

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

---

**PRESENCIA OBLIGATORIA DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO EN LA**  
**AUDIENCIA DE REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA POR PRISIÓN**  
**PREVENTIVA.**

---

**Área de Investigación**  
Derecho Procesal Penal

**AUTORA:**

Bach. Rubí Derlin Maricielo Neyra Rodríguez

**Jurado Evaluador:**

**Presidente: Castañeda Cubas Carlos Miguel**

**Secretario: Loyola Florián Manuel Federico**

**Vocal: Espínola Otiniano Diomedes Hernando**

Asesor:

Guillermo Alexander Cruz Vega

**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

**TRUJILLO – PERU**

**2022**

Fecha de sustentación: 2022/10/11

## **DEDICATORIA**

Dedico esta tesis a mi madre que siempre estuvo a mi lado brindándome su mano amiga y apoyándome en cada momento de la vida, una palabra de aliento bastaba para culminar mi profesión, a mis abuelos maternos que fueron un modelo a seguir y que se convirtieron en los pilares de mi educación desde mi infancia hasta la actualidad, son los seres que adoro desde el fondo de mi corazón, a mis tíos (hermanos) que han sido testigos de cerca de varios procesos de mi vida, felices y tristes, que toda persona experimenta como destino en el camino a seguir.

## **AGRADECIMIENTO**

- A Dios por iluminar mi camino, ante todo por la salud y la vida de cada día.
- A mi mamá Edith del Pilar, por ser mi mayor motivación y un ejemplo a seguir para nunca rendirme, tu ayuda ha sido fundamental para lograr uno de mis sueños.
- A mis abuelos Juan y Bacelisa, por forjar en mí una persona de bien y con valores, por el amor incondicional que día a día me otorgan y por el ánimo constante para realizar la presente tesis.
- A los docentes de la Universidad Privada Antenor Orrego, por sus enseñanzas en el largo camino universitario.

## PRESENTACIÓN

### Señores Miembros del Jurado:

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogada, someto a vuestra la presente tesis titulada: **PRESENCIA OBLIGATORIA DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO EN LA AUDIENCIA DE REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA POR PRISIÓN PREVENTIVA.**

Mediante el presente trabajo de investigación lo que se busca es poner en manifiesto un tema relevantemente discutido en doctrina y jurisprudencia nacional, asimismo ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el estudio se centra en determinar cuál es el fundamento jurídico para regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva. Nuestra investigación está orientada a establecer los fundamentos que avalen nuestra postura, además de formular una propuesta de modificación de los dispositivos normativos que regulan el tema antes mencionado.

Así mismo, apelo a su comprensión por los errores que pueda contener el presente trabajo; sin embargo, con gran espíritu crítico e investigador proponemos nuestro punto de vista, con lo que espero aportar de alguna forma sobre esta discutida materia.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga vuestras expectativas.

## RESUMEN

La presente investigación toca uno de los problemas observados y hartamente discutidos en el sistema de administración de justicia al que hemos denominado **PRESENCIA OBLIGATORIA DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO EN LA AUDIENCIA DE REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA POR PRISIÓN PREVENTIVA.**

Este tema ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el presente trabajo se centra en determinar cuál es el fundamento jurídico para regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva.

Se realizó el problema en función de una cuestionada decisión de nuestro Tribunal Constitucional en la que se señala la no necesidad de la presencia de la defensa técnica del investigado para la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión, lo que motivó a establecer que esta interpretación restringida y de espaldas que hizo en el Tribunal del artículo 279 inciso 2 nos debe llevar a proponer una modificación expresa y contundente sobre la obligatoriedad del abogado defensor cuando se puede ordenar prisión preventiva al investigado; para llegar a ello se hizo uso de las fuentes y materiales de investigación, que sometida a los métodos anotados en la tesis, permitieron solidificar y corroborar la hipótesis basada en el respeto del derecho de defensa ante pedidos fiscales que tienen como finalidad limitar derechos como el de la libertad, sobre todo.

**Palabras claves:** comparecencia, prisión preventiva, revocatoria, derechos de defensa, derecho a la libertad.

## ABSTRACT

The present investigation touches on one of the problems observed and widely discussed in the system of administration of justice which we have called MANDATORY PRESENCE OF THE TECHNICAL DEFENSE OF THE ACCUSED IN THE HEARING OF REVOCATION OF THE APPEARANCE BY PREVENTIVE PRISON.

This issue has been the subject of debate by renowned doctrinaires and justice operators in our midst; The present work focuses on determining what is the legal basis to expressly regulate the mandatory presence of the technical defense of the accused in the revocation hearing for preventive detention.

The problem was carried out based on a questionable decision of our Constitutional Court in which the non-necessity of the presence of the technical defense of the investigated for the hearing of revocation of appearance by prison is indicated, which motivated to establish that this restricted interpretation and turning his back on what he did in the Court of article 279 paragraph 2 should lead us to propose an express and forceful modification on the obligation of the defense attorney when the investigated person can be ordered preventive detention; To achieve this, research sources and materials were used, which, subjected to the methods noted in the thesis, allowed to solidify and corroborate the hypothesis based on respect for the right of defense against tax requests that have the purpose of limiting rights such as of freedom, above all.

**Keywords:** appearance, pre-trial detention, revocation, defense rights, right to freedom.

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>3</b>
<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>11</b>
<b>EL PROBLEMA.....</b>	<b>11</b>
1.1.    PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: .....	11
1.2.    ENUNCIADO DEL PROBLEMA: .....	13
1.3.    HIPÓTESIS:.....	13
1.4.    JUSTIFICACIÓN: .....	13
1.5.    OBJETIVOS:.....	14
1.5.1    OBJETIVO GENERAL:.....	14
1.5.2    OBJETIVOS ESPECIFICOS:.....	15
1.6.    VARIABLES:.....	15
1.6.1    VARIABLE INDEPENDIENTE:.....	15
1.6.2    VARIABLE DEPENDIENTE: .....	15
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>16</b>
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>16</b>
SUB CAPÍTULO I.....	16
DERECHO PROCESAL PENAL.....	16
1. GENERALIDADES.....	16
1.1.    Definición: .....	16
1.2.    Características: .....	16
1.3.    Relación con otras ramas del derecho:.....	17
2. EL PROCESO PENAL.....	23
2.1.    Definición: .....	23

2.2.	Características .....	24
2.3.	Principios .....	26
2.4.	Los sistemas procesales penales .....	31
2.4.1.	EL Sistema Inquisitivo:.....	31
2.4.2.	El Sistema Acusatorio :.....	31
2.4.3.	El sistema Mixto:.....	32
3.	EL PROCESO PENAL PERUANO: PROCESO COMÚN .....	35
3.1.	Definición: .....	35
3.2.	Etapas .....	35
3.2.1.	Investigación preparatoria:.....	35
3.2.2.	Etapa Intermedia:.....	38
3.2.3.	Juzgamiento .....	45
3.3.	Principales sujetos procesales.....	50
3.3.1.	El juez de Juzgamiento: .....	50
3.3.2.	El Juez de investigación preparatoria:.....	51
3.3.3.	El Ministerio Público:.....	52
3.3.4.	El Imputado: .....	54
3.3.5.	El Actor Civil:.....	55
3.3.6.	El tercero Civil:.....	56
	SUB CAPÍTULO II .....	57
	LAS MEDIDAS DE COERCIÓN .....	57
1.	DEFINICIÓN:.....	57
2.	FINALIDAD: .....	58
3.	PRINCIPIOS .....	58
4.	CLASES .....	61
4.1.	Medidas de coerción real:.....	61
4.2.	Medidas de coerción personal .....	61
4.2.1.	Definición: .....	61
4.2.2.	Finalidad: .....	62
4.2.3.	Características .....	62
4.2.4.	Principios .....	63
5.	LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	65
5.1.	Definición: .....	65

5.2.	Presupuestos formales.....	65
5.3.	Principios .....	68
5.4.	Presupuestos materiales:.....	70
5.5.	Duración: .....	72
6.	LA COMPARECENCIA .....	73
6.1.	Definición: .....	73
6.2.	Características: .....	74
6.3.	Clase de comparecencia.....	74
6.3.1.	Comparecencia simple: .....	74
6.3.2.	Comparecencia con Restricciones:.....	76
6.4.	Presupuestos para su imposición:.....	76
6.5.	La comparecencia con restricciones en la jurisprudencia:.....	76
6.6.	La revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva:.....	77
	<b>SUB CAPÍTULO III .....</b>	<b>79</b>
	<b>EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>79</b>
1.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	79
1.1.	Definición: .....	79
1.2.	Características: .....	79
1.3.	Sustento: .....	80
1.4.	Los derechos fundamentales en el Perú: .....	80
2.	EL DERECHO DE DEFENSA.....	81
2.1.	Fundamento Constitucional:.....	81
2.2.	Fundamento Convencional: .....	82
2.3.	El derecho de defensa según el Tribunal Constitucional Peruano:.....	83
3.	Derecho de defensa Técnico .....	84
3.1.	Según el Tribunal Constitucional:.....	84
3.2.	Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: .....	85
3.3.	Según el Tribunal Europeo de Derecho Humanos: .....	86
	<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>99</b>
	<b>MARCO METODOLÓGICO.....</b>	<b>99</b>
1.	MATERIALES: .....	99
2.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN: .....	99

2.1 Métodos Lógicos:.....	99
2.2. Métodos Jurídicos: .....	100
3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS: .....	101
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>102</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>102</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

Las medidas de coerción en el proceso penal cumplen fines de aseguramiento del imputado al proceso penal, así como de la restitución o resarcimiento de los daños ocasionados a la víctima: Las medidas de coerción personal y las de naturaleza real, respectivamente. Como puede verse de lo afirmado de forma unánime por la jurisprudencia, las medidas de coerción tienen una naturaleza instrumental, ya que como se ha dicho, tienen como fin asegurar la eficacia de la resolución que se dicte en la sustanciación de un proceso penal.

Ahora bien, con respecto a las medidas de coerción personal, como señala Neyra Flores (2015), recaen sobre la persona ya sea para internarla en un penal mientras duren las averiguaciones, para limitar el ejercicio de determinadas actividades, o inclusive, el ejercicio de una determinado función o actividad profesional, pero siempre, sin que estas afectaciones legítimas a los derechos del imputado importen una decisión final sobre la responsabilidad del procesado, debido al carácter cautelar que tienen estas medidas.

Los mecanismos cautelares de aseguramiento de la decisión final del juez que pesan sobre la persona son: la prisión preventiva, la

comparecencia, la detención domiciliaria, el impedimento de salida del país, el internamiento preventivo y la suspensión preventiva de derechos. Todas ellas comparten como punto común principios básicos como el de legalidad, excepcionalidad, el de jurisdiccionalidad, el de temporalidad, el de proporcionalidad y el de variabilidad.

Es justo sobre el carácter variable y mutable que tienen las medidas de coerción sobre el que recae el problema, y es que, como se sabe, si cambian las circunstancias fácticas, las medidas de coerción también varían. De esta forma se regula en el artículo 279 inciso 2 la variación de comparecencia por prisión preventiva, y específicamente, la realización de la audiencia de ese propósito. Sin embargo, dicha norma de forma inexplicable señala que diligencia oral y contradictoria donde se va a resolver la fundabilidad de la variación de comparecencia a prisión preventiva, se lleva a cabo "con los asistentes que concurran" lo que ha hecho que ya el propio Tribunal Constitucional valide la aplicación literal y anti garantista de un juez que declaró fundado el pedido fiscal sin que el abogado del imputado esté presente, o, por lo menos, sin la presencia del abogado defensor. Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no es solamente una "golondrina en el verano" sino que, constituye una decisión del máximo intérprete de la Constitución Política que podría ser asumida por la judicatura, dada la gran trascendencia que implica un fallo del Tribunal Constitucional, por lo que es necesario, dada la importancia del principio de legalidad una regulación expresa que cambie el sentido de lo señalado en el artículo 279. 1 del Código Procesal penal.

**1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:**

¿Cuál es el fundamento jurídico para regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva?

**1.3. HIPÓTESIS:**

El fundamento jurídico para regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva es, la observancia obligatoria y el respeto irrestricto del derecho de defensa.

**1.4. JUSTIFICACIÓN:**

Teóricamente la investigación es pertinente y relevante pues lo que busca es que durante la tramitación del proceso penal, y específicamente en el caso de las medidas de coerción y sobre todo, dentro de ellas, la prisión preventiva, ya sea porque se solicite directamente o a cuando se impone por revocatoria de la comparecencia, se respete, por parte de los jueces, las garantías fundamentales del procesado y que, este no sea objeto de una limitación de sus derechos humanos constitucional como el de la libertad y el de defensa (defensa técnica), realizando interpretaciones literales y erróneas sin reparar en la primacía jerárquica de los derechos fundamentales sobre las demás normas del Código Procesal Penal, así pues, lo que se busca es un proceso en dónde el respeto y la observancia de los derechos fundamentales sea la motivación

principal al momento de revocar la comparecencia y ordenar en su lugar la prisión preventiva.

En el ámbito de la práctica jurídica, lo que se pretende como es bastante notorio con el planteamiento del problema que se ha abordado, es que los operadores no realicen la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva sin la presencia de un abogado defensor de su libre elección o, en su defecto, por un abogado designado por el Estado (defensor público), pues solo de esa forma se puede restringir un derecho de vital importancia como el derecho a la libertad de una persona. Pretendo entonces llamar la atención sobre la incorrecta sentencia del Tribunal Constitucional dónde relativiza el derecho a la defensa y la libertad y se prefiere una lectura literal del artículo 279 a fin de que los juzgadores no secunden esa decisión sino aquella que privilegia los derechos fundamentales del procesado.

Desde el punto de vista metodológico esta investigación apunta a que sobre la base inicial de la propuesta que contiene la tesis se puedan desarrollar posteriores trabajos de investigación fin de poder solidificar el conocimiento sobre la temática desarrollada.

## **1.5. OBJETIVOS:**

### **1.5.1 OBJETIVO GENERAL:**

- Determinar cuál es el fundamento jurídico para regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del

imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva.

#### **1.5.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

- Estudiar las medidas de coerción personal en el nuevo código procesal penal.
- Analizar el derecho de defensa a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.
- Proponer la modificatoria parcial del artículo 279 numeral 2 del nuevo código procesal penal.

#### **1.6. VARIABLES:**

##### **1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Fundamento jurídico para regular expresamente

##### **1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE:**

Audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **1.7. SUB CAPÍTULO I**

#### **1.8. DERECHO PROCESAL PENAL**

### **1. GENERALIDADES**

#### **1.1. Definición:**

El derecho procesal puede ser abordado desde una doble consideración: como una disciplina jurídica y como una rama del ordenamiento. Desde la primera, el derecho procesal es un campo determinado del cultivo de la ciencia jurídica y, a la vez, un conjunto de los resultados de tal cultivo, de los esfuerzos intelectuales sobre él (tratados, manuales, monografías, ensayos, comentarios, etc., relativos grosso modo, a la justicia) (Santos, Picazo, & Torres, 2002)

Desde la perspectiva normativa, el derecho procesal puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico integrada propiamente por normas del derecho público^ que regula globalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional -presupuestos, requisitos y efectos del proceso (Vicente, 2011) a fin de obtener la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias de las partes; en otras palabras, estudia todas las manifestaciones del fenómeno jurisdiccional.

#### **1.2. Características:**

- A. Es parte del derecho público, que se define por la concurrencia de dos notas esenciales: la nota del interés público o social y la nota de la manifestación de imperio o El juez interviene autoridad, como

un órgano público del Estado, actuando una potestad de imperio (Vicente, 2011). Las relaciones jurídicas que ligan a las partes y a los participantes procesales en general con el órgano jurisdiccional son relaciones de derecho público: el juez ocupa una posición superior, con independencia de que el interés deducido en el proceso sea público o privado.

- B. Es un derecho autónomo, distinto del derecho constitucional y del derecho administrativo. Constituye una realidad propia y distinta del derecho sustantivo a cuyo servicio se establece. Su objeto son las normas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional y a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela (De la Oliva Santos, 2002) Persigue la satisfacción de pretensiones en un caso concreto de los derechos e intereses legítimos de las personas.
- C. El derecho procesal es instrumental. El proceso un fin específico, la protección jurisdiccional de los derechos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto (Cordón, 1999). En el derecho procesal, entonces, atendiendo al fin que sirven, por regla general, sus normas son de carácter instrumental porque componen mediatamente un conflicto atribuyendo un poder o imponiendo una sujeción (Carnelutti, 1950) sirve al derecho material, de suerte que este informa el modo de abordar su contenido y varios -no todos, desde luego- de sus principios. El derecho procesal se constituye, pues, en un instrumento que permite al Estado la resolución de controversias, y cuya finalidad, como resulta de lo expuesto, es hacer eficaz el derecho material (Asencio J. M., 2004)

### **1.3. Relación con otras ramas del derecho:**

**a. Con el derecho constitucional:**

En la doctrina constitucional peruana, todos los principios por los que se determina el derecho procesal penal, tienen su origen en la Constitución, como norma legal fundamental o ley fundamental que consagra los principios generales en que se sustentan los derechos y deberes de las personas, la organización y fines del Estado.

La incorporación de las garantías fundamentales al proceso penal, hacen de este un sistema de juzgamiento civilizado optimizando los derechos materiales de las partes, adaptando el modelo procesal a las garantías fundamentales, impidiendo que se desarrollen formas de juzgamiento, en las que se puedan dar una función jurisdiccional para satisfacer solo determinadas políticas de gestión judicial, acomodando las garantías a modelos de justicia para aplicar el derecho penal material de una forma singular.

Nuestra Constitución de 1993, en su artículo 1º establece que: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Seguidamente en su artículo 2º declara los derechos fundamentales que tiene la persona. En el numeral 24º, literal “b”, que solo por ley se restringe la libertad; en el literal “f”, prohibición de detención (excepciones). En el literal “d” también del artículo 2º, consagra el principio de legalidad estableciendo que: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley; y al amparo de esta norma a nadie se le puede atribuir que ha cometido un delito si el hecho no está previamente señalado en la ley penal, así como tampoco se puede procesar a nadie extrajudicialmente, ya que

constituirían delitos de lesa humanidad. El literal “e” señala: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, consagrando el principio de inocencia. También, el literal “h” enuncia que: Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad. Por lo tanto, cualquier declaración obtenida por medio de la violencia carece de valor probatorio en un proceso penal.

El artículo 139 ° consagra taxativamente los principios y derechos de la función jurisdiccional, en sus numerales del uno al veintidós

**b. Con los derechos humanos:**

Los derechos humanos consagran principios penales que tienen su origen en nuestra Ley Fundamental, es decir, en nuestra Constitución. Los derechos humanos forman parte del derecho público, y su objeto es el estudio y análisis de la materialización de los derechos esenciales de la persona, que tutelan la dignidad humana; y que su materialización presupone la vigencia de los derechos de libertad, seguridad jurídica y justicia. La humanidad, en su desarrollo histórico, ha plasmado los derechos de libertad, seguridad jurídica y de justicia, así como otros derechos en Cartas o Declaraciones que han venido evolucionando o perfeccionándose junto con el desarrollo de la sociedad, que impone cada día nuevas formas de relaciones personales, siendo las principales:

\* La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; aprobada en la ciudad de Bogotá de Colombia en 1948, siendo sus siglas DADDH.

\* La Declaración Universal de Derechos Humanos; aprobada con fecha 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo sus siglas DUDH, que regula el principio de presunción de inocencia en el primer párrafo del artículo 11º y el principio de legalidad en el segundo párrafo, también del artículo 11º.

\* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; que fuera aprobado con fecha 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por el Perú por el Decreto Ley N.º 22128 de fecha de promulgación 28 de marzo de 1976, teniendo como sus siglas PIDCP. Este instrumento jurídico supranacional consagra en su artículo 15º el principio de legalidad, en el segundo párrafo artículo 14º el principio de presunción de inocencia, en el numeral 6º del artículo 14º el principio de indemnización por errores judiciales y en el numeral 2º del artículo 8º el principio de derecho de defensa.

\* La Convención Americana sobre Derechos Humanos; que fuera suscrita con fecha 22 de noviembre del año 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, y ratificada por el Perú según D. Ley N.º 22231 promulgada con fecha 11 de julio de 1978, teniendo como sus siglas CADH. Esta convención consagra también en su artículo 9º el principio de legalidad, en el artículo 8º el principio de presunción de inocencia, en el artículo 10º el principio de indemnización por errores judiciales y en el numeral 2º del artículo 8º el principio de derecho a la defensa.

**c. Con el derecho penal:**

Se relaciona en cuanto que “...el derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la justicia penal.” (Rocín, 1997).

Que se va a materializar a través del proceso penal regulado por el derecho procesal penal, que pone en funcionamiento al órgano jurisdiccional con la finalidad de que las disposiciones penales se hagan efectivas, imponiéndose el derecho del Estado a castigar; sirviendo como medio o como instrumento el derecho procesal penal para que el derecho penal alcance su finalidad represiva, por lo cual resulta inconcebible la independencia del derecho procesal penal, ya que la materia corresponde al derecho Penal y conjuntamente con el derecho penitenciario, forman un sistema de control social.

**d. Con el derecho penitenciario:**

En la doctrina penitenciaria peruana se sostiene que: El Derecho Penitenciario es la disciplina jurídica que estudia las normas legales relativas a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y de asistencia postpenitenciaria, así como las disposiciones o normas que regulan a los órganos encargados de la ejecución penal, orientadas por los principios de la resocialización del delincuente.

Siendo así, podemos decir que el derecho penal establece las conductas incriminadas y su respectiva sanción; al derecho procesal penal le corresponde establecer la responsabilidad y el quantum de la sanción que le corresponde al agente infractor, dentro de los límites que establece el Código Penal para un caso concreto; y al derecho penitenciario le corresponde la ejecución de la sanción impuesta, la

misma que está encargada a funcionarios de la administración penitenciaria.

Nuestra Constitución en el numeral 21º del artículo 139º consagra, el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados y el numeral 22 del mismo artículo, el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Objeto del régimen penitenciario que debe cumplirse estrictamente respetando los derechos, garantías y principios constitucionales y legales. El derecho penitenciario, está presente en la dinámica del derecho procesal penal, desde que se apertura un proceso, imponiéndose una medida coercitiva de detención, ya que es el Código de Ejecución Penal, quien regula el régimen penitenciario al que queda sujeto el interno.

**e. Con la criminología:**

En la doctrina criminológica, el Director del Instituto de Criminología de Madrid, sostiene que: Cabe definir la criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen –contemplado éste como problema individual y como problema social –así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito. (García, 2006). De acuerdo a esta definición, la criminología se relaciona con el derecho procesal penal, por su aporte en el estudio del delincuente y de su dinámica delictiva, investiga la imputabilidad poniendo en evidencia las motivaciones

psicológicas de la acción delictuosa, la significación real de la conducta criminógena, así como también establece la relación entre los factores ambientales para el logro de la determinación de la culpa o del dolo permitiendo conocer la voluntad puesta al servicio del delito; lo que evidentemente es de valiosa utilidad tanto para un Juez como para un abogado defensor en un proceso penal

**f. Con la política criminal:**

La política criminal tiene relación con el derecho procesal penal, ya que es la encargada de que la legislación penal, tanto las normas sustantivas como las procedimentales que integran la política criminal, respondan a la defensa de la sociedad ante el delito, no solo criminalizando ciertos comportamientos y asignando penas o medidas de seguridad, sino también estableciendo el procedimiento penal, la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad. La política criminal, constituye un conjunto de estrategias que el Estado proyecta para enfrentar la criminalidad que atenta contra la paz social, impidiendo una convivencia pacífica. Comprende tanto normas sustantivas como procedimentales, orientadas a la protección de los derechos consagrados en nuestra Constitución por parte del Estado. La política criminal, en cuanto al campo procesal penal tiene como objeto armonizar los derechos de las víctimas y el interés de la eficacia de la justicia y los derechos propios de los imputados.

## **2. EL PROCESO PENAL**

### **2.1. Definición:**

(Arbulú, 2015) sostiene: El Derecho Procesal Penal, es la rama del derecho público que establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho sustancial en el caso particular.

En la doctrina también se le llama derecho penal formal y constituye el conjunto de principios y normas fundamentales que se encuentran conformando el Código Procesal Penal, promulgado según el D. Le. 957 de fecha 29 de julio del 2004 y excepcionalmente en leyes especiales, constituyendo un conjunto de normas jurídicas con autonomía legislativa y científica del derecho penal; y de las demás que forman el orden jurídico interno del Estado

Para (Bacigalupo, 2005) Cometido un delito surge en el Estado el derecho de aplicar a su autor la ley penal; surge y se constituye entonces una verdadera relación jurídica entre el Estado y el delincuente. Corresponde, en efecto, a aquel, que representa a la colectividad, el derecho y al mismo tiempo el deber de aplicar la ley penal: causa de la relación es el delito cometido; su fuente la ley penal. Pero supuesto que toda relación se forma por el encuentro de dos derechos, al mismo tiempo que el derecho del Estado, surge otro correlativo, si bien diverso, a favor del acusado; y éste no es otro sino el de que su responsabilidad sea determinada previamente, medida la sanción, y aplicada sólo con sujeción a los presupuestos y en los límites fijados por la ley y no de otra manera.

## **2.2. Características**

### **A. Pertenece a la categoría de derecho público:**

Sus normas regulan una actividad del Estado, como es la administración de justicia, en ejercicio de su potestad jurisdiccional. No teniendo facultad las partes para modificar o cambiar las normas de un proceso por otras distintas a las que se establecen mediante la ley.

Funcionalmente es un derecho instrumental o accesorio: Ya que sirve a la concreción o materialización del derecho penal sustancial, constituyendo el medio o instrumento por el cual se materializa y alcanza su fin represivo.

En todo ordenamiento jurídico, es común que a la vez que se dan las normas de derecho sustantivo, también se denles normas de derecho instrumental, denominadas también de derecho formal o adjetivo, aplicables al proceso para la concreción del derecho sustantivo, regulando los actos procesales del Juez, de las partes, de los terceros y de los auxiliares de justicia. (Armenta, 2004)

**B. Como disciplina científica es autónoma:**

Ya que, respecto al derecho penal, esta trata del delito como comportamiento incriminado con una sanción; y que difiere del derecho procesal penal, que regula la actividad procesal que tiene que cumplirse como presupuesto para la aplicación de la sanción.

**C. Tiene una naturaleza imperativa:**

Ya que no es convencional, imperando el principio de legalidad procesal, se rechaza el principio de autonomía de la voluntad, excluyéndose el proceso convencional, estableciéndose: primero, que el proceso se rige por normas legales a las cuales se somete el órgano jurisdiccional y las partes; y segundo, que el carácter de las reglas que regulan el proceso y toda su actividad son de aplicación necesaria.

## 2.3. Principios

- **El Debido Proceso:**

Por la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos mediante la ley penal, y por la importancia de los derechos y garantías constitucionales que pueden resultar afectados por la sentencia, el proceso penal no es solo el más minuciosamente reglado de los procesos, sino aquel en el cual deben hacerse efectivas más garantías constitucionales. En ese orden de ideas, el conjunto de facultades y garantías que componen el derecho al debido proceso penal debe ser más amplio que el de un procedimiento en el que no están de por medio, por una parte, el derecho a la libertad individual y, por la otra, la seguridad jurídica, la eficacia del sistema de justicia y la convivencia. (Bernal, 2013)

- **Tutela Judicial Efectiva:**

Este principio que informa la función jurisdiccional, y que ha sido reconocido como tal por nuestra Carta Magna, consiste en el derecho subjetivo que tiene todo ciudadano de acudir a la administración de justicia a efectos de demandar que, se le reconozca, extinga o modifique un derecho reconocido normativamente por el ordenamiento jurídico en sujeción a las normas que garantizan un debido proceso. (Peña C., 2009)

- **Inmediación:**

La inmediatez es uno de los principios de mayor importancia dentro del proceso penal en la medida que estructura un cambio de paradigma en la resolución de las causas que llegan al servicio de justicia, siendo un principio base de la reforma procesal penal, determinante para pasar de un sistema mixto o inquisitivo a uno acusatorio, tanto a nivel legislativo, jurisprudencial como en el

frente de la lucha de prácticas. Como se sabe, en el sistema inquisitivo la inmediación no es un principio informador de tal sistema, sino el de mediación, basta recordar solamente que en este sistema la actuación escrita posibilitaba la intervención de diversos juzgadores en un mismo proceso, e incluso que este sea decidido por quien no contempló acto de prueba alguno. De ahí que la decisión pueda emanar de jueces accidentales, pedáneos, itinerantes, provisorios o comisionados, completamente desligados de los marcos emocionales del proceso que, aún en el sistema inquisitivo, no son ajenos al juez titular del oficio o cargo. (Pérez, 2005)

- **Publicidad:**

En los sistemas inquisitivos la regla es “el secreto de las actuaciones”, pues ¡as torturas y procedimientos no estaban al alcance de los ciudadanos, sino era poder del funcionario inquisidor, el proceso penal del sistema inquisitivo al ser escrito favorecía esta áurea de secreto, lo que propiciaba a su vez que no exista control de las actuaciones. El proceso secreto produce desconfianza en la conciencia popular y, a la larga, desinterés por la justicia. La justicia pierde la función social y educadora que se encuentran inmersas dentro de sus normas. Por otro lado, la publicidad produce satisfacción en el ofendido o agraviado por el delito, en caso de condena; el imputado absuelto o erróneamente detenido puede sentir que recupera su honor si la absolución se produce en público. (Sanchez, 2004)

- **Oralidad:**

En términos simplificados se entiende por oralidad a la regla técnica del debate procesal que implica basar la resolución judicial sólo en el material procesal obtenido de forma oral, es decir, con

lo actuado y visto en audiencia. Por ello, el sentido de la oralidad no está dentro de actuaciones con roles escénicos a modo de drama televisivo, sino, de pasar de un modelo basado en el trámite a uno del litigio. El sentido de la oralidad en un proceso penal es el de ser una herramienta, pues es la manera natural de resolver los conflictos. Esta trae muchas ventajas, pues otorga al proceso penal transparencia, humaniza el conflicto y agiliza el proceso. (Florencia, 2004)

- **Plazo Razonable:**

El derecho al plazo razonable del proceso es un elemento que se deriva de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, reconocidos en el artículo 139°, 3 de la Constitución, e implica no sólo la protección contra dilaciones indebidas, sino también la protección del justiciable frente a procesos excesivamente breves (Expediente N° 04168-2012-PHCTC, 2012)

- **El Principio De Imparcialidad:**

La imparcialidad del órgano jurisdiccional forma parte de las garantías básicas del proceso, constituyendo incluso la primera de ellas. Así, el principio de imparcialidad garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que resolverá la causa sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso sea por una vinculación subjetiva con algunas de las partes o por alguna vinculación con los elementos de convicción del proceso que hayan formado en su interior un perjuicio con respecto a la causa en concreto. (Cafferata, 2004)

- **Presunción de Inocencia:**

Señala el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política del Estado, que toda persona es considerada inocente mientras

no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Esta declaración es de la máxima importancia en el proceso penal y se remonta a la reacción liberal que se produjo contra la inquisición, donde se presumía la culpabilidad. (Maier, 2008)

- **Ne Bis In Ídem. Interdicción de Persecución Múltiple:**

Este principio no posee reconocimiento constitucional expreso (Maier, 2008), sin embargo, presenta su contenido implícito en el art. 139, inciso 2 de la Constitución, así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en Expo. N.º 4587-2004-AA/TC. Lima, Caso: Santiago Martín Rivas, fundamento 46, que señala: “En relación con este derecho, el Tribunal ha declarado que, si bien el principio no bis in ídem no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso”.

El principio de no bis in ídem impide que una persona sufra una doble condena o vuelva a afrontar un proceso por un mismo hecho; es por ello que se trata de una garantía personal, que juega a favor de una persona y nunca en abstracto -pues existe una cosa juzgada en abstracto-, por el contrario, el efecto de cosa juzgada (Carrió, 2004) ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento o de cualquier tipo de resolución que ponga fin a proceso- siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada.

Conforme a ello (Maier, 2008) señala que la garantía no se extiende a otra persona, que no ha sido perseguida penalmente, cualquiera sea la solución del caso. Por ello la condena, la absolución o el sobreseimiento de un imputado no ampara a otro, aunque el fundamento sobre la base del cual se arribó a una

solución determinada sea común o se trate de un caso de participación criminal conjunta; ni siquiera aprovechan a un imputado las declaraciones que, referidas a él, en general o individualmente, son efectuadas en el proceso que se sigue a otro imputado. Ello indica que, como garantía personal, el principio rige individualmente y no posee efecto extensivo; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercida concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo individuo, pero carece de eficacia para transformar el ilícito lo que es antijurídico y punible.

- **Principio Acusatorio:**

Este principio se traduce en una idea muy importante y simple: “no hay proceso sin acusación”; y esto comprende que “quien acusa no puede juzgar” (Maier, 2008). El principio acusatorio constituye un criterio configurador del proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, la imputación -a una o más personas concretas- de determinados hechos, no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno. Es así como el debate jurídico propiamente dicho solo es realizado en el juicio, por regla general solo a partir de la acusación existe intervención del juez. (Lopez, 2004)

Este principio posee las siguientes características básicas y esenciales que enmarcan la cuestión: a) Separación entre el órgano investigador/acusador y el órgano juzgador, b) Sin acusación no hay juicio o no hay condena, c) La condena no puede ir más allá de la acusación, d) La proposición y producción de pruebas queda en manos de las partes, e) La prohibición de la reformatio in peius

- **El Derecho de Defensa:**

El proceso penal es el único instrumento para actuar el Derecho penal al que han de someterse tanto el Estado como el ciudadano, quien no puede renunciar a las garantías jurisdiccionales para auto imponerse una pena. Frente al derecho a la acusación, al ejercicio de la acción en el proceso penal (derecho a obtener la tutela judicial efectiva) cuyos titulares son las partes acusadoras; el- ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad. (Vicente, 2011)

## **2.4. Los sistemas procesales penales**

### **2.4.1. EL Sistema Inquisitivo:**

El sistema inquisitivo tuvo su origen en el procedimiento *cognitioextra ordinem* que se remonta al Derecho romano imperial, este es una de las manifestaciones del Estado totalitario, que fue extendiendo su vigencia durante toda la Edad Media hasta el siglo XVIII, respondiendo así a la concepción del poder central absoluto. (Rosas, 2003)

(Ferrajoli, 2013), al respecto señala que es todo sistema procesal donde el Juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso limitados la contradicción y los derechos de la defensa.

### **2.4.2. El Sistema Acusatorio :**

(Ferrajoli, 2013) conceptúa como sistema acusatorio: Acusatorio a todo sistema procesal que concibe al Juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el Juez según su libre convicción.

De todas las características identificadas como propias del sistema acusatorio, la esencia del mismo reside en la necesidad ineludible de una acusación previa, presentada y sostenida por persona diferente al juzgador. Así, sin previa acusación, no existe juicio, pues un modelo acusatorio es aquel que determina que un proceso penal tenga lugar respetándose la división de las funciones, recayendo la tarea de acusar en sujeto distinto al juzgador, quien además deberá acreditar su acusación por recaer en él la carga de la prueba, frente a lo cual se permitirá que el acusado desvirtúe la imputación a través de la presentación de prueba de descargo, siempre amparado en la presunción de inocencia, en tanto no se emita fallo que determine su culpabilidad. (Rosas, 2003)

#### **2.4.3. El sistema Mixto:**

La entrada en vigencia del modelo Mixto, supuso así el reconocimiento de una serie de derechos y garantías del imputado, quien deja de ser un objeto de derechos, para instituirse en un sujeto de derechos, definiendo la consagración de una serie de principios fundamentales, es decir, el centro de atención habría de enfocarse en el imputado, en el agente agresor, la víctima, el ofendido es también dejado de lado, como si su derecho indemnizatorio fuese accesorio de la pretensión

punitiva. Dicha degradación procesal, fue que años más tarde propulsará el desarrollo teórico de la «Victimología» y de la «Victidogmática»; el redescubrimiento de la víctima, en cuanto a su reivindicación por parte del Sistema Penal, que no es un protagonista casual en el hecho delictivo, sino que al verse afectada en sus bienes jurídicos fundamentales, tiene todo el derecho de ser resarcida y a su vez rehabilitada. La redefinición de los procesos de atribución de la etiqueta de “criminal” y el poder definitorio que decide el proceso de tipificación, incide también en la persona de la víctima, en los procesos de interacción social que producen el comportamiento “socialmente negativo”, se tiene así, que este modelo procesal, cuenta con matices acusatorios, pero a su vez no pierde ciertas propiedades, que lo identifican con el modelo inquisitivo, los cuales se manifiestan en todo su esplendor en la etapa de «Instrucción», a través de su carácter escrito, reservado, desordenado, ritualista, burocrático y excesivamente dilatado; es recién, con el Juicio Oral, donde se advierten ya elementos de corte «Acusatorio», en cuanto a la vigencia en vigor de los principios de oralidad, inmediación, contradicción, bilateralidad y publicidad, durante su transcurso se produce la determinación de las principales constancias de la causa, se individualiza el o los imputados y se concretan medidas asegurativas personales y reales.

Todo ello constituirá las bases sobre las que se elaborará la requisitoria fiscal de elevación o remisión a juicio. O, como apunta (Cubas V. , 2009) (...) resultaron dos momentos en el proceso penal que son características del sistema mixto: un primer momento marcadamente inquisitivo donde prima el secreto y la forma escrita, llamada la instrucción preparatoria; y otro momento, caracterizado por la oralidad y la publicidad,

el juicio oral. Así, en la doctrina española cuando se postula que se diferencian con nitidez dos etapas en el proceso penal: sumario y plenario, la primera va encaminada a averiguar el hecho punible con sus circunstancias y su autor, dependiendo de sus resultados la apertura del plenario, en el juicio oral el juez sentenciador, distinto del juez instructor, conforme a lo razonado por la acusación y defensa así como a lo manifestado por los acusados, y apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, dictará sentencia absolviendo o condenando. El diseño del denominado "sistema mixto" apareció en lo básico como una solución de compromiso entre las concepciones inquisitiva y acusatoria, generando un tipo de proceso que presenta la particularidad de su desarrollo en etapas diferenciadas, puede decirse, por tanto, que la influencia «Acusatoria», en el sistema procesal «Mixto», no estaba en condiciones de garantizar un verdadero proceso de partes, pues no existe un plano de igualdad "armas", entre la Acusación y la Defensa; prácticamente, el Fiscal con el Juez, actuaban en conjunto, para recoger e incorporar, los medios de prueba idóneos y suficientes, susceptibles de enervar en el Juzgamiento, la presunción de inocencia que irradia sobre la persona del inculgado. Es así, que se sigue pensando erróneamente, que la misión del juzgador, era la búsqueda de la verdad, cuando dicho deber, recae sobre el representante del Ministerio Público, de adoptar la imposición de medidas de coerción procesal (personales y reales), de oficio, lo que quiebra todo viso de imparcialidad.

El modelo «Acusatorio», apunta a lo contrario, de atribuir al Ministerio Público, el control jurídico de la investigación, con ello, se despoja a la policía, de poderes tácticos, que han constituido fuente inagotable de abusos y arbitrariedades en

agravio de los ciudadanos, resultan esclarecedoras las ideas que (Alvarado, 2009), con respecto al nacimiento del modelo “Mixto”, al sostener que son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la Inquisición española durante casi seiscientos años, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (...)

### **3. EL PROCESO PENAL PERUANO: PROCESO COMÚN**

#### **3.1. Definición:**

Es el instrumento jurídico necesario para la aplicación del Derecho Penal, de modo que, si se ha de perseguir una conducta delictiva, el proceso es el instrumento imprescindible para ello. Al propio tiempo, representa probablemente el principal campo de tensión entre la exigencia ciudadana de seguridad y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. El proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública, como un valor digno de especial protección, pues funciona precisamente como el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos. (Cubas V. , 2010)

#### **3.2. Etapas**

##### **3.2.1. Investigación preparatoria:**

La investigación preparatoria es la primera etapa del proceso penal acusatorio común, mediante esta etapa lo que se busca es que la fiscalía logre acopiar elementos de cargo y de descargo

que permitan al fiscal decidir si acusa o requiere un sobreseimiento (Peña a. , 2010)

- Esta etapa es dirigida por el Ministerio Público, y se subdivide en dos sub etapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, también llamada investigación preparatoria formalizada (Peña A. , 2018)
- En esta etapa el Juez de investigación preparatoria cumple una función, como Juez de control o Juez de garantías, pues es a él al que se debe recurrir cuando se vulneran derecho del imputado y de las partes en general.

Este Juez de investigación Preparatoria que no dirige la investigación, sino que la supervigila tal cual un Juez Constitucional, le asisten algunas atribuciones tales como: ordenar la imposición de medidas de coerción, la prueba anticipada, controlar el cumplimiento de los plazos, resolver sobre la constitución de las partes, entre otras. La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en caso, al imputado preparar su defensa, Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o participe y de la víctima, así como la existencia del daño causado determinando que la Investigación Preparatoria cumpla una doble finalidad de acuerdo a los intereses de cada una de las partes que intervienen en el conflicto, determinado que la finalidad para el Fiscal es reunir elementos de convicción de cargo o de descargo que le permitan decidir si formula o no acusación, por la convicción que le den los indicios, evidencias y pruebas, obtenidas en la escena del crimen; y para la defensa penal no solo sirve

para que el abogado prepare una defensa técnica, sino también permite que el imputado pueda hacer una defensa material, respecto a los cargos que le formula el Fiscal en su disposición, por la que dispone la formalización de la Investigación Preparatoria. Para el imputado y su defensa técnica, en la etapa de la Investigación Preparatoria, la finalidad que le asigna la norma es preparar su defensa, que supone de acuerdo con las técnicas de litigación oral, que son vinculantes al proceso penal acusatorio, la construcción de su teoría del caso durante todo el plazo de la misma. (Flores, 2016) Para la realización de la Investigación Preparatoria, que, es de 120 días naturales, prorrogables por única vez por 60 días, cuando se trate de investigaciones complejas el plazo es de 8 meses, prorrogable por igual término, solo por el Juez de la Investigación Preparatoria, Se considera Investigación Compleja, cuando requiera la actuación de un número significativo de actos de investigación, comprenda la investigación de numerosos delitos, involucra una cantidad importante de imputados o agraviados, se investiga delitos cometidos por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas. Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos, se necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país, o debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. Si el Fiscal considera, que se han alcanzado los objetivos de la investigación, puede darla por concluida antes del término del plazo. (Flores, 2016) Si vencido el plazo de la investigación y en el supuesto que el Fiscal no concluya la investigación, las partes pueden solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria, para cuyo efecto citara a una audiencia de control de plazo. Si el Juez ordena la conclusión

de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en un plazo no mayor de diez días debe concluir pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación. (Flores, 2016)

### **3.2.2. Etapa Intermedia:**

La investigación preparatoria es la actividad de indagación que se realiza desde que la Policía y el Fiscal tienen conocimiento de la comisión de un hecho con carácter delictivo. Su exclusivo objetivo es buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo que al final permitirán al Fiscal responsable de su conducción, decidir si formula acusación o en su caso, solicita al Juez de la investigación preparatoria el sobreseimiento del caso. La investigación preparatoria concluye normalmente con una petición que efectúa el titular de la acción penal al Juez.

Esta petición puede consistir en el requerimiento de apertura de juicio oral efectuada por medio de la formulación de la acusación o en su caso, el requerimiento puede consistir en un sobreseimiento de la causa, es decir, un pedido de archivo del caso debido que luego de la investigación efectuada, el fiscal no cuenta con suficientes elementos de convicción que sirvan para sustentar una acusación Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el sistema mixto con tendencia marcada al inquisitivo en vigencia aún en la mayor parte del territorio nacional, en el modelo acusatorio que recoge el Código Procesal de 2004, de modo alguno se pasa al juicio oral una vez concluida la fase de investigación. Entre ambas etapas existe otra que se conoce como “etapa o fase intermedia”, la misma que cumple trascendentes funciones al interior del proceso penal. En principio, es claro que la investigación preparatoria y la etapa intermedia sólo se constituyen en etapas fundamentales que sirven para preparar el

juicio. Sin aquellas etapas, es imposible juicio alguno en un proceso penal común. La razón de ser de la etapa intermedia se funda en la siguiente idea: los juicios orales para ser exitosos deben prepararse en forma conveniente de modo que sólo se pueda llegar a ellos después de realizarse una actividad responsable (Alberto, 2002) por parte de los sujetos del proceso incluido el tercero imparcial: el Juez.

La etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria. Sus objetivos se dirigen a evitar lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Este aspecto, la doctrina, lo denomina como justificación política. Se pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o fundamentados en forma indebida. También la etapa intermedia tiene su fundamento en el principio de economía procesal, toda vez que se busca finalizar en sentido negativo, sin juicio oral, un caso que no merece ser sometido a debate, evitando de esa forma, dicho sea de paso, molestias procesales inútiles al imputado.

De modo que la etapa intermedia constituye el espacio central del proceso que tiene por finalidad preparar propiamente el paso o tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Para que el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, sea exitoso debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del Fiscal responsable del caso, todo ello durante la audiencia preliminar (Omar, 2006) .

La etapa intermedia, tal como precisa el profesor y Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde (Elguera, 2005) , es una fase de apreciación y análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los medios probatorios presentados por las partes. En esta etapa, toda la actividad probatoria efectuado en la investigación preparatoria es sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para luego de ser el caso, ser admitida a juicio.

#### **A. El sobreseimiento:**

Luego que el Fiscal responsable del caso da por concluida la investigación preparatoria ya sea porque considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la investigación preparatoria, así lo determina luego de producida una audiencia de control del plazo de investigación, en un término no mayor de quince días en el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si solicita el sobreseimiento de la causa (artículo 344 del CPP) El sobreseimiento no es otra cosa que el requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. Lo efectúa el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria al concluir que del estudio de los resultados de la investigación preparatoria, existe certeza que el hecho imputado no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, o cuando no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la acción penal se ha extinguido, o no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba al caso y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado (Elguera, 2005). Con la finalidad explicable de no dejar puerta abierta respecto de los supuestos en los cuales el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento

después de la investigación preparatoria, el legislador del Código Procesal Penal de 2004 en el inciso 2 del artículo 344 ha regulado en forma taxativa los supuestos o hipótesis que de producirse en la realidad originarían un pedido de sobreseimiento. En efecto, en el citado numeral se ha previsto que el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento cuando se den los presupuestos indicados (Salinas Siccha, 2004).

### **B. La acusación:**

La acusación es un pedido fundamentado que realiza el Fiscal a la autoridad jurisdiccional para que el caso investigado pase a juicio oral y, por tanto, contiene la promesa que el hecho delictivo investigado, así como la responsabilidad penal del imputado serán acreditados en el juicio oral público y contradictorio.

El Fiscal formulará acusación luego que del análisis de los resultados de la investigación preparatoria (efectuado con el exclusivo objetivo de buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo) llega a las siguientes conclusiones:

1. Existen elementos o medios de prueba (no prueba debido que ésta a excepción de la prueba anticipada, sólo se produce en el juicio oral) suficientes que determinan o crean convicción en primer término, que la conducta investigada constituye delito de acción pública.
2. Luego, si aquellos elementos o medios de prueba existentes sirven para determinar las circunstancias y móviles de su comisión, así también determinar si sirven para identificar en forma fehaciente a los autores y partícipes, así como a la víctima del delito investigado.

El inciso 1 del artículo 349 del CPP, establece en forma taxativa el contenido que debe tener el escrito de acusación formulado por el Fiscal responsable del caso. En efecto, aquel numeral prevé que la acusación será debidamente motivada y contendrá:

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado. Es común denominar a estos datos como generales de ley del imputado.

b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos. En este punto, se narrará o describirá en forma clara la o las conductas que a decir del Fiscal fueron desarrolladas por el imputado en la comisión del delito. Si hay varios imputados, en la acusación habrá varias descripciones de conductas. A cada imputado se le asignará sus hechos con los cuales participó en la comisión del injusto penal investigado. Esto tiene por finalidad que el imputado conozca los hechos concretos que se le atribuye y pueda armar su estrategia de defensa. No es posible que hay acusaciones generales que lamentablemente aún se observa en el modelo mixto.

c. Los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio. Aquí el Fiscal expondrá brevemente sobre los elementos de convicción que ha recogido en la investigación preparatoria (actos de investigación, diligencias, medios o elementos de prueba, etc.)

d. La participación que se atribuya al imputado. Deberá establecer en forma contundente si la participación del acusado en el delito investigado fue a título de autor, coautor, instigador, cómplice primario, cómplice secundario, etc.

e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren. Por ejemplo, si el imputado

tiene una edad menor a 21 años, en la acusación se señalará que cuenta con responsabilidad restringida.

f. El tipo penal que tipifica el hecho. Se indicará el o los artículos del Código Penal que tipifican el delito objeto de acusación. En caso que se trate de un delito agravado, se indicará primero el artículo que recoge el tipo básico del delito y luego se citará el artículo que contiene la agravante.

g. La cuantía de la pena que se solicite. Entre el mínimo y el máximo de pena que prevé los tipos penales de la parte especial del Código Penal, el Fiscal valorando la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos investigados, personalidad del agente, así como su conducta exteriorizada en la investigación preparatoria, propondrá al Juez que imponga al acusado determinada pena que según el artículo 28 del Código Penal son: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. Las razones, consideraciones o fundamentos del cuantía de la pena que se solicita deberán ser expresados en la acusación.

h. El monto de la reparación civil. Según el artículo 92 del CP la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, la misma que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al agraviado del delito (Art. 93 CP).

i. Los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. Se entiende que sólo se consignará tal aspecto cuando en la investigación preparatoria se hay trabado algún embargo o incautados bienes al acusado.

j. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y lo más importante, se

deberá precisar los puntos sobre los cuales, en su oportunidad, aquellos serán examinados en el juicio oral.

k. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

❖ **Control formal:**

*Desde el ámbito formal, la etapa intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tiene como fin la corrección o saneamiento formal de los requerimientos que efectúa el Fiscal responsable de la investigación preparatoria a la autoridad jurisdiccional. Por ejemplo, será en la etapa intermedia donde se determine si el Fiscal al solicitar el sobreseimiento del caso, identificó bien o no al imputado. Si se determina que en su petición no ha identificado de modo correcto al imputado, aquí es la oportunidad para corregir tal defecto. Sin este control formal, por ejemplo, es posible que se separe del proceso al verdadero autor del hecho delictivo investigado. Los Fiscales tienen la obligación de ser diligentes y cuidadosos al momento de efectuar una acusación, no obstante, en la etapa intermedia los vicios o errores formales de una acusación deben ser corregidos para evitar que la decisión judicial devenga en inválida.*

*No obstante, también al imputado, al defensor, al actor civil y al mismo Juez le interesa que la decisión judicial no tenga errores de forma o mejor, que estos no pasen a la etapa del juzgamiento, donde pueden generar efectos más perjudiciales como, por ejemplo, se declare la nulidad de la totalidad del proceso penal.*

❖ **Control sustancial:**

*Desde el otro ámbito, la etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los cuales se discute preliminarmente sobre las condiciones de fondo de los requerimientos del fiscal.*

*Con tal control según Julio Maier, se busca racionalizar la administración de justicia penal, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación, por lo que se concede al Juez, de oficio o a instancia de las partes para sobreseer el caso.*

### **3.2.3. Juzgamiento**

#### **a. La instalación:**

Para que un juicio oral pueda instalarse deben estar presente los sujetos que se encuentran obligados a estar, entre ellos el acusado, quien si falta injustificadamente será declarado contumaz y se ordenará su conducción compulsiva, por otro lado, debe estar el abogado defensor del acusado, si este no se encuentra presente, entonces se le excluirá y se ordenará que asuma la defensa un defensor Público. (Martín, 2004)

#### **b. Los alegatos de apertura:**

Es la primera y gran oportunidad para presentar la teoría del caso al tribunal, acá los jueces no conocen el caso. Es una promesa de prueba al tribunal.

#### **c. La conclusión anticipada:**

El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva. Sólo será posible, al margen de la

denominada “conformidad absoluta” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- (“conformidad limitada o relativa”). Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “conformidad parcial”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que “...la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral”.

**d. La nueva prueba:**

Se da la nueva prueba cuando existen pruebas que surgen con posterioridad a la audiencia de control de acusación y también cuando las pruebas en la etapa intermedia, en la audiencia de control de acusación fue declarada inadmisibles, y en juicio se puede volver a ofrecer, pero con una especial motivación, si el juez deniega o admite, no hay impugnación.

**e. La actuación Probatoria:**

El tema de “la prueba” ha significado una preocupación constante de los estudiosos del derecho procesal, de allí que, se ha estudiado temas como los principios que lo regulan, sus fines u objetivos y su valoración pero, no se ha tomado en cuenta que este es un Derecho Fundamental, y que tiene todo un desarrollo a nivel constitucional que defiende su existencia como tal.

Cabe indicar en que nuestra Constitución Política, al igual que

sucede en muchas de las normas fundamentales de otras latitudes, no se encuentra expresamente consagrado el Derecho a la Prueba. Sin embargo, debe ser considerada una facultad constitucional y, por tanto, de jerarquía fundamental, en tanto, inspira y conforma –junto a otros derechos y principios- la más generosa de las garantías aseguradas al justiciable: el debido proceso.

El Derecho Constitucional a la Prueba permite ejercitar de forma debida la defensa en el proceso, siendo, por tanto, una fase vital del debido proceso. (Miranda, 1997).

Se entiende como el Derecho a Probar a aquel que posee el litigante consistente en la utilización de medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. De la definición glosada podemos extraer fácilmente que este Derecho únicamente les asiste a los litigantes en el proceso, esto es, a las partes. Dentro de un proceso penal a la parte persecutora del delito: Ministerio Público o querellante, en caso de ejercicio privado de la acción penal, y al imputado o querellado. De la concepción del Derecho a Probar fluye, entonces que, este Derecho no es uno que le asiste al órgano encargado de juzgar. El juez es el destinatario final de ese Derecho a la prueba que tienen los litigantes. El objetivo que tienen las partes, a quienes les asiste el derecho a la prueba, es uno: formar convicción en el juez. (Claria, 2008)

Para Carocca, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera la hipótesis y

convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última prueba significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

En términos de Barona Vilar, en el ámbito jurisdiccional, la prueba puede definirse como la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso.

A criterio de Levene, la prueba suele definirse como el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. En este sentido precisa que el fin de la prueba es establecer la verdad a los efectos de una justa resolución de la causa, y su objeto reside en su mayor parte en los hechos, y por excepción en las normas de la experiencia y en el Derecho.

Asimismo, en opinión de López Barja de Quiroga, la prueba es un acto procesal que tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho –más o menos verosímil– o un acto procesal concretado en un hecho (también en el caso de la presentación de un documento) que debe permitir conocer otro hecho. La mayor o menor verosimilitud del primer hecho proporcionará mayor o menor credibilidad al segundo hecho, de manera que este existirá o no para la sentencia en función de aquel. Entonces la prueba consiste en trasladar al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que ha sido presentada a su conocimiento. (Cáceres, 2005)

#### **f. Los alegatos de cierre:**

El alegato final no puede tener mayor importancia en la litigación: es el primer y único ejercicio argumentativo en todo el juicio.

Mientras en el alegato de apertura y en el examen de testigos la completa presentación de la prueba aún no se ha producido y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión (en consecuencia, objetable), el alegato final no solo permite al abogado sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba presentada, sino que lo urge a hacerlo. (Decap, 2014) Es recién aquí donde ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que hemos venido armando a través de la presentación de la prueba. (Armenta, 2004)

**g. La sentencia:**

En cualquier caso, penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo. (Oré, 2016)

El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia. (Rodríguez, 2008)

El nuevo Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria; se limita a fijar sus elementos estructurales, como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Del mismo modo los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten contra indicios consistentes (art.158°.2).Según el profesor MIXÁN MASS, la prueba indiciaria

consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta (Florencio, 195).

### **3.3. Principales sujetos procesales**

#### **3.3.1. El juez de Juzgamiento:**

La fase principal de un sistema acusatorio en el proceso penal es el juicio oral, el CPP le confiere la conducción de tal trascendente etapa al Juzgado Penal, organismo que no ha intervenido en las fases anteriores para, de esta manera, mantener incólume su imparcialidad y dejar que sean las partes procesales quienes, mediante la prueba, le lleven información de calidad, y con ello el juzgador alcance la verdad en el proceso. En esta etapa el Juez no sólo juzga, sino que conduce el debate, por ello los Jueces operan como árbitros entre las partes velando porque el juicio no se desnaturalice y sirva efectivamente como un instrumento de resolución de conflictos. Pero como señalamos, la posición del Juez de nuestro sistema procesal es compleja, en comparación a la de quien sume solamente el rol de árbitro de un debate en que los actores principales son otros, como sucede en el sistema del como la. Esto se explica porque nuestros Jueces deberán representar en el curso del Juicio no uno, sino dos roles, que, llevados a sus extremos, pueden generar fricciones entre sí. Nuestros Jueces en el nuevo sistema además de ser los encargados de la conducción del debate, tendrán también bajo su responsabilidad la trascendental misión de resolver en definitiva el asunto que es el objeto del juicio, lo cual es complicado, por ello muchos sistemas contemplan la existencia de Jurado para precisamente separar estas dos funciones.

Entonces nuestro Juez: conduce el debate y Falla. En consecuencia, a nuestros Jueces no les basta con preocuparse porque el examen de un testigo se lleve a cabo en forma legítima, sino, adicionalmente, deberán extraer de dicho testimonio material útil para la formación de la convicción que ellos mismos deben formarse sobre la responsabilidad del acusado.

Esta dualidad de misiones convierte en compleja la función judicial ya que en la práctica ambas suelen confundirse y superponerse, poniendo en riesgo la imparcialidad judicial que es uno de los principios bandera de la reforma procesal penal y que lleva aparejado el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

### **3.3.2. El Juez de investigación preparatoria:**

1. Corresponde, en esta etapa, al juez de la investigación preparatoria realizar, requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este Código.

2. El juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para: a) autorizar la constitución de las partes;

b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y cuando corresponda las medidas de protección;

c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales;

d) realizar los actos de prueba anticipada; y,

e) controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código. Concordancias: C PP: arts. 4 a l 6, 8, por la Constitución Política, específicamente, en su artículo 139, apartados 10 y 14, respectivamente \*.Para dar cabida a la etapa

de investigación preparatoria, conforme a lo estipulado en el artículo 336 del CPP se condice que si de la denuncia del informe policial o de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, en tanto la acción penal no haya prescrito, se haya individualizado al imputado y se hayan satisfecho los requisitos de Procedibilidad. Si concurren todos los presupuestos que se acaban de mencionar, el fiscal deberá emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. (De Llera, 1997)

Una vez emitida dicha disposición, se deberá verificar que en la misma estén contenidos los siguientes elementos:

- Los nombres y apellidos completos del imputado.
- Los hechos y la tipificación específica correspondiente. Así, el fiscal podrá disponer o consignar, si fuera el caso, tipificaciones alternativas al principal, pero en relación al objeto del hecho de investigación.
- El nombre del agraviado, si fuera posible.
- Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

Siguiendo nuestro actual modelo, el fiscal será el encargado de decidir si formaliza o archiva la investigación, una vez decidido ello solamente comunicará al juez de investigación preparatoria adjuntando una copia de la disposición. (Peña, 2009)

### **3.3.3. El Ministerio Público:**

El ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. El fiscal lo conduce desde su inicio la investigación del delito, con tal propósito la Policía Nacional está obligada a

cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

La función persecutoria del delito que se le ha encargado al Ministerio Público consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados y, de ser justificado, solicitar la aplicación de las penas pertinentes, haciendo del fiscal una institución idónea al sistema procesal acusatorio y a la vez impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación. El cambio del modelo inquisitivo al acusatorio tiene impacto en las funciones que debe cumplir el Ministerio Público en el proceso penal, pues implica el fortalecimiento de la institución en la medida en que se le han agregado nuevas facultades a las ya tradicionales de ser el titular del ejercicio de la acción penal pública, ubicándolo como protagonista central del nuevo modelo procesal, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, de acusar a los presuntos responsables y de ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema en volúmenes razonables. (Armenta, 2004)

Según el Código Procesal Penal, la reforma empieza por la necesaria división de las funciones propias del proceso penal, correspondiendo la función de investigación exclusivamente al Ministerio Público. El artículo IV del Título Preliminar del mencionado Código (modificado por la Ley Ni 30076), coherente con el mandato constitucional, dispone lo siguiente:

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.

4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos”. Lo anteriormente expuesto está ratificado en el artículo 60 del mismo Código, que establece lo siguiente:

*“1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.*

*2. El fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”.*

#### **3.3.4. El Imputado:**

El imputado es la parte pasiva necesaria penal del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando ya sea de naturaleza diferente a la privación de libertad, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en él, momento de la

sentencia (Moreno, 2008) Contra él se dirigen fundamentalmente, las actuaciones procesales Constituye la suya una posición defensiva, en la que también participa por lo general, un abogado defensor; ambos ocupan una posición común: la defensa frente a reproche formulado por el Ministerio Público. (Shluchter, 1999) La regulación está en el Libro Primero, Capítulo I, del Título II del NCPP: arts.71. NCPP.

La condición de imputada legitimación pasiva se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente. Se pierde cuando finaliza el proceso: absolución, con la misma sentencia firme; condena, cuando culminan las actuaciones procesales de ejecución forzosa. La Constitución (art. 139.) no exige un acto formal de imputación, solo exige que la persona, perfectamente identificada determinada, sea citada o detenida por la autoridad. Su debida identificación ha sido abordada en el Acuerdo Plenario N° 7-2006 / CJ-1 16, de 13-10-06.

### **3.3.5. El Actor Civil:**

La acción reparatoria puede ser ejercitada por el agraviado o por quien la ley civil considera legitimado de reclamación, la persona que no ejerza de por si su derecho será representado por sus personeros legales, la persona que sea constituido como actor civil dentro del proceso penal puede promover incidentes, concurrir a la audiencia, impugnar las resoluciones que la ley le permite e informar analizando los hechos, pero no pudiendo calificar el delito ni solicitar pena, debiéndose limitar a solicitar la reparación. Para Bovino, la institución del actor civil solo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podrá reclamar de todos

modos, en otro procedimiento, en este sentido, admite el código sustantivo la unidad procesal de la acción penal y civil producido por un delito con la finalidad de tutelar tanto al agraviado como al bien jurídico, si el actor civil no concurre al juzgamiento, se tendrá por abandonada su constitución en parte procesal. (Bovino, 2004)

### **3.3.6. El tercero Civil:**

Actor civil es la persona física o jurídica (agraviado o perjudicado por la comisión del hecho delictivo) que se encuentra facultado para ejercer la acción civil dentro del proceso penal; es decir, el sujeto que pretende la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales, que interviene en el proceso penal de manera secundaria y eventual.

Tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional, el actor civil no solo puede ser “quien ha sufrido directamente el daño criminal” [sino que además] (...), “en defecto de él, [puede ser también] (...) “el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito” (Exp. N “0828-2005-HC/TC, caso: Herminio Porras Oroy)

Así, el actor civil, en estricto, conforme al artículo 57 del Código de Procedimientos Penales, cuenta con una serie de derechos, tales como:

- \* *Deducir nulidades sobre los actuados;*
- \* *Ofrecer e intervenir, cuando corresponda, en la producción de medios de investigación y de prueba;*
- \* *Participar en el juicio oral;*
- \* *Interponer medios impugnatorios;*

\* *Formular peticiones en salvaguarda de sus derechos e intereses;*

\* *Solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, siempre que ello comprometa la reparación civil, sus intereses, así como en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención (En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0828-2005-HC/TC, caso: Herminio Ponas Oroya)*

## **1.9. SUB CAPÍTULO II**

### **1.10. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN**

#### **1. DEFINICIÓN:**

Julio B. J. Maier sostiene que; “Coerción significa utilización de la fuerza para lograr determinados fines. En el caso del Derecho pareciera claro que, en general, se utiliza la fuerza pública para sancionar el incumplimiento al deber que impone una norma jurídica determinada, rasgo que, precisamente, lo caracteriza frente a la moral. (...) La coerción dentro del proceso es aplicación de la fuerza pública pero no a modo de sanción por el incumplimiento o

infracción a un deber jurídico, sino a fin de poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción hipotética (objeto del proceso) y eventualmente actuar la sanción correspondiente. (Meir, 2011) La coerción es aplicación de la fuerza pública para restringir los bienes jurídicos de una persona, es decir imposibilitarle su libre utilización. (Meir, 2011)

## **2. FINALIDAD:**

- ✓ En esencia constituyen medidas judiciales que tienen por finalidad garantizar la presencia del imputado al proceso penal y la efectividad de una eventual sentencia que acoja la pretensión (Horvitz & Lopez, 2000) , tanto civil como penal.
- ✓ Estas medidas tienen por finalidad evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el proceso, y asegurar la presencia del imputado al proceso cuando de por medio exista peligro procesal, esto es, riesgo de fuga u obstrucción de la actividad probatoria. (Neyra, 2015)

## **3. PRINCIPIOS**

### **3.1. Principio de legalidad:**

Este principio tiene sustento constitucional en el Art. 2.24.b que señala que no está permitida “forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”. Así también el Art. 2.24.f de la Constitución establece que la detención se produce por orden judicial o por fragancia. Así pues, las restricciones a la libertad son tasadas, debe estar debidamente establecidas en la ley, de igual forma el plazo, la forma y el procedimiento deben encontrarse predeterminados. En conclusión, solo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentren reguladas en el CPP 2004. (Neyra, 2015)

### **3.2. Principio de necesidad:**

Según este principio solo se aplicarán estas medidas cuando sean estrictamente necesarias para los fines del proceso, teniendo en cuenta que la presunción de inocencia comprende también al trato como inocente, siendo la regla la libertad y la detención, la excepción.

### **3.3. Principio de proporcionalidad:**

Debe entenderse como la equivalencia que debe existir entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Este principio funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución de conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz. Implica la prohibición de exceso, se conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio. Este mandato queda fundamentalmente dirigido al legislador, como autor de las normas jurídicas, y a los operadores del sistema judicial, destinatarios de este principio, ya que como intérpretes y aplicadores de la ley son los responsables de la realización del derecho concreto, a través del enjuiciamiento de los casos ante ellos presentados. Por otro lado, el principio de proporcionalidad, en su versión europea, que es la que ha sido acogida por nuestra jurisprudencia, ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye a su vez un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. (Neyra, 2015)

### **3.4. Principio de prueba suficiente:**

Se refiere a la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al procesado como “autor o partícipe del mismo”, pero principalmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria.

### **3.5. Principio de Excepcionalidad:**

En un sistema acusatorio la libertad siempre es Ja regía solo en razones excepcionales y estrictamente necesarias es justificada la limitación a este derecho fundamental. (Neyra, 2015)

Las medidas cautelares solo se aplican en forma excepcional cuando son absolutamente indispensables para los fines del proceso. En tal sentido, la regla es dictar comparecencia al imputado a fin de que se presente ante el juez cada vez que se le requiera. Solo cuando se estime necesario para el proceso, por fundado peligro de fuga o entorpecimientos en la marcha probatoria del proceso, que pueda incluso ser influenciado con la severidad de la pena, el juez debe adoptar las medidas cautelares restrictivas. (Neyra, 2015)

### **3.6. Principio de jurisdiccionalidad:**

El carácter jurisdiccional de las medidas cautelares deriva, del principio de exclusividad de la jurisdicción, constitucionalmente reconocido en el artículo 139 inciso 1 (la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”). Consecuencia de este carácter jurisdiccional de las medidas cautelares, es que su adopción este reservada a los órganos jurisdiccionales, estando por consiguiente vedada tanto a los órganos administrativos, como a los arbitrales. (Aranguera, 1991) Asimismo la jurisdiccionalidad propia de las resoluciones cautelares se sustenta, además, en la necesidad de que su efectiva materialización en el proceso vaya precedida de un análisis sobre los presupuestos que lo condicionan, análisis que se reconduce, a un puro ejercicio de la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) (Gimeno & Garber, 2000)

## **4. CLASES**

### **4.1. Medidas de coerción real:**

Son de naturaleza patrimonial y su finalidad es asegurar el cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión de un hecho punible, resulta legítimo que el actor civil sea un sujeto legitimado, junto con el ministerio público para asegurar las consecuencias jurídicas económicas de una futura sentencia de condena. (San Martín, 1999)

Las medidas de coerción real pueden ser: i) medidas reales penales cuyo objeto es garantizar la efectividad de un pronunciamiento de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y siempre que posea un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas, ii) medidas reales civiles que son propias del Derecho Civil acumulado y buscan asegurar la ejecución de pronunciamientos de naturaleza civil y de contenido patrimonial que la sentencia puede dictar: restitución, reparación e indemnización. (Acuerdo Plenario N ° 07-2011 /CJ-116.)

### **4.2. Medidas de coerción personal**

#### **4.2.1. Definición:**

Son aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimiento del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia. (Neyra, 2015).

Las medidas cautelares personales son las medidas restrictivas o privativas de libertad personal que puede adoptar el Juez en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de

asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.  
(Asencio J. , 2003)

#### **4.2.2. Finalidad:**

Las medidas coercitivas de naturaleza personal restringen o limitan el libre tránsito del procesado a efectos de asegurar la consecución de los fines del proceso, así está encaminada a garantizar la presencia del inculcado a efectos de su enjuiciamiento y, por otro, a hacer posible la realización de otros derechos fundamentales rectores del proceso penal.

Las medidas coercitivas de naturaleza personal restringen la libertad en mayor o menor grado, a efectos de cautelar el adecuado curso del proceso, esta es la única finalidad constitucionalmente protegida, así se trata de un instituto de carácter instrumental predispuesto para asegurar el normal desarrollo del proceso, por ello está prohibido cualquier otra finalidad como podría ser la obtención de las pruebas, que tenga la finalidad de prevención y de intimidación o cualquier connotación sustantiva de penalización inmediata que pueda ser tomada como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura.

#### **4.2.3. Características**

- Celeridad procesal, porque se efectúa en condiciones que coadyuvan a la rápida solución del caso y no en las que tiendan a hacer lenta esa decisión.
- Inmediatez, porque se asegura la presencia real entre Juez e inculcado y que sea el mismo juzgador que participa en el desahogo de las pruebas quien las pondere al momento de juzgar, y

- Defensa plena, porque así el inculpado de manera personal, no solo a través de su abogado defensor, está en posibilidad real de participar en la preparación y contradicción de los medios de prueba y del uso de medios de impugnación que la ley le brinda.

#### **4.2.4. Principios**

##### **A. El Principio de Idoneidad:**

El principio de idoneidad es una regla de decisión y comporta la elección de aquella medida cautelar que sobresalga por su eficacia para cautelar los fines del proceso, pero que a su vez sea la que restringe en menor medida los derechos del procesado que se pretenden limitar. “La idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo (la medida cautelar) y el fin que justifica dicho tratamiento”. (Pujadas, 2008)

De este modo la imposición de una medida de coerción será adecuada al fin procesal, si contribuye a obtener el resultado que se pretende (sujeción del imputado al proceso), si no lo hace o se aleja de él, es inidóneo por comportar una mayor afectación a los derechos fundamentales de lo permitido constitucionalmente. En otros términos, no es suficiente alegar o identificar un derecho fundamental protegido, sino que es necesario explicitar porque es necesario que la limitación que sufre el derecho a la libertad u otro derecho es apropiado para lograr el fin cautelar que justifica su restricción.

##### **B. El Principio de Necesidad:**

El principio de necesidad es una regla de decisión que parte de la concepción de que la determinación de una medida cautelar en particular, debe primero observar la no existencia de una medida alternativa de similar o igual efectividad de aquella que

se pretende imponer, si existiera esta, debe elegirse aquella que comporte una menor lesión a derechos que se pretende restringir.

Así el sub-principio de idoneidad consiste en evaluar todas las medidas cautelares efectivas y elegir de entre aquella medida alternativa menos gravosas, pero que a su vez sea la más eficaz de las analizadas. Lo anotado significa que “se trata de una regla comparativa, pues en su aplicación no basta con examinar aisladamente el contenido de la medida objeto de examen, sino que obliga a la búsqueda de medidas alternativas suficientemente idóneas para la consecución del fin pretendido, de entre ellas, solo se afirmará necesaria la menos gravosa para el derecho afectado por la intervención, por lo que esta manera se obtiene la máxima eficacia de los derechos fundamentales limitados. No es bastante con la eliminación de las medidas excesivamente gravosa, más aún, es necesario excluir todas aquellas medidas que no sean las menos lesivas de todas las que presentan la aptitud suficiente para la realización del fin” (Sancho, 1998)

### **C. El Principio de proporcionalidad en sentido estricto:**

“La proporcionalidad strictu sensu es una regla valorativa, ponderativa y material, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de limitación”.

Este sub-principio implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido por la norma procesal, lo que supone armonizar el sacrificio de forma que sea adecuado e indispensable para sujetar al imputado al proceso. Dicho de otro modo, la

proporcionalidad en estricto sentido exige como justificación jurídica para imponer detención domiciliaria, que esta sea menos aflictiva a otras alternativas, por lo que el medio empleado (medida de coerción) y el fin que se pretende lograr (sujetar al imputado al proceso) son dos variables que deben estar en armonía.

## **5. LA PRISIÓN PREVENTIVA**

### **5.1. Definición:**

La prisión preventiva, por ende, es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, esto debido a que mediante la adopción de esta medida cautelar se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado se presume su inocencia. (Rio & Gonzalo, 2008) (Art. 24 – Inc 2 de nuestra constitución)

Es por esta razón que la prisión preventiva encuentra uno de sus principales obstáculos en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24. inc 2 de nuestra Constitución). Se ha sostenido que la imposición de la prisión preventiva, conlleva una afectación a la presunción de inocencia. Por un lado, se encuentra quienes afirman que esta medida se constituye como la más evidente contradicción con el principio de presunción de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio* (Meir, 2011) . Mientras que otro sector de la doctrina señala que al no cumplir esta medida de coerción finalidades de la pena, no podría sostenerse que es contraria al principio de presunción de inocencia,

### **5.2. Presupuestos formales**

Estos presupuestos formales son: Legalidad, jurisdiccionalidad, motivación, excepcionalidad y audiencia. Los presupuestos mencionados tienen que aplicarse de acuerdo a la regla de proporcionalidad.

**a. Legalidad:**

De la misma forma que sucede con cualquier injerencia del poder público en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, la adopción de esta requiere como primer presupuesto considerar admisibles aquellas restricciones que la ley expresamente dispone (Vicente, 2011), solo podrá acordarse dentro del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de otro tipo y su adopción y desarrollo se habrán que acomodar a las determinaciones previstas en el Código Procesal Penal( Art. VI del TP).

Para que las medidas cautelares resulten legales, deviene en imprescindible que sean establecidas previamente por la ley, esto como consecuencia inequívoca del principio de legalidad, significando de esta forma que no puede haber más supuesto de prisión preventiva que los que la ley señala de forma taxativa y razonablemente detallada prevea. ( Ley Organica, 2003)

**b. Jurisdiccionalidad:**

Establece que solo puede ser dictada por autoridad judicial, artículo VI del TP y el artículo 268 del CPP, en ningún caso puede el fiscal o la policía acordar una medida que afecta la libertad del imputado. El fundamento de este requisito es evidente, la prisión preventiva restringe, en primer lugar un derecho fundamental y en este ámbito(en el de la tutela de los derechos fundamentales) la jurisdicción ha de ostentar siempre “no solo la última, sino la primera palabra” en razón de ser este derecho fundamental, la

libertad, que es uno de los más preciados de la persona humana hasta el punto que la Constitución sitúa a la libertad como un valor superior e informador de todo el ordenamiento jurídico (Gimeno & Garber, 2000).

**c. Motivación:**

Toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada. El interés de motivar no solo obedece al interés por la protección directa de los derechos fundamentales, sino también, porque busca excluir la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente, posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, lograr el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional.

**d. Excepcionalidad:**

Significa que la ley procesal opta decididamente por la libertad provisional, es decir, que la investigación se realice en libertad del imputado, como regla general y primera opción que se debe acoger frente a la prisión preventiva en cuanto concurren los presupuestos legales al efecto. (Armenta, 2004) Siendo por tanto la excepción, la medida de prisión preventiva y únicamente cuando sea indispensable (artículo 253.3 del NCPP).

**e. Necesidad:**

La aplicación de este principio en un sistema democrático conlleva el cumplimiento de dos exigencias constitucionales que son por un lado la excepcionalidad, conforme a la cual la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general, así también lo establece el artículo 9.3 del PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) sino que ha de adoptarse únicamente cuando sea absoluta y estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines que la justifican. Por otra parte, su carácter subsidiario, que obliga al órgano judicial a examinar, no solo la concurrencia de los

presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, no suponga el sacrificio de aquel derecho fundamental (Gimeno & Garber, 2000)

**f. Audiencia:**

La medida de prisión preventiva ha de dictarse en audiencia, con la presencia del imputado. El artículo 271 °.1 establece, con respecto al Juez, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva [...] con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. La audiencia hace posible el control de la actividad jurisdiccional, permite lograr la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional. (Gimeno & Garber, 2000)

**i. Proporcionalidad:**

Exige que la norma restrictiva del derecho a la libertad de movimiento tenga un contenido proporcionado a los fines que la prisión preventiva pretenda alcanzar, es decir, que para privar de libertad a alguien debe exigirse un fin constitucionalmente legítimo, se requiere por tanto, que además de la necesidad e idoneidad de la medida concurra la proporcionalidad *stríctu sensu*, es decir, el juicio de ponderación de intereses en juego, de manera que el sacrificio de la libertad de la persona resulte razonable en comparación con la importancia del fin de la medida. (Armenta, 2004)

### **5.3. Principios**

**a. El principio de proporcionalidad:**

“El principio de proporcionalidad exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los

condenados. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo, el principio de proporcionalidad ha sido denominado “prohibición de exceso”. Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene: “la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión” (Neyra, 2015)

**b. El principio de legalidad procesal:**

(Asencio J. M., 2004) señala que “el Código Procesal peruano es respetuoso con este principio rector. Su artículo 253° dispone la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las exigencias previstas en la norma.

**c. El principio de razonabilidad:**

Este principio comporta el hecho que la decisión del órgano jurisdiccional para dictar un mandato de prisión preventiva debe materializarse como producto de dos criterios: el primero se basa en la comparación de los valores subyacentes a la decisión y de los valores socialmente imperantes, el segundo es el criterio de la eficiencia de la decisión a tomar.

**d. El derecho fundamental a la presunción de inocencia:**

El derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene como carácter central ser el marco inspirador del derecho procesal penal, ello comporta una funcionalidad instrumental consistente en que la

evaluación de la prisión preventiva no responda u otros fines que los estrictamente procesales, y ello no es más notorio que cuando se evalúa el dato de la gravedad del delito, así este elemento debe empezarse a valorar una vez culminado el juicio sobre la apariencia del derecho y sobre el peligro procesal, ello asegura un criterio de discernimiento acorde a un fin jurídico formal o interno.

**e. El derecho de motivación:**

La resolución que se pronuncie favorablemente respecto de la prisión preventiva debe ser especialmente motivada, el juez tiene el deber de ser más exhaustivo respecto de cada uno de los presupuestos materiales y elementos probatorios en que sustenta su convicción.

**5.4. Presupuestos materiales:**

La medida de prisión preventiva, en correspondencia a su carácter provisional y, en lo que es relevante, a su función cautelar y tuitiva coercitiva, se encuentra sujeta al cumplimiento los presupuestos materiales, así el CPP 2004 establece en su artículo 268°.

1: “El juez podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. - Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

2. - Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

3. - Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir

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

El primer presupuesto desarrolla la imputación o *fumus bonis iuris*. La imputación es el presupuesto genérico de las medidas cautelares penales, si la tutela cautelar es un instrumento de protección del proceso, habrá de verificarse que existe dicho proceso, lo que depende del conocimiento de un hecho con apariencia delictiva para que se dé la prisión preventiva.

El CPP, sin embargo, regula este presupuesto de una manera singular, porque exige la existencia de fundados y graves elementos de convicción que vinculen al imputado con la realización del hecho delictivo que constituye el objeto de investigación (Labarthe, 2007).

#### **A. Peligro de fuga:**

Se encuentra relacionado a la posibilidad que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y no se pueda cumplir con los fines del proceso, por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos de tiempo que le quita el proceso, etc.). Los fundamentos de la existencia del peligro de fuga radican en la necesidad que el imputado comparezca a las actuaciones futuras del proceso, aseguren la presencia del acusado al juicio oral, y eviten elevar los costos procesales que implicarían una captura posterior del sujeto. (Neyra, 2015)

#### **B. Peligro de obstaculización**

El peligro de obstaculización consiste en determinar si la conducta del imputado está dirigida a perturbar u ocultar la evidencia probatoria, que bien puede tratarse de un elemento de prueba por identificar y presentar ante un juez, o bien ante uno ya incorporado (Due Process of law foundation, 2000). Los criterios para

determinar cuándo hay perturbación probatoria son: destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, influir para que co- imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o inducir a otros a realizar tales comportamientos.

### **5.5. Duración:**

- Procesos no complejos: 9 meses
- Procesos complejos: 18 meses

Los criterios para determinar cuándo es complejo el proceso están establecidos taxativamente en el artículo 342°.3 del CPP 2004, que son los siguientes:

- a. Cuando se requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación;
- b. Comprenda la investigación de numerosos delitos.
- c. Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados.
- d. Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas.
- e. Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos.
- f. Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o,
- g. Deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

El fiscal como director de la investigación, si considera que la investigación que realiza cumple con alguno de los supuestos indicados anteriormente, debe disponer la complejidad del proceso en la disposición de formalización y continuación de la investigación

preparatoria, y esto determinará la duración de la prisión preventiva que será de 18 meses.

Si la complejidad se verifica en el transcurso de la investigación preparatoria ya formalizada, debe disponerlo así, en el momento procesal en que verifica esta situación, dando a conocer a los sujetos procesales su disposición.

Entonces la determinación de la complejidad del proceso no le corresponde al Juez de investigación preparatoria, porque según el artículo 323.1, le corresponde realizar a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza el CPP, entre los cuales no se encuentra la decisión para considerar si un proceso es complejo o no, por tanto, el competente es el Fiscal quien es el director de la investigación.

Además, el fiscal para disponer que el proceso sea complejo debe de tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque la norma no ha establecido parámetros para calificar la cantidad de actos de investigación o de delitos, imputados o agraviados.

Para evitar cualquier arbitrariedad, el justiciable podría recurrir en vía queja al superior jerárquico, o incluso al Juez, para que se modifique la disposición del Fiscal que ha decidido considerar una investigación como compleja, cuando considera que no es así.

## **6. LA COMPARECENCIA**

### **6.1. Definición:**

(Manzini, 1952) al respecto señalaba que el mandato de comparecencia “consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se pone

obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados”

(Asencio J. , 2003) la comparecencia “consiste en la orden de comparecer ante la autoridad judicial o fiscal las veces en que el imputado sea llamado.

La comparecencia es la medida coercitiva de menor gravedad o intensidad de todas las medidas de coerción que afectan la libertad personal del imputado, tiene por efectos sujetar al procesado a la jurisdicción del Juez de la Investigación Preparatoria o del Tribunal de juicio a efectos de mantener vinculado al imputado al proceso. (Exp. N° 4308-98-A Lima, 24 noviembre de 1998)

## **6.2. Características:**

- La comparecencia permite al inculcado defenderse dando las explicaciones y efectuando las manifestaciones que considere oportunas, pudiendo desvirtuar, de esta forma, los cargos o motivos de sospecha que pesen sobre él.
- La comparecencia debe representar el punto de equilibrio entre la sujeción del imputado al proceso y la libertad individual, así la proporcionalidad en sentido estricto constituye una valoración ponderativa de intereses contrapuestos en los que uno de estos derechos deberá ceder temporalmente frente al otro, en atención a las circunstancias que el caso plantee.

## **6.3. Clase de comparecencia**

### **6.3.1. Comparecencia simple:**

Nuestro CPP 2004 establece que el juez de la investigación preparatoria dictará mandato de comparecencia simple, cuando el hecho punible denunciado esté penado con una sanción leve

o los actos de investigación aportados no lo justifiquen. Asimismo, faculta al Juez de la Investigación Preparatoria dictar dicha medida cuando el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266 del CPP o cuando habiendo solicitado no concurren los presupuestos materiales previstos en el art. 268 del CPP.

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión. La medida de comparecencia simple solo impone la obligación de concurrir al Juzgado todas las veces que el Juez lo considere pertinente durante el desarrollo del Proceso, ya sea citado para su declaración o para otra diligencia. Su incumplimiento determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la Policía.

La comparecencia simple es una medida de coerción procesal por lo que debe ser decretada por el Juez de la investigación Preparatoria previo requerimiento fiscal. Solo se decreta de oficio conforme al artículo 286°. 1 del CPP concordado con el artículo 266° del CPP, si el Fiscal no solicita mandato de prisión preventiva al vencimiento del plazo de la detención convalidada. La comunicación del Juez no lo habilita para que de oficio decrete la comparecencia simple, porque los artículos antes mencionados no lo permiten. Además, porque el Ministerio Público como titular de la Investigación Preparatoria tiene el poder coercitivo de disponer la conducción compulsiva de una persona por la Policía Nacional en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, conforme lo prescribe el artículo 66 del CPP". (Expediente N ° 00031-2011-2-1826-JR-PE-02 Corte superior de justicia de Lima Sala de Apelaciones)

### **6.3.2. Comparecencia con Restricciones:**

Por su naturaleza y gravedad la comparecencia restrictiva se ubica entre la prisión preventiva, que es la más grave restricción de la libertad personal del imputado, y la comparecencia simple es la más benigna. Esta condición de medida intermedia permite que, por un lado, se eviten los efectos perniciosos de la prisión preventiva en el logro de los fines de la sujeción y aseguramiento que ella persigue; y, por otro lado, se consigna sujetar al imputado al proceso mediante la imposición de ciertas restricciones que limitan su libertad de acción.

### **6.4. Presupuestos para su imposición:**

1. El juez de la investigación preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266.

2. También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión.

### **6.5. La comparecencia con restricciones en la jurisprudencia:**

Sánchez Velarde afirma que la comparecencia con restricciones es “aquella medida dispuesta por el órgano jurisdiccional, que contiene la afectación de derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal”. (Sanchez, 2004) agrega que “el imputado goza del derecho a la libertad, pero está sujeto a los mandamientos que el Juez dicta, es decir, el imputado mantiene su derecho a la

libertad ambulatoria, pero en forma limitada o restringida. Del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas dependerá la comparecencia, en caso contrario, se adoptará medida coercitiva más severa, que es la detención”.

#### **6.6. La revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva:**

Si el imputado inicia la investigación formalizada con la medida de comparecencia con restricciones, en respeto al principio de variabilidad, esta medida puede ser modificada, aun en su perjuicio.

El Código Procesal Penal regula dos supuestos:

a. Revocación por nuevos elementos: por la presencia de nuevos elementos que determinen que la comparecencia con restricciones ya no es la medida adecuada, sino ahora, la prisión preventiva (artículo 279 del CPP).

b. Revocación por incumplimiento de reglas: la variación de la comparecencia por prisión preventiva por incumplimiento de las restricciones que le fueron impuestas en la comparecencia (inciso 3 del artículo 287 del CPP).

1. Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva.

2. El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El Juez emitirá

resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración.

3. Contra la resolución que se emita procede recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.

En la regulación de la revocatoria de la medida de comparecencia por la de prisión preventiva, debe cumplirse previamente con el requerimiento por tratarse de una norma procesal de obligatorio cumplimiento cuya inobservancia afectaría el debido proceso. Que, en el caso de autos, habiéndose evidenciado el incumplimiento a dicha norma procesal, la revocatoria de la comparecencia resulta improcedente. Incidente N° 2009-4280-15-2001-JR-PE-I-Piura.

La revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva requiere del aporte de nuevos elementos que importen una variación sustancial de las circunstancias. Ello implica tres presupuestos, a saber: a) los nuevos elementos surgidos de la investigación posean contundencia acreditativa de nuevas condiciones; b) la necesidad de una evaluación actual de la capacidad asegurativa de la comparecencia con restricciones impuesta frente a las nuevas condiciones, la que incluye la verificación del cumplimiento por el imputado de las restricciones impuestas; y, c) la determinación que dicha medida resulta insuficiente ante el colapso de su capacidad asegurativa frente a las nuevas condiciones. Cas. N° 119-2016-Áncash.

## SUB CAPÍTULO III

### EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

#### 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

##### 1.1. Definición:

Los derechos fundamentales son el conjunto de derechos y libertades fundamentales señala que estos son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. (Rubio, 1948)

##### 1.2. Características:

- ✓ Derechos de carácter universal, pues su utilidad corresponde a todos los seres humanos sin distinción de raza, ideología, sexo, edad y todo cuanto atributo que, pudiera hacer distingo y que no afecte la condición humana edad, sexo, estatura, ocupación, etcétera.
- ✓ Derechos absolutos, ya que su titularidad es una exigencia constitutiva y suprema de los seres humanos no están sujetos a tratativas entre el Estado ni entre los miembros en sí. Razón por la cual, se exige cumplimiento en los términos expresados en las declaraciones y el texto constitucional.
- ✓ Derechos inalienables, por qué su titularidad es irrenunciable e imprescriptible no sujeta renuncia por la condición que estos derechos significan para el ser humano porque son derechos irreversibles por pertenecer a todos y a cada uno de los miembros de la colectividad es irrevocable y perpetua, por tanto, no es posible su extinción o su presión o supresión.

- ✓ Derechos interdependientes; el conjunto catálogo de los derechos fundamentales se fundamenta en la interrelación mutua a fin de concretarse el ejercicio pleno de los mismos.
- ✓ Son derechos inmutables, el conjunto de los derechos fundamentales es indeleble y no montable es decir no puede modificarse en el tiempo.

### **1.3. Sustento:**

Tanto el derecho de petición como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1° del referido texto que concibe a la persona humana como «el fin supremo de la sociedad y del Estado». De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica. (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1042-2002- AA-TC)

### **1.4. Los derechos fundamentales en el Perú:**

Una disposición que refleja la importancia de los derechos fundamentales en el caso peruano se encuentra contenida en el artículo 6 del Código Civil de 1984, según el cual “el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria”. La particularidad de esta disposición se refleja

en dos ámbitos. En primer lugar, acaso más notorio, se deduce del contenido de esta cláusula que no es posible someter a negociación la disponibilidad de los derechos. En segundo lugar, llama la atención la redacción de *númerus apertus* del referido artículo, lo cual supone que no solamente la cesión de derechos relevantes como la vida o la integridad resultan inválidas, sino además la de cualquier otro derecho “inherente a la persona humana”, con lo que se pueden establecer situaciones o derechos no previstos que pueden activar su campo de acción frente a intentos de imposición por parte de otros particulares.

## **2. EL DERECHO DE DEFENSA**

### **2.1. Fundamento Constitucional:**

El art. 139º inciso 14 de la constitución política ha señalado que una persona no puede ser privada del derecho a la defensa en ningún estado del proceso, lo cual implica que desde el inicio de todo proceso el imputado tiene derecho a ejercer libremente su defensa bajo la dirección de un abogado de su elección o, si no pudiera acceder a uno, por el defensor público que el estado le proporcione; lo cual tiene relación directa con el principio de contradicción.

Según la Constitución Política del Perú, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos inherentes al ser humano, es decir que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad, la libertad, la igualdad u otro aspecto fundamental que atente contra la integridad de las personas, entre ellos tenemos el derecho a la intimidad, así como al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y otros. Según Cesar Landa Arroyo, en su libro “Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, señala que nuestra constitución política de 1993, asume un concepto abierto de derechos

fundamentales, en la medida que si bien el Capítulo I se denomina de los Derechos Fundamentales de la Persona, también se alude a los derechos humanos señalados en los artículos 14, 44, 56.1, 162, derechos constitucionales señalados en los artículos 23 y 162, así como los derechos y libertades ubicados en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. En cualquier caso, la defensa de los derechos de las personas y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, señalado en el artículo 1 de la Constitución. Es así que en la medida que los derechos fundamentales en general son derechos subjetivos, pero que exigen un deber objetivo de protección tanto del Estado como de los particulares.

## **2.2. Fundamento Convencional:**

El derecho de defensa como la garantía fundamental que le asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación, e impugnación necesarios para hacer prevalecer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. (Gimeno & Garber, 2000)

El derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuirse la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueden promover. El derecho de defensa implica a su vez varios derechos, tales como: que el acusado cuente

con un abogado defensor, que este pueda comunicarse libremente con su defendido sin interferencia ni censura y en forma confidencial (pudiendo ser vigilado visualmente por un funcionario que no escuchara la conversación), que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con un intérprete o traductor si el inculcado no conoce el idioma del tribunal, entre otros. (Maier, 2008)

### **2.3. El derecho de defensa según el Tribunal Constitucional Peruano:**

- El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, ésta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo. (Casos: Francisco Hipólito Beltrán Ramos, Exp. N° 083-2000-AA/TC; Flor de María Gonzáles de Rojas y otros. Exp. N° 1414-2003-AA/TC; Edwin Quispe Huamán, Exp. N° 1612-2003-AA/TC).
- STC - Exp. N° 1027-2004-AA/TC: “El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, esta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo”
- “El derecho de defensa (...) garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un

proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”

(Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 03850-2011-PA/TC, párr. 3.)

### **3. Derecho de defensa Técnico**

#### **3.1. Según el Tribunal Constitucional:**

Sentencia del tribunal constitucional - Exp. 02485-2018-PHC/TC

Fundamentos destacados:

13. Asimismo, el Tribunal recuerda que en los casos en que el Estado tenga la obligación de asignar un defensor de oficio, el respeto de esta posición iusfundamental queda garantizada siempre que se le posibilite contar con los medios y el tiempo necesario para que ejerza adecuadamente la defensa técnica. Se salvaguarda, así, que la presencia del defensor técnico y su actuación en el proceso, no sean actos meramente formales, sino capaces de ofrecer un patrocinio legal adecuado y efectivo (2432-2014-HC fundamento 7).

14. El derecho a una defensa técnica consiste en contar con el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso; en que una parte procesal tiene el derecho de contar con un abogado que lo defienda y lo patrocine desde el inicio de la investigación, durante toda esta etapa y para todo el proceso que eventualmente se instaure, para lo cual podrá elegir a su defensor. Sin embargo, esta regla tiene su excepción, la cual se encuentra prevista en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), en su artículo 85, que señala que, ante la ausencia del abogado de su elección, la parte podrá elegir otro defensor o, en su defecto, el órgano jurisdiccional

podrá designarle de oficio otro a efectos de que se realice la audiencia o diligencia por el carácter de inaplazable que tienen dichas actuaciones en virtud del principio de celeridad que inspira el referido ordenamiento procesal. (1795-2016-HC fundamento 9).

15. Ahora bien, este derecho no se limita únicamente a la exigencia de que se produzca la designación de un abogado defensor de oficio en caso de que el imputado no haya podido designar uno de libre elección. Para garantizar el pleno ejercicio del derecho, se requiere que el defensor actúe de manera diligente.

### **3.2. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Defensa técnica (art. 8.2. d) y e) - Corte IDH.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11 25. Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciera tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna.

En estos términos, un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención

garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente. Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe, pero no fue agotado. Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo.

### **3.3. Según el Tribunal Europeo de Derecho Humanos:**

Fallo del tribunal europeo de derechos humanos articulo c. Italia fecha de sentencia 13 de mayo de 1980 estado parte Italia voces el derecho de defensa en una sociedad democrática:

El Tribunal recuerda que el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Esta afirmación tiene especial importancia con referencia a los derechos de defensa en vista del papel prominente que el derecho a un proceso debido, del que aquella deriva, tiene en una sociedad democrática (STEDH Airey c. Irlanda de 9 de octubre de 1979, serie A, núm. 32. Pág. 12 y 13, párrafos 24 y 32 in fine) El artículo 6.3 c), que los delegados de la Comisión han subrayado correctamente, habla de asistencia y no de designación. Y ello porque la segunda no garantiza por sí misma la efectividad de la primera, pues el abogado de oficio puede morir, enfermarse gravemente, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes. Si han sido advertidos de ellos, las autoridades deben sustituirlo u obligarle a cumplir con su deber. Adoptar la interpretación restrictiva

que propugna el gobierno llevaría a resultados poco razonables, incompatibles con el sentido del apartado c), así como con la economía prescrita por el mismo artículo 6 considerado en su conjunto. En esos casos, la asistencia letrada se convertiría en un concepto vacío de contenido (Cf. Párrafo 33) El Tribunal recuerda que, salvo algunas excepciones que no resultan relevantes para el presente caso, en la legislación italiana, cualquiera que se encuentre en estado de pobreza tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita en procesos criminales. En cualquier caso, en este supuesto “el interés de la justicia” exigía que se proveyera una asistencia jurídica efectiva. De acuerdo con el abogado designado, esto hubiera demandado mucho trabajo. Sin embargo, bajo el procedimiento escrito ante la Casación italiana, un abogado debidamente calificado podría haber clarificado los agravios presentados por Artículo (Cf. Párrafo 34). El Gobierno alegó que para que exista una violación al artículo.

6.3.c. del Convenio la falta de asistencia jurídica debía haber provocado un perjuicio a la persona afectada. Al igual que la Comisión, el Tribunal entiende que el Gobierno está exigiendo lo imposible desde que no se puede probar, más allá de toda duda razonable, que, de haberse sustituido al abogado defensor, el reemplazante habría alegado en contra de las limitaciones legales y convencido a la Casación. Por otra parte, no hay nada en la letra del artículo 6.3.c que indique que esa prueba es necesaria. En este sentido, una interpretación que introduzca este requisito privaría a la norma de su real contenido. En general, la existencia de la violación existe incluso en ausencia de un perjuicio concreto... (Cf. Párrafo 35). El Tribunal establece que no cabe imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento realizado por un abogado de oficio, pero en las circunstancias del presente caso incumbía a las autoridades italianas competentes garantizar al demandante el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido. Cabían dos

soluciones: sustituir al defensor... o, llegados al momento justo, obligarle a cumplir su tarea. Finalmente se decidió optar por una tercera vía: la pasividad, aun cuando el respeto al Convenio exigía por su parte la adopción de medidas positivas.

## **SUB CAPÍTULO IV**

### **Imposibilidad de celebración de la audiencia de variación de comparecencia a prisión preventiva sin presencia de abogado defensor**

#### **1. La falta de armonía entre las disposiciones del Código procesal penal**

Nuestro Tribunal Constitucional nos ha señalado que “Dentro de todo ordenamiento se supone que hay un conjunto de conexiones entre diferentes proposiciones jurídicas: más aún, lo jurídico deviene en una normatividad sistémica ya que las citadas conexiones constituyen una exigencia lógico-inmanente o lógico-natural del sentido mismo de las instituciones jurídicas” (STC Exp. N° 47-2004 PI/TC), en suma, lo que ha dicho el Tribunal en la referida sentencia sobre las fuentes del derecho es que el ordenamiento jurídico debe ser armónico evitándose colisiones, así el máximo interprete ha expresado que “la normatividad sistémica descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman” (ibidem)

A pesar de lo dicho, el mismo Tribunal admite la posibilidad de que se produzcan choques de normas. En ese sentido nacen las llamadas antinomias, que se producen justamente cuando: “el ordenamiento jurídico que está compuesto por una diversidad de disposiciones o normas producidas por diversas fuentes, muchas de las cuales pueden llegar a contraponerse afectando la coherencia del ordenamiento”. Las antinomias como lo ha señalado la Corte Suprema son, “lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación

de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible” (apelación 1915-2017 Lima). en la doctrina el creador de este concepto el Norberto Bobbio, quien ha señalado que “aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento” (Bobbio, 1997).

## **2. La constitucionalización del derecho como fundamento: El artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal:**

Como señala el profesor Ferrajoli, el derecho constitucional tiene incidencia directa en el derecho penal, de un lado, en relación a la privación de la libertad (que es una de las penas en el derecho penal peruano) en función del principio de legalidad. Explicando la idea, debemos decir que se dice ello, porque las penas se legitiman por el poder punitivo que ejerce el Estado “ius puniendi”, y esta facultad de imponer sanciones recaen en las personas, las cuales como sabemos son entes con dignidad cuyo respeto constituye la finalidad suprema del Estado y la sociedad; en ese sentido, ese poder del Estado debe ser ejercido dentro de los valores y principios de orden constitucional y con la debida observancia de los derechos fundamentales, más no se debe ejercer de manera arbitraria. De otro lado, nos dice Mir Puig (2009), el derecho penal está vinculado al derecho penal mediante la interpretación constitucional y también a través de argumentación constitucional. De ahí que, sea posible indicar que las categorías jurídicas que contiene la dogmática penal son pasibles de ser objeto, en unos casos, de interpretación, y por supuesto, de definición de sus

contenidos en otros casos, mediante de los diversos métodos constitucionales de interpretación. (interpretación desde la Constitución). Así se debe entender que se debe leer las normas penales desde la Constitución y no la Constitución desde las normas penales.

De lo dicho no queda más que afirmar de forma categórica que la actuación de los legisladores en su tarea de la elaboración y diseño de los tipos penales, y también, de la posterior tarea de los jueces de aplicar las normas penales, será legítima y válida en el marco de la "unidad del ordenamiento jurídico", fundamentada en la máxima garantía de la "supremacía jurídica constitucional". En ese contexto el legislador al momento de diseñar tipos penales y también al momento de establecer las consecuencias jurídicas de los delitos, esto es, al hacer la determinación legal de la pena, debe entender que está sujeto a los principios constitucionales; si el legislador, como sucede a menudo en el Perú, inobserva los principios constitucionales en su labor de crear tipos penales y penas, es obligación de juez de apartarse decididamente de la ley y preferir una interpretación y luego una aplicación constitucional de la ley penal (sustantiva o procesal), recuérdese como señala el Profesor Landa (2019) que, " si bien el juez ordinario está subordinado a la ley, antes lo está a la Constitución", por tanto el juez penal, puede inaplicar tipos penales y además las penas cuando estas afecten principios constitucionales, situación que sucede muy poco en el Perú, inclusive a nivel de la Corte Suprema, a pesar que tenemos muchos casos de sanciones penales no proporcionales y vulneradoras del derecho a la igualdad. Entonces, en suma, el legislador penal y el juzgador penal, deben serlo primero, legisladores y jueces constitucionales.

En el ámbito procesal penal priman los principios por sobre las disposiciones del código procesal penal, el artículo X del Título

Preliminar del Código Procesal Penal prefiere señalar la prevalencia de los principios y garantías procesales dentro de ellas el de defensa ante cualquier otra disposición del Código referido. En ese sentido señala Neyra (2015) que “El art. X, de inspiración colombiana, es el que da sentido y cierra el nuevo sistema procesal penal nacional. La trascendencia de esta disposición radica en que el Título Preliminar afirma el Programa procesal penal asumido por el Nuevo Código Procesal Penal, en consecuencia, orienta y encausa el proceso penal; es decir, como estas disposiciones jurídicas o, mejor dicho, reglas de derecho incorporan postulados básicos del ordenamiento procesal penal, de relevancia constitucional, son de obligatoria e imperativa observancia; están destinadas a regir y a orientar todo el sistema jurídico penal”. De ahí que señala el mismo autor “a través de esta disposición es imperativo al intérprete adecuar la interpretación y alcance de las normas procesales a las directivas constitucionales. Obviamente, si el intérprete encuentra en una concreta disposición procesal una incompatibilidad, imposible de superar vía hermenéutica invocando el Título Preliminar, entonces está en la obligación de aplicar el control difuso y, en consecuencia, el art. 14 LOPJ” (ibidem)

### **3. Derecho de defensa como expresión de la prevalencia de los principios sobre las disposiciones:**

“La defensa, sin embargo, se manifiesta como un derecho individual de una parte procesal y como una garantía objetiva. Tiene, Por tanto, un doble carácter: un derecho individual -ámbito subjetivo-, es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y funciona como una garantía del derecho objetivo” (San Martín, 2020). Ha señalado el profesor argentino Binder (2004), con razón que: “la defensa es una garantía procesal que

"comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa [...] esas actividades pueden sintetizarse (i) en la facultad de ser oído, (ii) la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, (iii) la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, y (iv) la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición"

Ahora bien, en sentido estricto – que es el que importa para efectos de la investigación- el derecho a la defensa letrada se refiere a la defensa técnica, que es entendida como anota Picó I Junoy (2000), es entendida como “El art. 71.2c NCPP reconoce al imputado el derecho de ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor, a quien se le reconoce una serie de derechos para su correcto patrocinio, al punto de ser considerado representante técnico del imputado (art. 84 NCPP). Este derecho persigue un doble fin: 1. Garantizar que se pueda actuar en el proceso de la forma más conveniente para su derecho e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la pretensión del acusador. 2. Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y de contradicción”

#### **4. Presencia obligatoria de la defensa en la audiencia de variación de comparecencia por prisión preventiva:**

El derecho penal desde el punto de vista subjetivo es entendido como el poder de sancionar que tiene el Estado contra los ciudadanos conocido como "*ius puniendi*"; esto es, que ante la comisión de una conducta delictiva el sujeto infractor merece la imposición de una pena o cualquier otra sanción penal; sin embargo, la punición encargada al Estado a través de los órganos judiciales no puede ser inmediata ni mucho menos arbitraria, sino que encuentra un límite en el respeto de los derechos fundamentales y los principios orientadores tanto materiales como sustantivos, los mismos que deben observarse en un debido proceso penal (artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú).

Ahora bien, en el marco del proceso penal, se enfrentan los dos grandes fines modernos del proceso penal: el garantismo y la búsqueda de la eficacia del sistema penal (Neyra, 2015) los cuales no son opuestos, como afirma el profesor Pablo Sánchez Velarde (Sánchez, 2020), sino que deben lograrse de forma complementaria en el proceso con la finalidad de encontrar una sanción penal justa que demuestre la eficacia del sistema pero con el respeto a los derechos fundamentales del proceso y del procesado.

En la línea del eficientísimo con respeto de las garantías del procesado o del imputado, es que cobra vital importancia las medidas de coerción y sobre todo aquellas que pesan sobre la persona investigada: medidas de coerción personales. Se entiende por medidas de coerción personal aquellas "resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, en el curso de un proceso penal, se limita un derecho fundamental del imputado, con la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso y, eventualmente, la sentencia que en su día se pronuncie (Asencio, 2004),

nótese como señala Del Rio que “los dos elementos más importantes de esta definición son la existencia de resoluciones que constituyen una limitación al derecho fundamental y su vocación marcadamente cautelar: aseguramiento de la eficacia del proceso (Del Rio, 2016). Siguiendo la línea de lo dicho por el joven profesor nacional, es necesario señalar que el derecho fundamental que generalmente se limita en la búsqueda de asegurar el éxito de la persecución en la libertad de la persona.

Está claro, entonces, que las medidas de coerción personal están íntimamente ligadas a estos fines del proceso, ya que debe respetarse los derechos fundamentales pero siempre teniendo como finalidad asegurar la eficacia del sistema penal persecutor y sancionador (Véase STC recaída en el expediente N° 0731-2004- HC FJ 4) , en esa línea, es importante decir, con respecto al respeto de los derecho del imputado, que este se manifiesta justamente en los límites que se expresan para la imposición de las medidas de coerción personal en el marco del proceso penal: legalidad, necesidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, prueba suficiente, instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad.

De estos principios o características que son propias de las medidas cautelares personales vale la pena decir que todas son importantes y vitales en el proceso; sin embargo, y para efectos de la presente investigación es relevante detenernos en la variabilidad. Esta hace referencia a que las medidas de coerción personal podrán ser solicitadas, reformadas, sustituidas o revocadas en atención a la variación de las circunstancias que motivaron su adopción” (Oré, 2014), esto es, que la medida de coerción “no pretende convertirse en definitiva en la medida que desaparece cuando deja de ser necesaria para el proceso principal” (Montero, 2004); en suma, “si los presupuestos en orden a los cuales se adoptó determinada medida cautelar varían, o, por el contrario, se confirma en un determinado estadio procesal, que la

información hasta el momento obtenida demuestra que la base fáctica respecto del cual se adoptó la medida ha quedado desvirtuada, no es la que se pensaba, es obligatorio que se disponga el inmediato cese de la medida cautelar impuesta, independientemente que se reemplace o no, con otra medida cautelar que corresponde a presupuestos menos exigentes” (STC N° 2434-2004-HC).

En el ámbito del principio de variabilidad de las medidas de coerción personal, y específicamente las que afectan la libertad de la persona, es que surge el problema que se investiga a la luz de lo dispuesto en el artículo 279 numeral 2 del código procesal que señala:

Artículo 279.- Cambio de comparecencia por prisión preventiva

2. “El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El Juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración”.

Como puede leerse de la disposición legal expresada, esta hace alusión al cambio o variación de comparecencia por prisión preventiva y el desarrollo de la celebración de audiencia de ese propósito. Aquí llama la atención que se diga “*La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran*”, pues en una lectura netamente gramatical y desconocedora del básico y elemental derecho de defensa del imputado podría pensarse que esta se podría llevar a cabo sin la presencia del abogado del investigado. Este supuesto no solo parte de la imaginación de la investigadora, sino que el propio Tribunal Constitucional, acogió esta postura ultra-legalista al sostener, en un caso como el reseñado que “En el presente caso, se aprecia la cédula de notificación con la Resolución 1, de fecha 27 de mayo de 2014 (fojas 119), dirigida al domicilio procesal con fecha 27 de mayo de 2014, se citó a la favorecida

para que acuda a la audiencia de requerimiento de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva programada para el 28 de mayo de 2014; sin embargo, ni la favorecida ni el abogado defensor de su elección acudieron a la referida audiencia por lo que la misma se realizó con los demás sujetos procesales que se encontraban presentes conforme a lo previsto por inciso 2 del artículo 279 del Nuevo Código Procesal Penal, en la que se emitió la Resolución 3, de fecha 28 de mayo de 2014, que declaró fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva de la favorecida” (STC Expediente N° 4704-2016 PHC/TC FJ 6), el máximo intérprete de la Constitución señaló al respecto que “Al respecto, debe tenerse presente que no puede alegarse vulneración de derecho de defensa si el supuesto estado de indefensión se generó por acción u omisión del propio afectado” (STC Expediente N° 4704-2016 PHC/TC FJ 8).

La resolución que emitió el Tribunal Constitucional es abiertamente contraria al respeto del derecho de defensa, pues, si bien no hay problema en admitir que se puede celebrar una audiencia de prisión preventiva ya sea directamente, esto es, sin que prexista medida de coerción personal alguna o por revocatoria de la comparecencia, sin la presencia del imputado (léase Casación 01-2007 Huará), es decididamente vulneratorio del derecho de defensa técnica del que goza todo imputado que se haga sin la presencia de un abogado defensor de libre elección o un abogado defensor público, en su defecto, siempre y cuanto se realice una defensa eficaz. En ese sentido, como firma el profesor Neyra Flores “...para este efecto debe citarse a la audiencia respectiva al fiscal, al imputado, y a su defensor, el juez debe designar un defensor de oficio, que represente al imputado, si es que no concurre su defensor” (Neyra, 2015); de igual parecer, en la misma sentencia del Tribunal a la que se ha hecho mención, el voto en discordia del tribuno

Sardón De Taboada, señala que “Al no asistir la favorecida ni su abogado a la audiencia de apelación, el juez debió designarle un abogado de oficio para cautelar su derecho de defensa —sobre todo, si la afectación de la libertad personal deriva de una actuación judicial”, así también en el fundamento 3 de la sentencia referida indica que “La celeridad con la que se conducen los juicios orales en aplicación del Código Procesal Penal permite que las audiencias se desarrollen sin la presencia de los procesados, pero obliga al juez a que adopte las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de estos —principalmente, el derecho de defensa...”, también, y para reforzar la idea, se pronuncia el profesor Gonzalo Del Rio al señalar que “no existe razón alguna para regular un procedimiento específico (refiriéndose al del 279 numeral 2), sobre todo cuando el artículo 271 (referido a la audiencia de prisión preventiva), exige la concurrencia obligatoria del fiscal, el imputado y su abogado defensor” continua el mismo autor expresando que “es ilógico que la audiencia instaurada para valorar la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, ofrezca menos garantías que la audiencia regulada por el artículo 271” (Del Rio, 2016).

Con todo lo dicho, y con la finalidad de evitar lecturas gramaticales y aplicaciones meramente literales de las disposiciones del código procesal penal que afecten derechos fundamentales como el derecho de defensa y con ello la libertad de las personas pueda verse lesionada, considero necesario modificar parcialmente el artículo 279 inciso 2 del código procesal penal señalando expresamente que será obligatoria la presencia del abogado defensor del imputado, o en su defecto se nombrará uno de oficio.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **1.11. 1. MATERIALES:**

##### **1.1. Legislación:**

- Libros sobre penal parte especial
- Revistas especializadas.
- Código Penal de 1991 y sus modificatorias.
- Constitución Política del Perú”.

##### **1.2. Doctrina:**

- Jurisprudencia nacional sobre el tema.

#### **2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:**

##### **2.1 Métodos Lógicos:**

###### **▪ Método Deductivo**

Mediante este método, se pudo llegar a determinar que es necesario establecer la presencia obligatoria de la defensa técnica en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

- **Método Analítico- sintético:**

Luego de un análisis detallado del derecho de defensa, pudimos sintetizar los alcances de su procedencia para regular expresamente la presencia de la defensa técnica en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva.

- **Método Comparativo:**

Dicho método permitió comparar otros ordenamientos jurídicos en cuanto al tratamiento legal de la regulación respecto de la presencia de la defensa técnica en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva.

## 2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Mediante este se hizo un análisis interpretativo de las normas que se refieren a las medidas de coerción personal en el nuevo código procesal penal, así como de los alcances de la jurisprudencia y su fundamento considerando el derecho de defensa.

- **Método Doctrinario:**

Este método referido básicamente al análisis de la dogmática en derecho, este método ayudará a seleccionar información con base teórica, y extraer diferentes posiciones respecto de la regulación expresa de la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva.

### 3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- **Fichaje:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento es la ficha.**

- **Análisis de Contenido:**

Mediante esta técnica se analizará, la necesidad de regular expresamente la Presencia obligatoria de la defensa técnica del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva

## CAPÍTULO IV

### CONCLUSIONES

1. El proceso penal que es instrumental cuenta con una herramienta valiosa para poder cumplir su finalidad de poder perseguir y procesar de manera eficaz a quienes cometen delitos: las medidas de coerción. Esta herramienta procesal puede ser de carácter real o de naturaleza procesal, las primeras tienen como fin lograr satisfacer el interés resarcitorio de la víctima, en tanto que, las segundas encuentran su objetivo en la materialización efectiva del ius piniendi estatal; dentro de estas últimas - aunque no son las únicas- destacan nítidamente la prisión preventiva y la comparecencia ya sea simple o con restricciones, que restringen en mayor o menor medida respectivamente el derecho a la libertad.
2. La eficacia en la persecución y sanción penal que buscan las medidas de coerción personal, no pueden alejarse nunca del respeto de los derechos fundamentales y garantías básica del sujeto procesal que es objeto de estas, por lo que, eficacia y garantismo son dos fines del proceso penal que no deben ser excluyentes, sino entendidos como un complemento perfecto, ya que, la eficacia del sistema penal y la restricción de derechos mediante las medidas de coerción personal, deben dictarse en el marco de un debido proceso, conforme a la ley lo señala, de forma proporcional y sobretodo, entendiendo que la libertad es la regla y las medidas de coerción y, sobretodo la prisión preventiva, son la excepción.
3. El derecho de defensa es un derecho fundamental recogido en la Constitución y en los tratados internacionales de derecho Humanos. Conforme la doctrina y la jurisprudencia, la defensa puede ser material, cuando la intervención para efectos de realizarla está a cargo del propio

investigado; o, técnica, que se da cuando la defensa es encargada a un abogado de libre elección del investigado, o, a un abogado defensor público; por lo que, cualquier injerencia del Estado en la esfera de los derechos constitucionales de las personas que afrontan un proceso penal debe darse insoslayablemente con la estricta e irrenunciable observancia del derecho de defensa, y sobretodo, cuando lo que se pretende restringir es un derecho tan importante como la libertad personal.

4. La regulación contenida en el artículo 279 inciso 2 del Código procesal penal, que establece la forma en que debe llevarse a cabo la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva, no puede ser entendida de manera tal que permita la realización de la referida diligencia sin la presencia de abogado defensor del imputado, sino que cuando se enuncia en su texto: "se celebrara con los asistentes que concurran", se hace alusión - vía interpretación sistemática con el artículo 271. 1 del Código procesal penal- a los imputados que se encuentren presentes más no así a la defensa técnica (abogados); ello además armoniza adecuadamente y garantiza al mismo tiempo el derecho fundamental a la defensa técnica del que goza un imputado sobre todo cuando lo que se va a restringir su libertad.

## CAPÍTULO IV

### RECOMENDACIÓN

Para efectos de evitar erróneas interpretaciones basadas en una ligera y aislada lectura del artículo 279 inciso 2 del Código Procesal Penal, es necesario hacer una modificación expresa que no deje duda alguna de la necesidad de la presencia del abogado defensor del imputado en la audiencia de revocatoria de comparecencia por prisión preventiva, la misma que debe describirse de la forma siguiente:

Artículo 279.- Cambio de comparecencia por prisión preventiva

(...)

2. “El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará **con la presencia obligatoria del fiscal y el abogado defensor del imputado o imputados.** El Juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración”. (texto resaltado y subrayado añadido por el autor)

## BIBLIOGRAFÍA

- Ley Organica. (2003). *Exposición de motivos de la ley organica 13 -2003*. España.
- Alberto, B. (2002). *Iniciación al procesal penal acusatorio*. lima: Alternativa.
- Alvarado, A. (2009). *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*. Buenos Aires: RUBINZAL CULZONI Editores.
- Aranguera, C. (1991). *Tería General de las Medidas Cautelares Reales en el proceso penal*. Barcelona: J.M.Bosch editor.
- Arbulú, V. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. lima: Gaceta Jurídica,.
- Armenta, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal,*. Madrid- España.: Marcial Pons.
- Asencio, J. (2003). *Derecho procesal penal*. Valencia.
- Asencio, J. M. (2004). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bacigalupo, E. (2005). *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammburabi.
- Bernal, J. (2013). *El proceso penal*. Bogota: Sexta edicion Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (2004). *Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal,*. Argentina: Del Puerto.
- Cáceres, R. (2005). *Código Procesal Penal comentado*. Lima:: Jurista.
- Cafferata, J. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Códova: Universidad Nacional de Córdoba.
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea.
- Carrió, A. (2004). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Humarabi.
- Claria, J. A. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Jorge Eduardo Vázquez Ross.: Buenos Aires.
- Cordón, F. (1999). *Las garantías constitucionales del proceso*. Navarra: Aranzadi.
- Cubas, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima- Perú: Gaceta Jurídica.
- Cubas, V. (2010). *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Gaceta juridica.
- De la Oliva Santos, A. (2002). *Derecho procesal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- De Llera, E. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Decap, M. (2014). *"El juicio oral y los principios de inm ediación y contradicción"*. Mexico: Revista del Instituto de la Judicatura Federal.
- Due Process of law foundation. (2000). *Indeoendencia judicial insuficiente prision preventiva*.

- Elguera, T. (2005). *Inducción al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- Expediente N° 04168-2012-PHCTC, L. (2012). *Sentencia del tribunal Constitucional*. Lima: Caso: Eduardo Gustavo alvarado Pitman.
- Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre el derecho penal*. Buenos Aires - Argentina : Hammurabi.
- Florencia, M. (2004). *Código procesal penal*. Trujillo: BLG Ediciones.
- Flores, A. A. (2016). *Derecho procesal penal I*. Chimbote- Perú: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- Gimeno, V., & Garber, C. P. (2000). *Los procesos penales*. Barcelona: Bosch.
- Horvitz, M., & Lopez, J. (2000). *Medidas Cautelares*. Lima.
- Labarthe, G. D. (2007). *La prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Lopez, J. (2004). *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Aranzadi.
- Maier, J. (2008). *El proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Manzini, V. (1952). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Buenos Aires.
- Martín, J. A. (2004). *La instrucción penal*. Madrid:: Marcial Pons.
- Meir, J. (2011). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria*. España: Bosch.
- Moreno, V. (2008). *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa .
- Omar, D. s. (2006). *Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal*. lima: Gaceta jurídica.
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña C., a. (2009). *Exegesis del nuevo código procesal penal*. Lima: Rodhas.
- Peña, a. (2010). *exegesis del nuevo código procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Peña, A. (2018). *Derecho penal parte general*, . Lima: Legales.
- Pérez, E. (2005). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Bogota: Temis.
- Pujadas, V. (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Rio, G. S., & Gonzalo, L. (2008). *La prisión preventiva en el nuevo código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores.
- Rodriguez, M. P. (2008). *Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Revista institucional de la Academia de la Magistratura.

- Rosas, J. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Rubio, M. (1948). *Los Derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial .
- Salinas Siccha, R. (2004). *La etapa intermedia en el código procesal penal* . Lima.
- San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Sanchez, P. (2004). *Manuel de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Sancho, M. D. (1998). *La detención por delito*. Navarra: Editorial Arazandi.
- Santos, A. d., Picazo, G. D., & Torres, J. V. (2002). *Derecho procesal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- Shluchter, E. (1999). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Vicente, G. S. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid- España: Edición Madrid.