

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

**“Fundamentos jurídicos en contra de la incorporación de nuevos
elementos de convicción en audiencia de prisión preventiva”**

Linea de Investigación:

Instituciones de Derecho Público

Autora:

Prieto Durand, Dayana Karolina.

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre, Rocío
Secretario: Purizaca Sandoval, Shirley
Vocal: Aponte Coronado, Sadith

Asesor:

Zegarra Arévalo, Ronal Manolo

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3986-1831>

PIURA – PERÚ

2024

Fecha de sustentación: **2024/07/16**

Fundamentos jurídicos en contra de la incorporación de nuevos elementos de convicción en audiencia de prisión preventiva

INFORME DE ORIGINALIDAD

15%

INDICE DE SIMILITUD

17%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	3%
2	es.scribd.com Fuente de Internet	2%
3	qdoc.tips Fuente de Internet	2%
4	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
5	idoc.pub Fuente de Internet	1%
6	csjarequipa.pj.gob.pe Fuente de Internet	1%
7	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	repositorio.uprit.edu.pe Fuente de Internet	1%

9

repositorio.uladech.edu.pe

Fuente de Internet

1 %

10

46.210.197.104.bc.googleusercontent.com

Fuente de Internet

1 %

11

pdfcoffee.com

Fuente de Internet

1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad


Yo **RONAL MANOLO ZEGARRA ARÉVALO**, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN CONTRA DE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN EN AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA”**, autor **PRIETO DURAND DAYANA KAROLINA**, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%.
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (08 de julio del 2024)
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Lugar y fecha: 08 de julio de 2024

Apellidos y nombres del asesor: Zegarra Arevalo
Ronal Manolo
DNI: 19098159
ORCID: 0000-0002-3986-1831
ID: 000033991
Firma

Apellidos y nombres del autor: Dayana
Karolina Prieto Durand
DNI: 75474900
FIRMA:



Asesor
Zegarra Arévalo Ronal Manolo



DEDICATORIA

A mis padres, quienes con su inmenso amor e incansable esfuerzo invirtieron en mi para brindarme una educación sólida, cada decisión que tomaron pensando en mi es ahora el fundamento del camino hacia mi vida profesional, los amo profundamente.

A mi valiente hermana Gianina Prieto, por su apoyo y sacrificio, tus consejos, tu ejemplo y tus palabras de aliento han sido mi inspiración, cada día que trabajaste incansablemente para apoyarme con mis estudios ha dejado una huella imborrable en mi vida y esta tesis es mi forma de agradecerte por todo lo que has hecho por mí.

A mis increíbles hermanos, porque siempre creyeron en mí, por su constante apoyo y enseñarme que la vida es más llevadera mientras siempre nos mantengamos unidos

A mis increíbles maestros en el ámbito laboral, David Sosa y Milenko Barreto, por sus grandes enseñanzas durante mi estancia en el poder judicial, y por exhortarme a seguir el camino de la investigación y aprendizaje constante.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi guía y estar conmigo cuando más lo necesito, sobre todo por ser luz en mi camino y haberme dado la fortaleza para alcanzar cada uno de mis objetivos.

A los docentes de mi alma mater de la Universidad Privada Antenor Orrego, en especial a mi maestro el Doctor Guillermo Cruz por despertar en mí el amor por el derecho Penal, por sus grandes enseñanzas impartidas en clase y su constante apoyo y guía en esta investigación.

PRESENTACIÓN

Miembros del Jurado evaluador:

Conforme lo establecido en el reglamento de grados y títulos, y con el objetivo, de optar por el título profesional de abogada, presento a vuestro jurado la tesis titulada “Fundamentos jurídicos en contra de la incorporación de nuevos elementos de convicción en audiencia de prisión preventiva”

El presente trabajo de investigación, tiene como idea básica dejar de lado la práctica indebida a nivel fiscal y aceptada muchas veces a nivel judicial, y defendida, inclusive a nivel académico de que, es posible incorporar más elementos de convicción para fortalecer la gravedad de estos y que se pueda declarar fundada la prisión preventiva. Tal postura debe abandonarse, debido que existen principios como el de igualdad de armas, el de defensa, el mismo principio de legalidad en el ámbito procesal, y un buen entendimiento del principio de variabilidad de las medidas de coerción, garantías en las que se sustenta la propuesta que formulo.

Cabe apuntar que es necesario evaluar el tema con espíritu crítico y respetuoso, con el objetivo de aportar conocimiento jurídico, para una mejor administración de justicia en el país y cimentar las bases de la seguridad jurídica y la justicia en materia de medidas de coerción.

La tesista

RESUMEN

En la investigación que se realizó, se hizo un análisis de la institución jurídico procesal, bastante abordada de la prisión preventiva, pero referida a una cuestión estrictamente relacionada con el trámite de la audiencia donde se discute su imposición, y, en específico, la posibilidad o no que se pueda incorporar nuevos o adicionales elementos de convicción que sustente su pretensión de fundabilidad de la medida de coerción personal; en ese contexto se planteó como enunciado del problema el siguiente: “¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que impide la incorporación de nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva en el proceso penal peruano?”.

En relación al problema planteado, se fijó como objetivo general el siguiente: “Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos que impide la incorporación de nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva en el proceso penal peruano”, a partir de este objetivo, se hizo un desarrollo de las principales bases teóricas para cimentar el tema, para luego utilizar los métodos doctrinarios, jurisprudenciales y análisis del artículo 268 (método hermenéutico), así como el derecho comparado, para realizar el análisis respectivo de los resultados, utilizando las técnicas de fichaje y análisis documental, que luego me condujo a comprobar de forma positiva la hipótesis y esbozar las respectivas conclusiones.

Por último, se hizo uso de todo lo abordado como sustento o fundamentos jurídicos, para que al final, se proponga un cambio de lege ferenda, a efectos de que normativamente, se establezca de forma expresa que, no es posible que se incorporen elemento de convicción adicionales, sino que, los que sustentan la investigación deben ser aquellos elementos que integran el requerimiento de prisión preventiva que formula la fiscalía.

Palabras clave: Proceso penal, prisión preventiva, legalidad, variabilidad, derecho de defensa, igualdad procesal.

ABSTRACT

In the investigation that was carried out, an analysis was made of the procedural legal institution, which covered preventive detention quite a bit, but referred to an issue strictly related to the process of the hearing where its imposition is discussed, and, specifically, the possibility or not that new or additional elements of conviction can be incorporated to support their claim of foundation of the measure of personal coercion; In this context, the following was proposed as a problem statement: "What are the legal bases that prevent the incorporation of new elements of conviction in the preventive detention hearing in the Peruvian criminal process?"

In relation to the problem posed, the following general objective was set: "Determine what are the legal bases that prevent the incorporation of new elements of conviction in the preventive detention hearing in the Peruvian criminal process", based on this objective, it was made a development of the main theoretical bases to cement the topic, and then used the doctrinal, jurisprudential and analysis methods of article 268 (hermeneutical method), as well as comparative law, to carry out the respective analysis of the results, using the techniques of recording and documentary analysis, which then led me to positively test the hypothesis and outline the respective conclusions.

Finally, use was made of everything discussed as support or legal foundations, so that in the end, a change of *lege ferenda* is proposed, so that normatively, it is expressly established that it is not possible to incorporate elements of additional convictions, but those that support the investigation must be those elements that make up the preventive detention requirement formulated by the prosecution.

Keywords: Criminal process, preventive detention, legality, variability, right of defense, procedural equality.

Contenido

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
PRESENTACIÓN	iii
RESUMEN	iv
ABSTRAC	v
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:.....	1
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:.....	8
1.3. OBJETIVOS:	8
1.3.1. Objetivo General:.....	8
1.3.2. Objetivos Específicos:	8
1.4. VARIABLES:	9
1.4.1. Variable independiente:	9
1.4.2. Variable dependiente:	9
1.5. JUSTIFICACIÓN:.....	9
II. MARCO DE REFERENCIA	10
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	10
2.1.1. Antecedentes a nivel internacional:.....	10
2.1.2. Antecedentes a nivel nacional:	10
2.1.3. Antecedente a nivel local:.....	11
2.2. MARCO TEORICO	12
2. CAPÍTULO I.....	12
El proceso penal.....	12
A. El proceso penal.....	12
1. Definición	12
2. Características.....	13

3.	Objeto.....	13
B.	El proceso penal común.....	14
1.	Definición.....	14
2.	Características.....	14
3.	Fases.....	15
3.1.	Investigación preparatoria.....	15
3.2.	Fase intermedia.....	16
3.3.	Juzgamiento.....	17
4.	Recursos en el proceso penal.....	18
5.	Los sujetos procesales.....	19
3.	CAPITULO II.....	21
	Las medidas de coerción.....	21
1.	Definición.....	21
2.	Clases.....	21
3.	Principios.....	22
4.	Las medidas de coerción personal.....	23
4.1.	Características.....	23
4.2.	Enumeración.....	24
4.2.1.	La Detención:.....	24
4.2.2.	Prisión Preventiva:.....	25
4.2.3.	Comparecencia:.....	25
4.2.4.	Detención Domiciliaria:.....	26
4.2.5.	Internación Preventiva:.....	26
4.2.6.	Impedimento de salida del país:.....	26
4.2.7.	Suspensión preventiva de derechos:.....	26
5.	La prisión preventiva.....	27
5.1.	Definición.....	27

5.2.	Presupuestos materiales	27
5.3.	Duración.....	28
5.4.	Principios	28
5.5.	Jurisprudencia más relevante.....	30
5.6.	Derecho comparado.....	30
4.	CAPÍTULO III.....	32
	El principio de variabilidad	32
	1. Definición de principios	32
	2. Las reglas y los principios.....	32
	3. El estándar de sospecha de la prisión preventiva.....	33
	4. La variación de la prisión preventiva.....	33
	5. El cese de la prisión preventiva	34
	6. La revocatoria de la prisión preventiva	34
	7. Revisión de oficio de la prisión preventiva	35
	8. La audiencia de prisión preventiva	35
	9. La audiencia de revocatorias de prisión preventiva.....	35
5.	CAPÍTULO IV	37
	El principio de igualdad de armas y Derecho de defensa.....	37
	1. Análisis del principio de igualdad.....	37
	2. Alcances del principio de igualdad de armas	37
	3. Significancia del principio de igualdad de armas en materia penal.....	39
	4. La igualdad de armas en las etapas del proceso penal	40
	5. El alcance del derecho de defensa	41
2.3.	MARCO CONCEPTUAL.....	43
2.4.	HIPÓTESIS	43
III.	MARCO METODOLÓGICO	44

1. MATERIAL	44
2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	44
3. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	45
CAPÍTULO IV.....	46
RESULTADO Y DISCUSIÓN.....	46
CONCLUSIONES	61
RECOMENDACIÓN.....	63

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El derecho procesal penal o derecho penal adjetivo, es aquella rama del derecho que nos brinda las herramientas o mecanismos que se deben utilizar para la aplicación del derecho penal sustantivo; de ahí que, se puede establecer de forma clara que el derecho procesal penal tiene carácter instrumental. En el Perú el proceso penal se enmarca dentro del sistema acusatorio, esto es, aquel sistema que se basa en la división de funciones o roles claramente definidas: Por un lado, el Ministerio Público, que tiene que encargarse de la investigación y, por otro lado, el Poder Judicial -encarnado en la persona de los jueces- que se tendrá que encargar de la etapa intermedia: Juez de la investigación preparatoria y los jueces penales de juicio, unipersonal o colegiado, según corresponda conforme a las competencias que el Código Procesal Penal señala.

El proceso penal matriz o modelo dentro del Código Procesal Penal peruano es el proceso común; este se encuentra estructurado sobre la base de tres fases: la investigación preparatoria, a cargo del ente persecutor el fiscal penal; la etapa intermedia, que es dirigida por el juez de la investigación preparatoria; y, el juzgamiento, que es - conforme lo señala el artículo 356 de la norma adjetiva penal- la etapa principal del proceso. El fin último de este conjunto de fases es encontrar la verdad, vale decir, lo que se pretende es llegar a verificar la verdad la verdad real, la misma que ya no la pide el juez, sino que se la exige al fiscal, quien es el que tiene la carga de la prueba, será este el encargado de recabar pruebas y luego de ofrecerlas, que sean admitidas y actuadas, para lograr una sentencia que se corresponda con la realidad, siempre que se dé estricto respeto al debido proceso.

Para que se logre una sentencia dentro del proceso penal, es necesaria la existencia de mecanismos que aseguren la eficacia y

cumplimiento de la sentencia, de ahí que, así como el derecho procesal penal es instrumental, este se vale también de ciertas medidas con carácter instrumental para poder cumplir sus fines. Dentro de esos mecanismos están las llamadas medidas de coerción personal, es decir, aquellas que afectan o limitan derechos fundamentales de la persona procesada por la comisión de un delito con el objeto de cumplir la eficacia en la persecución penal y siempre y cuando se cumplan los requisitos que la ley expresamente señala. Estas medidas de coerción inciden fuertemente en el derecho a la libertad de la persona, en especial, cuando de la prisión preventiva se trata. La prisión preventiva, es la más grave de las medidas de coerción personal que recoge el Código Procesal Penal y se impondrá siempre que se verifique la existencia de los elementos que establece el artículo 268 del texto penal adjetivo, esto es, que existan los fundados y graves elementos de convicción, que la pena que se espera imponer en un eventual juicio oral sea superior a los cinco años de pena privativa de la libertad y, además, que exista “peligrosismo procesal”, vale decir, que exista peligro de obstaculización de la verdad o peligro de fuga; para ello, la jurisprudencia y la doctrina han establecido varios criterios a efectos de determinar la existencia de este último presupuesto.

Además de los presupuestos enunciados, es importante aclarar que, para la imposición de esta medida de coerción también se deben verificar-en la audiencia- el debate sobre la proporcionalidad, es decir, realizar un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y, sobre todo, la determinación sobre el plazo de duración de esta medida, habida cuenta que, como todas las medidas de coerción personal, esta se rige por el principio de temporalidad, vale decir, la prisión no puede extenderse hasta la realización total del juicio, sino que su duración se debe establecer teniendo en cuenta los plazos máximos que la legislación de forma concreta indica.

La prisión preventiva -también denominada en otras legislaciones como detención preventiva o arresto preventivo- se tiene que imponer respetando los principios que la gobiernan; dentro de ellos: el principio de legalidad, que precisa que una medida de coerción solo se puede imponer cuando ésta se encuentra regulada expresamente en la ley, prohibiéndose, por ejemplo, la aplicación analógica de estas medidas; además de ello, también -como ya se señaló- existe el principio de temporalidad, por el cual las medidas de coerción personal tienen que ceñirse estrictamente al plazo de duración establecido en la ley, al que luego el juez -en una determinación adecuada - tendrá que establecer dentro de ese límite de plazo que ordenará (plazo concreto); además de ello, se tiene que tener en cuenta que la prisión preventiva solo se puede ordenar a pedido de Ministerio Público, esto es, el juez nunca podrá -de oficio- imponer ninguna medida de coerción personal, a esto se le denomina principio de rogación; también es importante señalar que, no se puede solicitar una medida de coerción personal, sin que antes se haya formalizado la investigación preparatoria, así lo señala expresamente el artículo 338 inciso 4 de la norma adjetiva penal, cuando nos dice que: “4. Cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la Ley, deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente”, de ahí entonces que, ninguna medida de coerción se podría imponer si no existe un proceso formalizado, salvo el impedimento de salida que según el acuerdo plenario de la Corte Suprema N° 03- 2009 CJ/116 señala que se puede imponer en diligencias preliminares, en clara contradicción a lo que señala el artículo antes citado.

Cabe mencionar, siguiendo los principios que rigen a la prisión preventiva, que esta medida es proporcional, es decir, solamente se tendrá que imponer cuando la medida sea necesaria y no exista otro

mecanismo menos gravoso que cumpla con la misma finalidad: asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria. Por último y no por ello menos importante se encuentra el principio de variabilidad; este principio que se encuentra recogido en el artículo 255 inciso 2 del código procesal penal y establece que estas medidas son reformables siempre y cuando las circunstancias que originaron la imposición de la prisión preventiva se hayan modificado, de ahí que, inclusive pueden ser variadas de oficio, o tal como ha dicho el Tribunal Constitucional, estas medidas deben ser revisadas de oficio (véase STC recaída en el Exp. N° 03248-2019-PHC/TC). La variabilidad, entonces, es importante porque implica que cada vez que existan más elementos de convicción para la imposición de esta medida, se podría pasar de una comparecencia con restricciones a una prisión preventiva o también se podría pasar de una prisión preventiva a una medida menos gravosa como la comparecencia con restricciones, si los presupuestos originales se desvanecen habida cuenta de la aparición de nuevos elementos de convicción favorables al imputado.

Habiendo señalado la estructura básica del sistema procesal penal peruano, así como la trascendencia y los principios que se deben observar en la imposición de las medidas de coerción personal, en específico, la prisión preventiva; cabe señalar que, la sustanciación de todo el proceso, así como la realización de la audiencia específica de prisión preventiva debe llevarse a cabo con estricto cumplimiento de los principios estructurales del proceso penal, en especial, del derecho de defensa técnica, por el que se debe garantizar los estándares de una contradicción eficaz y no únicamente o formal, por parte de la defensa, de los fundamentos expresados por el Ministerio Público y de los elementos de convicción que este ha recopilado. Además, que se permita acceso a la defensa de los mismos medios defensa, sin que se vea sorprendido por actuaciones repentinas del ente persecutor: “principio de igualdad de armas”, esto es, aquel principio por el que en la ley y en la práctica, todos los actores involucrados en el proceso penal cuenten con las mismas potestades y prerrogativas,

como requisito *sine qua non* para el desarrollo de una defensa eficaz y sobre todo justa. De ahí se deriva la importancia de un balance entre las dos principales figuras del proceso penal: la defensa técnica y el Ministerio Público. Dicho de forma más simple, por este principio, en todas las fases del proceso, así como en la realización de las audiencias en general, y, en especial, de la imposición de medidas que afectan derechos fundamentales como la libertad: prisión preventiva, tanto el fiscal como la defensa técnica del procesado, deben contar con los mismos instrumentos y posibilidades de actuación, con el objetivo primordial de garantizar una defensa integral para el imputado.

A pesar de ello, en la práctica judicial se puede apreciar que constantemente la defensa se ve en desigualdad de condiciones, por la permisividad judicial, donde la defensa no puede realizar una labor eficaz del derecho de contradicción, así por ejemplo, el mal uso de la prueba de oficio, las preguntas del juez sin carácter de aclaratorias, el uso de corroboración de testimonios de colaboradores eficaces con otros colaboradores eficaces, y, la incorporación de pruebas en juicio sin carácter de pruebas nuevas conforme al artículo 373, y, en lo que nos ocupa en la presente investigación: La incorporación de nuevos elementos de convicción no consignados ni recogidos en los primeros recaudos, distintos a los que se encuentran en el requerimiento fiscal escrito de la prisión preventiva.

Como muestra de la problemática que se presenta en la realidad judicial, donde se permite que en la audiencia se introduzca, elementos de convicción que no han sido recogidos en el requerimiento y que generan gran margen de indefensión, se cita lo sucedido en audiencia de prisión preventiva del expediente 0677-2022-2001-JR-PE-0, donde se pone en evidencia que el representante del Ministerio Público, incorpora nuevos elementos de convicción, dejando en desventaja al abogado de la defensa. Esto ha hecho que se cree una práctica contraria al respeto del derecho

defensa y el derecho a la igualdad de armas, así como el desconocimiento del principio de variabilidad de las medidas de coerción, que se denomina: “integración del requerimiento de prisión preventiva”, que no encuentra regulación en la norma adjetiva, y que es por demás lesivo de los derechos y principios ya señalados. No puede el Ministerio Público so pretexto de su función constitucional de ser titular de la acción penal, atropellar derechos fundamentales del procesado, pues eso sería ir en contra de la prohibición de arbitrariedad de los actos fiscales.

A pesar de la postura que se ha esbozado acá es necesario señalar que coexisten, al respecto, dos posturas enfrentadas: La primera esgrime que si existe la posibilidad de que el ente persecutor “integre” los requerimientos en los que se solicita la citada medida de coerción, ello teniendo como fundamento la primacía de la realidad, tomando en consideración que existen actos que realiza el fiscal durante la investigación y que permiten la generación de nuevos elementos de convicción que posibilitan establecer la vinculación del investigado o procesado con los hechos fácticos que se le imputan; el representante del Ministerio Público como, bien lo señala la propia Constitución, es el representante de la sociedad y, por tanto, tiene la facultad de hacer integración del requerimiento, en función a su facultad constitucional de ser el titular de la acción penal, tal y como sucede, por ejemplo, en los requerimientos propios de la etapa intermedia como el sobreseimiento o el de acusación.

Se sustenta esta postura además de lo señalado en el artículo 159 de la Constitución, en el artículo IV del título preliminar del código adjetivo penal, puesto que como ya se señaló, el fiscal es el titular de la acción penal y en los delitos de ejercicio público de la acción penal está obligado a actuar inclusive de oficio. Se señala en clave de fundamento también que, los actos de investigación pueden variar, pueden ampliarse o pueden inclusive mutar, por imperio del principio de variabilidad; entonces, según esta postura, se ha concluido que si

se generan nuevos actos de investigación que modifican la situación del investigado, entonces se puede integrar el requerimiento de prisión preventiva debido a que la investigación preparatoria se encuentra en curso. Se sustenta también – aunque sin mayor argumentación fuerte- esta postura en el artículo 64 numeral 2 del código adjetivo penal que señala lo siguiente: “...procederá oralmente en las audiencias y en los debates, y, por escrito en los demás casos”, esto es, se entiende aquí que basta con una motivación de carácter oral para evitar cualquier vulneración al derecho de defensa. Por último, uno de los fundamentos de esta postura es lo señalado en el artículo 420 inciso 3 del Código Procesal Penal que permite que se puedan incorporar determinados actos de investigación que hayan sido actuados de forma posterior a la interposición de alguno de los recursos que la ley establece, por tanto, se dice, esta facultad de integrar no solamente propia del fiscal sino de las demás partes.

La segunda postura, señala no puede ser objeto de integración, ello en mérito a lo establecido en el principio de legalidad, regulado en la Constitución Política del Estado, en el artículo 2 numeral 24, literal b), por el cual no está permitida "forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley". El artículo VII numeral 3 del Título Preliminar del CPP, señala "la Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos"; no hay prescripción legal (principio de legalidad) -en la norma procesal- que habilite al fiscal, como ente persecutor, a que tenga la facultad de la integración del requerimiento de prisión preventiva, en virtud a ello, la incorporación de nuevos elementos de convicción que no hayan sido recogidos al inicio o en los primeros recaudos tienen calidad de actos de investigación sorpresivos que afectan el derecho de defensa por resultar sorpresivos, además del de igualdad de armas. Se decanta,

esta postura, por señalar que, si bien es cierto, los actos de investigación se pueden ir dando gradualmente y estos pueden ampliarse, ello es propio de la investigación preparatoria, y no es un fundamento que por analogía se pueda usar en la prisión preventiva, debido a que en esa audiencia se pone en discusión un derecho tan fundamental como lo es la libertad de la persona. A ello habría que agregar que el principio de variabilidad, más bien permite que si existen nuevos elementos de convicción, obtenidos de forma posterior la fiscalía pueda -en otra audiencia- elaborar un nuevo requerimiento de prisión preventiva, si el primero fue declarado infundado.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que impide la incorporación de nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva en el proceso penal peruano?

1.3. OBJETIVOS:

1.3.1. Objetivo General:

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos que impide la incorporación de nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva en el proceso penal peruano.

1.3.2. Objetivos Específicos:

1. Establecer que no existe regulación legal expresa que permita la incorporación de nuevos elementos de convicción en la prisión preventiva, posteriores al requerimiento fiscal.
2. Explicar de qué manera el principio de variabilidad no permite que se integre el requerimiento de prisión preventiva con nuevos elementos de convicción.
3. Determinar cómo los principios de legalidad, igualdad de armas, defensa, sustentan la prohibición de la integración del requerimiento de prisión preventiva en la audiencia.

4. Establecer cuál es el momento oportuno para incorporar elementos de convicción en caso que se requiera prisión preventiva.

1.4. VARIABLES:

1.4.1. Variable independiente:

- Incorporación de nuevos elementos de convicción

1.4.2. Variable dependiente:

- Igualdad de armas, derecho de defensa, legalidad y variabilidad

1.5. JUSTIFICACIÓN:

Esta investigación se realizará, con el propósito de dar a conocer el uso que se le da al principio de igualdad de armas en audiencias de prisión preventiva en los juzgados de Investigación Preparatoria, ello en atención a la desventaja a la que se enfrentan los defensores públicos o privados, cuando el representante del Ministerio Público hace integración de nuevos elementos de convicción, sin previo conocimiento del abogado de la defensa, ocasionando una desventaja y una vulneración al derecho de la defensa del investigado. Por lo cual el presente trabajo consistirá en delimitar algunas conceptualizaciones respecto al tema, así como diversas bases doctrinarias y legales con el fin de dar una posible solución.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

2.1.1. Antecedentes a nivel internacional:

- Tenemos el trabajo de investigación de Gonzales (2017) denominado “El Principio de igualdad de Armas en el Proceso Penal: Análisis del Rol del Ministerio Público y del Acusador Privado”, para obtener el grado de Maestría, para la Universidad Libre de Colombia Instituto de Posgrado Maestría en Derecho Penal Bogotá, en el que como una de sus conclusiones manifiesta que: “La presencia del Ministerio Público, representa en esencia un desbalance en el proceso penal, y con ello una vulneración directa al principio de igualdad de armas, ya que éste a pesar de su calidad de interviniente especial (y no de sujeto procesal), le asisten o se le reconocen facultades en el ámbito probatorio y procedimental, que afectan el equilibrio del proceso. Este antecedente de investigación aporta a mi objeto de estudio toda vez que brinda un mayor enfoque y permite comparar dicha situación con la realidad del sistema penal peruano a efectos de establecer un mejor análisis sobre la situación planteada”.

2.1.2. Antecedentes a nivel nacional:

- Tenemos el trabajo de investigación de Gómez (2015) con su tesis de postgrado denominada “Conflictos jurídicos en la función del fiscal ante la afectación del principio de igualdad de armas en el proceso penal, Arequipa 2015” para obtener el grado de maestro en derecho constitucional por la Universidad Católica de Santa María, en el que como una de sus conclusiones manifiesta que, “los conflictos jurídicos que se presentan en la función del fiscal y que afectan del principio de igualdad de armas, se encuentran en los alcances de los incisos 1 y 2 del artículo 159° del cuerpo normativo constitucional donde se opondrían al rol de acusador que debe desempeñar el fiscal en el ejercicio de su función, y que no es coherente que el que investiga para luego acusar, sea el mismo que garantice la

debida adecuación de las actuaciones de los demás operadores jurídicos a la ley o la defensa del imputado; por lo que, no puede entenderse en la posibilidad del equilibrio que debe existir entre las partes”.

2.1.3. Antecedente a nivel local:

- Tenemos el trabajo de investigación de Moncada (2019) con su tesis denominado “Vulneración al principio de igualdad de armas entre la Defensa Pública y el Ministerio Público respecto a la prueba pericial en el proceso penal peruano” para obtener el título profesional de abogado por la universidad Cesar Vallejo. El trabajo tiene como objetivo general evidenciar la vulneración al principio de igualdad de armas entre la Defensa Pública y Ministerio Público en la realización de la prueba pericial en el proceso penal Peruano, asimismo el presente trabajo tiene un método de investigación deductivo, asumiendo como conclusión principal que “si se vulnera el principio de igualdad de armas entre el Ministerio Público y la defensa pública por lo que se debe crear un órgano autónomo independiente encargado de la realización de prueba pericial que brinde un servicio igualitario e imparcial. Este antecedente de investigación aporta a mi objeto de estudio toda vez que me va a permitir reforzar las circunstancias en las que se ve vulnerado el principio de igualdad de armas y analizar la vulneración de derechos humanos que le son propios al investigado”.

2.2. MARCO TEORICO

CAPÍTULO I

El proceso penal

A. El proceso penal

1. Definición

El proceso penal es aquel elemento de vida política de un país, siendo que decide como se regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, siendo capaz de determinar si la persona puede seguir en libertad o no. Según Reátegui (2018):

El proceso penal es la lucha eterna entre el interés represivo de la sociedad por mantener su “seguridad” y el interés del individuo por mantener su “libertad” dentro del proceso. La búsqueda de un equilibrio razonable y adecuado de esos intereses constituye una meta que nuevamente debe basarse en una concepción dualista del proceso, que lo considere a este como un instrumento formal de la justicia y como una garantía individual, dentro de un marco constitucional que la condicione. (p. 6)

Este proceso trata de examinar una pretensión punitiva del Estado mediante una imputación penal, se considera que la finalidad es la búsqueda de la verdad y certeza en cuanto al hecho concreto y a la aplicación de sus concurrencias; sin embargo, el derecho procesal penal no es manera exclusiva de asegurar la realización del Derecho Penal, sino que asegura la realización de los derechos que giran en torno al proceso penal, considerando a la libertad y defensa. Asimismo, al ser el Estado en el proceso penal titular de la pretensión; es decir, aplicar la ley penal, y tiene la potestad de sancionar gracias al ius puniendi, pero sometiendo su pretensión a los órganos jurisdiccionales.

Menciona Calderón (2011), “El proceso penal comprende un conjunto de actos consecutivos y concatenados generados por la comisión de

un hecho punible y dirigido a un fin: la aplicación de la sanción” (p. 17).

2. Características

Como características principales encontramos que, los actos son realizados por los órganos jurisdiccionales que fija la Ley, siendo que el Estado no podrá juzgar y sancionar sin tener un proceso previo y aplicar la ley de acuerdo con el caso en concreto. A su vez, posee carácter instrumental, dado que mediante él se aplica la norma del derecho penal sustantivo, el procesal regula la realización del Derecho Penal objetivo y se constituye por actos en el que se resuelve la punición del reo. Otra característica es que tiene naturaleza de un proceso de cognición, ya que el Juez Penal parte desde la incertidumbre de la comisión del delito y responsabilidad mediante la actividad probatoria para poder llegar a la convicción de dichos aspectos; hay tres niveles de conocimiento en un proceso penal, siendo estos la probabilidad, posibilidad y certeza. El Juez Penal no conoce de forma directa los hechos, sino que conoce afirmaciones las cuales son hipótesis cuya confirmación se efectúa en el proceso. Por otro lado, el proceso penal es quien genera derechos y obligaciones entre las partes procesales, reconociendo intereses y pretensiones enfrentados en algunos casos. El Juez debe motivar sus resoluciones, derecho de defensa del inculpado, etc.; asimismo, este proceso no desaparece ni adquiere fisonomía diferente por voluntad de las partes. Menciona Flores (2016):

El proceso penal se forma por actos de interacción secuenciadas de las personas que intervienen en la misma, para averiguar la verdad del hecho con relevancia penal, si es delictuoso y si el presunto autor es el responsable, todo ello orientado a la decisión jurisdiccional. (p. 63)

3. Objeto

Su objeto principal es la investigación del acto delictivo, siendo confrontado por los tipos penales, cabe precisar que se debe también

buscar la restitución de la cosa de la cual se privó al agraviado o la reparación del daño que se produjo con la comisión del delito; es decir, debe existir un hecho o acto humano que encuadre en un tipo penal, siendo atribuido a una persona física en el grado de autor, coautor, instigador o cómplice. Según San Martín (2015), “El proceso penal también se ocupa de declarar y restablecer el derecho a la libertad del inocente, derecho que tiene u ostenta una posición preferente a la potestad sancionadora” (p. 11).

Es así como es la lucha que se da entre el interés represivo de la sociedad por mantener la seguridad y el interés de los individuos por su libertad dentro del proceso, su objeto radica en la búsqueda adecuada de los intereses, siendo una meta que se basa en una concepción dualista del proceso, concierne como instrumento formal de la justicia y como garantía individual en el marco constitucional.

B. El proceso penal común

1. Definición

Este proceso se lleva con el fin de que al final se promulgue una sentencia, por lo que a través de este proceso se actúa la jurisdicción y reafirma la norma jurídica infringida, siendo que es justo proceso debe tener como finalidad el hacer justicia, fomentando el ejercicio de un derecho de decisión sobre los méritos. También, este proceso se divide en tres fases: Investigación preparatoria, etapa intermedia y etapa de juzgamiento. Este proceso tiene como fin determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, como identificar al autor o partícipe, así como a la víctima y la existencia del daño ocasionado.

2. Características

Como característica notable se precisa que consta de tres etapas cada una con un fin propio, manteniendo como eje al principio de contradicción, investigación preparatoria, etapa intermedia y la de enjuiciamiento. A través de este proceso se produce la acción que es

el poder jurídico, cuyo ejercicio conlleva a la puesta en conocimiento de una acción criminal, solicitando la apertura del proceso penal o enjuiciamiento. Finalmente, según Neyra (2015):

En nuestro ordenamiento, en el ámbito del proceso penal, se ha estructurado el rol de los sujetos procesales de manera que es al Fiscal a quien le corresponde la titularidad de la acción penal, lo que implica que sobre él recae la función de incoar el proceso, de poner en marcha el aparato jurisdiccional. (p. 127)

3. Fases

3.1. Investigación preparatoria

En esta fase inicial perteneciente al proceso penal común, siendo destinada a actos de investigación, a los actos que reúnan información que permite sustentar la imputación a efectuar mediante la acusación, ya que en ella se realiza la preparación para el ejercicio de la acción penal mediante el planteamiento de la pretensión punitiva en la acusación, siendo posible reunir información de descargo. Esta etapa se conforma por dos fases; por un lado, las diligencias preliminares y la otra etapa es la investigación preparatoria propiamente dicha, ambas teniendo sus propios plazos y razón de ser. Según Oré (2016):

La fase de investigación preparatoria está a cargo del fiscal y comprende las diligencias preliminares y la investigación formalizada. Tiene por finalidad reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación; y en su caso, al imputado preparar su defensa. (p. 67)

Asimismo, tiene características como que es dirigida por el Ministerio Público, la labor de investigar pertenece a la Fiscalía, incluyendo diligencias preliminares que realiza la Policía Nacional, convirtiéndose en un auxilio técnico del Fiscal; se destina a suministrar evidencias que sirven para quebrar el principio de presunción de inocencia, lo que recae en el Ministerio Público; el

plazo es de 120 días naturales, siendo que por causas justificadas el Fiscal puede prorrogar el plazo por única vez hasta 60 días naturales adicionales, el plazo será de 8 meses cuando se trate de investigaciones complejas; en este supuesto, la prórroga por igual plazo debe ser concedida por el Juez de Investigación Preparatoria.

3.2. Fase intermedia

Esta fase comprende la audiencia preliminar, la que se diseña para sanear el proceso, controlando los resultados de la investigación preparatoria y preparar lo que se necesita para el juzgamiento; se debe tomar en cuenta la imputación, verificando que la acusación no contenga algún error, en cuanto a los nombres que no corresponden, el delito difiere de aquel que fue materia de investigación, que este sujeto a controversia; y, las pruebas que deben ser actuadas en el juzgamiento. En esta etapa se puede presentar el sobreseimiento o la acusación.

En los incisos 1 y 2 del artículo 348 del NCPP, contiene dos clases de sobreseimiento, pudiendo ser total o parcial; el primero contiene a los encausados y todos los delitos, siendo genérico con opción propia de litis consorcio necesario, por mérito se archiva de forma definitiva el proceso y deja sin efecto tipos de medidas provisionales o cautelares; en cuando al sobreseimiento parcial, solo se circunscribe a algún tipo de delito o imputado. Por lo tanto, para el sobreseimiento, el fiscal hace efectivo el requerimiento en los supuestos: Cuando el hecho materia de proceso no se realizó, cuando no se puede atribuir al procesado, al no ser típico el hecho imputado, al concurrir causas de justificación o exculpación o excusas absolutorias.

Según Calderón (2011):

La parte afectada por este requerimiento podrá formular oposición a la solicitud de sobreseimiento dentro del plazo establecido. El escrito de oposición deberá ser debidamente fundamentado. Se puede solicitar la realización de actos de investigación adicionales,

para lo cual se deberá indicar su finalidad y los medios de prueba por realizar. (p. 321)

En cuanto a la acusación, se considera un mecanismo para acelerar el proceso, sin que se realice la etapa de investigación preparatoria, el fiscal puede formular la acusación mediante las diligencias preliminares; siendo estas, informe policial, observar condiciones de perseguibilidad y punibilidad.

Según Rosas (2009):

La importancia de este sistema radica en que la acusación fiscal determina la competencia del juzgador, orienta la prosecución de la investigación, la producción de las pruebas sienta las bases sobre la que se desarrollará el debate oral y demarca el área en la cual deben desenvolverse los sujetos del proceso. (p. 577)

Asimismo, en la etapa intermedia, el fiscal formula la acusación y el juez correrá traslado de esta a los sujetos procesales para que absuelvan el traslado de esta.

3.3. Juzgamiento

Es la etapa estelar del proceso penal, en esta etapa se produce la realización de actor de prueba, efectuándose el análisis y discusión para lograr convencer al Juez sobre determinada posición, esta fase se realiza sobre la base de la acusación. El juzgamiento se caracteriza por ser público y oral, salvaguardando los derechos del imputado, no solo del inculpado, sino de los demás sujetos procesales como persecutor público, víctima y tercero civil responsable, considerando los principios que sostienen la estructura intra-normativa del nuevo CPP. Menciona Reátegui (2018):

La oralidad es una característica inherente al juicio oral se “impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realizan utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente; esto es, el medio de

comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia, la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada”.

El juicio oral es la actividad que dirige el órgano jurisdiccional juzgador, preordenada por ley y con la intervención de los sujetos procesales, siendo el objeto el análisis de la prueba actuada y debatida en la audiencia regido por principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, culminando en la expedición de la sentencia o resolución definitiva.

4. Recursos en el proceso penal

Encontramos como recursos a: Recurso de reposición, recurso de apelación, recurso de casación y al recurso de queja.

En cuanto al recurso de reposición, es aquel medio impugnatorio ordinario, que procede contra decretos y se reclama su revocatoria o modificación ante la instancia que los dictó, el NCPP fija que el plazo para interponer este recurso es de dos días de conocido o notificado el decreto, según el artículo 415 del CPP en el párrafo 2 dispone que el recurso se interpone por escrito, en el caso que el Juez considere necesario conferirá traslado por un plazo de 2 días, vencido dicho plazo resolverá su contestación o sin ella; en cuanto la resolución impugnada fue expedida en audiencia, el recurso será interpuesto verbalmente y resolver de inmediato.

Como segundo recurso encontramos a la apelación, es el medio impugnatorio más conocido y tradicional, siendo que debe revisar una resolución por el superior jerárquico, a fin de dejar sin efecto o sustituir por otra cosa que sea acorde con la ley, con el fin de determinar un nuevo estudio del problema que plantea la resolución y remediar un error judicial. Se encuadra en él la apelación plena que consiste en concebir la segunda instancia como un proceso nuevo, pretendiendo lograr una decisión basada en la totalidad del material probatorio aportado y debatido en primera instancia, así como en los hechos y pruebas recién incorporadas de forma posterior a su finalización. La

segunda, es la apelación limitada concerniente a la actividad del órgano ad quem, es de control y no de creación, no contemplando la posibilidad de actuar las pruebas en el trámite del recurso de apelación, salvo la prueba instrumental, se precisa que la segunda instancia debe encargarse de la revisión del primer proceso.

En cuanto al recurso de casación, se debe afirmar que este recurso como remedio supremo extraordinario contra sentencias de los tribunales superiores que se dictan contra la ley, la doctrina admitida por la jurisprudencia o faltando trámites importantes para el proceso; a su vez, es un recurso limitado a cuestiones de Derecho, ya que no se puede controlar a través de la valoración de la prueba.

Finalmente, el recurso de queja siendo un medio impugnatorio ordinario con el objeto de que el superior reexamine la resolución que deniega un recurso, es un recurso especial dado que mientras los demás tienden a revocar la resolución impugnada por errores in iudicando o in procedendo; por otro lado, la queja apunta a obtener la admisibilidad de otro recurso denegado. Según Sánchez (2009), "Este recurso tiene una naturaleza excepcional, recurrente de la negativa del órgano jurisdiccional para admitir una impugnación. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr se conceda la impugnación deducida y negada" (p. 427). Finalmente, este recurso procede en dos casos: primero cuando el juez declare inadmisibles un recurso de apelación; y, cuando la Sala Superior declare inadmisibles un recurso de casación.

5. Los sujetos procesales

Se comprende como sujetos procesales dentro del proceso penal al Juez Penal, Ministerio Público, imputado, actor civil y al tercero civilmente responsable; en cuanto al NCPP se incluyen a la víctima y personas jurídicas sobre las que recaen medidas previstas en los artículos 105 y 105 del Código Penal. Por lo que se precisan a sujetos procesales principales y auxiliares; en cuanto a los primeros, son aquellos que intervienen en el desarrollo del proceso con facultades

de decisión, siendo ellos el Juez Penal, inculpado, Ministerio Público, víctima, actor civil, tercero civilmente responsable y personas jurídicas. En cuanto a los auxiliares, son los intervinientes en el proceso, pero de manera secundaria siendo que su participación no es decisiva, siendo ellos los testigos, peritos y auxiliares jurisdiccionales. Según Arana (2014):

En cuanto a la intervención de los sujetos procesales en las audiencias se establece que toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas; pues está prohibido dar lectura a escritos. Por ello, se recomienda en los alegatos usar un discurso esquematizado e improvisado, en vez de un discurso rígido, leído o memorizado. (p. 29)

Finalmente, es el Juez quien actúa bajo una figura imparcial y objetiva, determinando cual de estos tiene razón en base a las pruebas efectuadas en el juicio para la redefinición del conflicto, las atribuciones de los sujetos procesales en un sistema acusatorio tienen que mantener consonancia con la premisa característica de este sistema que consiste en la distribución de roles y funciones, permitiendo que los litigantes prueben sus alegaciones con lo que se encuentre a su alcance pero siempre dentro del marco legal.

CAPITULO II

Las medidas de coerción

1. Definición

La coerción procesal contiene un conjunto de medidas sobre la persona del inculcado y bienes, las que pueden tratar sobre limitación a la libertad ambulatoria o la disponibilidad de ciertas cosas, las medidas de coerción se pueden definir como restricciones al ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o terceros, que se imponen tras el transcurso de un procedimiento penal para garantizar los fines de este. Asimismo, se fundamentan sobre la necesidad de asegurar que la persona o cosa se encuentren a disposición de la justicia en el momento necesario, siendo que en el desarrollo del proceso se pueden dar una secuencia de actos del imputado o terceros para rehuir el juicio o distorsionar la actividad probatoria. Cabe precisar que las medidas provisionales toman funciones cautelares o aseguratorias de la prueba y tuitivas-cercivas. Según Flores (2016):

Las medidas de coerción procesal son también instrumentos de naturaleza judicial provisional, que hace uso el Órgano Jurisdiccional para proteger el proceso penal, garantizar que se lleve a cabo el Juzgamiento y lograr la efectividad de la sentencia en el proceso penal. (p. 358)

2. Clases

De acuerdo con la doctrina y al ordenamiento procesal se toma en cuenta: las medidas de naturaleza personal, las que recaen sobre la persona del procesado o terceros, buscando limitar la libertad física, estas contienen efecto de mero aseguramiento, dentro de ella encuadran la prisión preventiva, mandato de comparecencia, así como la incomunicación; considerando que la privación de la libertad se considera una de las medidas más graves que se adoptan en un proceso penal y debe ser meditada por el Juez. En esta misma línea, se encuentra las medidas de naturaleza real las que recaen sobre el patrimonio del procesado o terceros, limitando la libre disposición; este tipo de medidas tienen 4 efectos; primero el aseguramiento, caracterizado por mantener la

situación adecuada y posteriormente se pueda efectivizar la sentencia en cuanto a responsabilidad civil. El segundo es de conservación, constituye a un mecanismo que permite mantener los medios de prueba en el proceso y que el Juez Penal ejerza inmediatez. También, la de innovar que es quien permite la modificación de las circunstancias actuales, evitando la continuación de la vulneración o peligro para el bien jurídico; y el de no innovar, que es para mantener las determinadas condiciones o situación.

Encontramos a las medidas de coerción personal y real; las iniciales contienen a la detención policial, arresto ciudadano, detención preliminar judicial, prisión preventiva, comparecencia, internación preventiva, impedimento de salida y conducción compulsiva. Las medidas de coerción real contienen al embargo, desalojo preventivo, pensión anticipada de alimentos y la incautación. Según Rosas (2013):

Como se advierte, las medidas de coerción personal recaen sobre la persona del imputado, y restringen así algunos derechos que son protegidos por la Constitución Política. Las medidas de coerción real afectan el patrimonio del inculcado o del tercero civilmente responsable. (p. 472)

3. Principios

Podemos encontrar como principios de las medidas de coerción:

Principio de legalidad, este tiene su sustento en el artículo 2 inciso 24 del literal b, el cual establece que no se permite alguna forma de restricción de la libertad personal, excepto los casos fijados en la ley. El artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución fija que la detención se produce mediante orden judicial o por flagrancia, por lo que no se aplican medidas coercitivas que no sean reguladas por el CPP 2004.

El principio de necesidad, por el que se aplican estas medidas cuando son necesarias para fines del proceso, considerando que la presunción de inocencia comprende un trato como inocente, siendo la regla la libertad y la excepción es la detención. Otro principio importante es la

proporcionalidad, el cual comprende a la equivalencia que debe existir entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. El principio mencionado anteriormente, es la clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho y tiene la función de conseguir la solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo.

En cuanto al principio de prueba suficiente, este concierne la existencia de elementos probatorios de la comisión de un delito que se relacione al procesado como autor o partícipe, pero inicialmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. Por otro lado, el principio de excepcionalidad, en el sistema acusatorio la libertad es la regla y por razones excepcionales se justifica la limitación a este derecho, la regla es dictar comparecencia al imputado al fin de que se presente ante el juez cada vez que se le necesite. Finalmente, el principio de jurisdiccionalidad concierne el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares, deriva del principio de exclusividad de la jurisdicción. A su vez, la jurisdiccionalidad propia de las resoluciones cautelares se fundamenta en la necesidad de que su efectiva materialización en el proceso vaya precedida en un análisis sobre los supuestos que lo condicionan.

4. Las medidas de coerción personal

4.1. Características

Las características que forman parte de este tipo de medidas es que son, cautelares, siendo que no tienen fin en sí mismo, solo tienden a evitar peligros que puedan perturbar el desarrollo del proceso y sus fines; requiere un mínimo de pruebas que justifiquen la adopción de dicha medida en relación con el inculpado; el aquel poder legítimo imponer las mencionadas medidas cuando son necesarias y no se encuentra otra alternativa; a su vez, la medida deberá ser proporcional al peligro que se busca evitar; finalmente, en cuanto a la duración de la medida es su provisionalidad, siendo que si desaparece el peligro que se requiere evitar, termina la prolongación de la medida. Nos menciona Sánchez et al. (2014):

Las medidas de coerción personal están destinadas, tanto a asegurar el juicio oral como a asegurar el cumplimiento de la sentencia. Estas afectan esencialmente la libertad, por ello es que en estas se busca que las medidas más graves tengan alguna alternativa. (p. 769)

4.2. Enumeración

Dentro de las medidas de coerción personal encuadran:

4.2.1. La Detención:

Se comprende como privación de la libertad ambulatoria, esta tiene características como ser de corta duración, con un fin de investigación preliminar; a su vez, se puede catalogar como medida precautelar. Esta figura contempla a la detención policial, arresto ciudadano y la detención preliminar judicial. En el primer supuesto de detención policial, la constitución en su artículo 2 inciso 24 literal f la encuadra condicionándola a la existencia de flagrancia delictiva, siendo aquel delito cuando el agente es descubierto en el momento de su comisión; asimismo, nadie podrá ser detenido sino por un mandamiento escrito y motivado por el juez o autoridades policiales en caso de flagrante delito. En cuanto al arresto ciudadano, es aquella facultad que pertenece a todo ciudadano a privar de la libertad ambulatoria a otro, en casos de delito flagrante con la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad policial; tiene características como que, al tratarse de privación de la libertad practicada por un ciudadano, constituye una facultad, siendo que los ciudadanos no están obligados a realizar tal arresto, también que solo procede en casos de delitos flagrantes. Menciona Sánchez (2009):

En realidad, esta aprehensión ya era práctica conocida, como conocidos eran también los excesos en que se podía incurrir por los ciudadanos, sean víctimas o testigos. Lo que hace el

legislador es regular mejor esta forma de intervención y detención previsto en el art. 260 bajo determinadas reglas. (p. 332)

Al hablar de la detención preliminar por mandato judicial, fuera de los casos de flagrancia, la Constitución autoriza la detención de un ciudadano por mandato motivado por el Juez, puede darse en fase de investigación preliminar o preparatoria; una vez que se produce la detención, la policía pondrá en conocimiento del detenido cual es el motivo de la privación de la libertad, comunicando al Ministerio Público, así como pondrá al detenido a disposición del Juez que ordenó la medida. En relación con lo mencionado, la detención preliminar al igual que la detención policial de oficio será de veinticuatro horas, siendo un plazo común; vencido tal plazo el Fiscal decide si dispone la libertad del imputado o solicita al Juez dictar prisión preventiva u otra medida.

4.2.2. Prisión Preventiva:

Es una medida coercitiva de gravedad mayor. Conlleva a privar de la libertad del imputado mientras dure el proceso, o cuando se varíe por otra medida o cese la mencionada privación.

4.2.3. Comparecencia:

Considerada una medida de coerción personal de menor intensidad que la prisión preventiva, aplicado para casos en los que las necesidades de aseguramiento del imputado no son tan rígidas o los delitos no son graves o siendo de gravedad no cumplen requisitos para imponer un mandato de prisión preventiva. Según Sánchez et al. (2014):

En ese sentido, la comparecencia con restricciones es una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, pues se impone en vez de ella cuando el peligro procesal no es fuerte,

pero existe ciertos indicios de la existencia de ello, de ahí que respeta el principio de proporcionalidad. Por ello, si bien importa una afectación a la libertad, esta es mínima, no como la comparecencia simple pero tampoco como la prisión preventiva. (p. 771)

4.2.4. Detención Domiciliaria:

Es una limitación a la libertad ambulatoria de los imputados a un espacio físico determinado y que por mandato judicial debe cumplirse en su domicilio, en un lugar fuera de una sede penal o penitenciaria. Por otro lado, la detención domiciliaria se cumple en el domicilio del imputado en otro lugar designado por el juez, bajo custodia policial o de alguna institución o persona designada para el efecto.

4.2.5. Internación Preventiva:

Se regula de forma regulada de forma que se considera como una medida alternativa o sustitutiva de la prisión preventiva que se impone a los imputados que padecen de enfermedades psiquiátricas.

4.2.6. Impedimento de salida del país:

Esta medida procede contra el imputado también a pedido del Fiscal, al tratarse de un delito con pena privativa mayor a 3 años y resulte indispensable para la indagación verbal; esta medida es temporal no debe durar más de 4 meses y la prolongación solo procede por un plazo igual.

4.2.7. Suspensión preventiva de derechos:

Estas medidas suponen una restricción provisional de un derecho individual del imputado, siendo que será limitado por una pena de inhabilitación; tiene 2 fines, primero la prevención de la reiteración delictiva y el aseguramiento de la prueba, previniendo que el imputado obstaculice la actividad probatoria.

5. La prisión preventiva

5.1. Definición

Es una medida jurisdiccional que se acoge a instancia del Ministerio Público, cuando sea necesario privar de la libertad al imputado para evitar peligro de fuga o un riesgo en el entorpecimiento de la investigación, está referida a la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez Penal ya sea al inicio o en curso del proceso. Plantea Neyra (2015):

La regulación de la prisión preventiva exige la legítima limitación de los derechos fundamentales y las características que la convierten en una autentica medida cautelar. En un primer plano se encuentran: la legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan. (p. 166)

Es así como la prisión preventiva se entiende como una medida cautelar impuesta por solicitud del Fiscal, una vez que se haya formalizado la Investigación Preparatoria, se fundamenta en la privación de la libertad del imputado, disponiendo su internamiento en un establecimiento penitenciario para garantizar su presencia en el proceso, hasta que culmine; de ser el caso se puede hacer efectiva la sentencia cuando se cumpla los presupuestos del artículo 268 del CPP.

5.2. Presupuestos materiales

Para que esta medida coercitiva se aplique tendrá que estar sujeta a presupuestos materiales, de acuerdo con el artículo 268 del CPP 2004, se debe concurrir a presupuestos como el deber de existir fundados y graves elementos de convicción como autor o partícipe, que la sanción a imponerse sea superior a cinco años de pena privativa de libertad, que el imputado de acuerdo a sus antecedentes y circunstancias del caso particular permita colegir de forma razonable que trate eludir la acción de la justicia. En cuanto al peligro procesal, menciona Calderón (2011):

Es el verdadero sustento de la medida cautelar, que no se presume, sino que debe estar fundado en circunstancias objetivas. Consiste en la posibilidad de que el imputado, por sus antecedentes u otras circunstancias, rehúya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, es decir, existe un peligro de fuga y un peligro de perturbación o de entorpecimiento. De esta manera es tratado en el nuevo ordenamiento procesal, aunque existen diversos problemas referidos a los criterios que debe utilizar el Juez para sustentarlo. (p. 233)

5.3. Duración

En cuanto a la duración de la prisión preventiva, es una manifestación implícita del derecho a la libertad personal encuadrado en el artículo 2 de la Constitución, en el ordenamiento supraestadual en tratados de materia de derechos humanos amparado por el Estado que reconoce este derecho, de acuerdo con el artículo 9 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mencionando que toda persona detenida tiene derecho de ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad. En esta misma línea, el NCPP prevé un plazo en el artículo 272 fijando que la prisión preventiva no durará más de 9 meses y al tratarse de casos complejos no más de 18 meses. Según Calderón (2011):

También se prevé la posibilidad de prolongar la prisión preventiva por un plazo que no será mayor a dieciocho meses. La prolongación será posible por requerimiento del Fiscal y deberá disponerse en una Audiencia. Contra el auto de prolongación cabe interponer recurso de apelación. (p. 240)

5.4. Principios

Como principios pertenecientes a la prisión preventiva, encontramos: al principio de legalidad, precisando que su adopción necesita como presupuesto considerar admisibles las restricciones fijadas en la ley, es así como para que las medidas cautelares sean legales es importante que sean las que ya se fijaron previamente por

la ley. En cuanto al principio de jurisdiccionalidad, precisa que la medida será dictada por una autoridad judicial, no pudiendo ser el fiscal o la policía acordar una medida que afecte la libertad del imputado, es indispensable este requisito, la prisión preventiva restringe un derecho fundamental y en este ámbito la jurisdicción ostenta no solo la última, sino la primera palabra debido a este derecho fundamental.

Otro principio es la motivación, porque toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental tiene que ser motivada, este interés no solo al interés por proteger de forma directa los derechos fundamentales, sino que busca excluir la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente. El principio de excepcionalidad se vincula porque la ley procesal opta por libertad provisional, con el hecho que la investigación se realice en libertad del imputado; precisando que solo excepcionalmente se aplicará una medida como prisión preventiva y solo al ser indispensable.

En esta misma línea, el principio de necesidad se aplica en un sistema democrático conllevando al cumplimiento de exigencias constitucionales, siendo que esta medida se adoptará cuando sea absoluta y estrictamente necesaria para cumplir los fines que justifiquen su aplicación; por otra parte, existe su carácter subsidiario, que obliga al órgano judicial a exigir no solo la concurrencia de presupuestos materiales sino alguna alternativa menos grave para el derecho a la libertad que no conlleve al sacrificio de aquel derecho fundamental. En cuanto a la audiencia, conlleva a que esta medida se dicte en audiencia y con presencia del imputado; con respecto al Juez, que dentro de 48 horas posteriores al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva, con la concurrencia del Fiscal, imputado y abogado defensor. Como último principio se encuentra la proporcionalidad, siendo que para que se prive de la libertad a un individuo se debe exigir un fin constitucionalmente legítimo; se visualiza un juicio de ponderación

de forma que el sacrificio de libertad de la persona sea razonable a comparación del fin de la medida; debe existir equivalencia entre la intensidad de la medida y la magnitud del peligro procesal.

5.5. Jurisprudencia más relevante

El Recurso de Casación No. 626-2013-Moquegua precisa que los fundado y graves elementos de convicción es el primer requisito indispensable que exige la prisión preventiva. A su vez, para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo deberá existir un alto grado de probabilidad de ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria, valiéndose de toda información oralizada y acopiada hasta ese momento. A su vez, es desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida.

Asimismo, el Recurso de Casación No. 631-2015-Arequipa menciona que el peligro procesal es el elemento importante para valorar en un auto de prisión preventiva, el peligro de fuga se refiere a la posibilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia evitando que sea juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le puede imponer.

5.6. Derecho comparado

En el derecho comparado la mayoría de las legislaciones estableció una manera explícita de límite temporal máximo de duración de la prisión preventiva, se puede observar que países como Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela fijaron revisiones de oficio en la mayoría casi absoluta de casos en un plazo de tres meses a excepción de Chile que es cada seis meses, con esto se refuerza al sistema a estar en permanente proceso de revisión acerca si los supuestos que la autorizan están vinculados a parámetros permitidos por principios básicos del

sistema como la excepcionalidad y proporcionalidad. Finalmente, según Neyra (2015):

La prisión preventiva al ser la medida más grave que afecta de manera insoslayable la libertad, uno de los derechos más importantes dentro del sistema de derechos constitucionales, debe de ser tomada siguiendo las reglas del principio de proporcionalidad, en este sentido solo será procedente cuando no exista otra manera de resguardar el proceso (sub-principio de necesidad), por ello se instaura en el proceso penal la comparecencia, pues es necesario que existan alternativas a la privación de la libertad en sede cautelar. (p. 198)

CAPÍTULO III

El principio de variabilidad

1. Definición de principios

Los principios constitucionales son aquellos auxiliares para el conocimiento y comprensión global del sistema jurídico, siendo la base del ordenamiento jurídico; a su vez, son elementos que dan racionalidad y lógica en un sentido de cohesión y unidad al ordenamiento jurídico, proporcionando coherencia, logicidad y orden interno al sistema jurídico. Por otro lado, los principios procesales son conceptos jurídicos, ideas rectoras y orientadores de la actividad procesal, responden a exigencias elementales de justicia perceptibles por personas no deshumanizada.

Menciona Angulo et al. (2020):

Como bien puede apreciarse, la búsqueda de la legalidad, así como el respeto a los principios y los derechos de las personas, es una preocupación transversal al Código Procesal; pero, de todos modos, también se requiere cumplir con el trabajo adecuadamente persecutor del delito. (p. 385)

2. Las reglas y los principios

En cuanto a las reglas son normas que no necesariamente necesitan cumplirse; por el contrario, los principios son normas que ordenan que se deben realizar de la mejor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. El CPP esta precedido por un conjunto de normas directrices, que lo conforman: principios, derechos y reglas del procedo; los mencionado constituyen garantías procesales que representan conquistan del derecho liberal y manifiestan características de la política estatal, constitucionalizando los principios procesales penales de acuerdo con un Estado democrático de derecho. Según Flores (2016):

Las garantías procesales, hacen referencia a los derechos de los sujetos que intervienen en la relación procesal, función fiscal, jurisdiccional y el

debido proceso, valorando el respeto a la dignidad de la persona humana que informa el proceso penal acusatorio, que se corresponde con un Estado democrático de derecho. (p. 104)

Es así que nuestro sistema procesal penal se rige por un conjunto de normas directrices que conforman el Título Preliminar, son normas imperativas con carácter de obligatorio cumplimiento de acuerdo a la interpretación de la norma procesal; los principios, normas, reglas y derechos fundamentales consagran el Título Preliminar, constituyendo garantías para la persona y conformando un conjunto estrechamente vinculado entre sí.

3. El estándar de sospecha de la prisión preventiva

Cabe precisar que al ser la prisión preventiva una medida grave aplicada a los imputados por la comisión de un delito se requiere fundados y graves elementos que conlleven su aplicación; es decir, sospechas fuertes o graves. Por lo que la privación de la libertad siendo una medida de las más graves deberá ser meditada por el Juez antes de decretarla.

Por lo tanto, al presentar un carácter intrínsecamente problemático, se encuentra en una situación de diálogo tensa con la presunción de inocencia; por eso, desde los Tribunales Internacionales se reclama que su adopción se produzca de forma responsable y respetuosa con el principio de proporcionalidad y manteniendo un carácter excepcional.

4. La variación de la prisión preventiva

La variación, así como los principios de proporcionalidad y necesidad se funda en la cláusula *rebus sictantibus*, la misma precisa que las medidas de coerción procesal, así como la prisión preventiva se podrán modificar o sustituir al surgir circunstancias “nuevas” que tengan influencia en las razones que el juez tuvo al momento de decretarlas. Del mismo modo, los principios de proporcionalidad y necesidad toman en cuenta que la prisión preventiva está sujeta a un juicio de ponderación entre los fines seguidos por dicha medida y el grado de afectación en los derechos del procesado. Plantea Oré (2016), “La procedencia de cualquiera de estos, entre otras

circunstancias que mencionaremos posteriormente, tiene como efecto el cese del régimen cautelar de la medida de coerción en referencia” (p. 157).

5. El cese de la prisión preventiva

Los imputados que se encuentren bajo dicha medida podrá solicitar su cesación o sustitución, la cesación de la prisión preventiva se presenta al existir nuevos elementos de convicción que indiquen que no concurren motivos para la imposición de esa medida, por lo que será sustituida por otra; asimismo, es posible que cese y se varíe la medida de prisión preventiva a través del control judicial periódico de subsistencia de todos y cada presupuesto de la medida siendo dicha obligación impuesta partiendo del principio de provisionalidad. Según San Martín (2020), “La petición de cesación puede ser solicitada por el imputado las veces que lo considere pertinente. Sin embargo, en función a la decisión precedentemente emitida, deberá subsanar, cumplir o tener presente lo que se exija en la resolución judicial precedente” (p. 697).

6. La revocatoria de la prisión preventiva

En cuanto a la revocatoria de dicha medida, se produce si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece frente a diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exigen el auto de prisión preventiva en su contra. Menciona San Martín (2015):

Conforme al art. 279 NCPP si se presentan indicios delictivos fundados de que el imputado libre está incurso en los presupuestos materiales de la prisión preventiva (art. 268 NCPP), puede emitirse un auto fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva; cuya emisión está condicionada, conforme al principio de rogación, que lo inste el fiscal. Es, sencillamente, una expresión del elemento de variabilidad que informa toda medida de coerción. Para acordar esta medida debe celebrarse una audiencia, que se realizará únicamente con los asistentes que concurren. El juez de la investigación preparatoria decide en el mismo acto o dentro

de las 48 horas. Contra el auto que se emite, procede apelación con efecto devolutivo, no suspensivo. (p. 467)

7. Revisión de oficio de la prisión preventiva

Está referida a la obligación del Estado para que mediante los jueces cada cierto tiempo se evalúen las circunstancias que pueden surgir luego de imponerse la medida de prisión preventiva para decidir el cambio por una medida menos lesiva, esto. Según Arbulú (2015), “La ejecución de la prisión preventiva corre a cargo del tribunal que la dictó (art. 150). Tiene la obligación de supervisar, y conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida” (p. 487).

Es así como al ser la prisión preventiva una medida de coerción severa aplicada al imputado, el Tribunal que dictó la medida tiene que supervisar su aplicación cada cierto tiempo.

8. La audiencia de prisión preventiva

Se encuentra fijada en los apartados 1 y 2 del artículo 271 del NCPP, siendo que para llevarse a cabo se requiere el requerimiento o solicitud del Representante del Ministerio Público, así como observar el plazo de 48 horas siguientes al requerimiento para la realización, también la concurrencia del fiscal requiriente del imputado y abogado defensor. Esta audiencia es manifestación no solo del principio procedimental de oralidad, sino necesariamente de contradicción en el proceso, tanto el imputado como el abogado defensor cuentan con la oportunidad de contradecir la propuesta de prisión preventiva del Ministerio Público. Por otro lado, el juez de investigación preparatoria dicta el decreto de citación a la audiencia de prisión preventiva dentro de 48 horas del requerimiento fiscal; se comprende que si no se pide dicha medida procede la excarcelación y es automática la conversión de la medida en comparecencia, salvo que se pida una medida alternativa o de comparecencia con restricciones.

9. La audiencia de revocatorias de prisión preventiva

Este derecho pertenece al imputado, el solicitar la cesación de la prisión preventiva, siendo que esta potestad al imputado tiene limitaciones son formales, sino también materiales, referidos a la existencia de nuevos elementos de convicción que se desvirtúen los fundamentos que originaron la imposición de dicha medida. Menciona Neyra (2015):

El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados a los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad. (p. 195)

CAPÍTULO IV

El principio de igualdad de armas y Derecho de defensa

1. Análisis del principio de igualdad

Primigeniamente debemos partir por señalar que la igualdad de armas o igualdad procesal es estimada por la doctrina como una proyección del derecho general de igualdad ante la ley - consagrado en toda disposición de origen constitucional y, además, como parte de la garantía del debido proceso. Siguiendo la misma línea, el Tribunal Constitucional peruano informa que la igualdad procesal encuentra asidero en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución y en el artículo 138, inciso 2 al regular el derecho a un proceso debido. En tal sentido, el principio de igualdad de armas ha sido construido sobre base de un derecho fundamental, es decir, que emana de la naturaleza misma del hombre y, cuya protección y ejercicio deben ser garantizado efectivamente por el órgano estatal y la sociedad.

Con relación al principio general de igualdad, Castillo Córdova 2020, ha señalado que “los magistrados supremos comprenden que, la igualdad es un principio-derecho de invocación directa cuya vigencia no está supeditada a la existencia de un marco legislativo, pues goza de naturaleza y valor constitucional y como tal, este informa a todo el ordenamiento infra constitucional. La igualdad, como derecho público subjetivo, proscribire todo tipo de tratamientos discriminatorios que puedan tener su origen en un hecho, en una regulación legal o incluso en la aplicación de una ley que produzca resultado inconstitucional. Con ello, afirmamos tiene calidad erga omnes, a saber, frente a todos; lo que implica que todos los jueces tienen el deber de garantizar la efectividad de este derecho frente a posibles arbitrariedades y desigualdades”.

2. Alcances del principio de igualdad de armas

El profesor nacional y juez supremo Neyra Flores (2015) expresa que “este principio ha sido desarrollado de diversas formas, desde la doctrina, jurisprudencia, leyes constitucionales y procesales, incluso podemos

advertir su importante necesidad en todo proceso judicial porque siempre lo encontramos encabezado en la lista de los principios que rigen un proceso judicial. Se trata pues, de un principio base y esencial en la tramitación de los juicios, sin cobrar importancia la naturaleza del mismo, según el cual las partes que intervienen en un proceso judicial, ya sea como demandante y demandado, ya sea como acusado y acusador; están ubicados en posición idéntica y gozan de las mismas facultades para el ejercicio de sus respectivos derechos”.

La doctrina nacional señala que “la afectación de este principio, por ejemplo, mediante un trato desigual inmotivado, constituiría causal de posibles nulidades procesales por lo que correspondería al órgano juzgador tratar de sanear aquello y equilibrar esta situación” (Oré, 2016). (ARBOLLEDA VALLEJO, 2006), en ese contexto aprecia este principio o garantía como “un principio normativo de aplicación inexcusable e inmediata, cuya protección supone la realización de un juicio en igualdad; y a su vez, implica la prohibición a las autoridades de generar una protección o trato diferente y discriminatorio por justificaciones no objetivas e irrazonables como lo serían las ya proscritas por la Constitución como son, razones de sexo, raza, origen, lengua, religión, etc.”.

Para el gran procesalista Calamandrei este principio tiene como alcance que: “las partes en cuanto piden justicia deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones”; continua el maestro señalando que “debe ir acompañado del desarrollo de aquellos institutos que puedan servir para poner a la parte más débil en condiciones de paridad inicial frente a la más fuerte, a fin de impedir que, a causa de la inferioridad de cultura y de medios económicos, la igualdad de derecho pueda transformarse ante los jueces en una desigualdad de hechos”. A este acto podríamos llamarlo “nivelación social del proceso”; debido a ello, nos explica finalmente que “solo se debe conceder trato favorable a alguna de las partes si existen circunstancias determinantes de que el equilibrio o igualdad en el ejercicio de sus derechos de defensa solo puede

mantenerse con un tratamiento procesal distinto, pero condúcese al mismo” (CALAMANDREI, 1973).

3. Significancia del principio de igualdad de armas en materia penal

La doctrina nacional, explica que “en el marco del proceso penal debe percibirse a la igualdad de armas como uno de los pilares garantista que un Estado Constitucional de Derecho confiere a los sujetos de derecho. De este modo, el principio de igualdad de armas consiste en la garantía de conferir a cada parte del proceso las mismas oportunidades para ofrecer, requerir, solicitar, contradecir e impugnar el acervo probatorio en función a los intereses que representan” (Neyra, 2015).

La trascendencia de esta garantía nos dice San Martín (2020) “es de tal entidad que el legislador lo consagra dentro de las normas rectoras que inspiran a todo proceso penal; situado el mismo en el Título Preliminar de Código Procesal Peruano, artículo I; que a la letra denota lo siguiente: Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código” amplia la idea Neyra (2015) explicando que, este también actúa “como respuesta a posibles hechos arbitrarios o discriminatorios, en afectación del principio de igualdad; (...) Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su videncia”.

Como apunta Elguera (2005) “Lo anteriormente expuesto, muestra la trascendencia que ostenta el principio de igualdad de armas procesales para el ordenamiento jurídico porque además de la protección que se da a nivel normativo y en la aplicación fáctica del derecho, se coloca en la situación de eventuales supuestos de diferenciaciones, en cuyo caso serán los órganos jurisdiccionales los competentes para la aplicación de medidas compensativas que dentro de lo posible intenten ponderar los desniveles o diferencias naturales. Sobre el respecto, emite opinión la Corte Interamericana cuando postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de

compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa de los propios intereses, esto es así porque la prescindencia de estos mecanismos de compensación, ampliamente reconocidos en distintos aspectos del procedimiento, difícilmente se podría decir que aquellos que se encuentran en desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso en igualdad con quienes sufren los mencionados perjuicios”.

4. La igualdad de armas en las etapas del proceso penal

La igualdad de los sujetos en el proceso penal o en la litis penal dice Claría Olmedo (2000), “busca por, sobre todo, mantener el equilibrio entre el poder coercitivo del “ius puniendi” y el derecho de defensa del acusado. Esto debe manifestarse concretamente en el respeto del derecho de acceso del imputado a su defensa en las oportunidades establecidas en la ley, en la oportunidad de ser parte o solicitar actos de investigación, en la abstención de actos dilatorios u hostiles en perjuicio del investigado, en la observancia de los principios de licitud y pertinencia de las pruebas de cargo. Estas señales de protección no solo serán afianzadas al investigado y a los demás partes procesales; sino también que estarán presentes durante todo el iter procesal. Importa, y por muchas razones, que el principio de igualdad tenga presencia durante todo el desarrollo de un proceso judicial, dejando claro que la igualdad no se expresará siempre de la misma forma en todas las actuaciones, porque el mayor o menor grado de incidencia está sujeto a la fase procesal en la que nos encontremos”.

San Martín (2020) expresa que “la igualdad de armas procesales encuentra mayor plenitud en la etapa de juicio oral donde en estricto sentido se experimenta más concretamente el enfrentamiento y contradictorio de las partes. Sin embargo, admite que las implicancias de este principio no pueden desconocerse en las fases precedentes de investigación y acusación”.

Así, primigeniamente tenemos que en la etapa de investigación preparatoria la incidencia del principio de igualdad será menor en relación con la etapa de juicio oral pues el Ministerio Público como titular de la acción penal, es el sujeto legitimado para dirigir los actos de investigación tendentes a reunir un conjunto de indicios o elementos de convicción que permitan constatar racionalmente la existencia de un presunto hecho delictivo, así también, la vinculación del sujeto imputado como posible autor o participe del mismo. Durante esta etapa, todas las actos y diligencias del Ministerio Público tienen como objetivo la averiguación de la verdad a través del uso de la fuerza pública contra el imputado y su defensa.

Por otra parte, este principio tiene lugar dentro de la etapa intermedia y durante este momento cobra mayor plenitud que en la fase precedente. Pues ante el requerimiento acusatorio o de sobreseimiento que decida el Fiscal, el Juez de Investigación deberá correr traslado a las demás partes procesales para que se pronuncien de acuerdo a lo petitionado por el órgano fiscal y de acuerdo a sus prerrogativas. La igualdad se expresa no solo en este subfase de la etapa intermedia, es decir, en la etapa del requerimiento escrito, sino aún mejor, en la subfase oral a través de la audiencia de control de acusación, en cuya celebración tanto el órgano fiscal, que solicita su pretensión, como el imputado, quien la recibe; tienen la posibilidad de pronunciarse y defender sus derechos. Así pues, el derecho de defensa del imputado y de las demás partes procesales goza de protección de la siguiente manera: la opción de absolver el requerimiento fiscal escrito dentro del plazo legal, la opción de contradecir su pretensión en audiencia de control, a través del consentimiento a la pretensión, la oposición o incluso a través del ofrecimiento de pruebas para su actuación en juicio oral.

5. El alcance del derecho de defensa

Se encuentra consagrados en el art. 139° inc.14 de la constitución del Perú y está formulada en los siguiente: “no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”

Siendo que toda persona, por el único hecho que se le impute la comisión de una acción u hecho punible, está respaldada por el derecho de defensa en toda su plenitud. El artículo IX del TP del Código Procesal Penal esta: Esta disposición se inclina a superar las limitaciones al ejercicio del presente derecho en el vigente sistema inquisitivo, del cual no sólo se restringe la defensa, transformándola en un derecho opcional, sino que no se permite su ejercicio por medio del ocultamiento de la información inmersa en el cuaderno o expediente, a la luz de una mal entendida reserva de las diligencias del sumario. Para potenciar la efectiva vigencia de este derecho, es necesario el garantizar la asistencia de un intérprete o traductor cuando no se entiende el idioma del tribunal, la libertad que tiene el imputado para decidir si declara o si guarda silencio la información del hecho, la posibilidad real y concreta que pueda comunicarse con su defensor y de contar con el tiempo razonable para preparar su defensa y la posibilidad de recurrir y ofrecer medios probatorios.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Prisión preventiva:**

También llamada medida extraordinaria, impuesta por un juez a un imputado, se basa en la privación temporal del derecho a la libertad personal del mismo, con el fin de garantizar la integridad de todos los sujetos procesales, así como el desarrollo de la investigación o la conclusión de la investigación penal.

- **Principio de igualdad:**

También llamada igualdad jurídica, reconoce la igualdad de todas las personas en cuanto a derechos, libertades y responsabilidades, con la finalidad de que no exista vulneración alguna.

- **Derecho de defensa:**

El derecho fundamental reconocido a toda persona, en cualquier ámbito y circunstancias del proceso, a ser oída y a exponer y probar sus propias razones y fundamentos para el mismo.

2.4. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que impide la incorporación de nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva en el proceso penal peruano son: el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de legalidad y el principio de variabilidad de las medidas de coerción personales.

III. MARCO METODOLÓGICO

1. MATERIAL

1.1. Población:

- La población con la que se realizó la investigación está dada por los doctrinarios especialista que se han pronunciado respecto a ello, además de lo que la jurisprudencia regional y nacional ha señalado, así como lo que el derecho comparado regula, respecto de la incorporación de nuevos elementos de convicción posteriormente al requerimiento de prisión preventiva.

1.2. Muestra:

- Diez (10) doctrinarios especialistas que se han pronunciado respecto de la incorporación de nuevos elementos de convicción posteriormente al requerimiento de prisión preventiva.
- Tres (03) pronunciamientos jurisprudenciales a nivel regional y nacional respecto de la incorporación de nuevos elementos de convicción posteriormente al requerimiento de prisión preventiva.
- Cinco (205) países respecto de la incorporación de nuevos elementos de convicción posteriormente al requerimiento de prisión preventiva.

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

2.1. Diseño de contrastación

- ✓ No experimental descriptiva, habida cuenta que lo que se buscó es explicar las razones por las que no es posible desde el punto de vista jurídico, integrar el requerimiento de prisión preventiva.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Clifford (1987) Señala que “las técnicas de investigación científica son procedimientos validados en la práctica, estas se orientan generalmente a obtener información útil para solucionar problemas respecto a algún tema trascendental”. En el presente trabajo para llegar a una conclusión idónea se utilizó la técnica de análisis documental y el fichaje.

✓ Fichaje:

Con la utilización de esta técnica de investigación en el ámbito jurídico, se buscó realizar la recopilación de todos los datos teóricos en relación a las variables objeto de este estudio académico, con el objetivo de reunir la mayor cantidad de información de calidad. El instrumento fue la **ficha**.

✓ Análisis documental:

Esta técnica nos sirvió para poder analizar la jurisprudencia respecto del uso de la integración en audiencia del requerimiento de prisión preventiva, para que de esta forma se pueda saber y explicar el criterio judicial al respecto. Su instrumento fue la guía de análisis documental.

3. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Para recoger la información necesaria y lograr el objetivo se empleó la técnica del fichaje y el análisis de documento, dicha técnica se utilizó al momento de recopilar la información acorde a nuestro tema, con el fin de parafrasear las ideas de diversos autores y doctrinarios y evitar a toda costa un posible plagio. Pues consistió en la selección de determinados documentos con el fin de recuperar la mayor información posible y para ello se analizó en primer lugar los pronunciamientos doctrinarios con gran reconocimiento y autoridad académica, así mismo, se formuló un análisis respecto de los pronunciamientos jurisprudenciales y el derecho comparado.

CAPÍTULO IV

RESULTADO Y DISCUSIÓN

Dentro de las medidas de coerción personal, como señala la doctrina (Oré, 2016), la prisión preventiva es la más grave y la que más afecta el derecho a la libertad, ello debido a que implica un encierro en un centro penitenciario, a diferencia de lo que sucede con las demás, inclusive con la detención domiciliaria, donde el procesado pasa, el tiempo que determine el juez, al interior de su domicilio, o, en su defecto la residencia que se señale (Neyra, 2015). La prisión preventiva, al ser muy intensa (Acuerdo Plenario N° 1- 2019 CJ/116), debe imponerse de manera excepcional (Del Rio, 2018), y siempre y cuando se cumplan los presupuestos materiales que el Código Procesal Penal exige; vale decir, sospecha grave, como exige la sentencia plenaria Casatoria (1- 2017 CJ/116); la prognosis de pena o proyección de pena superior a los cinco años, y, el peligrosismo procesal, que como señala San Martín Castro (2020), puede ser de forma no concurrente, el peligro de fuga o el peligro de averiguación de la verdad. Adicionalmente, se afirma de forma errada, que existen dos presupuestos jurisprudenciales, que como señala Del Rio (2018) en realidad no pueden ser nuevos presupuestos, o requisitos jurisprudenciales, pues estos se crean por ley. Me estoy refiriendo a la proporcionalidad de la medida y la duración por la que se debe extender la prisión provisional, los mismos que han sido propuestos por la “famosa” Casación N° 626- 2013 Moquegua.

En relación al presupuesto de los fundados y graves elementos de convicción o sospecha grave o, denominados también por Peña Cabrera (2017) “alta probabilidad”, implica aquel “...juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes – medios de investigación de las fuentes – medios de prueba lícitos – la licitud es un componente necesario del concepto de prueba – acopiados en el curso de la causa – principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que pueda presentar el imputado y su defensa -, tras cuyo análisis corresponda

concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso” (Apelación N° 29- 2023 Cusco), vale decir, en palabras muy sencillas, que la existencia de sospecha fuerte o sospecha grave, que como dice el Acuerdo Plenario N° 1 2019 CJ/116, debe ser más intenso que la sospecha suficiente que se exige para acusar, supone “un juicio de alto grado de probabilidad que el imputado va a ser condenado” (Apelación N° 29- 2023 Cusco).

De lo expuesto queda claro que los fundados y graves elementos de convicción, o la sospecha grave se alcanzará, con los elementos de convicción que logre acopiar el ente persecutor, que son lo que deben sustentar el requerimiento escrito del fiscal, por el que se decanta por pedir al juez esta medida tan gravosa. Como bien apunta, el profesor argentino Alberto Binder (2000), “...la prisión preventiva, no se aplicaría, sino existe, en el escrito del pedido fiscal, información que fundamente una sospecha racional del hecho y la participación del imputado, complementándose estos dos requisitos, con los *requisitos procesales*, para su otorgamiento; y solo así el encarcelamiento preventivo será necesario y directo, para asegurar el juicio e imponer la pena”, como puede advertirse, el gran procesalista internacional, señala que el primer presupuesto de la prisión preventiva, vale decir, la “alta probabilidad”, debe obtenerla el fiscal con los elementos de convicción que logre acopiar de forma precedente a la formulación de su petición de prisión preventiva, lo que es lo mismo, que no se puede sustentar una prisión preventiva, con elementos de convicción posteriores al requerimiento escrito y mucho menos con aquellos que sean incorporados en la audiencia. Ello tiene sustento, como señala el profesor Oré (2016), en que, si se incorporan elementos de convicción distintos a los que utilizó el fiscal para pedir la prisión preventiva en su requerimiento escrito, lo colocará en una clara imposibilidad de poder realizar una adecuada defensa, pues no tendrá el tiempo suficiente, para preparar una contradicción sustentada, generando indefensión en el procesado, y además una gran ventaja, de parte del fiscal, sobre todo, si la incorporación de nuevos elementos de convicción

se hace en la misma audiencia; ello no es más que una flagrante lesión al principio de igualdad procesal y el derecho de defensa.

Al igual que lo señalado por el profesor Oré y el Alberto Binder que defiende la idea que la prisión preventiva debe sustentarse en los elementos de convicción en los que se basa el fiscal su requerimiento escrito, vale decir, elementos anteriores a este escrito y no posteriores; es importante también lo que señala el juez de Arequipa Jaime Moreno (2018), quien sostiene lo mismo, utilizando el argumento del principio de legalidad, este doctrinario, explica que "...el principio de legalidad, regulado en la Constitución Política del Estado, en el artículo 2 numeral 24, literal b), por el cual no está permitida "forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley", explicándolo de manera más certera apunta que "...la medida coercitiva de prisión preventiva, no contempla dentro de su articulado que el requerimiento pueda ser objeto de integración, permitir esa posibilidad para que el Fiscal lo haga en la audiencia, lesionaría este principio de legalidad, entre otros, ya que al juez le está vedado interpretar analógicamente o de forma extensiva las medidas restrictivas a los derechos fundamentales". Con respecto a lo señalado por el autor- quien como juez de investigación preparatoria, puede dar luces teóricas, acompañadas de la práctica en la resolución de esta mala práctica fiscal-, se debe señalar, que efectivamente, las medidas de coerción personal, tal como el Código Procesal Penal, lo señala, se guían, por el principio de legalidad o taxatividad procesal, y a diferencia de lo que sucede en el juicio oral, donde se permite incorporación de pruebas nuevas, o en la apelación – segunda instancia- donde también se puede hacer uso de prueba nueva, o en el caso de la acusación complementaria, en la que el mismo legislador (artículo 374 inciso 2 y 3) permite que se pueda incluir nuevos medios de prueba; en el caso de la prisión preventiva, no se regula la posibilidad de incluir otros elementos de convicción distintos a los que han sido sustento del requerimiento escrito.

Sobre ello, se podría pensar que, en todo caso, como si se puede incluir nuevos medios de prueba en juicio y en segunda instancia, por interpretación, también se podrían incluir nuevos elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva, o luego de que el requerimiento se haya presentado al juez y notificado a las partes, sin embargo, como sostiene el profesor Gonzalo Del Rio (2018), la audiencia de prisión preventiva debe desarrollarse, con los elementos de convicción que recogió el fiscal antes de la presentación de su requerimiento escrito, “interpretar” que pueden incluir se luego otros, sería infraccionar el principio de legalidad porque tal posibilidad no está reglada, y, además, porque resultaría una aplicación de la analogía “in malam partem”, que lesiona el principio de “favorabilidad”; siendo necesario al mismo tiempo señalar, que las disposiciones de la prisión preventiva, al restringir derechos del procesado deben interpretarse y aplicarse de forma restrictiva, conforme el propio texto adjetivo lo menciona (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Ahora bien, se ha señalado -considero de forma errónea- que el principio de variabilidad, permitiría que se incorporen elementos de convicción adicionales y posteriores al requerimiento escrito del fiscal, pues se apunta que mediante este principio, las medidas de coerción mutan o cambian si las circunstancias cambian o mutan; sin embargo, ello no es correcto, debido a que como sostiene el profesor Asencio Mellado (2018), la variabilidad – en general de todas las medidas de coerción personal- se verifica cuando la medida ya se impuso, y esta se puede modificar, si es que las condiciones que sustentaron su imposición también cambian-, por lo que señala que, variabilidad, no implica cambio o adición repentina y sorpresiva de elementos de convicción que sustenta los pedidos fiscales de imposición de estas, sino que significan, que si se impone una medida mediante un auto motivado, y se originan nuevas circunstancias o se diluyen las existentes, la medida varía, inclusive de oficio. Lo que apunta el profesor español, es a todas luces, razonable, valedero y solvente, pues el solo tenor del principio “variación de las medidas de coerción” hace alusión de forma clara, que este principio se aplica cuando ya la medida

de se ha dado, vale decir, la variación de la prisión preventiva, no faculta al fiscal a variar el elemento acreditativo sustentador (elementos de convicción), sino que, implica su cambio por otra medida, si es que, las condiciones que existieron para su dación mutan; ello lo podemos verificar de forma diáfana en el artículo 255 inciso 2, y en el 283, donde se señala que inclusive el juez de oficio puede variar la prisión preventiva, si los presupuestos que existían para su imposición se han desvanecido o cambiado.

James Reátegui Sánchez (2006), sostiene que no jurídicamente correcto que se adicionen elementos de convicción para sustentar la prisión preventiva durante la audiencia o en algún momento distinto y posterior a la presentación del requerimiento escrito, debido a que, si el fiscal, presentó su requerimiento escrito, es porque asume- en ese momento exacto- que con lo recabado ya ha logrado alcanzar un grado de “alta probabilidad”, por lo que no sería necesario “reforzar” ese grado de conocimiento, debiendo el juez no valorar ni compulsar los elementos de convicción nuevos o adicionales, pues en la teoría del fiscal, ya tiene los elementos que con sobrada solvencia permiten acreditar los presupuestos de la prisión preventiva, y, en todo caso, si esta no prospera, el principio de variabilidad, lo habilita para que con esos nuevos y distintos elementos de convicción, pueda luego volver a solicitarla, o pedir una variación de la comparecencia por prisión preventiva.

En relación a lo precisado por el autor nacional, es importante indicar que, la variabilidad de la prisión preventiva, la cual - como ya se dijo- se aplica cuando está ya se ha impuesto y no antes, sirve como fundamento para fundamentar que no es posible que se pretenda sustentar la prisión preventiva con elementos de convicción incorporados en la audiencia de tal propósito o en algún momento posterior a la presentación del requerimiento, sostengo ello, porque si surgen nuevos elementos de convicción luego que ya se ingresó al despacho judicial el requerimiento de prisión preventiva, estos podrían ser utilizados eventualmente para solicitar el cambio de medida, si la prisión preventiva fue desestimada; o,

en su caso, fortalecer la tesis incriminatoria, si el requerimiento, fue declarado fundado.

Considero fuerte el argumento que el fiscal no tendría la necesidad de incorporar elementos de convicción adicionales a los que se consignó en el requerimiento de prisión preventiva- ni en la audiencia ni en cualquier otro momento- pues la sospecha grave la alcanzó, como señala Palacios (2019), al momento que decidió solicitar prisión preventiva, después de hacer una valoración del material acreditativo que tenía justo al momento de presentar su escrito pretendiendo la imposición de esa medida de coerción. Lo reseñado por el doctrinario nacional, se puede interpretar, en sentido contrario, advirtiendo que, no es posible que luego de presentado el requerimiento de prisión preventiva, se pueda “integrar” el mismo, con otros elementos de convicción que permitan alcanzar la sospecha fuerte o grave para la imposición de tan grave medida coercitiva de carácter personal. El autor añade, que ello causaría indefensión en el imputado afectando gravemente la tarea de defensa y el contradictorio de la defensa técnica, que se encuentra en desigualdad de armas frente al actuar sorpresivo del fiscal; lo cual no se subsana dándole un breve tiempo para que pueda tener contacto con los nuevos elementos de convicción, pues no se le da el tiempo razonable para preparar una defensa eficaz.

De similar parecer a lo que se viene señalando es Benavente (2021), quien señala de forma bastante clara que la imputación en la prisión preventiva debe ser concreta y sólida y, por tanto, en el requerimiento de prisión provisional, la imputación fáctica, como probatoria (elementos de convicción), y jurídica tienen que ser suficientes. Indica que es el requerimiento y no el momento de la audiencia, el acto procesal fiscal, donde se debe materializar hechos claros y precisos, claridad en el título jurídico de imputación y la alta probabilidad dada por el elemento probatorio que surge de los actos de investigación). Lo que se esfuerza en señalar el autor es que la sospecha grave o fuerte, a criterio del fiscal, se alcanza con el material imputativo y acreditativo que incorporó a su pedido escrito, por lo que, si ello no es así, el juez no puede fundar una

prisión provisional, basado en hechos o elementos de convicción que el juez incorpore de oficio o que el fiscal ingrese o incluya en la audiencia distintos o adicionales a los de requerimiento.

En la dinámica del sistema de audiencias Villegas (2020) de forma más que acertada reflexiona sobre la problemática abordada, señalando de forma completa que, la defensa debe oponerse si la fiscalía pretender “integrar” su requerimiento, incluyendo elementos de convicción adicionales y distintos a los que se encontraban en su requerimiento, pues si se permite eso, el imputado estará en inferioridad de condiciones para poder contradecir y hacer una defensa técnica eficaz y fuerte, pues es un comportamiento sorpresivo del fiscal y que, en todo caso, si hay nuevos elementos, estos servirían para solidificar su pretensión, pero no son necesarios de cara a la imposición de la medida de coerción, pues con los puestos en el requerimiento debiera alcanzar para alcanzar la fundabilidad del pedido. No le falta razón al autor nacional, cuando explica ello, pues como se ha venido explicando, si al momento del requerimiento el fiscal ya encontró la sospecha grave, entonces no es necesario incorporar más elementos, es más sería perjudicial para su teoría, porque la defensa podría argumentar que si se apresuró en pedir la prisión preventiva, y luego adiciona -en audiencia- otros elementos, es porque en su momento, cuando elaboró el requerimiento se percató que no tenía suficiente fuerza probatoria que alcance la “alta probabilidad”; también es cierto lo que menciona el autor, habida cuenta, que se lesiona el derecho de defensa y pone al imputado en desventaja con respecto al fiscal. No hay que perder de vista que el principio de igualdad “...es uno de los elementos integrantes del concepto más amplio del proceso equitativo, y requiere que cada parte se le ofrezca una oportunidad razonable de presentar su causa en condiciones que no lo coloquen en una desventaja importante con respecto a su adversario” (Arana, 2014).

Para concluir con la doctrina, el profesor Bazalar y Amoretti (2020), explican -en la misma línea de lo ya señalado - que los elementos de convicción que deben vincular la decisión del juez de investigación

preparatoria, son aquellos que fueron objeto de análisis valoratorio por la fiscalía y los presentó con la fuerza acreditativa que sustenta su pretensión instrumental para asegurar al procesado a la causa, en el requerimiento escrito, y que no es válido incluir otros utilizando un escrito posterior ni mucho menos en la misma audiencia, porque ambas formular no permiten una defensa eficaz en igualdad de condiciones, además claro está, que la ley no lo permite, pues el trámite de la prisión preventiva -en todos sus extremos- debe guiarse por el principio de legalidad procesal.

Desde mi punto de vista lo acotado por la doctrina tiene un asidero suficientemente fuerte. Así pues, en efecto, la posibilidad de inclusión de elementos de convicción distintos a los del requerimiento (cambiando o adicionando), no está regulada de forma expresa en el texto adjetivo, no siendo posible una aplicación analógica, con otras figuras como la prueba nueva en juicio, en acusación complementaria o en segunda instancia, porque sería un analogía desfavorable al imputado, sobre todo si se tiene en cuenta que estas disposiciones que restringen derechos del imputado se deben interpretar de forma restrictiva. Por el lado del principio de variabilidad, la prisión preventiva, una vez que es ordenada, puede cambiar o mutar, por lo que no resiste el menor análisis pretender aplicar este principio cuando la medida aún no se ha dictado. También se afecta la igualdad de armas, pues sería – sobre todo si se incorporan en audiencia-un acto deliberadamente sorpresivo, que afectaría una adecuada defensa, atentado contra el derecho de defensa, pues este no se deja a salvo con solo alcanzarle los nuevos elementos de convicción a la defensa para que se pronuncie.

Por el lado de la jurisprudencia, cabe señalar que la Casación N° 626 – 2013 Moquegua, cita el artículo 268 y señala que esta debe requerirla el Ministerio Público, basándose en los “primeros recaudos”, añade el pronunciamiento de la Corte Suprema que, los fundados y graves elementos de convicción deben acreditarse “... mediante datos objetivos obtenidos **preliminarmente**...que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta”. Esto quiere decir, que la

misma jurisprudencia al señalar “preliminarmente”, está expresando de forma coherente, que los elementos que sustente la prisión preventiva, deben ser aquellos recabados y precedentes al requerimiento escrito del Ministerio Público, no admitiéndose- *contrario sensu*-la posibilidad que nuevos y distintos elementos de convicción se pueda adicionar con posterioridad a la solicitud fiscal (sea por escrito u oralmente en la audiencia). Ello tiene absoluta congruencia, porque si se analiza el artículo 268 no solo no regula la incorporación de nuevos elementos de convicción en audiencia o en un momento distinto a la presentación del requerimiento, pues como ya se dijo, “cualquier medida de restricción de derechos fundamentales debe estar prevista legalmente en la propia Constitución o derivarse de ella en garantía de los demás derechos, intereses o bienes constitucionales protegidos; la ley ordinaria desarrolla los supuestos de habilitación de la medida, autoridad que la impone, mecanismos de su ejecución y recursos contra ella (San Martín, 2020); sino que, de forma expresa, señala que el primer presupuesto de la prisión preventiva, debe sustentarse en elementos de convicción que se obtengan en los primeros recaudos, es decir, aquellos obtenidos y taxativamente señalados en el requerimiento escrito.

Para más claridad, el pronunciamiento antes señalado indica que “para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos)” (FJ. N° 27). Como podemos advertir la Casación bajo análisis, pone como límite que los elementos de convicción que se deben valorar para decidir si se otorga o no la prisión preventiva, todos los elementos de convicción recabados previos a su solicitud, vale decir, el fiscal debe consignar en su requerimiento los elementos de convicción que al momento de formular su requerimiento e ingresarlo posee, pues se entiende, de la propia redacción de la norma, que con estos (primeros recaudos) logró “sospecha grave o “alta probabilidad”

A nivel de la jurisprudencia regional, se puede citar el Acuerdo distrital Penal de Arequipa del año 2016, donde se debatió, habida cuenta de lo que se venía observando en la práctica, si se podría introducir otros elementos de convicción nuevos y distintos a los que se recogen en la solicitud fiscal de prisión preventiva, y una de las posturas señaló de forma contundente que “No procede la modificación e inclusión de los elementos de convicción del requerimiento de prisión preventiva. Así pues, el principio de legalidad procesal del artículo 6 del Título preliminar del Código Penal señala que: “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley”. Continúa la ponencia señalando que “...el requerimiento de prisión preventiva se desarrolla en el marco normativo el cuartillo 268° del Código Procesal Penal que señala: “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”. El argumento que se toma aquí, radica al igual que sucede con la Casación N° 626- 2013 Moquegua, en la vigencia del principio de legalidad en la imposición de medidas que restringen derechos fundamentales, vale decir, si tal posibilidad no está reglada entonces, por lo que la fiscalía no podrá hacer uso de esa mala práctica, más aún si se tiene en cuenta que, no se puede aplicar analogía cuando esta no favorece al imputado.

Si se quiere encontrar una razón referida al principio de igualdad de armas, como sustento para impedir que se pueda introducir elementos de convicción nuevos o adicionales a los que aparecen en el requerimiento fiscal escrito, es necesario -vía un argumento “a pari” (“la igualdad de razón entre dos casos”) – dar cuenta, de lo establecido en la Casación 53-2010 Piura, aquí se señala de forma categórica, que la defensa no puede realizar observaciones a la acusación en un momento posterior a los diez días hábiles que la norma le faculta, ni mucho menos en la misma audiencia de control de acusación, ya que ello significaría, un comportamiento sorpresivo, que dejaría al fiscal en inferioridad de

condiciones con respecto al abogado defensor, lesionando con ello el derecho de igualdad de armas. Le pronunciamiento señala de forma expresa que "...resulta razonable y garantizador del derecho previamente indicado —igualdad de armas— que el Ministerio Público conozca de los cuestionamientos u observaciones que los otros sujetos procesales, crean por conveniente efectuar respecto a su tesis de cargo; de tal manera que, durante la audiencia de control de acusación, no exista desconocimiento sobre alguno de los aspectos citados precedentemente; que ello redundara en que se garantice a los partes en conflicto un tratamiento igualitario y las mismas oportunidades de contradecir a su oponente, lo que obviamente no sucedería si se deja al libre albedrío de las partes — con lo que se evidenciaría una falta de regulación legal, hecho que no existe en el supuesto materia de análisis—, la forma y oportunidad en que se planteen las observaciones a las que se refiere el artículo trescientos cincuenta del Código Procesal Penal”.

De lo señalado arriba entonces, si ese es el razonamiento de la Corte Suprema respecto de que no se puede observar la acusación en un momento distinto al señalado en el artículo 350 inciso 1 del código adjetivo penal, pues pone en indefensión al Ministerio Público rompiéndose con ello la igualdad de armas, además que la posibilidad de hacerlo en la misma audiencia no se encuentra regulada; esos mismos argumentos deben tomarse para sustentar que no se puede tomar desprevenido a la defensa con nuevos elementos de convicción que no estuvieron en el requerimiento de prisión preventiva, pues ello no está reglado y además coloca a la defensa en las menores condiciones para poder contradecir, a ello le sumamos que aquí, la situación reviste aún más cuidado, pues se está discutiendo la libertad de un procesado, cosa que no sucede en la audiencia de control de acusación.

Además de lo expresado, resta concluir que la Corte Suprema ha señalado que debe ser el momento de la presentación del requerimiento, aquel en que precluye la incorporación de elementos de convicción para sustentar un pedido de prisión preventiva. Así se ha dicho que "...no hay

una norma procesal similar que indique la oportunidad procesal para el ofrecimiento de elementos de convicción en el requerimiento de una medida de coerción procesal; empero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 254.2.b) del CPP, se entiende, prima facie, que es al momento de la postulación de tal requerimiento” (Casación N° 1071-2023, Piura). Se rescata del argumento de la Corte suprema el respeto al principio de legalidad, o el uso de la analogía favorecedora del imputado.

Otra arista importante de este pronunciamiento viene dado por el hecho de que muchas veces la incorporación en audiencia o en un momento distinto al del requerimiento escrito de prisión preventiva, puede obedecer a una estrategia fiscal, para de esta manera sacar provecho de la indefensión del procesado y de forma sorpresiva dejarlo en inferioridad de condiciones reduciendo sus posibilidades de defensa eficaz, además lesionando intencionalmente la igualdad procesal, sin embargo, las denominadas “estrategias” no pueden ser privilegiadas por sobre encima de principios básicos como el de defensa e igualdad de armas. Eso mismo ha afirmado la casación citada, en los siguientes términos “...se advierte que en el presente caso el Ministerio Público, pudo ofrecer al momento de la postulación del requerimiento de coerción procesal, lo declarado por el colaborador eficaz; sin embargo, no lo hizo, por estrategia de investigación. No tomó en cuenta que no puede prevalecer una estrategia de investigación frente al derecho de defensa e igualdad de armas del procesado”. Habría que añadir que, si la prisión fue declarada infundada, con ese elemento de convicción no postulado en el requerimiento escrito sino en la audiencia, puede servir para pedir la variación de comparecencia por prisión preventiva (artículo 279 del catálogo adjetivo penal)

Con respecto al derecho comparado, el Perú es el único país- e los que se ha analizado- que señala que se debe alcanzar sospecha fuerte o sospecha grave, analizando “los primeros recaudos”, es decir, los elementos de convicción previos y que sustentan el requerimiento escrito de prisión preventiva; así, la norma procesal en Colombia, señala que: “El

juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos”: (artículo 308); en texto adjetivo penal en Bolivia, al respecto prescribe que “Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurren los siguientes requisitos” (artículo 233); en Costa Rica se establece: “La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que convoque a una audiencia oral, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida” (artículo 238); en Paraguay se regula que “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...” (artículo 242).

Como puede advertirse, ninguno de los textos señalados, establece que, el sustento de la prisión debe ser el de los primeros recaudos, como si sucede en el Perú; por lo que es insoslayable expresar que, el legislador nacional cuando usa la frase “primeros recaudos”, ha tratado de ser enfático, en que los primeros actos de investigación , por lo que, son únicamente, esos elementos de convicción iniciales, que se incluyen en el acto postulatorio del requerimiento de prisión preventiva, los que deben servir para fundamentar una sospecha grave, y no aquellos que se quieran introducir en un momentos posterior, y aún peor, en la audiencia de ese propósito.

Un caso bastante interesante es el de Chile, donde se señala que la prisión preventiva se puede pedir en la audiencia oral de “formalización de

la investigación”, lo cual lleva inmediatamente a pensar que ha diferencia del Perú, en este país, si se puede ingresar elementos de convicción, no solo en el pedido escrito, sino en la referida audiencia; esto nos sirve en la investigación, pues demuestra que cuando el legislador, quiere prever la posibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción que no están en el requerimiento escrito para sustentar la prisión preventiva, lo ha señalado de forma expresa, lo que, no sucede en el Perú, donde más bien se hace alusión a los “primeros recaudos” como también lo señaló la Casación 626- 2013 Moquegua. En efecto, en el Código Procesal Penal de Chile se prescribe “...La solicitud de prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral” (artículo 142). Cabe mencionar al respecto que esta posibilidad es viable en ese país, porque cuenta con una audiencia para controlar la formalización, a diferencia del Perú, donde tal diligencia procesal no existe.

Por los fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales, además del análisis del derecho comparado, considero que, para evitar las malas prácticas en relación al tema, se debe señalar de forma expresa que los únicos elementos de convicción que sustente la prisión preventiva son los que se consignan de forma expresa en el requerimiento fiscal escrito, no pudiéndose incluir otros adicionales de forma posterior, ni en forma escrita como “integración” ni de forma oral en la misma audiencia. La norma debe señalar:

Artículo 268:

““El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si **conforme, únicamente, a los elementos de convicción señalados en el requerimiento de fiscal, sin que se puedan adicionar otros de forma posterior ni en la audiencia respectiva, sea**

posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos”:

(...)

CONCLUSIONES

1. Conforme a la regulación de la prisión preventiva y las medidas de coerción personal en el código adjetivo penal, no se encuentra disposición legal alguna que permita al fiscal incorporar nuevos y distintos elementos de convicción en momentos posteriores al requerimiento de prisión preventiva (sobre todo en la audiencia), vale decir, conforme al principio de legalidad procesal penal, el trámite respecto de las medidas de coerción y su imposición debe estar estrictamente regulado en la ley, lo que no sucede en el caso de la incorporación de elementos de convicción que no se encuentren en el requerimiento fiscal de prisión preventiva; además de ello, tampoco se puede hacer aplicaciones analógicas para completar un supuesto vacío legal porque esto significaría una aplicación analógica desfavorable al imputado, sobre todo, si se tiene en cuenta que las normas que restringen derechos -como el caso de la prisión preventiva- se interpretan de forma restrictiva.
2. El principio de variabilidad de la prisión preventiva y del resto de medidas de coerción, no puede ser un fundamento que sustente la posibilidad de incorporación de elementos de convicción nuevos y adicionales en un momento posterior al requerimiento de prisión preventiva, esto porque aquel principio funciona cuando ya se impuso la medida de coerción y no previamente; más bien sucede que el principio de variabilidad permitiría, en caso que existan otros elementos de convicción distintos a los señalados en el requerimiento fiscal de prisión preventiva, que el fiscal pueda requerir conforme al artículo 279 del Código Procesal Penal un cambio de medida de coerción personal en el caso de una comparecencia por prisión preventiva.
3. Permitir que el fiscal pueda -durante la audiencia o en un momento posterior- incluir o introducir nuevos elementos de convicción que no se encuentran recogidos en el requerimiento de prisión preventiva, implicaría que el imputado enfrente la audiencia en desigualdad de condiciones, esto es, el procesado se encontraría en estado de indefensión, y con ello

no solamente se afecta el principio de igualdad de armas, sino que al mismo tiempo relativiza sus posibilidades de defensa mermando una contradicción eficaz que asegure un buen resultado con respecto a sus pretensiones e intereses procesales.

4. Desde el punto de vista doctrinario, así como jurisprudencial, se debe entender que el momento oportuno y legítimo donde se deben incluir los elementos de convicción que sustentarán el pedido de prisión preventiva, es el acto postulatorio del requerimiento escrito, vale decir, en función al derecho a la igualdad, el respeto al derecho de defensa, así como el propio principio de legalidad, no es posible que el fiscal incorpore o introduzca elementos de convicción que no se encuentran en su requerimiento escrito de prisión preventiva. Si existen nuevos o adicionales elementos, lo correcto es utilizar el principio de variabilidad y buscar la mutación de la medida de coerción personal activando al órgano jurisdiccional con un nuevo pedido de variación.

RECOMENDACIÓN:

El legislador, debe realizar una reforma normativa en los siguientes términos:

Artículo 268:

“El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si **conforme, únicamente, a los elementos de convicción señalados en el requerimiento de fiscal, sin que se puedan adicionar otros de forma posterior ni en la audiencia respectiva**, sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos”:

(...)

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- Alberto, B. (2002). *Iniciación al procesal penal acusatorio* . Alternativa.
- Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons.
- Angulo et al. (2020). *Código Procesal Penal*. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A.
- Arana, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Gaceta Jurídica S.A.
- Arbulú, V. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A.
- Avalos R., C. C. (2012). *CPP de 2004, Iura Novit Curia y Sobreseimiento*.
Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal*. Aras.
- Bacigalupo, E. (2005). *El Debido Proceso Penal*. Hammurabi.
- Bovino, A. (2004). *Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal*. Del Puerto.
- Calderón, A. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castro, C. S. (2020). *Lecciones de derecho procesal penal*. Inpeccp.
- Claria, J. (1982). *Derecho procesal penal*. Depalma.
- De Llera, E. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch.
- Del Río Labarthe, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio* . Ara editores .
- Elguera, T. (2005). *Inducción al nuevo proceso penal*. IDEMSA.
- Esparza, J. M. (2011). *La autonomía de la voluntad en el proceso penal*.
Universidad de Navarra.
- Florian, A. (1933). *Elementos de derecho procesal penal*. Bosch.
- Flores, A. (2016). *Derecho Procesal Penal I*. UCLACH.

- Gimeno, V. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. (2a edición). Edición Madrid.
- Maier, J. (2008). *El proceso penal contemporaneo* . Palestra.
- Montero, J. (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Estrella.
- Moreno, V. (2008). *Introducción al derecho procesal*. Tirant lo blanch.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Moreno S.A.
- Omar, D. s. (2006). *Importancia de la aplicacion de la etapa intermedia en el proceso penal*. Gaceta juridica.
- Orbaneja, G. (1950). *“la prueba preconstituida”*. Centro de estudios judiciales .
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A.
- Peña C., A. (2018). *Derecho penal parte general*. Legales.
- Peña, a. (2009). *exegesis del nuevo codigo procesal penal*. Rodhas.
- Reátegui, J. (2018). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Vol I.
- Reátegui, J. (2018). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Legales E.I.R.L. Volumen II.
- Rosas, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Rosas, J. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Instituto Pacífico S.A.C. Vol 1.
- Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. IDEMSA.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. INPECCP.
- Sánchez et al. (2014). *Nuevo Código Procesal Penal Comentado*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Vol 1.
- San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. (2nd ed). INPECCP.