, en la medida que su texto tenga como resultado el siguiente:

Artículo actual:

“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 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. (...)*

VIII. PROPUESTA:

“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 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. **El juez podrá realizar un análisis típico de la imputación; si el hecho no constituye delito, se desestimaré la medida.** (...)*

REFERENCIAS

- Arbulu, V. (2015). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias, F. (2016). *El proyecto de investigación*. Caracas: Episteme.
- Bacigalupo, E. (1986). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baena, G. (2017). *Metodología de la investigación*. México: Grupo Editorial Patria.
- Benavides, M. (2019). *Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad*. Ecuador: Universidad Técnica de Ambato.
- Bruzzo, A. (2005). "La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en el proceso penal". Buenos Aires: Del Puerto.
- Caceres, R. (2008). *Habeas Corpus contra el auto apertorio de instruccion. tomo X*. lima: grijley.
- Cafferata, J. (1992). *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la nación*. Perú: De Palma.
- Castillo, J. (2011). *Manual de Litigacion en delitos Gubernamentales. Tomo XI*. Lima: Ara.
- CONCYTEC. (2018). *REGLAMENTO DE CALIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y REGISTRO DE LOS INVESTIGADORESGLAMENTO RENACYT*. Obtenido de Concytec.gob.pe:
https://portal.concytec.gob.pe/images/renacyt/reglamento_renacyt_version_final.pdf
- Dei Vecchi, D. (12 de 2013). *Scielo*. Obtenido de Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes:
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>
- del Rio, G. (2016). *Las medidas cautelares en el proceso penal peruano*. Alicante.
- Del Rio, G. (2016). *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Lima: Instituto Pacífico.
- Domínguez, M. (15 de 10 de 2016). *Instituto Uruguayo de Derecho Penal*. Obtenido de Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima:
<https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/72>

- Espinoza, N. (2020). El "juicio de imputación" necesario del *fumus comissi delicti* en la prisión preventiva. A propósito del Acuerdo Plenario N°. 01-2019/CIJ-116. En N. Espinoza Guzmán, *La prisión preventiva. Aspectos problemáticos actuales*. (págs. 195-236). Lima: Grijley.
- Fernández, J. (2019). *El estándar probatorio de la prisión preventiva como justificación de las garantías del nuevo código procesal penal peruano*. Huaraz: Universidad Nacional Santiago Antuñez de Mayolo.
- Flick, U. (2015). *El diseño de investigación cualitativa*. Madrid: Morata.
- García, J. (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el Ecuador*. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar.
- Franco, M. (24 de 10 de 2016). *Instituto Urugayo de Derecho Penal*. Obtenido de El principio de tipicidad como garantía fundamental de certeza jurídica en el campo del derecho penal fiscal:
<https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/167>
- Hernández, R., Collado, C., Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill.
- Jimenez, L. (2003). *Teoría del delito*. Mexico: Juridica Universitaria.
- Julio, J. (2000). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Editores del Pue110.
- Kostenwein, E. (06 de 2015). *Repositorio Institucional CONICET Digital*. Obtenido de Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades políticas: <http://hdl.handle.net/11336/55061>
- Mendoza, F. (2015). *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Lima: IDEMSA.
- Miranda, E. (2014). *Prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morilla, L. (01 de 04 de 2016). *Revista Científica Universidad de Murcia*. Obtenido de Reflexiones sobre la prisión preventiva:
<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111>
- Muñoz, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Colombia: Temis.
- Olvera, J. (2014). *Metodología de la investigación jurídica*. México: M.A. Porrúa.
- Oré, A. (2006). "Las medidas cautelares personales". *Jurisprudencia y Doctrina*, p. 140.

- Ortiz, F. (2003). *Diccionario de metodología de la investigación científica*. México: Limusa.
- Peña, A. (2020). *Las medidas de coerción y la prisión preventiva en el proceso penal. Desde un estudio procesal, constitucional y convencional*. Lima: Idemsa.
- Quisbert, E. (Miércoles de septiembre de 2020). *Métodos del estudio del Derecho*. Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2011/02/med.html>
- Reategui, J. (2011). *Habeas Corpus y sistema penal*. Lima: IDEMSA.
- Ricra, M. (2019). *El peligro procesal determinante de la prisión preventiva*. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte General; Fundamentos la estructura de la teoría del delito (Tomol)*. Madrid: Civitas.
- San Martin, C. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Sánchez, J. (2014). Defensas procesales sobre las causas de exención de la responsabilidad penal. En C. F. Montoya Castillo, *Las causales eximentes de responsabilidad penal* (págs. 191-219). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sanchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.
- Tamayo, F. (12 de 11 de 2013). *Revistas Académicas Universidad EAFIT*. Obtenido de El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado (Comentarios al artículo 10 del Código Penal Colombiano): <https://doi.org/10.17230/nfp.9.80.2>
- Valarezo, E. (02 de 03 de 2019). *Scielo*. Obtenido de Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: GRIJLEY.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Basico*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Zaffaroni, R. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, G. (2017). *La falta de tipicidad de la agresion con ácido, vulnera la seguridad jurídica de la víctima en el Ecuador*. Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Zambrano, W. (2015). *La falta de tipicidad de la asociación ilícita en el código orgánico integral, genera la impunidad*. Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.

ANEXOS

Ámbito temático: Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, en casos donde pueda cuestionarse la tipicidad en audiencia de prisión preventiva.

AMBITO TEMÁTICO	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍA
LA TIPICIDAD EN AUDIENCIA DE PRISION PREVENTIVA ¿DISCUTIBLE O NO?	La problemática que observamos es la siguiente. Encontramos pronunciamientos en la jurisprudencia respecto de la discusión de la tipicidad en audiencia de prisión preventiva, siendo que unos han resuelto a favor de dicha posibilidad y otros en contra. Esta incertidumbre provoca inseguridad jurídica, sobre todo en los casos donde, una vez estando en sede de prisión preventiva, nos encontremos con que los hechos que se nos imputan no conforman una conducta típica.	¿Es necesaria la discusión de la tipicidad como criterio para el merecimiento de la prisión preventiva?	Determinar la necesidad de la tipicidad como criterio para el merecimiento de prisión preventiva.	Analizar la tipicidad como elemento fundamental para una imputación concreta del procesado.	-Tipicidad	- Importancia
				Explicar la necesidad de un nuevo criterio de los presupuestos de la prisión preventiva a partir del fumus comissi delicti.		-Imputación Concreta
				Proponer la modificatoria legislativa del art. 268°- A de CPP sobre la inclusión de criterios de la tipicidad para el merecimiento de la prisión preventiva.	-Prisión Preventiva	- Análisis de sus presupuestos. -Idoneidad de merecimiento

ANEXOS

VALIDEZ DE TEST: JUICIO DE EXPERTOS

INSTRUCTIVO PARA LOS PARTICIPANTES

Indicación: Señor especialista, se le pide su colaboración para que luego de un riguroso análisis de los ítems del cuestionario/ guía de entrevista o ficha de recolección de datos, el mismo que le mostramos a continuación, indique de acuerdo a su criterio y su experiencia profesional el puntaje de acuerdo a si la pregunta permite capturar las variables de investigación del trabajo.

En la evaluación de cada ítem, utilice la siguiente escala:

RANGO	SIGNIFICADO
1	Descriptor no adecuado y debe ser eliminado
2	Descriptor adecuado pero debe ser modificado
3	Descriptor adecuado

Los rangos de la escala propuesta deben ser utilizados teniendo en consideración los siguientes criterios:

- ⊕ Vocabulario adecuado al nivel académico de los entrevistados.
- ⊕ Claridad en la redacción.
- ⊕ Consistencia Lógica y Metodológica.

Recomendaciones:

.....
.....
.....

Gracias, por su generosa colaboración

Apellidos y nombres	Vásquez González, Jorge Miguel
Grado Académico	Maestro en Derecho y Ciencias políticas
Mención	Derecho penal
Firma	 Jorge Miguel Vásquez González ABOGADO Reg. N° 2325 CAS

ITEM	CALIFICACIÓN DEL JUEZ			OBSERVACIÓN
	1	2	3	
1. ¿Atendiendo al rol de tipicidad, que entiende usted por este concepto?			x	
2. ¿Qué tan importante es la tipicidad, dentro del marco de las medidas cautelares?			x	
3. ¿Cree Usted que es necesario el análisis de la tipicidad, para asegurar una imputación concreta?			x	
4. Teniendo en cuenta que el Fumus Comissi Delicti es entendido como la apariencia de la comisión de un delito. ¿Cree usted que una interpretación de este presupuesto permita el análisis de la imputación?			X	
5. ¿Considera usted que exista la necesidad de agregar un parámetro de			X	

<p>interpretación en sede de prisión preventiva?</p> <p>6. ¿Es necesario el presupuesto tipicidad como elemento de prisión preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>7. ¿Es necesario el análisis de la tipicidad dentro de la prisión preventiva para la seguridad jurídica?</p>			<p>X</p>	
<p>8. ¿Qué tan necesario es que la tipicidad sea tomada en cuenta dentro del marco de la Prisión Preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>9. Teniendo en cuenta la siguiente Formula legislativa:</p> <p>"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:</p> <p>a) Que existen fundados y graves</p>			<p>X</p>	

<p><i>elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. El juez podrá realizar un análisis típico de la imputación; si el hecho no constituye delito, se desestimaré la medida. (...)</i></p> <p>¿Usted considera eficiente dicha modificatoria?</p>				
--	--	--	--	--

VALIDEZ DE TEST: JUICIO DE EXPERTOS

INSTRUCTIVO PARA LOS JUECES

Indicación: Señor especialista se le pide su colaboración para que luego de un riguroso análisis de los ítems del cuestionario/ guía de entrevista o ficha de recolección de datos, el mismo que le mostramos a continuación, indique de acuerdo a su criterio y su experiencia profesional el puntaje de acuerdo a si la pregunta permite capturar las variables de investigación del trabajo.

En la evaluación de cada ítem, utilice la siguiente escala:

RANGO	SIGNIFICADO
1	Descriptor no adecuado y debe ser eliminado
2	Descriptor adecuado pero debe ser modificado
3	Descriptor adecuado

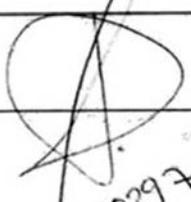
Los rangos de la escala propuesta deben ser utilizados teniendo en consideración los siguientes criterios:

- Vocabulario adecuado al nivel académico de los entrevistados.
- Claridad en la redacción.
- Consistencia Lógica y Metodológica.

Recomendaciones:

.....
.....
.....
.....

Gracias, por su generosa colaboración

Apellidos y nombres	Vasquez Saldivar, Danny Edwin
Grado Académico	Doctor en Derecho
Firma	

CALL 10297

ITEM	CALIFICACIÓN DEL JUEZ			OBSERVACIÓN
	1	2	3	
1. ¿Atendiendo al rol de tipicidad, que entiende usted por este concepto?			x	
2. ¿Qué tan importante es la tipicidad, dentro del marco de las medidas cautelares?			x	
3. ¿Cree Usted que es necesario el análisis de la tipicidad, para asegurar una imputación concreta?			x	
4. Teniendo en cuenta que el Fumus Comissi Delicti es entendido como la apariencia de la comisión de un delito. ¿Cree usted que una interpretación de este presupuesto permita el análisis de la imputación?			X	
5. ¿Considera usted que exista la necesidad de agregar un parámetro de			X	

<p>interpretación en sede de prisión preventiva?</p> <p>6. ¿Es necesario el presupuesto tipicidad como elemento de prisión preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>7. ¿Es necesario el análisis de la tipicidad dentro de la prisión preventiva para la seguridad jurídica?</p>			<p>X</p>	
<p>8. ¿Qué tan necesario es que la tipicidad sea tomada en cuenta dentro del marco de la Prisión Preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>9. Teniendo en cuenta la siguiente Formula legislativa:</p> <p><i>Artículo 268.- Presupuestos materiales</i></p> <p><i>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:</i></p> <p>a) <i>Que existen fundados y graves</i></p>			<p>X</p>	

<p><i>elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. El juez podrá realizar un análisis típico de la imputación; si el hecho no constituye delito, se desestimaré la medida. (...)</i></p> <p>¿Usted considera eficiente dicha modificatoria?</p>				
--	--	--	--	--

VALIDEZ DE TEST: JUICIO DE EXPERTOS

INSTRUCTIVO PARA LOS JUECES

Indicación: Señor especialista se le pide su colaboración para que luego de un riguroso análisis de los ítems del cuestionario/ guía de entrevista o ficha de recolección de datos, el mismo que le mostramos a continuación, indique de acuerdo a su criterio y su experiencia profesional el puntaje de acuerdo a si la pregunta permite capturar las variables de investigación del trabajo.

En la evaluación de cada ítem, utilice la siguiente escala:

RANGO	SIGNIFICADO
1	Descriptor no adecuado y debe ser eliminado
2	Descriptor adecuado pero debe ser modificado
3	Descriptor adecuado

Los rangos de la escala propuesta deben ser utilizados teniendo en consideración los siguientes criterios:

- ⊕ Vocabulario adecuado al nivel académico de los entrevistados.
- ⊕ Claridad en la redacción.
- ⊕ Consistencia Lógica y Metodológica.

Recomendaciones:

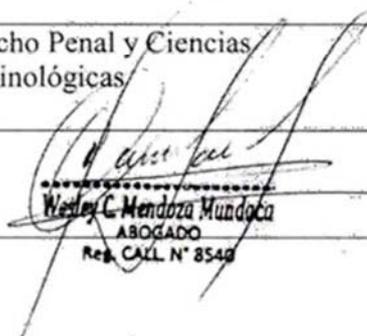
.....

.....

.....

.....

Gracias, por su generosa colaboración

Apellidos y nombres	Wesley Charles Mendoza Mundaca
Grado Académico	Bachiller en Derecho – Maestrando
Mención	Derecho Penal y Ciencias Criminológicas
Firma	 Wesley C. Mendoza Mundaca ABOGADO Reg. C.A.L.L. N° 8548

ITEM	CALIFICACIÓN DEL JUEZ			OBSERVACIÓN
	1	2	3	
1. ¿Atendiendo al rol de tipicidad, que entiende usted por este concepto?			x	
2. ¿Qué tan importante es la tipicidad, dentro del marco de las medidas cautelares?			x	
3. ¿Cree Usted que es necesario el análisis de la tipicidad, para asegurar una imputación concreta?			x	
4. Teniendo en cuenta que el Fumus Comissi Delicti es entendido como la apariencia de la comisión de un delito. ¿Cree usted que una interpretación de este presupuesto permita el análisis de la imputación?			X	
5. ¿Considera usted que exista la necesidad de agregar un parámetro de			X	

<p>interpretación en sede de prisión preventiva?</p> <p>6. ¿Es necesario el presupuesto tipicidad como elemento de prisión preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>7. ¿Es necesario el análisis de la tipicidad dentro de la prisión preventiva para la seguridad jurídica?</p>			<p>X</p>	
<p>8. ¿Qué tan necesario es que la tipicidad sea tomada en cuenta dentro del marco de la Prisión Preventiva?</p>			<p>X</p>	
<p>9. Teniendo en cuenta la siguiente Formula legislativa:</p> <p>"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:</p> <p>a) Que existen fundados y graves</p>			<p>X</p>	

<p><i>elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. El juez podrá realizar un análisis típico de la imputación; si el hecho no constituye delito, se desestimará la medida. (...)</i></p> <p>¿Usted considera eficiente dicha modificatoria?</p>				
--	--	--	--	--

Tabla: Análisis de la Casación N° 626-2013 - Moquegua

DATOS DE LA SENTENCIA			
Exp. N°	626-2013	Fecha de emisión	30 de junio de 2015
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Marco Antonio Gutiérrez Mamani	
	Agraviado	Mirian Erika Aucatinco López	
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA			
<p>En esta sentencia, se declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista que revocó el auto que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva interpuesto contra Marco Antonio Gutierrez Mamani, en el proceso que se le sigue por el delito de homicidio calificado en agravio de Mirian Erika Aucatinco López. Así pues, a efectos de esta investigación, recurrimos al fundamento DÉCIMO OCTAVO, el cual establece lo siguiente:</p> <p><i>“Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.” (El resaltado es nuestro).</i></p> <p>En atención a dicho pronunciamiento, se desprende la intención del legislador de dejar fuera de la audiencia de prisión preventiva –y de su posibilidad de debate- el análisis de la conducta típica, y de la imputación en general.</p>			

Tabla: Análisis de la Casación N° 724-2015 - Piura

DATOS DE LA SENTENCIA			
Exp. N°	724-2015	Fecha de emisión	15 de abril de 2016
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Demetrio Carlos Baca Pereda	
	Agraviado	El Estado	
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA			
<p>Este auto califica el recurso de casación –el cual fue declarado inadmisiblemente interpuesto contra el auto de vista que revocó el auto de primera instancia que dictó mandato de comparecencia con restricciones contra el imputado Demetrio Carlos Baca Pereda por el proceso que se le sigue por los delitos de Hurto agravado y Minería ilegal. Para efectos de esta investigación, recurrimos al considerando CUARTO, el cual establece:</p> <p><i>“(…) 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-.” (El resaltado es nuestro).</i></p> <p>Así pues, se entiende que el órgano jurisdiccional en la presente resolución consideró que el análisis de la tipicidad se encuentra implícito en el primer presupuesto de la prisión preventiva, esto es, el fumus comissi delicti, de manera que si la conducta objeto de imputación no se condice con la descripción típica plasmada en la ley, el análisis de la imposición de prisión preventiva no habrá cumplido con el primer presupuesto.</p>			

Tabla: Análisis de la Casación N° 704-2015 - Pasco

DATOS DE LA SENTENCIA			
Exp. N°	704-2015	Fecha de emisión	27 de noviembre de 2017
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Leonel Eduardo Berrospi Pablo y otros.	
	Agraviado	Sotera Teodora Alania Alvino	
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA			
<p>Esta resolución declaró INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Fiscal superior contra la resolución que declaró infundado en parte el requerimiento de prisión preventiva contra los imputados Leonel Eduardo Berrospi</p>			

Pablo y otros, en agravio de Sotera Teodora Alania Alvino, en el proceso que se les sigue por el Delito de Robo Agravado.

Así pues, para efectos de la presente investigación, recurrimos a los considerandos VIGÉSIMO y VIGÉSIMO PRIMERO, que establecen lo siguiente:

“VIGÉSIMO: *En ese sentido, el objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta.”* (El resaltado es nuestro).

“VIGÉSIMO PRIMERO: *Es pertinente puntualizar, que el fiscal en el requerimiento de prisión preventiva que presenta ante el juez de Investigación Preparatoria, entre otros, realiza la descripción de los hechos y la tipificación específica correspondiente. Esta formulación de imputación concreta es responsabilidad exclusiva del fiscal y no es objeto de discusión en la audiencia. Dicha imputación comprende una proposición fáctica y su calificación jurídica.”* (El resaltado es nuestro).

Debemos tener en cuenta que en este caso, se realizó un cambio en la calificación jurídica de manera intempestiva al momento de debatir el requerimiento de prisión preventiva, sin dejar lugar a que la defensa pudiera armar una estrategia legal eficiente. En ese contexto particular, la intención del órgano jurisdiccional fue evitar una potencial afectación al derecho de defensa al excluir la calificación jurídica de la conducta –entiéndase, tipicidad- fuera del debate de los presupuestos de la prisión preventiva.

Tabla: Análisis de la Casación N° 564-2016 - Loreto

DATOS DE LA SENTENCIA			
Exp. N°	564-2016	Fecha de emisión	12 de noviembre de 2018
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Wagner Nolberto Núñez Álvarez	
	Agraviado	El Estado	
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA			
En esta resolución se declaró FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el fiscal adjunto superior contra el auto de vista que declaró fundado el recurso de apelación donde se revocó la resolución que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez en el proceso que se le sigue por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en agravio del Estado.			

Así pues, para efectos de la presente investigación, recurrimos al considerando QUINTO el cual establece lo siguiente:

“QUINTO: (...) *La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho esté 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 permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal.”* (El resaltado es nuestro).

De esta manera, se desprende que la intención del órgano jurisdiccional en la presente resolución es dejar constancia de la importancia de analizar el hecho imputado conforme a los elementos que conforman el injusto penal, entre los que se encuentra la tipicidad de la conducta. Así también, incluye el análisis de dicha conducta dentro del primer presupuesto material de la prisión preventiva, esto es, la apariencia de delito, también conocido como el *fumus comissi delicti*.

Tabla: Análisis de la audiencia de pedido de 36 meses de prisión preventiva contra Walter Ríos

DATOS DE LA SENTENCIA		
Caso	Los Cuellos Blancos del Puerto	
Link	https://www.youtube.com/watch?v=d9NJCLGeqpg	
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Walter Ríos
	Agraviado	El Estado
ANÁLISIS DE LA AUDIENCIA		
<p>En la audiencia celebrada en el presente video, vemos el pedido de prisión preventiva contra Walter Ríos y otros por los delitos de cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, tráfico de influencias y organización criminal. Así pues, a efectos de la presente investigación, transcribimos los extractos más importantes del alegato mencionado anteriormente.</p> <p>(Min 2:18:50): <i>“Nosotros sostenemos, señor vocal supremo, que los hechos atribuidos a título de cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo específico resultan atípicos. Si el hecho resulta atípico, evidentemente ya no existe ya ni prueba suficiente ni pena probable respecto del mismo.”</i></p> <p>Respecto del delito de cohecho, la defensa esgrime:</p>		

(Min 2:22:16): “El autor del cohecho es el que vende un acto de su función que va a realizar y que obviamente se encuentra dentro de su competencia funcional. Un acto que el señor dentro de su competencia funcional como presidente de la corte superior de justicia del callao podía realizar. No es la condición de autor la que determina el acto de función, señor vocal supremo. Es decir que no podríamos quedarnos en la primera parte y decir como es funcionario público satisface el requisito de autor del tipo penal de cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo específico. **No. Es la acción típica, señor vocal supremo, la que determina el acto de función, que en este caso perfectamente no se verifica (...).**” (El resaltado es nuestro).

Respecto del delito de tráfico de influencias, la defensa esgrime:

(Min 2:24:57): ““En el delito de tráfico de influencias (...) tiene un elemento típico de importancia significativa y que se ha venido desarrollando en la doctrina. No se trata de cualquier caso administrativo (...). El procedimiento administrativo al que hace referencia el tipo penal de tráfico de influencias, señor vocal supremo, tiene que ser un procedimiento donde exista una Litis, una controversia administrativa. Un procedimiento administrativo disciplinario. Un procedimiento administrativo sancionador. (...) **Si quería interceder en la candidatura de Orlando Benítez, ¿Qué litigio hay ahí? ¿Qué controversia procesal? ¿Es un procedimiento administrativo sancionador? ¿Qué controversias procesales hay en el apoyo a un candidato? No hay ninguna. Para el Tráfico de Influencias, es atípico (...).**” (El resaltado es nuestro).

Respecto del delito de Organización criminal:

(Min 2:34:24): “Organización criminal. Señor vocal supremo, si resulta atípico el tráfico de influencias, si resulta atípico el cohecho pasivo impropio y el cohecho pasivo específico, ¿Cuáles serían los delitos que cometería la organización criminal? De la revisión que hemos hecho de la formalización de investigación preparatoria, donde se debe describir de forma clara, precisa y circunstanciada el hecho y el requerimiento de prisión preventiva, no vemos un detalle aparte del relato de que dice la ley. El acuerdo plenario 1-2017 de la sala penal nacional (...) Los elementos de la estructura de la organización criminal son: elemento personal, esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas (...) **El elemento estructural es imprescindible. Y yo me pregunto ¿Quiénes son los otros miembros de la organización criminal? (...) Si revisamos la investigación que se está llevando contra los miembros del consejo, no está organización criminal (...) ¿Cómo están organizados? (...).**” (El resaltado es nuestro).

Del presente documento, se rescata la alegación de la defensa, quien esgrime el argumento de atipicidad de la conducta incluso antes de ingresar a analizar el

elemento de fundados y graves elementos de convicción. Así pues, este orden en la alegación nos permite desprender la importancia que tiene la tipicidad al momento de imponer prisión preventiva, siendo que si no se cumple con la descripción legal, no pueden analizarse los demás presupuestos materiales.

Tabla: Análisis del dictado de la resolución de prisión preventiva contra Walter Ríos

DATOS DE LA SENTENCIA		
Caso	Los cuellos blancos del puerto	
Link	https://www.youtube.com/watch?v=fJ5LleZ4rDs&t=843s	
Partes que intervienen en el proceso	Imputado	Walter Ríos
	Agraviado	El Estado
ANÁLISIS DE LA AUDIENCIA		
<p>En la audiencia celebrada en el presente video, vemos el dictado de resolución ante el pedido de prisión preventiva contra Walter Ríos y otros por los delitos de cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, tráfico de influencias y organización criminal. Así pues, a efectos de la presente investigación, transcribimos los extractos más importantes del dictado de la resolución.</p> <p>(Min 8:31): <i>“Fundamentos de la prisión preventiva. Previamente el abogado de la defensa ha señalado que los hechos imputados son atípicos. Al respecto, debemos manifestarle que al encontrarnos en una etapa de investigación, la cual está a cargo del titular de la acción penal, compete a este la construcción típica que puede variar conforme al avance y resultados de las diligencias que desarrollará. Este juzgado supremo en este estadio no puede analizar la tipicidad de los hechos imputados. Ello no significa una afectación de derechos del imputado en tanto que tiene otras vías pertinentes que prevé la norma adjetiva para cuestionar la tipicidad en su debido momento.” (El resaltado es nuestro).</i></p> <p>Así pues, del dictado de la resolución, se evidencia la intención del órgano jurisdiccional en esta audiencia en particular de excluir sin mayores miramientos a la calificación jurídica de la conducta –entiéndase, tipicidad- del debate y análisis de la presente instancia jurisdiccional. Advierte, sin embargo, que aún quedan otros mecanismos o vías procesales por medio de las cuales puede analizarse la imputación y la calificación jurídica de la conducta.</p>		

Tabla: Análisis de la Resolución N°8 del Expediente 0047-2018. (Caso Edwin Oviedo).

DATOS DE LA SENTENCIA			
Exp. N°	0047-2018	Fecha de emisión	16 de enero de 2019
Caso	Los Cuellos Blancos del Puerto		
Partes involucradas en el proceso	Imputado	Edwin Oviedo	
	Agraviado	El Estado	
ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN			
<p>En la presente resolución, se declara NULA la resolución que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva contra el imputado Edwin Oviedo. Así pues, a efectos de la presente investigación, recogemos el considerando DÉCIMO y DÉCIMO OCTAVO.</p> <p><i>“DÉCIMO: De ese modo, en forma coherente con la finalidad de la investigación preparatoria, el legislador nacional ha establecido como primer presupuesto material de la prisión preventiva la circunstancia de 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, según lo previsto en el artículo 268 del CPP. De ahí que es razonable sostener que de acuerdo a nuestro sistema jurídico procesal, para evaluar si resulta procedente o improcedente imponer la medida coercitiva de prisión preventiva, de cara al primer presupuesto material, le basta al juez determinar, primero, si el titular de la acción penal ha presentado en su requerimiento graves y fundados elementos de convicción que sirva para estimar razonablemente la comisión de un delito; y en segundo término, verificar si existen elementos de convicción que vinculen al investigado con el delito imputado. Y por supuesto, si se trata de prisión preventiva, la exigencia es que el delito tiene que ser de magnitud grave. En suma, haciendo una interpretación sistemática de las normas procesales invocadas, debemos concluir que no es una exigencia procesal de la medida coercitiva de prisión preventiva determinar la comisión del delito invocado por el Ministerio Público en su requerimiento. Esto es, no es un presupuesto exigir al titular de la acción penal realice una tipificación exacta y correcta de los hechos atribuidos al investigado. Es suficiente que los hechos constituyan delito grave, pues como ya se indicó la correcta tipificación puede, incluso, determinarse al final del proceso como así se prevé en el artículo 374 del CPP.” (El resaltado es nuestro).</i></p> <p><i>“DÉCIMO OCTAVO: En consecuencia, al Colegiado no le queda otra alternativa que señalar que las consideraciones expresadas en la recurrida y resumidas en el considerando sétimo de la presente resolución, no tiene mayor sustento legal y</i></p>			

jurisprudencial. El juez ha efectuado una errónea interpretación de los hechos y concluye que no se darían los elementos objetivos y subjetivos de los delitos invocados cuando, como ya se expresó, esta no es la etapa procesal correspondiente para determinarlo (...). (El resaltado es nuestro).

Del presente documento, se evidencia la intención del órgano jurisdiccional de excluir del debate de la prisión preventiva al análisis de la tipicidad de la conducta imputada. De esta manera, se evitan incidencias a lo largo de la audiencia que tengan que ver con alegaciones de la defensa respecto de la imputación, por lo que a criterio del juzgador, es suficiente con que constituya delito grave, esto es, que cumpla solo con el presupuesto material de la prognosis de pena, obviando el análisis de los graves y fundados elementos de convicción.

Tabla: Análisis del Conversatorio sobre Prisión Preventiva.

DATOS DEL CONVERSATORIO	
Nombre del conversatorio	Conversatorio sobre Prisión Preventiva
Link	https://www.youtube.com/watch?v=Zq10nllcs8A
Fecha de consulta	28.10.20
ANÁLISIS DEL CONVERSATORIO	
<p>En el presente conversatorio organizado por la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos (EFAJA) de la Corte Superior de Justicia de Lima, el ponente Gonzalo del Rio Labarthe realiza la siguiente acotación que resulta pertinente a los objetivos perseguidos por la presente investigación, por lo que procedemos a transcribir un extracto de su intervención.</p> <p>(Min 01:23:01): <i>“Recojo otro elemento que ha recogido el Dr. Celis que me parece pertinente, que lo soporto totalmente (...) que discutir o la imposibilidad de discutir las causas de justificación en audiencia de prisión preventiva es una barbaridad que quiero saber a quién se le ha ocurrido. Es decir, ¿A quién se le ocurre que la evaluación de las altas probabilidades de condena por la comisión de un delito no incluye las causales vinculadas a la antijuricidad o a la tipicidad? Es decir, ¿Entonces qué diablos hacemos debatiendo? Démoslo por sentado por el solo hecho que el fiscal está sentado al frente diciendo que he cometido un delito que no he cometido, porque resulta que no puedo discutir lo que está diciendo. Entonces, ¿Para qué armas un debate? ¿A quién se le ocurrió eso? Y ¿Para qué se le ocurrió eso? Eso daña el sistema. Daña el sistema incluso para las personas que creen que todos deben ir a prisión porque el sistema se vuelve inútil.” (El resaltado es nuestro).</i></p>	

De esta manera, se desprende el mensaje del ponente, el cual consiste en situar a la tipicidad como un presupuesto no solo de la imposición de una medida de coerción procesal de carácter personal, como es la prisión preventiva, sino del proceso mismo. Es así que, a su criterio, resulta criticable el mero hecho de cuestionarse la pertinencia de dicho análisis en el contexto de prisión preventiva, lo que volvería inútil la existencia misma del proceso, así como su utilidad.

Tabla: Análisis del conversatorio sobre Acuerdos Plenarios Penales 2019 | Prisión preventiva | Impedimento de salida del país.

DATOS DEL CONVERSATORIO	
Nombre del conversatorio	Acuerdos Plenarios Penales 2019 Prisión preventiva Impedimento de salida del país.
Link	https://www.youtube.com/watch?v=JDnSGXqSLX4
Fecha de consulta	28.10.20
ANÁLISIS DEL CONVERSATORIO	
<p>El presente documento plasma un conversatorio subido por el canal del estudio Salas Beteta, donde dialogan acerca de la desconfianza que les genera el criterio actual que ha tomado la corte suprema respecto de la tipicidad en audiencia de prisión preventiva. Así pues, este pronunciamiento se hace patente en la intervención del abogado Jefferson Moreno Nieves, cuyo extracto citamos a continuación.</p> <p>(Min 18:46): “(...) Yo no creo que ese acuerdo plenario cambie las cosas. La solución era cuando tu ibas a una audiencia y le decías al juez ‘Señor juez si se puede. Le cito acá la (casación) de Loreto.’ Y el juez te decía ‘No, la corte suprema tiene otra’. Ahora ya no van a citar a la corte suprema. Van a citar: ‘yo considero que esta no es una audiencia de excepción (de improcedencia de acción)’ e igual no nos van a dar la razón. Va a depender del criterio, es un tema de entendimiento.”</p> <p>Así pues, se hace patente el hecho que genera desconfianza en la colectividad jurídica en general, esto es, el carácter vinculante de los pronunciamientos jurisprudenciales. Sin embargo, concordamos con el carácter escéptico del ponente, sobre todo si recurrimos al artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se hace patente el carácter vinculante relativo de dicho pronunciamiento, al poder apartarse de dicho criterio.</p>	

Tabla: Análisis de los Acuerdos Plenarios 2019 – Prisión preventiva – parte 1 de 2.

DATOS DEL CONVERSATORIO	
Nombre del conversatorio	Análisis de Acuerdos Plenarios 2019 – Prisión preventiva – parte 1 de 2.
Link	https://www.youtube.com/watch?v=RJYfNrhHXIM
Fecha de consulta	28.10.20
ANÁLISIS DEL CONVERSATORIO	
<p>De este conversatorio, se desprende el criterio del ponente Julio Espinoza Goyena, donde se analizan los pronunciamientos jurisprudenciales de la corte suprema respecto de la prisión preventiva. Así pues, pasamos a citar un extracto de su intervención.</p> <p>(Min 15:45): <i>“Otro tema interesante tiene que ver con el hecho de hasta donde alcanza la posibilidad de discutir el elemento del juicio de imputación, y específicamente de la tipicidad, al momento de debatir un requerimiento de prisión preventiva. (...) Acá hay que tener presente y recordar que antes se había emitido una sentencia de casación vinculante sobre este punto. (...) Se dictó la sentencia de casación 564-2016 Loreto, de la sala penal transitoria. Y esta sentencia en buena cuenta le da el carácter vinculante al fundamento quinto, donde nos dice que si se puede discutir y analizar el elemento de la tipicidad como integrante del primer presupuesto de la prisión preventiva al momento de debatir un requerimiento de esta naturaleza. (...) La corte en el acuerdo plenario nos está indicando que si forma parte de un debate cautelar en la medida que sirva para tener clara cuál es la imputación (...) y si se cumple o no este primer presupuesto. De hecho, no lo dice la corte suprema pero hay que entender también que no se le está atribuyendo la posibilidad al juez de la causa, al juez que resuelve la prisión preventiva, de definir o de convertir la audiencia de prisión en una audiencia de excepción de improcedencia de acción. Eso no puede ocurrir ni debería suceder. (...) Si seguimos lo que dice la casación de Loreto, particularmente hace referencia al elemento de la tipicidad.” (El resaltado es nuestro).</i></p> <p>Así pues, se desprende la posición del ponente en cuestión, quien sitúa a la tipicidad de la conducta dentro del análisis del primer presupuesto material de la prisión preventiva, siendo así que este precedente debe ser el pronunciamiento que los operadores jurídicos tomen en cuenta.</p>	

Tabla: Análisis de Acuerdos Plenarios 2019 – Prisión preventiva – parte 2 de 2.

DATOS DEL CONVERSATORIO

Nombre del conversatorio	Análisis de Acuerdos Plenarios 2019 – Prisión preventiva – parte 2 de 2.
Link	https://www.youtube.com/watch?v=rMcjW_wwPDM
Fecha de consulta	28.10.20
ANÁLISIS DEL CONVERSATORIO	
<p>De este conversatorio, se desprende el criterio del ponente Celis Mendoza Ayma, donde se analizan los pronunciamientos jurisprudenciales de la corte suprema respecto de la prisión preventiva. Así pues, pasamos a citar un extracto de su intervención.</p> <p>(Min 4:00) <i>“Hace buen tiempo se discutía, y lo voy a decir así, con ignorancia supina, si era dable discutir la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva, y digo que es ignorancia supina porque el artículo 268 refiere fundados y graves elementos de convicción de la comisión de un delito. (...) Y un delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable.”</i></p> <p>(Min 10:35) <i>“Entonces, el acuerdo plenario en este fundamento 27 es claro al respecto y creo que, si bien es cierto comparto la postura del doctor en el sentido de que un acuerdo plenario no tiene un contenido vinculante pues no resuelve un caso concreto, sin embargo, es una buena doctrina.”</i></p> <p>Así pues, se desprende la posición del ponente en cuestión, que si bien cuestiona el carácter vinculante del pronunciamiento jurisprudencial en general, es un pronunciamiento a tener en cuenta al momento de operar en la práctica jurídica.</p>	

Tabla: Análisis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (España)

País	España
Link	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Artículo 502.</p> <p>1. <i>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.</i></p> <p>2. <i>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.</i></p> <p>3. <i>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.</i></p>	

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. (El resaltado es nuestro).

Tabla: Análisis del Código Procesal Penal del 2000 (Chile)

País	Chile
Link	https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:</p> <p>a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;</p> <p>b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y</p> <p>c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. (...) (El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Análisis del Código de Procedimiento Penal 2000 (Ecuador).

País	Ecuador
Link	http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_28.pdf
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>CAPITULO IV LA PRISION PREVENTIVA Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. <p>(El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Código de Procedimiento Penal de 1999 (Bolivia)

País	Bolivia
Link	https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo033es.pdf
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Artículo 233º (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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y, La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. <p>(El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Análisis de Código Orgánico Procesal Penal de 2012. (Venezuela)

País	Venezuela
Link	https://www.unodc.org/res/cld/document/ven/2012/codigo-organico-procesal-penal.html/CODIGO_ORGANICO_PROCESAL_PENAL_2012.pdf
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Capítulo III De la Privación Judicial Preventiva de Libertad Procedencia Artículo 236. El Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada siempre que se acredite la existencia de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación. <p>(...) (El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Análisis del Código Procesal Penal (Paraguay).

País	Paraguay
Link	https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/203/ley-n-1286-codigo-procesal-penal

Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Artículo 242. PRISIÓN PREVENTIVA. El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:</p> <p>1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave;</p> <p>2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y,</p> <p>3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación. (El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Código Procesal Penal (El Salvador).

País	El Salvador
Link	https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-penal-nuevo.pdf
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Detención Provisional</p> <p>Art. 329.- Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:</p> <p>1) Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.</p> <p>2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. (El resaltado es nuestro).</p>	

Tabla: Código Procesal Penal (Nicaragua)

País	Nicaragua
Link	http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28%24All%29/5EB5F629016016CE062571A1004F7C62
Fecha de consulta	28 de octubre de 2020
<p>Capítulo II</p> <p>De la prisión preventiva</p> <p>Arto. 173. Procedencia. El juez, a solicitud de parte acusadora, podrá decretar la prisión preventiva, siempre que concurren las siguientes circunstancias:</p>	

- 1. Existencia de un hecho punible grave que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre prescrita;**
2. Elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de ese hecho punible o partícipe en él, y,
3. Presunción razonable, por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones: (...) **(El resaltado es nuestro).**