REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Penal

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN ANTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, AREQUIPA 2017

Tesis presentada por el Bachiller:
Novoa Encinas, Aldo Erick
Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Penal
Asesor:
Mgter. Pari Taboada, Mauro

AREQUIPA – PERÚ

2019

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INFORME

AL: Dr. Hugo Tejada Pradell

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

DE: Dra. Silvia Flores Viamont

Docente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

Asunto: Informe de Borrador de Tesis

Fecha: 07 de Mayo del 2018

Visto: el borrador de tesis titulado **"CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN (ARTÍCULO 270 NUMERAL 3, CÓDIGO Procesal Penal, Arequipa, de enero de 2016 a Junio 2017, presentado por el Bachiller NOVOA ENCINAS, Aldo Erick para optar el grado académico de MAESTRO EN DERECHO PENAL.**

Habiéndose cumplido con levantar las observaciones señaladas, el borrador de tesis se encuentra en condiciones de ser sustentado y defendido en grado.

Atentamente.

Dra. Silvia Flores Viamont.

U.C.S.M.
ESCUELA DE POST-GRADO
RECEPCIÓN
07 MAYO 2018
Hora

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

SEÑOR DR.
HUGO TEJADA PRADEL
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POST-GRADO
DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA
DE AREQUIPA
CIUDAD.-

Me dirijo a Ud. a efecto de emitir el dictamen solicitado por su Despacho en el expediente N° 20170000051317, correspondiente al maestrista Aldo Erick Novoa Encinas, en la forma siguiente:

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS
PARA OPTAR
EL GRADO ACADEMICO DE MAGÍSTER

TITULO: "Consecuencias jurídicas de la aplicación de la institución jurídica peligro de obstaculización Arequipa 2016-2017"

DICTAMEN

Habiendo el maestrista levantado las observaciones formuladas, puede procederse a aprobarlo a efecto que pueda sustentarla en grado.

Arequipa 2018 abril 23.

Dra. Carolina Ayvar Roldán
Dictaminadora

U.C.S.M.
ESCUELA DE POST-GRADO
23 ABR. 2018
Hora:
Recibí:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Arequipa, 19 de enero del 2016

SEÑOR DOCTOR

HUGO TEJADA PRADELL
Director de la Escuela de Postgrado
Universidad Católica de Santa María

De mi consideración:

Mediante el presente, le hago llegar el dictamen respecto al proyecto de Tesis titulado **"ANÁLISIS NORMATIVO DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN (ARTÍCULO 270 NUMERAL 3, CÓDIGO PROCESAL PENAL), AREQUIPA, ENERO 2015 A DICIEMBRE 2015"**, presentado por el bachiller Aldo Erick, NOVOA ENCINAS, para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Penal.

El tema se enmarca dentro de los presupuestos legales para dictar la prisión preventiva, en particular, "el peligro de obstaculización de la búsqueda de la verdad" por parte del imputado; Por lo que, resulta transcendente para ser investigado y constituir un aporte a la justicia penal de nuestro País.

Siendo que además, cual **cumple con los lineamientos de un plan investigación jurídico**, por lo que resulta atendible que su Despacho apruebe el plan presentado y disponga su ejecución.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración.

Atentamente,

MAURO PARI TABOADA
DOCENTE DICTAMINADOR
COD. 1378

U.C.S.M.
ESCUELA DE POST-GRADO
RECEPCIÓN
03 JUL. 2017
Hora:..... Firma:.....
Registro:.....

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A Jesús el Hijo de Dios por ser el sentido de mi vida.

A mi señora madre por su inmenso amor, compresión, apoyo y por enseñarme a luchar por mis ideales y por una esperanza.

Para ti hijita Flavia, ya que tu afecto y tu cariño, son los detonantes de mi felicidad, de mi esfuerzo, de mis ganas de buscar lo mejor para ti. Gracias por ayudarme a encontrar el lado dulce y no amargo de la vida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El hombre justo no es aquel que no comete ninguna injusticia, si no el que pudiendo ser injusto no quiere serlo.

Menandro de Atenas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

RESUMEN
ABSTRACT
INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I: EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN LA PRISIÓN PREVENTIVA 5
1. DOCTRINA NACIONAL DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL PERSONAL 5
2. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES 9
3. LA PRISIÓN PREVENTIVA 10
3.1. Presupuestos formales del mandato 10
3.2. Presupuestos materiales del mandato 11
3.3. Características de la prisión preventiva 13
4. EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN 14
5. LA OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA 17
6. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE PERTURBACIÓN PROBATORIA 21
6.1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba (artículo 270°.1 NCPP). 21
6.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (artículo 270°.2 NCPP). 23
6.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (artículo 270°.3 NCPP) 23

CAPITULO II: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA .. 25
1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 25
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS 35
3. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD 41
4. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO 43
5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD 44
6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS 52
7. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 54
8. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD 59
9. PRINCIPIO DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN 61
10. LA MOTIVACIÓN Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS 63

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES 65
1. METODOLOGÍA 65
2. RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA 66
TABLA Nº 01: RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA 66
GRÁFICA Nº 01: RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA 67
TABLA Nº 02: PROCESOS DE PRISIÓN PREVENTIVA 68
GRÁFICA Nº 02: PROCESOS DE PRISIÓN PREVENTIVA 69
TABLA Nº 03: PRISIÓN PREVENTIVAS POR CONCURRIR EN PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN 70
TABLA Nº 03: PRISIÓN PREVENTIVAS POR CONCURRIR EN PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN 71
3. OPINIONES DE LOS OPERADORES DEL DERECHO 72
TABLA Nº 04: POBLACIÓN Y MUESTRA 72
TABLA Nº 05: Considera que la prisión preventiva tiene que ajustarse a los tres requisitos de aplicabilidad 74
GRÁFICA Nº 05: Considera que la prisión preventiva tiene que ajustarse a los tres requisitos de aplicabilidad 76
TABLA Nº 06: Considera que el artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso 77
GRÁFICA Nº 06: Considera que el artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso 78
TABLA Nº 07: Considera que debería de regularse de mejor manera el Peligro de Obstaculización 79
GRÁFICA Nº 07: Considera que debería de regularse de mejor manera el Peligro de Obstaculización 80

CONCLUSIONES 81
SUGERENCIAS 83
PROPUESTA NORMATIVA 85
BIBLIOGRAFÍA 88
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN 94

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se realizó con la finalidad de identificar y analizar los criterios normativos nacionales de la Prisión Preventiva en relación al Peligro de Obstaculización, conocidas como medidas de coerción personal. Siendo la Prisión Preventiva una de las más gravosas ya que priva de la libertad al individuo, debido a su necesidad e importancia debe ser aplicada correctamente por nuestros jueces con la excepcionalidad de que se configuren las circunstancias de la Peligrosidad Procesal referido en lo particular a la Obstaculización señalados en nuestro Código Procesal Penal, con el objeto de no afectar el marco de un debido proceso al aplicarla sin que efectivamente exista el peligro de que el imputado no comparezca a los fines de ejecutar la pena u obstaculice la verdad de los hechos.

Es necesario mencionar que con la presente investigación demostraremos que la Medida Preventiva de Privación de libertad tiene una naturaleza de garantizar el debido proceso a fin de que el Estado logre su fin que es lograr la justicia y en ningún momento tiene carácter de pena anticipada y por consiguiente la acción resultaría excesiva, constituyendo un verdadero proceso independiente que tiene como objetivo principal, evitar o servir de paliativo a los riesgos de que el proceso penal no concrete de manera efectiva su finalidad.

El trabajo de investigación fue documental y de campo, aplicada a un nivel descriptivo y de análisis de contenido de naturaleza cualitativa, lo cual implicó la clasificación, organización y sistematización del material obtenido; facilitando de esta manera, el desarrollo de conceptos que permitieron determinar que cualquier medida de coerción personal vulneran el derecho al debido proceso de los justiciables ya que su aplicación se basa en supuestos futuros y no en hechos acontecidos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para recabar los datos se empleó como técnica la encuesta y como instrumento se aplicado una cédula de preguntas, a los abogados litigantes, fiscales y los jueces de investigación preparatoria, dando como resultados una discordancia entre los representantes del estado (Jueces y Fiscales) ya que para ellos se está aplicando correctamente los mecanismos procesales al evaluar el peligro de obstaculización, por otra parte, los abogados litigantes respondieron estar en desacuerdo ya que la prisión preventiva no es principio sine qua non, más bien es la excepción, ahora bien respecto a una subjetividad de los magistrados al calificar el Peligro de Obstaculización considerando que tal punto hace referencia a hechos que puedan suceder en un futuro tales como: destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, hechos que no sabemos si podrían ocurrir o no.

PALABRAS CLAVES: Peligro, obstaculización, prisión preventiva, debido proceso, presunción de inocencia, principio, garantismo, derechos, defensa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

The present research work was carried out with the purpose of identifying and analyzing the national normative criteria of the Preventive Prison in relation to the Danger of Obstruction, known as measures of personal coercion. Being the Preventive Prison one of the most burdensome because it deprives the individual of liberty, due to its necessity and importance it must be correctly applied by our judges with the exception that the circumstances of the Procedural Danger referred in particular to the Obstruction indicated in our Code of Criminal Procedure, with the aim of not affecting the framework of a due process when applying it without there being a danger that the accused will not appear for the purpose of executing the sentence or obstructing the truth of the facts.

It is necessary to mention that with the present investigation we will demonstrate that the Preventive Measure of Deprivation of Liberty has the nature of guaranteeing due process so that the State achieves its goal that is to achieve justice and at no time has the character of anticipated punishment and for Consequently, the action would be excessive, constituting a true independent process whose main objective is to avoid or serve as a palliative to the risks that the criminal process does not effectively achieve its purpose.

The research work was documentary and field, applied to a descriptive level and content analysis of qualitative nature, which involved the classification, organization and systematization of the material obtained; facilitating in this way, the development of concepts that made it possible to determine that any measure of personal coercion violates the right to due process of the defendants since their application is based on future assumptions and not on events that occurred.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

To collect the data, the survey was used as a technique and as a tool a questionnaire was applied to litigating attorneys, prosecutors and judges of preparatory investigation, resulting in a disagreement between the state representatives (Judges and Prosecutors) since for them, the procedural mechanisms are being correctly applied when evaluating the danger of hindering, on the other hand, the litigating lawyers responded to disagree since the preventive detention is not a sine qua non principle, rather it is the exception, now with respect to a subjectivity of the magistrates when describing the Hazard of Obstacle considering that such point refers to events that may happen in the future such as: destroy, modify, hide, suppress or falsify evidence, facts that we do not know if they could happen or not.

KEY WORDS: Danger, hindering, preventive detention, due process, presumption of innocence, principle, guarantee, rights, defense.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

Se ha visto que en la presente investigación el principal objetivo ha sido proporcionar una visión crítica (desde la perspectiva Procesal Penal y Constitucional Penal) de la problemática actual de la aplicación de la medida de Coerción Personal de la Prisión Preventiva, siendo una medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud, ya que limita un derecho fundamental del imputado, el cual es la libertad, ello en marcado con el nuevo modelo Procesal Penal vigente en concordancia con los presupuestos constitucionales cuyo valor es esencial, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de libertades específicas consagradas en las normas constitucionales, leyes y en los tratados internacionales que el Perú es parte, donde se establece como regla general que el imputado debe afrontar en libertad el proceso penal, pero como excepción a esta regla se regula la prisión preventiva como una medida excepcional, la misma que cumple una doble finalidad; por un lado asegura la presencia del imputado durante el proceso y por el otro asegura el cumplimiento de la ejecución de la pena en caso de ser declarado culpable, aunque esta última finalidad aún es discutida por la doctrina.

Al hablar de los peligros procesales que se pudieran suscitar y originar que a un ciudadano se le vulnere el derecho a su libertad individual, siendo este uno de los mayores problemas en su aplicación por sus peculiares características, el peligro procesal así llamada, es un término que hace referencia a la relación a los peligros que la integran como es el de obstaculización, la que están integradas como inducir a otros a realizar actos como destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, e influir a testigos y peritos que informen falsamente, todo ello se debe analizar si las condiciones en las que se encuentra el procesado se condice con lo establecido por la norma, este razonamiento lo realiza el juez al momento de motivar su decisión.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La discusión entonces ha estado orientada a determinar los límites en la imposición de medidas provisionales de cara a lograr dos objetivos en el proceso penal: la protección de los derechos fundamentales del procesado en el marco de un Debido Proceso y la realización efectiva del proceso penal que conlleve al cumplimiento de sus cometidos.

La presente Tesis ha sido divida en tres capítulos: En el CAPÍTULO I, denominado EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN LA PRISIÓN PREVENTIVA; en donde se formula, sistematiza y justifica la importancia de la presente investigación. En el CAPÍTULO II, denominado LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA; en donde se plantea, examina y analiza la importancia de dicha institución jurídica. En el CAPÍTULO III, denominado APLICACIÓN DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, en donde se presentan y analizan los resultados de campo obtenidos para la presente investigación.

Al finalizar la presente investigación se presentan las conclusiones, sugerencias, propuesta legislativa con la cual se efectiviza las propuestas planteadas y su respectiva Bibliografía.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

HIPÓTESIS

Principio: Teniendo en cuenta que:

La aplicación de la Institución Jurídica del Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal), resulta encontrarse circunscrito en contradicción con los criterios doctrinarios de la misma, los mismos que resultan ser eminentemente subjetivos no soportando el análisis jurídico.

Hipótesis: Es probable que:

Como se refiere a una futura conducta y no a una latente o actual al momento del hecho comisorio vulnerando los fundamentos penales de temporalidad y ubicuidad de hecho, por lo que corresponde hacer el presente análisis para intentar delimitar los presupuestos que debería configurar la aplicación del Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

OBJETIVOS

- Identificar los criterios normativos que sustentan el peligro de obstaculización respecto a la Prisión Preventiva.

- Precisar los criterios normativos que sustentan los principios constitucionales respecto a la Prisión Preventiva.

- Explicar las consecuencias jurídicas que presenta la aplicación del Peligro de Obstaculización en la prisión preventiva.

- Analizar las consecuencias jurídicas que presenta la afectación de los principios constitucionales en la prisión preventiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. DOCTRINA NACIONAL DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL PERSONAL

GIMENO SENDRA[1] anota que tales medidas son resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, del surgimiento de su calidad de imputado y de otro de su ocultamiento personal o patrimonial en el curso de un procedimiento Penal; por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia.

[1] GIMENO V. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Madrid: Editorial COLEX; 1990. Pág. 78.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De esta manera, se puede concluir que las medidas coercitivas son restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestos durante el transcurso de un procedimiento penal, con el único objetivo de garantizar los fines del mismo. De la misma manera, para evitar que se frustren los fines del proceso, el Estado pone en movimiento una actividad procesal importante: la actividad cautelar, la cual tiende a impedir que el imputado en libertad dificulte, haga imposible la investigación penal, haciendo desaparecer los datos del delito, ocultando cosas o efectos del mismo, sobornando e intimidando testigos, etc., y precisamente uno de los medios cautelares más importantes del proceso son las medidas de coerción.

Según SAN MARTÍN "La actividad jurisdiccional provisional puede considerarse como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración, y de ejecución". En esa medida concluye que "el derecho a la medida provisional, al aseguramiento de la tutela plena del proceso en general, es un puro derecho procesal". Afirma finalmente que es un derecho frente al Estado por el que se pide se asegure o garantice la eficacia.

La resolución que impone la medida coercitiva emitida por el juzgado tiene que estar debidamente fundamentada y motivada en el modo y forma regulada por la norma procesal, y en virtud a lo dispuesto en el inciso 5 del Artículo 139 de la Constitución Política, concordante con el Artículo 12 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero ello no impide que las medidas coercitivas dictadas y los autos que las deniegan son reformables, la que incluso se puede declarar de oficio y ello cuando varié los supuestos que motivaron su imposición o su rechazo[2].

Las características fundamentales de las medidas coercitivas son:

[2] DE LA CRUZ M. El Nuevo Proceso Penal. Lima: Editora IDEMSA; 2007. Págs. 355 - 356.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- ✓ Son dictadas en forma provisional y solo permanecen hasta que cese el peligro procesal.
- ✓ Son coactivas, lo que significa que se puede hacer uso de la fuerza pública utilizándosela en forma directa: la detención del encausado; o, en forma de amenaza: el apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública.
- ✓ Son completamente diferentes a las penas y a las medidas de seguridad.
- ✓ Pueden afectar los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, y
- ✓ No solo son un fin en sí mismo, sino medios que sirven para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, amenazados por los llamados peligros procesales.[3]

Los presupuestos para la aplicación de una medida cautelar:

- ✓ **El fumus boni iuris.-** Para la adopción de una medida cautelar se exige que se acredite una apariencia de derecho o probabilidad cualificada. Prever que "cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o de la inminencia del mismo" se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares, refiriéndose a la apariencia razonable de que el hecho denunciado detenta las notas identificativas que lo califican como punible (…) la pretendida punibilidad debe sustentarse en indicios razonables que vinculen al supuesto autor con el hecho punible denunciado (…) fuentes de prueba con un minino grado de cognoscibilidad, que permita establecer una probable imputación, que detenten un grado de conocimiento de cierto contenido de certeza que legitime la adopción de la medida. Dicho juicio de probabilidad no constituye un juicio de culpabilidad (o responsabilidad) ya que ello

[3] Ibídem. Págs. 356 - 357.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conllevaría la afectación del principio de presunción de inocencia, que para esta etapa debiera estar aún incólume.

- ✓ **El periculum in mora o peligro en la demora.-** dilación excesiva del desarrollo de los actos procesales que pongan en riesgo los fines del procedimiento (…) es un juicio valorativo de prognosis sobre una futura conducta del imputado. CÉSAR SAN MARTÍN define dicho presupuesto como el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal[4]. CALAMANDREI divide este presupuesto en dos elementos:

    - El tiempo de demora en la expedición de la resolución final (el retraso).
    - Durante ese lapso de tiempo pueden realizarse acciones o acontecer hechos que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal (del proceso mismo).

Asimismo, la adopción de las medidas cautelares debe sujetarse también a los siguientes elementos:[5]

- ✓ **Jurisdiccionalidad.-** Las medidas cautelares únicamente pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional competente. En un proceso penal los legitimados para dictar estas medidas son los juzgados penales y las salas penales competentes (…) en casos excepcionales, estas medidas pueden ser ejecutadas por la policía, pero dar conocimiento inmediato al Fiscal o al Juez Penal competente.

[4] PEÑA A. Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal. Lima: Editorial RODHAS; 2004. Pág. 242.

[5] Ibídem. Págs. 243 - 244.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- ✓ **Provisionalidad.-** Deberán extenderse únicamente el tiempo estrictamente necesario; desvanecidas o diluidas las causas que fundamentaron la adopción deberá inmediatamente levantarse la medida cautelar.

- ✓ **Instrumentalización.-** Pueden enmarcar únicamente de un proceso penal ya instaurado. Su instrumentalización viene definida por su utilidad, para coadyuvar a que el procedimiento penal alcance los fines propuestos.

2. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella. Los derechos fundamentales se constituyen en la base medular del Sistema Jurídico - Estatal, constituyendo un límite en la actividad persecutoria de las agencias persecutorias.

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal y se impondrá respeto al principio de proporcionalidad siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.

La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuera indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva. Primero, no sólo debe exigirse que la medida de coerción se someta al principio de proporcionalidad y Segundo, que tal medida sea indispensable para los fines de la investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen lo dispuesto en los presupuestos de las Medidas Restrictivas de Derecho.

Las medidas establecidas en este Título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, sólo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal. La solicitud indicará las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes. Los sujetos legitimados, deberán sustentar debidamente su solicitud, con sujeción a los principios glosados, adjuntando cuando sea necesario, los actos de investigación u otros elementos de cognición que sean relevantes para su apreciación judicial.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para la procedencia, los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal, establecen diversos presupuestos materiales y formales para la detención:

3.1. Presupuestos formales del mandato

Son los siguientes:

a) **Judicialidad.-** Solo el Juez Penal tiene la facultad de dictar el mandato de detención, entendiéndose como una medida cautelar grave que importa encarcelamiento.

b) **Motivación.-** La fundamentación es uno de los requisitos del mandato de detención, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, la razón suficiente que justifique la aplicación de la medida, guardando la motivación estrecha relación con los principios que orientan la aplicación de las medidas cautelares coercitivas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

c) **Identificación.-** La orden de detención contendrá los datos de identificación del requerido, especificándose los nombres y apellidos completos, edad, lugar y fecha de nacimiento, nombre de los padres, etc. El propósito de este requisito formal, es trata de evitar en lo posible los casos de confusión por homónimos.

3.2. Presupuestos materiales del mandato

a) Prueba suficiente.

Aparte de que exista prueba suficiente sobre el delito, es necesario que existan pruebas suficientes sobre la vinculación del imputado como autor o participe del delito. Para ello ha de darse la correspondiente fundamentación del mandato, con argumentos de hecho y de derecho, ya sea sobre el delito, o sobre la responsabilidad penal del imputado. Es muy importante, y es el Juez quien tiene la delicada responsabilidad de meritar muy detalladamente los primeros recaudos que le hará llegar el Fiscal, actuando con plena autonomía y con el criterio de imponer una justa y correcta apreciación de los hechos.

b) Pena a imponerse.

Esta tendrá que ser superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, pero es necesario tomar en cuenta que no se trata de una pena prescrita para el delito, sino la pena que presumiblemente se ha de imponer, debiéndose tomar en cuenta para ello la pena conminada, lo que implica que necesariamente el Juez ha de tener que hacer un cálculo de probabilidades o de conocimiento anticipado de la pena que podría recaer en el imputado y para ello, ha de tener muy en cuenta una serie de variables. Se deja establecido que la prognosis de la pena o el conocimiento anticipado de esta, de ninguna manera constituye o implica un verdadero pre - juzgamiento, ya que en el proceso penal surgen nuevas pruebas que hacen

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que continuamente se puedan formular hipótesis nuevas que pueden ser confirmadas o desvirtuadas.

c) Requisitos personales.

Se da cuando de los antecedentes y condiciones personales del imputado, acompañado de ciertas circunstancias, surgen hechos que permiten presumir que ha de tratar de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

c.1) El peligro de fuga.

Constituye la posibilidad de que el imputado en forma consciente tratase de eludir la acción de la justicia. En razón de ello para la calificación sobe la existencia de tal posibilidad, el Juez tendrá en cuenta:

- ✓ La probable pena a imponer como resultado del procedimiento penal llevado a cabo, es decir la gravedad de la pena.
- ✓ La importancia del daño que se hubiera causado el mismo que deberá resarcirse, así como la actitud del imputado ante dicho daño.
- ✓ La habitualidad o arraigo de permanencia en el país del imputado.
- ✓ El comportamiento que hubiera mostrado el encausado durante el trámite del proceso o el que mostró en uno anterior, lo cual es indicativo de su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

c.2) Peligro de obstaculización o entorpecimiento.

Tal presupuesto será desarrollado ampliamente más adelante puesto que es el elemento fundamental de la presente Tesis.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.3. Características de la prisión preventiva

a) Se dicta en Delitos Dolosos y Culposos.

El artículo 268 del primer párrafo del Código Procesal Penal, menciona de la existencia de elementos probatorios de la comisión de un delito sin especificar el tipo del mismo; lo que significa que la medida coercitiva de detención también puede dictarse en los delitos culposos.

b) Tiene Carácter de Facultativa.

Fluye del término “puede dictar”, en tal virtud este mandato deja de ser imperativo, y contrario deviene en facultativo, en la que el Juez basado en su libre criterio, en la ley y en los hechos ha de determinar si dicta mandato de prisión preventiva o de comparecencia.

c) Existencia de Resolución fundamentada.

La motivación es imprescindible, en razón de que, si no aparece la sustentación del caso, daría origen a que la aparte afectada con dicha medida interponga el recurso de queja.

d) Que concurran los tres presupuestos materiales para dictar detención.

La existencia de suficientes elementos probatorios, que la sanción a imponer sea superior a los cuatro años y que el imputado trata de eludir o entorpecer la acción de la justicia.

e) Se encuentra Condicionado por Plazos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Dicha medida se encuentra limitada en el tiempo, de tal manera que el artículo 272 del Código Procesal Penal establece que la detención no ha de ir más allá de los nueve meses en proceso común y de dieciocho meses en los procesos más complejos, salvo los delitos que expresamente fija el artículo 274 en los que el plazo se puede duplicar.

4. EL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN

El peligro de obstaculización es uno de los presupuestos materiales para la aplicación de la prisión preventiva. Es fundamental su estudio puesto que es el elemento principal de la presente tesis.

La normatividad vigente, indica que son aquellos actos que tienden a lograr la perturbación de la actividad probatoria. Para calificar el peligro de entorpecimiento, el Juzgador ha de tener en cuenta el riesgo razonable de que el sujeto a investigar llevara a cabo las siguientes acciones:

- ✓ Que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará cualquier elemento que sirva como prueba.
- ✓ Que intencionalmente influirá para que sus co - inculpados, testigos o peritos declaren informen según sea el caso en forma falsa o se comporten de manera desleal o reticente.
- ✓ Inducirá a otras personas a realizar los comportamientos antes descritos. (materia de estudio)

Se tiene del enunciado legal, es un acto, es decir un hacer, que implica un desplazamiento corporal cuyo objetivo es la perturbación de la actividad probatoria. El precepto legal materia de análisis invoca una posibilidad, no una actividad cierta, basado en un riesgo razonable, es decir que a criterio del juzgador este precepto material podría darse si es que así éste lo considera; abriendo un peligro de naturaleza subjetiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Consideramos que la aplicación del Peligro de Obstaculización como precepto de la prisión preventiva, no es correcta puesto que se deja al libre albedrío del Juzgador; ello simplemente vulnera principios procesales, constitucionales y de derecho.

Bajo los principios que rige el Código Procesal Penal vigente, este presupuesto resulta atentatorio al debido proceso, puesto que no se puede poner bajo la medida de coerción procesal de Prisión Preventiva a un sujeto solo bajo sospechas, es decir el comportamiento humano implica como ya se dijo un hacer y no lo que pueda hacerse.

No se puede sancionar lo que se piensa que el imputado pueda hacer, se sanciona lo que el imputado hace y excepcionalmente lo que intente hacer, ello bajo los presupuestos de la tentativa. Se tiene que el precepto materia de Tesis, para la postura que se pretende dar a conocer no tendría ningún sustento jurídico, puesto que se estaría privando de la libertad bajo supuestos hipotéticos. A ello se suma como caballito de batalla el “riesgo razonable”, pero qué implica este riesgo razonable, razonable solo para el Juez bajo un criterio de repente muy obtuso o bajo el criterio de la sociedad, se tiene que los actos de deliberación de justicia en el cual está enmarcado la prisión preventiva, se dan conforme el criterio del Juzgador bajo el amparo de sociedad.

Pero para ello el garantismo, doctrina propuesta por corriente italiana, indica que se debe de procurar la no vulneración de los derechos naturales ni procesales, los mismos que deben de estar positivizados. Entonces, no es que se quiera dejar libre al acusado sino que simplemente la reglas procesales para cada actividad están dadas y estas no pueden ser vulneradas por ningún sujeto, incluso el propio Juez, siendo así la postura que se plantea, todo acusado no tendría prisión preventiva, ello bajo el entendimiento garantista y como la norma está dada sería así.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por ello es importante el cambio normativo de una posibilidad por una certeza, es decir que el sujeto haya realizado en el proceso que se le instaura (no en otro proceso si no en ese mismo), las actividades que describe el artículo 270 numeral 3 del código procesal vigente. Es decir que en el proceso que se le está instaurando inducirá a otras personas a realizar los comportamientos antes descritos, a:

- ✓ Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar cualquier elemento que sirva como prueba.

- ✓ Influir intencionalmente para que sus co-inculpados, testigos o peritos declaren informen según sea el caso en forma falsa o se comporten de manera desleal o reticente.

O por lo menos haya intentado pero ello bajo las reglas de la institución jurídica de la tentativa, o que existan indicios, evidencias o elementos probatorios que determinen esa posibilidad.

Pero dejado de ese modo, se configuraría un vacío normativo, por ejemplo: la existencia de prueba fundada de las intenciones por parte del investigado de realizar el acto descrito de inducir, por lo tanto este sujeto al que se le encontró prueba fundada para la perpetración de estos actos estaría simplemente libre.

En consecuencia es necesario no solamente que el verbo del artículo 270 numeral 3, estén en presente si no también incorporar la frase “prueba fundada”, ya que se puede presentar el caso de existencia de dicho tipo de prueba (carta, o algún otro medio, en el que se exprese una futura realización del acto (art. 270, numeral 3)), entonces sí, habría el riesgo de un mal comportamiento procesal por parte del investigado, el mismo que se cree que también debe de ser sancionado con la medida cautelar de la prisión preventiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5. LA OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

En lo concerniente a la obstaculización de la actividad probatoria, debemos precisar que ha sido generalmente considerada como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia[6]. Si se acepta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida[7].

Hay que enfatizar la excepcionalidad del alcance de ésta causal de peligrosísimo procesal, vinculando claramente su utilización con el peligro de actos concretos y dolosos del imputado destinados a atentar contra el desarrollo de la actividad investigativa o probatoria. El solo desarrollo de la investigación no puede autorizar a restringir o privar de libertad al imputado para facilitar esta labor, sino que para hacerlo se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso. Tampoco, como hemos indicado, es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos que se sospecha pudiera desarrollar el imputado puedan quedar abarcados dentro de su derecho a la defensa; razón por la cual se podría decir que el alcance de este criterio resulta problemático en cuanto a su exacta delimitación[8].

---

[6] MAIER J. Derecho Procesal Penal argentino: Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural. Tomo I, Vol. B. Buenos Aires: Hammurabi; 1989. Pág. 274 y ss.

[7] HORVITZ LENNON M. y LOPEZ MASLE J. Derecho Procesal penal chileno. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2002. Pág. 408.

[8] FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta; 1995. Pág. 556.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y sólo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares, entonces, se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y comportarse conforme a ella y, sobre todo, a exigir que la carga de la persecución y la prueba recaigan sobre el fiscal[9].

La doctrina señala que para fundamentar el peligro de obstaculización las conductas requieren que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso) lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba[10].

Al igual que en el peligro de fuga, para determinar el peligro de obstaculización se deben verificar *datos objetivos ciertos* relacionados con el imputado, pero con su futura manera de proceder. Ello debe ser valorado en función a su comportamiento dentro del proceso, el cual puede ser tanto físico (como por ejemplo, acciones destinadas a amedrentar a testigos, peritos, coimputados o conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin de que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen) como procesal en el sentido de presentar constantes recursos destinados al

[9] PÉREZ J. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. Lima: Derecho y Cambio Social; 2014. Pág. 19. Consultado el 20-08-2018. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472565.pd

[10] DEL RIO LABARTHE G. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Ara; 2008.Pág. 60.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fracaso del procedimiento, como por ejemplo, interposición de libertades sin fundamento fáctico o dogmático, nulidades procesales, tachas, o de la constante negativa a cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, como el no concurrir a las declaraciones instructivas y sus respectivas ampliaciones, el no acudir a las diligencias procesales de confrontaciones, y a cuanta diligencia sea ordenada por el magistrado correspondiente[11].

El NCPP, en su artículo 270°, estipula claramente las razones a seguir al momento de valorar éste presupuesto de peligro procesal. Es acertado que el mencionado cuerpo de leyes haya señalado los criterios a seguir, pues así le marca el mapa conceptual de valoración al juez y al operador del Derecho, con el fin de que estos no caigan en razonamientos subjetivos de interpretación, propia de este instituto jurídico. Al peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, Grevi[12] lo denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; mientras que al peligro de fuga lo denomina "cautela final", que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena. Ahora bien, la "cautela instrumental", como resulta evidente, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, "(…) por lo que al ser una finalidad de menor entidad debe hacerse uso de ella de manera excepcional"[13].

[11] PÉREZ J. Ob. Cit. Pág. 19

[12] SAN MARTIN CASTRO C. Derecho procesal penal. Vol. II. 2da.edición. Lima: Grijley; 2003. Pág. 1118.

[13] LLOBET RODRIGUEZ J. Proceso penal comentado. San José: Jurídica Continental; 1998. Pág. 541.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Desde esta perspectiva, es posible considerar que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar, sino provisional –del cual el primero es solo una de sus expresiones institucionales-, aunque es de resaltar su plena legitimidad[14]. Sin embargo, otros como Chiavario[15] llegan a señalar que el aseguramiento de prueba es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido, sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla[16]. En contra de esta última posición se pronuncia Gimeno Sendra, apuntando que por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado[17].

El riesgo de este peligro -sin perjuicio de que solo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional-, estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él, el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados[18].

En lo atinente al peligro de obstaculización, la Corte Suprema en una ocasión[19], sentó la doctrina jurisprudencial en lo referente a los delitos cuya fuente probatoria tiene base documental y pericial, en estos casos, según la

[14] SAN MARTIN CASTRO C. Ob. Cit. Pág. 1118-1119.

[15] Ibídem. Pág. 1119.

[16] Ibídem.

[17] GIMENO SENDRA V. Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Formularios y Jurisprudencias. T. VI. Barcelona: Bosch, Barcelona; 2000. Pág. 142.

[18] SAN MARTIN CASTRO C. Ob. Cit. Pág.1119.

[19] CORTE SUPREMA. Ejecutoria Suprema del 26 de noviembre de 1997.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ejecutoria correspondiente, debe precisarse en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso. Asimismo, en el caso del conductor de televisión Carlos Cacho Livora, la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de enero de 2011 (Exp. N° 31020-2010) calificó como conducta obstruccionista de la acción de la justicia, el hecho de que la persona a quien se le imputa conducir en estado de ebriedad, se niegue a realizarse la prueba de dosaje etílico; situación que, al evidenciar la presencia de peligro procesal (concretamente, peligro de entorpecimiento de las investigaciones), fundamenta la imposición de la medida cautelar de detención preventiva. Por otro lado, el Tribunal Constitucional no considera arbitrario que el juez sustente el peligro de entorpecimiento en el hecho de que el reo se niegue a firmar las actas de reconocimiento elaboradas en sede judicial; dicho razonamiento se debe a que el ejercicio al derecho de contradicción no puede estimarse como obstaculización probatoria[20].

6. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE PERTURBACIÓN PROBATORIA

6.1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba (artículo 270°.1 NCPP).

La apreciación de las circunstancias establecidas en el artículo 270° del NCPP ha de hacerse con referencia siempre al caso concreto, sin que sean asumibles presunciones generales basadas en la naturaleza del delito o en las circunstancias genéricas del imputado[21]. La necesidad de garantizar la investigación de los hechos constituye un presupuesto estrictamente cautelar, instrumental del proceso y constitucionalmente aceptado.
El peligro de obstaculización, viene a comprender la actividad del imputado

[20] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC, Exp. N° 0808-2002-HC/TC de 8 de julio de 2002.

[21] ASENCIO MELLADO J. La prisión provisional. Madrid: Civitas; 1987. Pág. 515.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

referida a ocultar pruebas de relevancia para la investigación, trasladándolas a diferente lugar, pretendiendo comprar testimonios, o cuando se amenaza a los testigos o coimputados por las sindicaciones realizadas por éstos en la investigación, así como cuando se realiza una concreta defensa obstruccionista, destinada a dilatar los plazos procesales, o también evitando la conservación de las pruebas, en el caso de que el imputado mismo sea una fuente de la misma, vía intervenciones corporales y otras medidas de semejante naturaleza. En este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva, un ejemplo de éste criterio es el caso del administrador de una empresa, involucrado en un delito fiscal, que destruya u oculte los libros contables que reflejan el estado financiero de la persona jurídica.

Ha de diferenciarse entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una *capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba,* sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta[22].

Cuando de *pruebas materiales* se trate, sólo será procedente acordar la prisión preventiva cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos (el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados); es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse[23].

[22] Ibídem.

[23] Ibídem.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

6.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (artículo 270°.2 NCPP).

Las maniobras más usuales para desvirtuar una acusación de forma ilícita, es comprando testigos o peritos, esto es, corrompiendo voluntades, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos. La influencia puede también ser ejercida bajo violencia o amenaza, sobre todo, en caso de delitos graves (como el terrorismo, narcotráfico, etc.), sirviéndose el imputado de los mecanismos coaccionadores de la organización criminal, con la finalidad de intimidar a los testigos de los hechos para que no colaboren con las autoridades encargadas de la persecución penal[24].

En el caso de *elementos de prueba personales* se tiene que apreciar una determinada capacidad razonable de influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. A ello debe destacarse, como menciona Asencio Mellado, la naturaleza del delito, y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria[25]. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso[26]. Para evitar estos supuestos, debe fortalecerse la protección a testigos, peritos y colaboradores.

6.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (artículo 270°.3 NCPP)

[24] PEÑA CABRERA FREYRE A. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Rhodas; 2008. Pág. 719-720.

[25] ASENCIO MELLADO J. Ob. Cit. Pág. 137.

[26] Ibídem.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La influencia hacia otros sujetos procesales, la puede ejercer el imputado de forma personal o por medio de interpósita persona, quien la ejecuta materialmente y podría desconocer la ilicitud de la conducta o ser llevada a esta situación bajo amenaza. Cabe esa posibilidad en caso de que el imputado forme parte de una organización delictiva y haga uso de dicho poder para que otros ejerzan esta conducta manipuladora[27].

Los actos de perturbación de la actividad probatoria son elementos que –cuando concurren con los de suficiencia probatoria y prognosis de pena privativa de libertad superior a los cuatro años- exceptúan la necesidad de buscar una alternativa cautelar menos gravosa que la prisión preventiva. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa) es clara al respecto:

> *"El solo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física (…) solo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria (…)".*

[27] PÉREZ J. Ob. Cit. Pág. 24.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO II

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Los elementos formales de este principio hacen referencia a los instrumentos o herramientas que utiliza el órgano jurisdiccional, para resolver conflictos entre derechos fundamentales, a través de la aplicación de los métodos de la hermenéutica estructurada de medio - fin[28].

Los medios para alcanzar el fin en cuestión, parten de analizar la correspondencia entre unos y otros, a través del juicio de ponderación o de proporcionalidad entre derechos o principios, tendencialmente contradictorios, sin embargo, por tratarse de normas con r ango de ley

[28] CÁCERES R. Las medidas de Coerción Procesal. Lima: Editorial IDEMSA; 2008. Pág. 39.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fundamental, deben de cohabitar entre sí, buscando permanentemente un equilibrio, de manera que no puede imponerse un principio sobre otro de forma absoluta[29].

El estatus jurídico de la proporcionalidad como principio fundamental de derecho contemporáneo, se sustenta en la correspondencia razonable entre el hecho justiciable, la personalidad de su agente y la medida justa, que limita y prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, en este sentido se convierte en un valor inherente a la justicia y al Estado de Derecho.

La proporcionalidad se encuentra preceptuado en el Artículo 200, último párrafo de la Constitución cuando nos dice que: "Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo".

Su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como establece dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independiente de que aquel se haya declarado o no. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material[30].

Para nuestro Tribunal Constitucional, este "principio de proporcionalidad es uno de naturaleza constitucional que se deriva de la cláusula del Estado Democrático de Derecho, consagrada en el artículo 43 de la Carta Magna de 1993"[31].

[29] Ibídem. Pág. 40.

[30] Expediente Nº 0010-2002-AI/TC. Lima del 03 de enero del 2003.

[31] Expediente Nº 791-2002-HC/TC. Lima del 21 de julio del 2002.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Entendiéndose si el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales que garantizan la vigencia de un orden social justo, fundado en la prevalencia de la dignidad de la persona y de la solidaridad humana. Asimismo este principio lo tenemos también desarrollado en nuestro Código Penal en su artículo VIII del Título Preliminar, La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes" Artículo modificado por Ley Nº 28730, publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 13 de mayo de 2006. y en el artículo 25, inciso 17 del Código Procesal Constitucional, referidos al proceso de Habeas Corpus, Ley Nº28237, Código Procesal Constitucional. Artículo 25 inciso 17. Proceso de Habeas Corpus, Derechos Protegidos "El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de (…) proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena".

El precepto axiológico la justicia valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que busca el equilibrio entre el grado de sospecha y el grado de restricción que pueda ser aplicado por las medidas que restrinjan derechos fundamentales para preservar los fines del proceso penal. Principio se comporta como "técnica de control de constitucionalidad de las medidas de los poderes públicos impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales". "El principio de proporcionalidad se define como una estructura que sirve para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición".

Dentro de los principios que regulan su aplicación en la administración de justicia penal están el principio de proporcionalidad, el cual exige que en todo caso debe dictarse la medida coercitiva menos gravosa entre las que sean adecuadas razonablemente para evitar el riesgo que se pretenda

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conjurar, y censo consecuencia de este Principio, la medida no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del hecho ni del eventual peligro que se trata de prevenir, pues lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado y el bien jurídico que se trata de privar[32].

Según GONZALEZ CUELLAR[33] precisa que "el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto". Agrega "que sirve para "orientarse en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos y jerarquizándolos (…) y para la resolución de conflictos".

El principio de proporcionalidad no solo exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que esta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo. Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia. De este principio de proporcionalidad se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de la libertad: Primero Delito Grave, y, Segundo peligro procesal, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, alguno de los cuales son muy polémicos.

[32] SAN MARTIN C. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Lima: Editorial Grijley; 2003. Págs. 1125 – 1126.

[33] GONZALES – CUELLAR N. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Madrid: Editorial COLEX; 1990. Pág. 17.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El primer motivo explica que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio exige que el delito en cuestión lleve aparejada la pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con penas más grave, sin que pueda acordarse la medida en los llamados delitos de bagatela.

El segundo motivo de prisión preventiva está vinculado a los peligros que se pretender conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo común la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso.

De esta manera, se puede apreciar que en el presente caso se aplica la regla “rebus sic stantibus” Es una expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas", que hace referencia a un principio de Derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones. o “regla de la variabilidad”, que estipula que las medidas provisionales se encuentras sometidas a esta cláusula, de modo que su permanencia o modificación estará siempre en función de la estabilidad o cambio que los presupuestos que hicieron posible su adopción. SAN MARTÍN CASTRO ha dicho con acierto:

> *“Los presupuestos de la medida cautelar responden a una determinada situación de hecho (…) existente al momento de adoptar la medida. Esta situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso”*[34]*. Lo cual es propio de esta medida pues por su naturaleza cautelar le resulta aplicable lo*

[34] SAN MARTIN C. Óp. Cit. Pág. 791.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

normado por el artículo 612 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el proceso penal conforme se prevé en la Primera Disposición Final del mencionado texto adjetivo[35].

La aplicación de las medidas coercitivas han de estar ceñidas a determinar reglas y de esta manera ha de guardar proporcionalidad con la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso, que es la de llegar a la verdad, por ello sus efectos no tiene por qué exceder la finalidad perseguida por la Ley[36].

La proporcionalidad se refiere a "que el Estado no puede imponer cualquier tipo de medidas que restrinjan derechos, sino solo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo, es decir la más benigna entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionalidad en sentido estricto, es decir aquellas que guarden un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce".

Se puede concluir que la aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas, sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley. La medida de precaución debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir. Es decir una medida coercitiva tiene que ser proporcional con la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso, que es su razón de ser[37].

Este principio representa un límite a la interpretación y a la aplicación de las medidas cautelares y debe ser analizado de acuerdo a los tres sub principios que lo conforman:

---

[35] REATEGUI J. La problemática de la detención en la Jurisprudencia procesal penal. Lima: Editorial Gaceta Jurídica; 2008. Págs. 25 – 27.

[36] DE LA CRUZ M. Óp. Cit. Págs. 355 - 358.

[37] CUBAS V. El Proceso Penal Teoría – Práctica. Lima: Editorial PALESTRA; 2003. Pág. 253.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1. Sub - Principio de Idoneidad o Adecuación.

Este sub principio parte del examen entre la norma y la finalidad de la misma, de esta forma “el principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional del exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”[38].

La idoneidad busca garantizar que la medida aplicable sea de todas las existentes la más apta para cumplir el fin constitucionalmente legítimo, implica que se debe establecer un nexo de causalidad entre los elementos fácticos y el fin que se pretende asegurar, excluyendo las medidas neutrales o negativas que no contribuyen de modo alguno con el fin inmediato, por lo que "constituye un criterio de carácter empírico” que verifica si la medida estatal empleada para restringir el derecho fundamental es o no apropiada para alcanzar el fin pretendido por el legislador, es decir, si reúne las condiciones necesarias para contribuir significativamente a obtener el resultado deseado, finalidad que debe ser constitucionalmente legítima y socialmente necesaria.

La adecuación o idoneidad, supone que entre la medida a imponerse y el fin que con ella se pretenda lograr debe existir una relación positiva, esto significa que sólo deberá imponerse aquella o aquellas medidas que garanticen la sujeción del imputado al proceso, por tanto el exceso en la aplicación de otras medidas que puedan ser subsumidas en una de ellas acarrea la vulneración de este sub - principio.

Otro aspecto, es el referido al control del poder del órgano jurisdiccional como forma de supervisión de que sus intenciones sean compatibles con los

[38] GIMENO V. Óp. Cit. Pág. 154.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fines del proceso, y no quepa dudas respecto a la utilización de dicha medida como cobertura para cautelar intereses que pueden ser legítimos, pero no acordes a los previstos por la ley.

1.2. Sub - Principio de Necesidad.

Se trata así de una comparación entre dos o más medidas alternativas que cumplan los fines que se pretendan cautelar, escogiendo de ellas aquella que permite lesionar en menor medida los derechos fundamentales que se encuentran en juego. En el juicio comparativo no se requiere verificar un idéntico grado de idoneidad entre las diversas medidas restrictivas, basta con que se trate de medios suficientemente eficaces para conseguir la finalidad perseguida.

Todo acto limitativo de derechos fundamentales debe constituir la medida menos gravosa para lesionar estos derechos; ello implica una mayor rigurosidad en el análisis de la idoneidad de los medios alternativos, desde la perspectiva de su eficacia, a fin de optar por el que resulte más válido en intensidad para lograr el fin inmediato, pero a su vez el menos lesivo para los derechos fundamentales.

La aplicación del sub principio de necesidad se situará en la compulsa entre distintas alternativas y en la posterior elección de la menos severa a los derechos fundamentales, aplicándose solo después de haber sido aceptada la legitimidad del fin perseguido y la idoneidad de la medida para alcanzar dicho fin, a la vez que El Tribunal Constitucional considera que la Libertad física puede ser objeto de restricciones y estas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática[39].

[39] Expediente Nº 1091-2002-HC/TC. Lima.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El principio de necesidad tiene vigencia durante todo el proceso, esto es debido a que la medida restrictiva se encuentra sometida a la cláusula rebus sic stantibus al afectar a un derecho fundamental, por lo que los elementos fácticos deben ser contrastados constantemente con los presupuestos jurídicos de oficio.

1.3. Sub - Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Este sub principio es un criterio rector que se encarga de que una vez examinadas la adecuación y la necesidad, se logre una ponderación entre la sujeción del imputado al proceso (fin de la medida cautelar) y el derecho fundamental**;** por ello en sentido negativo este principio busca evitar la desproporción entre medida impuesta y el derecho que se pretende lesionar.

Este sub principio es el núcleo del principio de proporcionalidad en sentido amplio, cumple una función negativa, de impedir que el imputado sufra una medida excesiva, ello "se enmarca en el más amplio principio de prohibición de excesos, y se sitúa, por tanto, dentro del esquema medio - fin que subyace a este último. En este sentido, presupone el estudio de la relación empírica medio - fin que abordan los principios de idoneidad y necesidad, siendo su función la de asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de los intereses en juego en el caso concreto"[40].

Implica un mayor grado de ponderación entre el derecho fundamental vulnerado y la actividad tendiente a transgredirlo, haciéndose necesaria una mayor racionalidad y razonabilidad que permita la aplicación de las medidas limitativas de derecho, a fin de ofrecer una protección efectiva al derecho a cautelar.

[40] GIMENO V. Óp. Cit. Pág. 230.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental que va a limitar en su ejercicio, de lo que se desprende que la medida limitativa de derecho debe ser proporcionada a la gravedad del delito, sin embargo ello no significa que una medida menor pueda satisfacer los requerimientos del bien jurídico tutelado.

"En definitiva, el principio de proporcionalidad se aplica en el proceso penal para acomodar la Ley al caso concreto, atendiéndose a los intereses en conflicto y en su fórmula de forma negativa: no se busca la decisión proporcionada, sino evitar la claramente desproporcionada"[41]. Criterios para analizar:

- ✓ La comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la intensidad de la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja.
- ✓ Cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales.
- ✓ Que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la media legislativa restrictiva.

De lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, se puede resumir en tres elementos para dar por cumplido con este sub principio:

- ✓ Es necesario definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- ✓ Se define la importancia del principio que juega en sentido contrario.

[41] GONZALES – CUELLAR N. Óp. Cit. Pág. 230.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- ✓ Se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la satisfacción o la no satisfacción del otro.

Como se trata de problemas de colisión de principios, hay que partir de la aplicación de las reglas de preferencia condicionada: la prevalencia de un principio sobre otro, bajo ciertas condiciones, de forma que estas deban ceder sobre las otras, en grados variables y en situaciones específicas.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

En la teoría constitucional, es posible aceptar la restricción de un derecho fundamental sobre la base de que esta restricción busque fines constitucionales, no cualquier fin, sino únicamente aquellos fines constitucionalmente legítimos; caso contrario, podría declararse la inconstitucionalidad de la norma y retirarse del ordenamiento jurídico; o también podría ocurrir que cumpla con los fines, pero no resulta adecuada al caso concreto, por lo que no podría aplicarse[42].

Representa una medida de protección del "status civitatis" siendo esta la posición jurídica que ocupa un hombre libre dentro de las civitas, La voluntad nacional es una de las palabras de las que los intrigantes de todos los tiempos y los déspotas de todas las épocas han abusado más. Unos han visto su expresión en los sufragios comprados por algunos agentes del poder; otros en los votos de una minoría interesada o temerosa, y los hay, incluso, que la han percibido plenamente formulada en el silencio de los pueblos y han deducido que del hecho de la obediencia nacía para ellos el derecho de mando, por ello resulta imprescindible que la medida coercitiva debe ser necesaria e idónea para cautelar el fin propuesto, dado que su ámbito de proyección sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona.

[42] CÁCERES R. óp. Cit. Pág. 52.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El principio de proporcionalidad se basa en el reconocimiento constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (…) lo cual obliga a considerar que el ejercicio del ius puniendi del Estado no deba perseguirse a cualquier precio, teniendo que ceder este interés público en determinados casos ante el interés individual en mantener libre de injerencias el[43] status libertatis, a razón que en Roma los hombres se dividían en libres o esclavos. Solo los libres tenían capacidad jurídica. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionales legítimos que la puedan justificar.

Se busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada impidiendo "la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro límite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho".

La necesidad de su aplicación sea excepcional, al responder a un equilibrio entre los intereses generales que se pretende alcanzar y el perjuicio que origina al imputado, en particular sobre su libertad, lo que no quiere decir que no exista otros derechos fundamentales en conflicto como los derechos reales. Visto así, este principio contiene dos elementos:

- ✓ Que el imputado no reciba peor trato que el condenado, y
- ✓ Que el órgano jurisdiccional no imponga una medida cautelar, mayor o igual, que si el imputado perdiera la libertad por una sentencia condenatoria.

[43] LÓPEZ T. Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso penal. Madrid: Editorial COLEX; 1991. Pág. 87.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad, “no puede autorizar una medida cautelar sustancialmente idéntica a la pena. La medida de restricción cautelar, para ser proporcional, debe resultar sustancialmente inferior a la de la restricción sustantiva, pues las diferencias jerarquías axiológicas de los intereses en conflicto exigen una diferencia significativa entre ambas”[44]. CALDERON y CHOLAN[45] agregan que “el principio de proporcionalita en la resolución judicial que ordene la medida debe valorar:

- ✓ Las circunstancias del caso concreto de modo.
- ✓ Que concurra la necesidad de la injerencia para conseguir el fin legítimo al que se preordena.
- ✓ La injerencia es siempre subsidiaria de modo que no podrá autorizarse cuando el mismo fin pueda alcanzarse por medios menos gravosos.
- ✓ La ponderación debida de intereses determina que sólo en los casos más graves aparezca como justificada la restricción de derechos fundamentales.

2.1. Sub - Principio de Idoneidad.

La idoneidad supone la adecuación de la medida cautelar al hecho concreto imputado, como lo sostiene nuestro Tribunal Constitucional. “La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención preventiva”[46]. Se puede afirmar que este sub principio evita toda injerencia arbitraria en los derechos fundamentales, si es que resultan ser las objetivamente adecuadas para legitimar la medida

[44] SERGUI N. Límites Temporales a la Prisión Preventiva. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editorial del Puerto; 2001. Pág. 136.

[45] CALDERON A. – CHOLAN J. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial DYKINSON; 2002. Págs. 214 – 215.

[46] Expediente Nº 792-2002-HT/TC. Lima del 21 de junio del 2002.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

coercitiva, así el medio no solo debe ser el adecuado, sino conducente de alcanzar el fin buscado por la norma procesal.

Este sub principio, en materia cautelar implica el análisis básico de tres elementos:

- ✓ Desde un punto de vista cuantitativo, se debe examinar sí la medida tiene una eficacia práctica.
- ✓ Se tiene que examinar el éxito probable de la medida a imponerse.
- ✓ Por último, se debe hacer un análisis de la adecuación cualitativa, esto es, si esta medida es o no jurídicamente aceptable para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos.

2.2. Sub - Principio de Necesidad.

La necesidad parte de que sólo puede acudirse a la restricción del derecho fundamental, cuando no existan otras alternativas que contengan cuando menos igual eficacia para la protección de los derechos y valores constitucionales, no debe existir otra opción menos lesiva para preservar los fines constitucionalmente legítimos del proceso penal.

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.

Significa que, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental"[47].

En conclusión, 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, entre ellas, sólo se afirmará necesariamente la menos gravosa para el derecho afectado por la intervención, por lo que de esta manera se obtiene la máxima eficacia de los derechos fundamentales limitados. Es necesario excluir todas aquellas medidas que no serán las menos lesivas de todas las que presentan aptitud suficiente para la realización del fin, siendo el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualquier interpretación o aplicación de la legalidad que restrinjan su ejercicio[48].

2.3. Sub - Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Este sub principio consiste en la ponderación que se refleja en la actividad de sopesar dos principios o normas que entran en colisión con el fin de establecer cual tiene mayor peso en las circunstancias específicas y por tanto, cuál de ellas determina la solución al concreto caso planteado[49].

Exige que una vez evaluado los sub principios de idoneidad y de necesidad, se aplique la ley de valoración a fin de determinar la proporcionalidad en sentido estricto, la ponderación de la proporcionalidad en su sentido estricto debe incluirse no sólo la restricción del derecho sobre el que, por definición,

[47] Expediente Nº 0030-2004-AI/TC. Lima del 02 de diciembre del 2005.

[48] DE HOYOS M. La Detención por Delito. Navarra: Editorial Aranzadi; 1998. Págs. 68-69.

[49] BARNES J. El principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch; 1998. Pág. 16.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la medida debe incidir, sino la totalidad de las consecuencias nocivas que habrá de sufrir el ciudadano, incluso las que no hayan sido previstas normativamente o no hayan sido queridas por el órgano que decide la restricción.

Si bien los tres sub principios enunciados son los aplicables para establecer el test de proporcionalidad, debe entenderse que cuando se trata de medidas limitativas de derecho, la proporcionalidad debe ir de la mano con la aplicación de los principios propios de las medidas cautelares, como son:

- ✓ **La de excepcionalidad.-** Esto representa que las medidas limitativas deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso, por ello el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general" de los principios propios de las medidas cautelares, como son:

- ✓ **La provisionalidad de la medida a dictarse.-** En este contexto la expresión "sirve para" resulta trascendental para establecer el plazo máximo de aplicación de la coerción procesal, la cual no puede interpretarse como el máximo plazo que señala la ley, sino como el tiempo necesario para recabar los elementos de juicio y los medios probatorios pertinentes; por lo que este sentido va de la mano de la urgencia en su aplicación, de conformidad a un criterio de aplicación de la medida leve a la más grave.

- ✓ **La temporalidad.-** Este principio rige en todas las medidas coercitivas en atención de la necesidad que de ellas se tenga, cuando ya no sean útiles para el proceso deben suprimirse o variase por otras menos lesivas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La razonabilidad implica que las medidas cautelares a adoptarse, no sean arbitrarias, que estén justificadas en los principios de la lógica y en las máximas de la experiencia y de la razón, que en suma la medida cautelar sea impuesta como producto de un elemental sentido de justicia y de equidad.

Se encuentra plasmado a nivel procesal en el inciso 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional hace referencia a los Derechos protegidos Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual. (…) 17. El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena, referidos a los derechos protegidos por el Habeas Corpus y a nivel constitucional en el artículo 200 de nuestra Carta Magna habla sobre las garantías constitucionales:

- La Acción de Hábeas Corpus.
- La Acción de Amparo.
- La Acción de Hábeas Data.
- La Acción de Inconstitucionalidad.
- La Acción Popular.
- La Acción de Cumplimiento.

En su último párrafo, cuando nos dice que: "Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Tribunal Constitucional reconoce la aplicabilidad de este principio en nuestro ordenamiento constitucional, cuando sostiene que "el principio de razonabilidad (…) expresamente formulado en el artículo 200 de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad en un sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia"[50].

El test de la razonabilidad comporta a su vez un análisis de la proporcionalidad, en el sentido de que no puede haber una medida cautelar que no sea a la vez proporcional y razonable, por tanto al afectarse cualquiera de ellas también se afecta a la otra, porque ambas conforman el parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar el valor superior de justicia en la actuación de los órganos jurisdiccionales.

La razonabilidad alude a que la justificación de la medida enjuiciada se sustente en una finalidad legítima y en la justicia como valor axiológico superior; ello implica que debe estar ajustado a los cánones y valores socialmente imperantes con el fin de encontrar una justificación lógica interpretativa que debe ser tanto formal como sustancial.

El papel de los jueces en un Estado de derecho incluye necesariamente tener la última palabra en la determinación de los hechos y en la aplicación de las normas del sistema jurídico a tales hechos.

La razonabilidad parte de la idea de donde hay la misma razón hay el mismo derecho; este precepto se materializa en la utilización de criterios objetivos y en la aplicación de los valores y principios constitucionales, ante la disyuntiva del órgano jurisdiccional respecto a escoger entre las diversas opciones legítimas cautelares que puede aplicar, debiendo si aplica correctamente este principio preferir, sólo aquella medida coercitiva que

[50] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nº 090-2004-AA/TC. Lima del 05 de julio del 2004.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reúna dos elementos: aptitud suficiente para cumplir los fines del proceso y que afecte en menor medida los derechos fundamentales del procesado. El test de razonabilidad es un análisis de la proporcionalidad vinculado a lo justo y equitativo y por tanto, un parámetro de constitucionalidad que evita la arbitrariedad.

El principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de propor-cionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación[51].

4. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos[52].

Se reconoce que el juicio de razonabilidad no sólo se refiere a las circunstancias de hecho en que la medida restrictiva de la libertad es impuesta, sino también a las normas jurídicas -constitucionales o legales - que organizan el régimen de toda detención.

[51] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nº 2192-2004-AA/TC. Lima del 20 de octubre del 2004.

[52] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nº 0006-2003-AI/TC. Lima del 01 de diciembre del 2003.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La verificación de la eventual arbitrariedad de una detención requiere que los jueces desempeñen dos tareas estrictamente judiciales, que sólo a ellos les corresponde: la determinación de los hechos y la decisión sobre el derecho aplicable, decisión que comprende, necesariamente, la adecuación de las reglas del ordenamiento jurídico interno con las exigencias de la Convención Americana de Derechos Humanos[53].

En este sentido su aplicación en el ámbito procesal, está destinado a cuestionar aquellas medidas que no cumplan con el fin para el que fue trazado o cuando no atiendan a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad, cada vez que ésta persiga un fin legítimo y, además de rango constitucional.

Para garantizar la razonabilidad de la elección realizada por el Juez entre las diversas opciones legítimas será necesario exigir también que de la motivación se desprenda la eficiencia de la decisión en un modo tal que permita controlar y evitar una eventual ineficiencia.

La eficiencia de la decisión se convierte en un instrumento de objetivación de la libertad de elección concedida al Juez en los casos discrecionales, también es exigible por la razonabilidad que se apliquen las mismas normas y se generen iguales consecuencias en las situaciones análogas.

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al igual que las penas a imponer, también toda medida coercitiva va para su cabal aplicación ha de estar restablecida en forma expresa en una ley, ya que solo si así lo fuera, se podrá invocarla y aplicarla. Este principio tiene rango constitucional ya que así lo preceptúa el Artículo 2° inciso 24 parágrafo b de la Carta Magna, cuya aplicación es obligatoria, por cuanto de

[53] BOVINO A. El fallo Suárez Rosero. Volumen II. Verano: 2005; Pág. 323.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

por medio se encuentra en juego un derecho fundamental de la persona, cuál es su libertad[54].

La sumisión del derecho a la Ley fundamental, como fuente de delitos y penas, es llamada principio de legalidad y constituye un rasgo distinto del Estado de Derecho y un "termómetro que mide el calor de las convicciones liberales"[55], al representar un límite al ejercicio monopolístico del ius puniendo del Estado, ya que parte de la idea de la equidad en la administración de Justicia, sustentada en la previsibilidad y confianza en la Ley, conforme al principio de Legalidad, íntimamente vinculado a la labro de tipificación, exige al juzgador, al analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico, lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos.

Según este principio sólo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley en la forma y por el tiempo señalado en ella. Tratándose de un derecho fundamental de la persona, como la libertad, que se vería afectado por la coerción durante la prosecución de un proceso, es imprescindible tener en cuenta el mandato constitucional contenido en el parágrafo b) del inc. 24 del Artículo 2[56].

El principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones.

[54] DE LA CRUZ M. Óp. Cit. Págs. 355 - 358.

[55] JIMENEZ L. La Ley y el Delito, Principios de Derechos Penal. Buenos Aires: Editorial Sudamericana; 1984. Pág. 123.

[56] CUBAS V. Óp. Cit. Pág. 253.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio, que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. URQUIZO OLAECHEA[57], menciona que "el principio de legalidad (…) exige que el estado proteja al individuo y a la sociedad no solamente con el derecho penal, sino también del Derecho Penal. Esto significa que el principio de Legalidad obliga al Estado por un lado, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y por otro, a encontrar dentro del ordenamiento jurídico límites a su actividad punitiva."

El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales. El principio de legalidad se sustenta en:

- ✓ **El fundamento político**, que descansa en la democracia y en la división de poderes,
- ✓ **El fundamento axiológico** o de estimativa jurídica que reposa en la seguridad jurídica,
- ✓ **Un fundamento preventivo.** Por el cual estado garantiza la ejecución de las resoluciones que emanen del Órgano Jurisdiccional.

El inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política es una garantía política y una exigencia de seguridad jurídica que se manifiesta como un deber insoslayable del Estado para que se cautele los derechos fundamentales del ciudadano frente al ius puniendi del propio Estado o de particulares, evitando de este modo la analogía y garantizando la imparcialidad.

El principio de legalidad tiene el alcance material y absoluto: la misma que exige la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las

[57] URQUIZO J. Código Penal Comentado. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica; 2004. Pág. 40.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sanciones correspondientes, (existencia de preceptos jurídicos anteriores al hecho sancionado, que permitan interpretar con el suficiente grado de certeza dichas conductas de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a su responsabilidad y a la eventual sanción) así como exigencia de una norma con rango de ley o reserva de ley dada por el Poder Legislativo.

Según VIVES ANTÓN:[58] "El principio de legalidad es una norma objetiva de la Constitución, que tasa las fuentes del derecho penal reduciéndola a ley "praevia, scripta el scricta" y, a la vez, un derecho fundamental o garantía del ciudadano que no puede ser castigado sino en virtud de una ley de esas características".

a) Lex Scripta o reserva de Ley

"La única fuente de creación del delito es la lex scripta (ley escrita) supone existencia de una ley escrita y válida e integrada en el ordenamiento jurídico"[59]. Ésta se fundamenta en dos principios:

- ✓ **Estado de Derecho:** actúa como garantía del derecho a la libertad personal, y solo cobra efectividad si las causas de privación están previstas en la ley.

- ✓ **Fundamento Democrático:** supone que el poder estatal emana del pueblo y que la división de poderes es la base de su organización; solo el poder legislativo es capacitado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular.

Conforme a la reserva de Ley de los Derechos Fundamentales solo puede ser restringido por ley, en cuanta expresión legítima de la voluntad de la

[58] VIVES A. Principios Generales y Dogmática Penal. Lima: Pág. 42.

[59] POLAINO M. Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Editorial GRIJLEY; 2004. Págs. 330 – 331.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nación. Ésta auto limitación que se impone al Estado tiene por objeto impedir la arbitrariedad y el abuso de poder.

El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. El principio de legalidad (…) es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legitima de la voluntad de la nación[60]. Se distingue dos tipos de reserva de ley:

- ✓ **En sentido lato:** se identifica con la reserva relativa de ley, entendiendo «ley» en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del Juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados.

- ✓ **En sentido estricto:** se identifica con la reserva absoluta de ley, entendiendo «ley» en el sentido sustancial de normas o contenido legislativo, y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de calificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del Juez solamente a la ley[61].

b) Lex Certa o Taxatividad.

[60] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva Nº6/86 del 09 de mayo de 1986. Párrafo 23.

[61] FERRAJOLI L. Derecho y Razón. Madrid: Editorial TROTTA S.A; 1995. Pág. 95.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El mandato de la Lex Certa (ley cierta) o de taxatividad este mandato se traduce en una exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones. Los conceptos jurídicos deben ser claros para el ciudadano medio, como para permitir prever las características constitutivas del tipo penal, no a un nivel técnico, sino a nivel del lego; es decir, sea comprensible para sus destinatarios, pero éste, además, se ha de incorporar adecuadamente en el ordenamiento y en el sector jurídico correspondiente.

Constituye el aspecto material de la reserva de ley sin cuya concurrencia ésta pierde su funcionalidad y efectividad. Estas notas de claridad se refieren a la descripción del presupuesto y el señalamiento de la consecuencia, obedecen a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, estableciéndose un límite al poder estatal y a una potencial actuación arbitraria, La garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciona y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa[62].

Existe prohibición de aplicación analógica in malam partem, que consiste en una extensión de la norma penal o procesal a hechos que no contempla, por mucho que sean similares a los descritos en la ley, esta operación busca así prohibir que una norma jurídica o el efecto de ella, se extienda a supuestos no contemplados para establecer una sanción o agravar una medida de seguridad no prevista taxativamente.

El criterio interpretativo debe partir de la Constitución como marco general para entender los alcances y los límites de cualquier norma y en particular, la ley penal, pues si ésta trasgrede los fundamentos de la Carta Fundamental, es intrínsecamente inconstitucional y debe dejar de ser aplicada. En suma,

[62] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nº 116/1993. Madrid del 29 de marzo de 1993. F.j. 3.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

están vedadas la exégesis y aplicación de las normas penales y procesales fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinen.

c) Lex stricta o prohibición de analogía

Entendida como la extensión no prevista de la interpretación de la norma a casos similares pero no iguales, para declarar punible una conducta no descrita en ella; de esta forma, se evita convertir al juzgador en legislador, convirtiéndose así, en un límite a la actividad judicial, exige que las normas penales para ser aplicables anuden la sanción a las conductas que reúnan los elementos del tipo descrito que sean objetivamente perseguibles.

Artículo l39 inc. 9 de la Constitución señala "el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos." La prohibición en el ámbito penal y sancionador, obedece a que en caso contrario se convertirían en fuentes creadoras de delitos y penas y, por otra parte, el aplicado de la nueva norma así obtenida invadirá el ámbito que sólo al legislador corresponde, encontrada de los postulados del principio de división de poderes[63].

La analogía comienza donde termina la interpretación, es decir, luego que la interpretación ha puesto de relieve que la cuestión analizada no se encuentra comprendida en los preceptos de la ley[64]. “La analogía es un medio para resolver una cuestión jurídica por la aplicación a un caso o situación que ha escapado a la específica previsión legislativa, recurriendo a otro por concepto similar, lo cual significa una relación de semejanza entre cosas o conceptos que, de suyo son distintos. (…) Por tanto, la analogía presupone:

[63] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente Nº SSTC 131/1987 y AATC 282/1995. Madrid.

[64] FIERRO G. Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales. Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 2003. Pág. 73.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- ✓ Una hipótesis, no concretamente prevista.
- ✓ La relación contemplada en el texto, aunque diversa a la que se examina, tiene elementos similares.
- ✓ Esos elementos no pueden ser secundarios o periféricos, sino esenciales.

d) Lex Praevia o Principio de irretroactividad de la ley penal

La exigencia de una ley precedente que defina qué conductas son preceptuadas como delito, es el contenido esencial del principio de irretroactividad de la ley.

ROXIN[65] "El principio de legalidad posibilita una limitación del poder del estado y con ello asegura la libertad del individuo. El Estado solo puede hacer responder al individuo por sus hechos en la medida en que lo determine una ley anterior a dichos hechos".

La única norma aplicable es la vigente a la comisión de una conducta punible, por tanto está prohibida la irretroactividad de la ley penal desfavorable, ya que ello atenta contra la seguridad jurídica. La doctrina diferencia la irretroactividad desde dos vertientes:

- ✓ **Irretroactividad Desfavorable.-** El significado de la irretroactividad penal lo encontramos como una garantía política fundamental en el Estado de Derecho; la seguridad jurídica, es por ello que la aplicación de una ley sólo se concibe respecto de aquellas vigentes al momento de los hechos.

- ✓ **Irretroactividad Favorable.-** Garantiza la libertad individual e impide que se sigan restringiendo los derechos fundamentales

[65] ROXIN C. Iniciación al Derecho Penal Hoy. España: Universidad de Sevilla; 1981. Pág. 100.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los ciudadanos cuando ello ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad han sido cualificadas o cuantitativamente atenuadas.

Señala BUSTOS RAMIREZ[66] la irretroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, con una lógica consecuencia de su fundamento (…) una ley más favorable no es una ley más abusiva. Por el contrario, significa el reconocimiento de mayores ámbitos de la libertad (…) la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad.

6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Como bien apunta ODONE SANGUINÉ, "(…) en la actualidad empieza a ganar cuerpo la idea de que el tradicional principio de legalidad penal debe extenderse al ámbito procesal penal, pudiendo denominarse, como lo hizo la doctrina francesa, principio de legalidad de la represión o de la persecución penal, como ocurre en la fijación de límites respecto a los cuales los poderes públicos pueden recurrir a las medidas de coacción. La prisión provisional, como modalidad específica de restricción a la libertad, es una medida cautelar sometida al principio de legalidad. Por lo tanto, la aplicación del principio de legalidad procesal exige que la prisión provisional se encuentre prevista en el ordenamiento procesal y, además, que solo pueda ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental[67].

[66] BUSTOS J. – HORMAZABAL H. Lecciones de Derecho Penal. Madrid: Editorial TROTTA; 1997. Pág. 82.

[67] REATEGUI J. Óp. Cit. Pág. 22.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Principio de Legalidad se encuentra encomendado a proteger los derechos fundamentales a través de un proceso con todas las garantías, de las cuáles:

- ✓ La primera es el ser juzgado por un Juez o tribunal imparcial y
- ✓ La segunda es a un proceso preestablecido por ley;

Así todo acto procesal limitativo de derechos ha de observar el principio de legalidad procesal que no sólo se refiere a acciones individualizadas de limitación de derechos, sino a condiciones generales y a los criterios para su aplicación e inclusive a algunas limitaciones previstas para este principio, como sería la aplicación del principio de oportunidad que se convierte en una excepción al principio de legalidad.

Desde esta perspectiva existe “una relación de reciprocidad entre ley penal, proceso y medida de coerción procesal, según la cual un término supone al otro y todos deben estar determinados legislativamente con los alcances propios de los principios nullum crimen nulla poena sine praevia lege “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa": no hay coerción sin proceso fijado por la ley y no hay proceso sin ley que predetermine el hecho como delito”.

Esto nos permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas reglas tasadas legalmente en las que se exige una motivación expresa. “El principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo complejo”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

No se trata sólo de la aplicación ciega de la ley, sino de la interpretación de las normas procesales desde la perspectiva constitucional, las varias interpretaciones posibles deben no solo respetar el tenor de la Ley, sino que deben partir de una interpretación garantista que restrinja en la menor medida posible los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el marco en que debe ser aplicada una determinada medida limitativa de derecho debe tener inequívocamente su fundamento en la ley, y exhibir razones de proporcionalidad y razonabilidad, lo que obliga a que las órdenes judiciales de restricción de la libertad deben ser debidamente fundamentadas, caso contrario, se lesiona el referido atributo fundamental.

7. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de la inocencia es la primera y principal garantía, ante un procedimiento penal o administrativo sancionador, constituyéndose en un derecho fundamental de la civilización moderna, que tutela la inmunidad de ser no culpable, ello es producto de un Estado Social y Democrático, donde la paliación del derecho parte de la protección del inocente como elemento esencial del principio universal de justicia que fundamenta el contrato social, constituyéndose en el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Según FERRAJOLI[68] este principio fundamental de civilidad es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la inmunidad de algún culpable (…) la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si quiere de defensa social: de esa seguridad especifica ofrecida por el Estado de Derecho y que se expresa en la

[68] FERRAJOLI L. Óp. Cit. Pág. 549.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

confianza de los ciudadanos en la justicia y de esa especifica defensa que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo.

Este Derecho fundamental se materializa en una garantía, cuando se exige su cumplimiento y respeto por parte del estado, constituyéndose a su vez, en un principio informador del proceso penal, ya que “no existe un principio que exprese mejor que la presunción de inocencia, el grado de galantismo de un sistema procesal penal”[69].

El artículo 2 inciso 24 literal “e” de la Constitución Política consagra que toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. En un proceso penal democrático y garantista, el imputado no ésta en la obligación de probar su inocencia, es el órgano acusador el preterido por ley para probar con una mínima prueba de cargo su responsabilidad penal.

Esta garantía constitucional reviste a la persona del imputado desde el momento en que es objeto de una imputación criminal, que le asiste en toda la secuencia del procedimiento y que finalmente solo puede enervarse con una prueba de cargo suficiente que a criterio del juzgador se acredite fehacientemente la responsabilidad penal. La condición jurídica de inocencia, significa que solo puede ser sometido a determinadas medidas judiciales que se consideren indispensables para que el proceso penal arribe a sus fines esenciales, los cuales deberán sujetarse a los principios de excepcionalidad, de necesidad y de proporcionalidad. Del principio de presunción de inocencia se deriva la in dubio pro reo "ante la duda, a favor del reo", que como señala HUERTAS MARTIN, constituye una regla interpretativa, en virtud del cual, una vez examinado todo el material probatorio, si el órgano judicial duda del sentido del mismo, ha de resolver sin vacilación a favor del acusado, procediendo a dictar una sentencia

[69] PAULESU PP. Presunzione di non Colpevolezza. Vol. IX. Torino: Editorial UTEHA; 1995. Págs. 670-671.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

absolutoria o una sentencia, conforme a las Tesis más favorable para la defensa.

El principio de in dubio pro reo se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 139 inc. 11, que señala: “La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, interpretando exegéticamente su aplicación procede cuando las pruebas de cargo no son suficientes para alcanzar un alto grado de certeza y de convencimiento al Juzgador sobre la responsabilidad penal del imputado. En consecuencia, la prohibición de condena en los casos de duda acerca de la responsabilidad penal del imputado, recluyen un convencimiento parcial o una insuficiencia probatoria o en su defecto la aplicación de aquella tesis más favorable a los intereses jurídicos del imputado; la sujeción estricta al Estado de Derecho a veces demandad sacrificios y a veces uno de ellos es de absolver al culpable por falta de pruebas o por no detentar aquellas un convencimiento firme acerca del thema probando.

La aplicación del derecho parte de la protección del inocente como elemento esencial del principio universal de justicia que fundamenta el contrato social, constituyéndose en el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Este Derecho fundamental se materializa en una garantía, cuando se exige su cumplimiento y respeto por parte del Estado, constituyéndose a su vez, en un principio informador del proceso penal, ya que “no existe un principio que exprese mejor que la presunción de inocencia, el grado de garantismo de un sistema procesal penal”.

Por esta presunción de inocencia “ius tantum” a todo procesado se le considera inocente mientras no se compruebe su culpabilidad, vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario.[70] Un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad.

[70] DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. El Proceso Penal en su Jurisprudencia. Lima: Editorial Gaceta Jurídica; 2008. Pág. 12.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Este principio exige el cumplimiento de las garantías del debido proceso, en donde el juicio de culpabilidad haya sido legalmente declarada, como producto de una convicción en el órgano jurisdiccional sustentada en no en cualquier prueba, sino en pruebas indubitables de responsabilidad en donde se aprecie y valore las pruebas efectivamente practicadas con arreglo a la sana crítica, las reglas de la experiencia, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia.

Asegura el respeto a la dignidad personal, mediante un estado jurídico[71], de ser considerado inocente, mientras no exista material probatorio suficiente para contradecirlo, de lo que se desprende que el imputado debe ser considerado y tratado como inocente mientras que no recaiga una sentencia penal firme en su contra.

La presunción de inocencia tiene naturaleza y carácter procesal. Este principio equilibra el proceso penal, ya que impone a la parte acusadora, generalmente más fuerte, la carga de probar la veracidad de sus afirmaciones, bastando sólo al imputado un mínimo o ningún esfuerzo para defenderse, convirtiéndose en un mecanismo corrector de desigualdades.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: lo que pretende el principio de inocencia es excluir el prejuicio - juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad - y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias[72].

La Presunción de Inocencia comporta una doble garantía de un lado se expresa como una regla probatoria o regla de juicio, y de otro lado como una de tratamiento del imputado; ambas resultan estrechamente vinculadas, de

[71] CUBAS V. Óp. Cit. Pág. 25,

[72] CORTE IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Párrafos 32 – 35.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

forma tal, que si una de ellas no está presente en el proceso, se limita el valor de la otra, por tanto, se deslegitima este principio de presunción de inocencia ya que ambos en conjunto forman este principio.

El Principio de Presunción de Inocencia como regla probatoria parte de la idea que el imputado nada tiene que probar, por lo que resulta inadmisible la presunción de culpabilidad, esto no es sólo aplicable al derecho penal, sino que constituye “una regla de tratamiento sobre la persona sometida al procedimiento disciplinario, que exige partir de la idea de que el sometido al procedimiento es inocente”[73]. Asimismo obliga al órgano jurisdiccional a realizar un tratamiento racional y razonable del resultado de la actividad probatoria, ello implica necesariamente comprobar en una apreciación tendencialmente objetiva la prueba de cargo como la de descargo.

Se vulnera la inocencia cuando no existan pruebas válidas que acrediten responsabilidad penal o cuando no se motive las conclusiones de dicha valoración, ya sea porque el resultado resulta ilógico o insuficiente para desvirtuarla; (artículo 8, inciso 2 C.I.D.H.): "una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente para condenarla, sino absolverla". La presunción de inocencia impone al Juez el deber de asumir desde la neutralidad, la acusación como hipótesis que solo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de todos y cada uno de los elementos de la imputación, según resulte del juicio.

Estado quien debe de realizar un esfuerzo serio encaminado a probar fuera de toda duda (certeza) que los hechos se adecúan a una figura penal sustantiva. La carga de la prueba le corresponde a quien acusa. Implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías

[73] IBAÑEZ A. Sobre Prueba y Proceso Penal. Bahía Blanca: Revista de la Universidad Nacional del Sur; 2002. Pág. 15.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Resulta por ello indispensable que el órgano jurisdiccional al aplicar la justicia penal utilice un procedimiento objetivo que subsuma el derecho a ser oído, a ejercer el derecho de defensa, a producir pruebas y a obtenerlas.

La presunción de inocencia no se opone a la vigencia del criterio de conciencia como la regla que debe presidir la apreciación de pruebas, toda vez que este principio es la principal barrera que el órgano jurisdiccional debe traspasar para adoptar un estado mental de convicción, ya sea utilizando la sana crítica, las reglas de la experiencia, los principios de la lógica o las máximas de la experiencia.

8. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD

Es de notar que el Juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicio y bajo ninguna circunstancia suponer a priori que el acusado es culpable. En aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el Juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.

Por ello, el principio de presunción de inocencia moderno, impone como regla general, que toda persona sometida a proceso debe ser sometida en libertad y que sólo por vía de excepción se puede privar al procesado de su libertad. Este principio obliga al Juez a verificar en cada caso concreto las exigencias cautelares necesarias a aplicar, suprimiéndose toda presunción en relación al periculum libertatis: la sola imputación de un ilícito, resulta in idónea para deshacer el status constitucional de inocencia que se mantiene

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

íntegro hasta la verificación de la culpabilidad, “Desde que hay peligro por la libertad del imputado que podría considerarse su libertad peligrosa para la seguridad del éxito de diligencias precisas de investigación de la sociedad y/o del ofendido”.

La necesidad de neutralizar un peligro procesal, único fin legítimo de toda medida de coerción cautelar, no puede justificar, de ningún modo, la eliminación del principio de inocencia, pues este principio fue establecido, precisamente, para resolver este tipo de situaciones.

Sólo en casos en que exista algún peligro procesal la libertad del imputado estará en peligro. El principio de inocencia obliga a un respeto cabal de las demás garantías del procesado, ello se traduce en una exhaustiva evaluación de los elementos fácticos antes de imponer cualquier medida que limite sus derechos ya que los fines del proceso penal serán constitucionalmente legítimos, si están vinculados a la necesidad de garantizar el normal desarrollo de juicio.

Las medidas limitativas de derechos no pueden tener carácter retributivo, pues no pueden ser usados como pena, ni para impulsar las investigaciones y menos aún para obtener pruebas y otras similares, por lo que estas finalidades vulneran el principio de inocencia[74].

Este principio despliega sus efectos desde la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, no puedan ser adoptados sin la existencia de un alto grado de probabilidad e intensidad de la participación del acusado en el hecho punible, en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base

[74] COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Nro. 50/00. Caso 11.298.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en esa causal, caso contrario se trasgrede el principio constitucional de la inocencia, al anticipar una pena a la sentencia.

El principio de inocencia combinado con el de libertad personal constituye una expresión particular del Estado de Derecho y como tal un baremo determinante para establecer la legitimidad constitucional de cualquier medida cautelar, restringiendo su adopción y mantenimiento a condiciones excepcionales, subsidiarias, necesarias y proporcionales; conforme a la finalidad de aseguramiento del proceso penal, su bifurcación a fines de prevención general y especial propios del derecho penal material, son ilegítimos e inconstitucionales convirtiéndose en formas de represión anticipada.

9. PRINCIPIO DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN

Según GLANFORMAGGLO[75] Motivar significa justificar y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en líneas de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de control.

La motivación constituye la vía de verificación de la actuación judicial que no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones inter partes, sino que asume una función extra - procesal, tal como se desprende del Artículo 139° inciso 5 de nuestra Carta Magna: "La motivación escrita de todas las resoluciones en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustente".

Este principio preceptúa que la medida cautelar a adoptarse, sea producto de un auto fundado, es decir, que la resolución sea motivada, tanto en fundamentos fácticos como jurídicos y que el juicio de ponderación se haga

[75] GLANFORMAGGLO L. La Teoría General del Derecho, Problemas y Tendencias Actuales. Milán: Editorial La Comunidad; 1983. Pág. 136.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los primeros y en los últimos se materialice a través de un criterio de razonabilidad que respete el principio de proporcionalidad, como canon indispensable para determinar la aplicabilidad de la medida de coerción.

Se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida - lo que no es raro que suceda en la práctica - mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación.

Según BINDER[76]: "La solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación «automática» de la ley. Por el contrario, a partir del conjunto del sistema normativo, los jueces deben construir o hallar la norma concreta que soluciona el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de varias normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad para concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual"

Según COLOMER HERNÁNDEZ[77]: "Motivación es un discurso, elaborado por el Juez, en el cual se desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al thema decidendi, "Tema de decisión Viene circunscrito tan sólo a determinar si proceden las secuelas indemnizatorias por una denuncia unilateral producida con evidente abuso de derecho y ausencia de justa causa", y en el cual, al mismo tiempo, el Juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado. Por tanto, son dos las finalidades que configuran la esencia de la actividad motivativa, de

[76] BINDER A. Iniciación al Proceso Penal Acusatorio. Lima: Editorial Alternativas S.R.L; 2002. Pág. 107.

[77] COLOMER I. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Editorial Tiran Lo Blanch; 2003. Pág. 44.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

una parte el hecho de ser una justificación racional y fundada en derecho de la decisión, de otra parte, el dato de contrastar o responder críticamente a las razones o alegaciones esgrimidas por cada una de las partes".

La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho.

10. LA MOTIVACIÓN Y LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

"La necesidad que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables".

En el caso de medidas serias de restricción de libertad es evidente que lo que al procesado le importa conocer, a efectos de poder efectuar su defensa y pretender rebatir el razonamiento de la judicatura, no son las razones por las que no se dictó una medida más restrictiva, sino, justamente, los motivos por los que no se optó por una menos restrictiva de la libertad. En buena cuenta, la motivación debe estar orientada a informar al procesado cuáles son las circunstancias y condiciones inherentes a su caso que hacen necesaria la restricción.

Supone una garantía de proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental que parte de una valoración de las pruebas o elementos indiciarios que permita un proceso intelectual respecto a la viabilidad de las medidas coercitivas a imponerse, por lo que el canon de motivación exige un análisis integral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Implica un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales del imputado y los intereses del proceso penal que se encuentran en pugna, a fin de justificar en la resolución la necesidad de la medida cautelar, no solo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de sus derechos fundamentales.

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, exige que sus órganos jurisdiccionales razonen o fundamenten los criterios en que apoyan sus decisiones, pues el derecho a la tutela judicial efectiva impone a los jueces y tribunales el deber de motivar sus resoluciones dando razón del porqué de sus decisiones. La razón última que sustenta este deber de motivación (…) reside en la interdicción de la arbitrariedad, y por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho.

El principio de motivación de las resoluciones obliga a los jueces a un estudio concienzudo de todos los puntos sometidos a su decisión, armonizándolo con el espíritu de la ley, de esta forma se logra un balance entre los principios generales de derecho y el ejercicio de la función jurisdiccional; así la sumisión del Juez a la Ley, es producto no de una imposición normativa, sino de la racionalidad del ejercicio del poder coercitivo que él detenta.

“Los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad, ni error notorio; sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es conforme al principio pro actione". Se ha entendido que el sentido de interpretación del Juez y en especial del Juez constitucional, en cualquiera de las cuatro acciones constitucionales, debe permitir el acceso a la administración de justicia, interpretando el recurso o acción interpuesta, de la manera más favorable para la efectividad de los derechos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. METODOLOGÍA

La investigación de campo estuvo comprendida por el análisis de resoluciones que dictan Medida Cautelar de Prisión Preventiva respecto al presupuesto material de Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal). Asimismo se realizó encuestas a los Magistrados penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público del Distrito Judicial de Arequipa y Abogados especialistas en derecho Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa que tuvieran conocimiento sobre el tema materia de investigación. De los datos obtenidos se pudo elaborar las tablas y gráficas que presentamos a continuación, como asimismo nuestras conclusiones y sugerencias.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA

TABLA Nº 01

RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA

RESOLUCIONES	AÑO 2016 AL AÑO 2017	%
FUNDADAS	114	66
INFUNDADAS	36	21
IMPROCEDENTE	1	0.5
REPROGRAMACIÓN	5	2
CESE O PROLONGACIÓN	6	3
TERMINACIÓN ANTICIPADA	8	5
PROCESO INMEDIATO	4	2
TOTAL	174	100

Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Tal y como se puede observar en la tabla, se tiene que, la Prisión Preventiva se ha convertido en un pedido popular con la consigna de alcanzar justicia, desde que entró en vigencia en Arequipa el año 2008, ésta ha ido en incremento el Ministerio Público realizó 174 requerimientos de prisión preventiva a la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en gran porcentaje de estos pedidos fueron declarados fundadas como se puede observar.

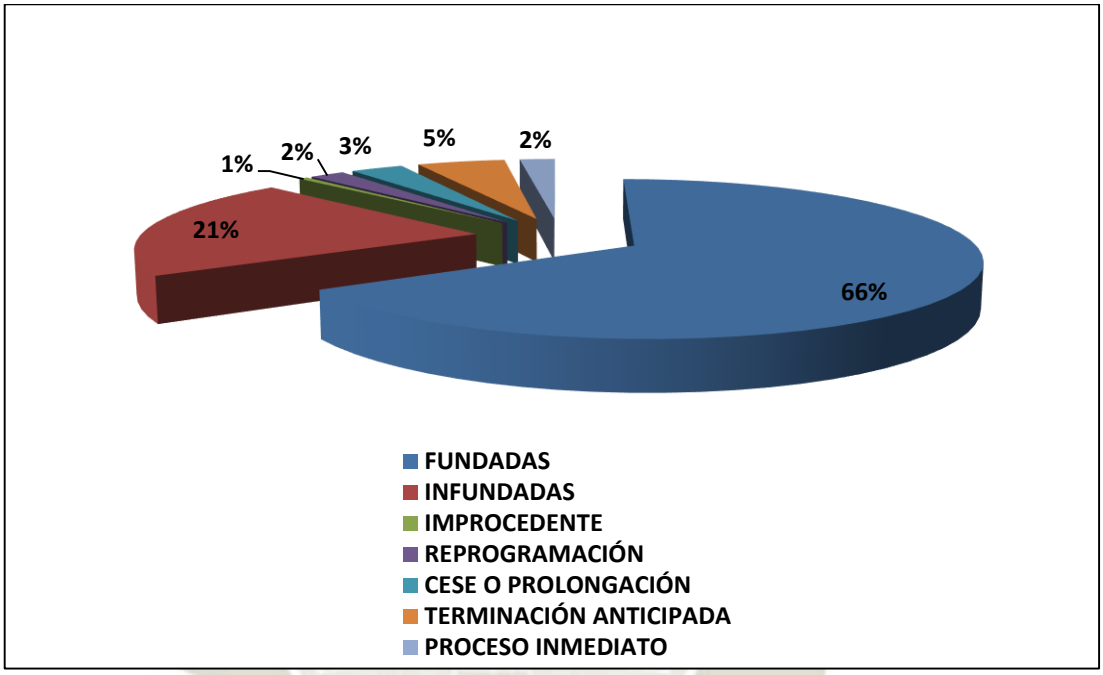
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

GRÁFICA Nº 01

RESOLUCIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TABLA Nº 02

PROCESOS DE PRISIÓN PREVENTIVA

JUZGADO / SENTIDO	Primer J. I. P.	Segundo J. I. P.	Tercer J. I. P.	Cuarto J. I. P.	Total	%
Fundada	**9**	**5**	**50**	**51**	**115**	**66**
Infundada	**2**	**2**	**23**	**12**	**39**	**22**
Improcedente	**--**	**--**	**1**	**--**	1	0.5
Reprogramación	**1**	**1**	**1**	**2**	**5**	**3**
Cese o Prolongación	**1**	**--**	**3**	**1**	**5**	**3**
Terminación anticipada	**--**	**1**	**2**	**4**	**7**	**4**
Proceso Inmediato	**1**	**--**	**1**	**--**	**2**	**1**
Total	14	9	**81**	**69**	**174**	**100**

Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Tal y como se puede observar de la tabla, se tiene que en cuanto a Resoluciones fundadas existen 115, Resoluciones infundadas existen 39, resoluciones improcedentes 01, en reprogramadas existen 05, dadas en cese o prolongación 05, en proceso inmediato 02, los terminados en terminación anticipada 07, haciendo un total de 174 Resoluciones, en la temporalidad fijada para la presente investigación, a pesar que existe una serie Jurisprudencia como se desarrolló en el capítulo anterior que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

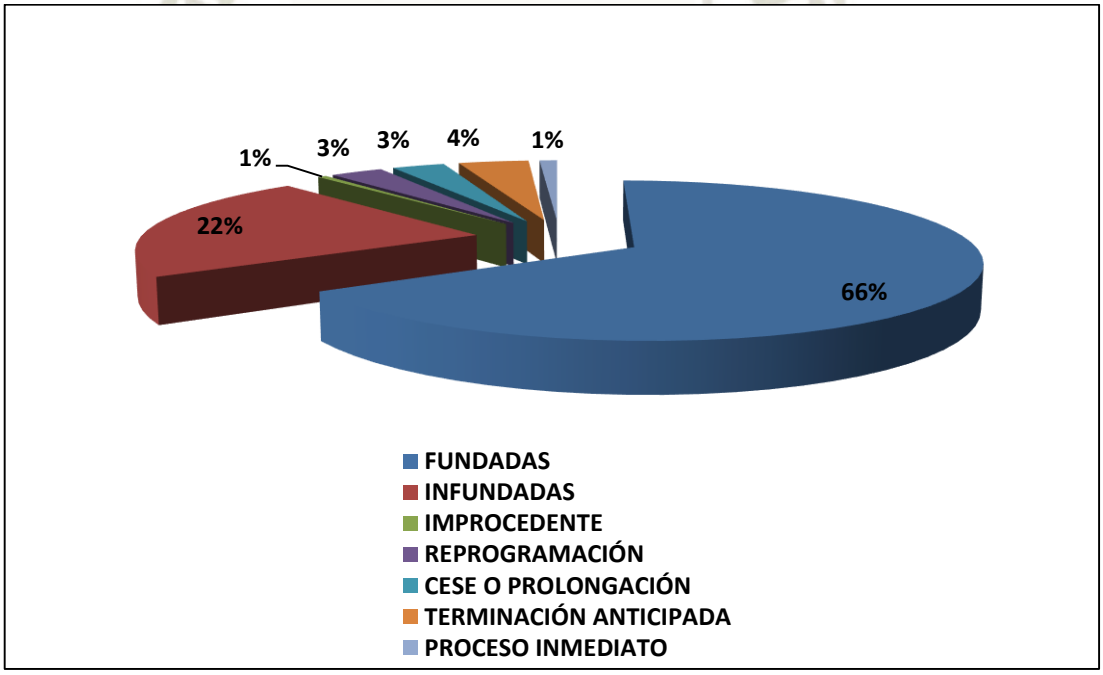
REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

claramente existe una regla, la regla es que el investigado lleve su proceso en libertad, la excepción es que se le imponga la prisión preventiva", no se está llevando como debiera ser, tal como se demuestra, la razón hay presión mediática, la población desea ver resultados inmediatos, el juez que dicta prisión preventiva para un investigado es un juez justo, y el que lo declara infundado debe ser investigado y sancionado.

GRÁFICA Nº 02

PROCESOS DE PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TABLA Nº 03

PRISIÓN PREVENTIVAS POR CONCURRIR EN PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN

Año / Concurrió	2016	2017	Total	%
Si	49	40	89	51
No	25	60	85	49
TOTAL	74	100	174	100

Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Tal y como se puede observar de la tabla, se tiene que de 115 Resoluciones fundadas, 89 de ellas se han amparado en el peligro de obstaculización numeral 3, es decir el 51% de las prisiones preventivas examinadas en la temporalidad fijada para la presente investigación.

Por otro lado, se observa que el criterio de los jueces prima en todos los casos presentados, el mismo que también se ve reflejado en las encuestas analizadas es que este requisito requiere de mucho subjetivismo para su aplicación ya que evoca hecho que van a acontecer y no hechos que acontecieron o acontecen.

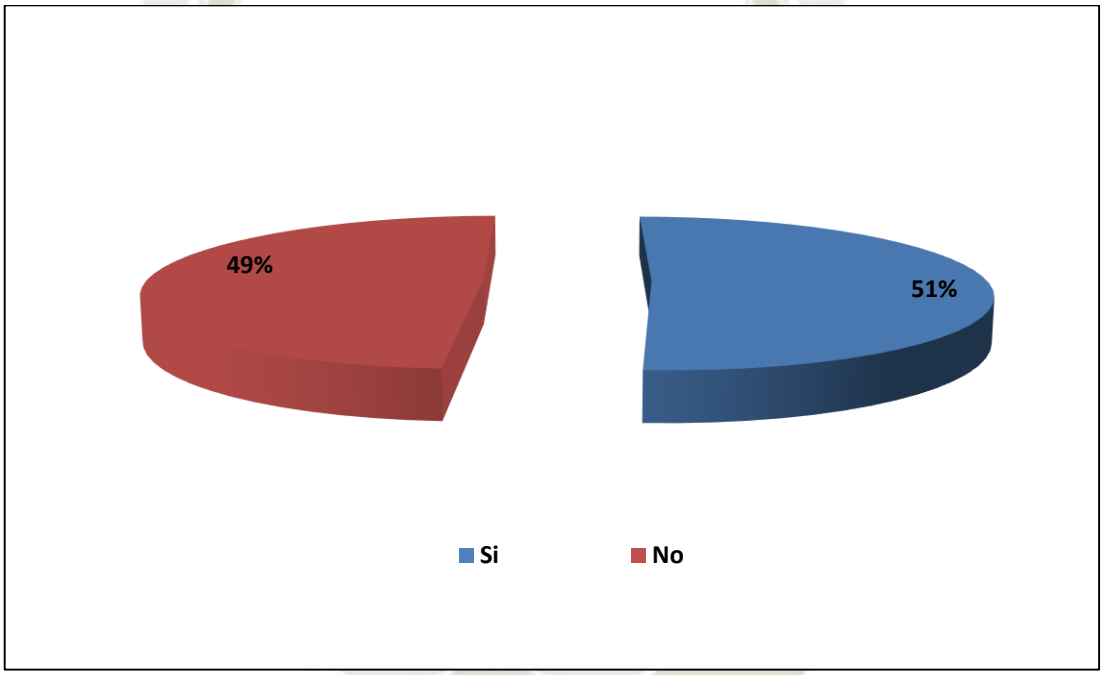
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TABLA Nº 03

PRISIÓN PREVENTIVAS POR CONCURRIR EN PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN



Fuente: Datos obtenidos de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2017.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. OPINIONES DE LOS OPERADORES DEL DERECHO

Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del área penal del cercado del distrito Judicial de Arequipa, de estudiosos del tema y abogados especialistas en derecho de penal inscritos en el colegio de abogados de Arequipa. La presente encuesta ha sido desarrollada con el propósito de determinar el criterio doctrinario y de aplicación del presupuesto "Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal)" de los encuestados: Magistrados del Ministerio Público, del Poder Judicial del Distrito Judicial de Arequipa y Abogados litigantes especialistas en derecho penal-constitucional, inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa.

TABLA Nº 04

POBLACIÓN Y MUESTRA

Encuestados	Población	Muestra
Magistrados Judiciales Penales	15	15
Magistrados Fiscales Penales	65	65
Abogados litigantes	1200	300
Total	1280	380

Fuente: Elaborado propia

Como se puede observar de la tabla, se tiene que en cuanto a: Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, se presentan en 15 personas y en vista que el universo no es muy numeroso se conformó todo el universo como la muestra para la presente investigación; asimismo en cuanto a los Fiscales Provinciales y Superiores Penales, se presentan en 65 personas y como también el universo no es muy numeroso, se conformó dicho universo como la muestra para la presente investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En cuanto a Abogados litigantes especialistas en derecho penal-constitucional inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene de acuerdo a la información proporcionada por la secretaría de imagen institucional de dicho Colegio de Abogados, se tiene que aproximadamente, presentan 1200 personas, debido a la gran población que es materia de análisis se utilizará la siguiente fórmula[78] para hallar la muestra:

$$n = \frac{N \text{ X } 400}{N + 399}$$

Donde n representa al tamaño de la muestra que se va a utilizar y N representa la población existente.

$$n = \frac{1200 \text{ X } 400}{1200 + 399}$$

$$n = \frac{480.000}{1599}$$

$$n = 300$$

En consecuencia se tiene que en cuanto a Abogados litigantes especialistas en derecho penal-constitucional inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa se ha considerado como muestra a 300 personas.

[78] TAPIA I. Manual de Teoría y Tecnología del Proyecto de Investigación. Pág 175.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

A. Primera pregunta:

TABLA Nº 05

Considera que la prisión preventiva tiene que ajustarse a los tres requisitos de aplicabilidad

Encuestados	Si	No	Muestra
Magistrados Judiciales Penales	13	2	**15**
Magistrados Fiscales Penales	56	9	**65**
Abogados litigantes	45	255	**300**
Total	114	266	**380**
%	30%	70%	**100**

Fuente: Elaborado propia

Como se puede observar de la presente tabla, se tiene que en cuanto a: Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, se tiene que 13 personas han respondido de manera afirmativa, y 2 personas han respondido de manera negativa, respecto a los Fiscales Provinciales y Superiores Penales, se tiene, 56 personas han respondido de manera afirmativa, y 9 personas han respondido de manera negativa, cabe resaltar que como operadores del derecho y Funcionarios Públicos deben velar que sus instituciones jurídicas estén brindando un adecuado servicio conforme a la legalidad y justicia. En cuanto a los Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene que 45 personas han respondido de manera afirmativa, y 255 han respondido de manera negativa

Tal como es de verse la mayoría de los Magistrados Penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, ha optado por responder afirmativamente la interrogante propuesta, fundamentando la misma en que dicha medida debe aplicarse en base a los principios de Razonabilidad y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Proporcionalidad, más los abogados inscritos en el colegio de abogados la mayoría respondiendo estar en desacuerdo ya que no es principio sine qua non. La prisión preventiva es la excepción, solo se debe aplicarse en casos especiales, se debe garantizar el derecho del inculpado, a la libertad, ya que se le presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario, se debe respetar sus derechos fundamentales, además. El juzgador tiene la difícil tarea de formar criterio, en el cual deben de concurrir objetivamente los 3 presupuestos porque de esa forma se garantiza que la medida coercitiva personal se ajuste al principio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Entonces de no ajustarse a los requisitos de aplicabilidad de la determinación de la prisión preventiva, se estaría cayendo en arbitrariedad, ya que estas son excepcionales, solo se aplica en casos especiales, ya que primeramente se garantiza el derecho del inculpado, a la libertad, ya que siempre se le debe presumir inocente hasta que no se demuestre lo contrario, respetando de esta manera los derechos fundamentales.

Al tratarse de las restricciones de la libertad ambulatoria, se hace imprescindible la concurrencia de los requisitos exigidos, existiendo la plena certeza de que el inculpado al ser detenido es el autor o participe de un delito. El fin de la medida de coerción de prisión preventiva es lograr su permanencia en el proceso que se va seguir en su contra, evitando la impunidad de los delitos pero tal y como se viene indicando dicha medida debe aplicarse en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad siendo los presupuestos que se señalan indicadores para la aplicación de todo principio.

Concluyendo podemos afirmar que el 30% de la población encuestada si considera que la prisión preventiva tiene que ajustarse a los tres requisitos de aplicabilidad; mientras que el 70% de los encuestados y la gran mayoría de ellos abogados consideran que no debe ajustarse dicha prisión preventiva a los referidos requisitos.

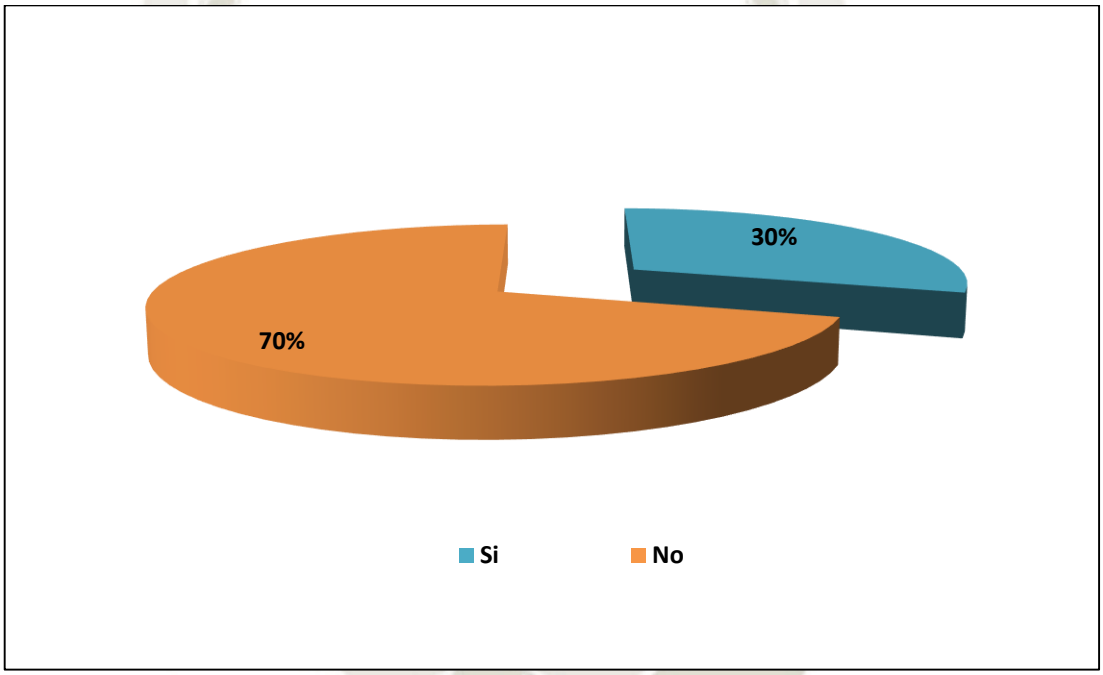
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

GRÁFICA Nº 05

Considera que la prisión preventiva tiene que ajustarse a los tres requisitos de aplicabilidad



Fuente: Elaborado propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

B. Segunda pregunta:

TABLA Nº 06

Considera que el artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso

Encuestados	Si	No	Muestra
Magistrados Judiciales Penales	1	14	**15**
Magistrados Fiscales Penales	6	59	**65**
Abogados litigantes	280	20	**300**
Total	287	93	**380**
%	76%	24%	**100**

Fuente: Elaborado propia

Como se puede observar de la presente tabla, se tiene que en cuanto a: Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial de Arequipa, Fiscales Provinciales y Superiores Penales del Distrito Judicial de Arequipa y Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa se tiene que el 24% han respondido de manera negativa. Mientras que el 76% ha respondido de manera afirmativa.

Tal como se puede observar de la interrogante planteada los encuestados que han respondido de manera negativa fundamentaron su respuesta, en que el Juez es quien debe de ponderar los requisitos en cada caso concreto, además que este requisito no se encuentra previsto como único, pues existen además otros requisitos a fin de evitar la fuga del procesado.

Por otra parte las respuestas vertidas en forma afirmativa por la mayoría de los encuestados, se tiene que en el numeral 3 del artículo 270 del Código

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

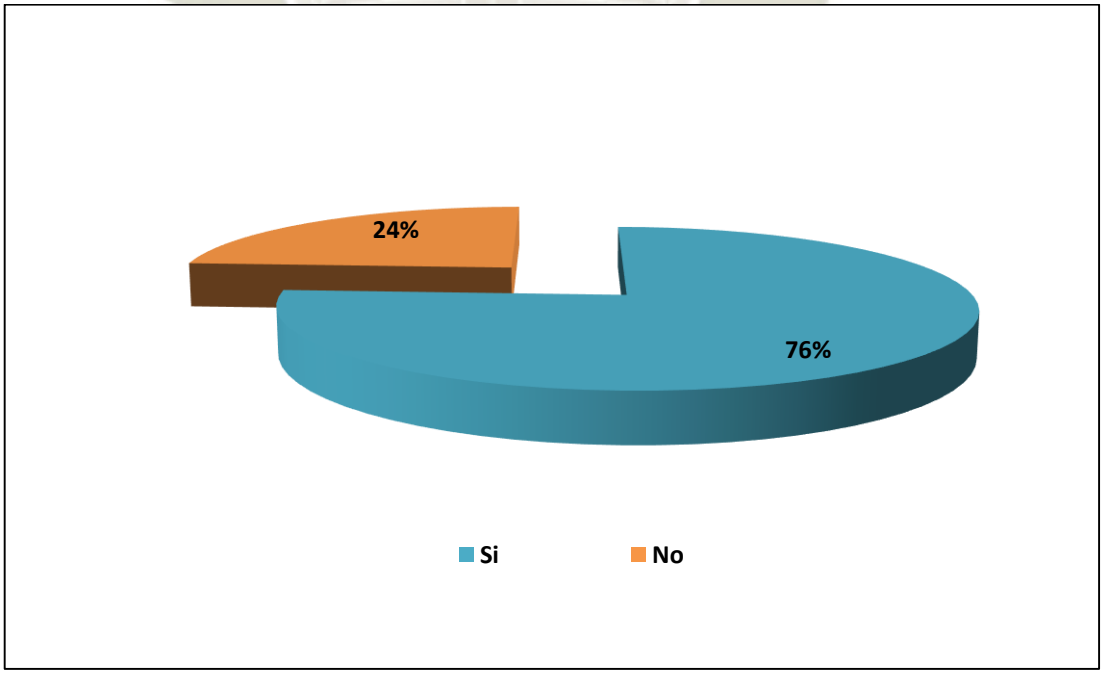
REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Procesal Penal vigente, es atentatorio al derecho de defensa y debido proceso, ya que su formulación y aplicación es eminentemente subjetiva, teniendo en consideración que tal punto hace referencia a hechos que puedan suceder en un futuro tales como: destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. A ello se suma que en este numeral también se estaría vulnerando la aplicación de favorabilidad de norma al procesado, puesto que al ser hechos futurísticos no tendrían fundamento legal de aplicación ya que lo que se sanciona es el comportamiento del ser humano y no lo que futuramente pueda o no hacer ya que no existe ningún elemento que demuestre los hechos futuros.

GRÁFICA Nº 06

Considera que el artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso



Fuente: Elaborado propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

C. Tercera Pregunta

TABLA Nº 07

Considera que debería de regularse de mejor manera el Peligro de Obstaculización

Encuestados	Si	No	Muestra
Magistrados Judiciales Penales	12	3	**15**
Magistrados Fiscales Penales	60	5	**65**
Abogados litigantes	285	15	**300**
Total	357	23	**380**
%	94%	6%	**100**

Fuente: Elaborado propia

Como se puede observar de la presente tabla, se tiene que en cuanto a: Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, Fiscales Provinciales y Superiores Penales, y Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene que el 94% ha respondido de manera afirmativa, mientras que el 6% ha respondido de manera negativa.

De acuerdo a la interrogante planteada la mayoría ha respondido de manera afirmativa, considerando que debería de regularse de mejor manera el Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal de INDUCIR a otros a realizar actos como destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, e influir a testigos y peritos que informen falsamente), ya que el hecho de poner verbos en futuro podría vulnerar derechos fundamentales y el debido proceso. A ello los encuestados han propuesto que el verbo rector que enuncia el artículo 270 numeral 3, deberían ser trascritos en tiempo presente de la comisión del acto por el cual se le está investigando.

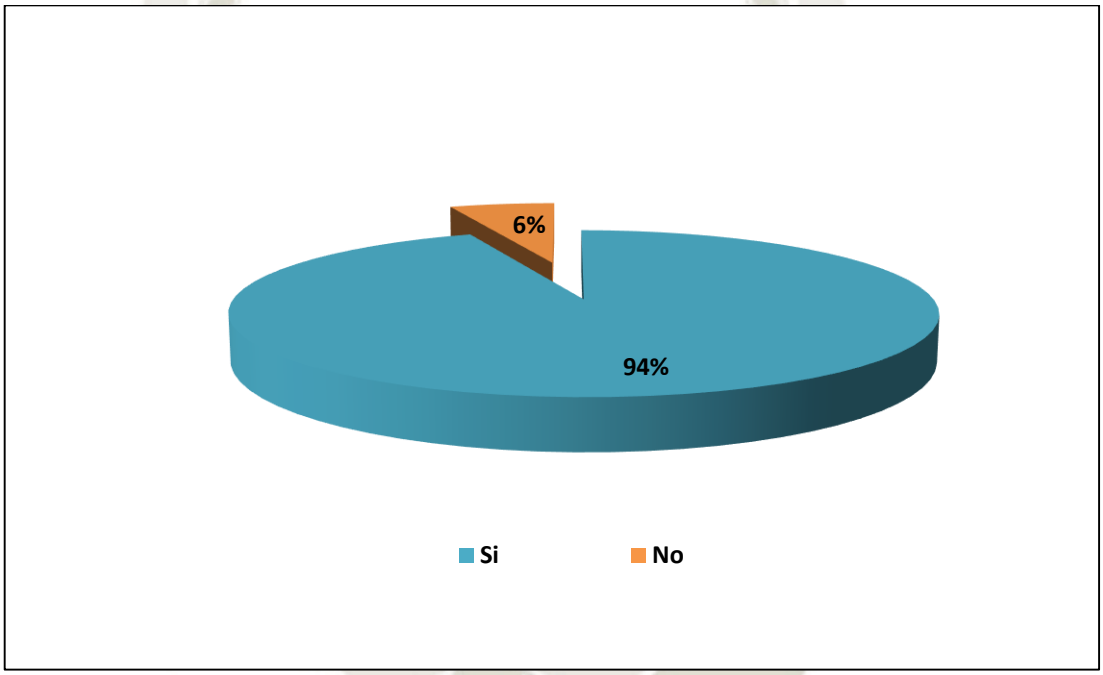
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

GRÁFICA Nº 07

Considera que debería de regularse de mejor manera el Peligro de Obstaculización



Fuente: Elaborado propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

PRIMERA. La prisión preventiva es un instrumento procesal que se impone durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personal del imputado, esta medida es de carácter cautelar, puesto que se refiere a una futura posibilidad y no a una circunstancia latente, siendo probable una deficiencia en la motivación de las Resoluciones Judiciales, que han concedido el requerimiento de prisión preventiva, siendo este la causa de que se declaren fundadas los requerimientos, que de haber sido motivadas de forma correcta no debieron de ser fundadas, siendo los derechos fundamentales vulnerados de cada procesado, tal y como se desprende de la investigación tal acción resulta muy excesiva.

SEGUNDA. Existen normas nacionales como internacionales que expresan y presumen que cada procesado es inocente hasta que se le demuestre lo contrario, en el presente trabajo vemos que esta no vendría hacer un derecho si no una facultad ya que los juzgadores vienen aplicando las prisiones preventivas con el fin de evitar algún tipo de sanción o investigación.

TERCERA. Siendo que la Prisión Preventiva es de carácter excepcionalidad, se ha podido demostrar que esta medida ha sido vulnerada en el distrito Judicial de Arequipa, llegándose a confirmar de esta manera las hipótesis planteadas en vista que las Resoluciones han sido incorrectamente motivadas y basadas en circunstancias que aumenta la vulneración de derechos fundamentales al presumir la existencia de un peligro de obstaculización en el numeral 3, al no configuran los supuestos de la prisión preventiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CUARTA. De los encuestados del Distrito Judicial de Arequipa, concuerdan con lo postulado en la presente investigación, siendo el supuesto que el artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal, debe ser analizado con mayor cuidado al momento de establecer la Prisión Preventiva, ya que su formulación y aplicación es exclusivamente subjetiva basada en supuestos futuros y no en hechos acontecidos.

QUINTA. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso en concreto, fundado en circunstancias objetivas, exigiendo que la prisión preventiva tenga exclusiva finalidad procesal, aplicándose sólo para garantizar la realización de los fines que el proceso penal y no para alcanzar la finalidad de la pena.

SEXTA. Debe corregirse el artículo 270 numeral 3, del Código Procesal Penal ya que el legislador inserto innecesariamente que el procesado pueda “INDUCIR a otros a realizar actos como destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, e influir a testigos y peritos que informen falsamente”, siendo que el juzgados no puede pronunciarse por un supuesto hecho que aún no se ha producido, porque los antecedentes en sí debe valorarse al momento determinar la pena.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

SUGERENCIAS

PRIMERA. De la legislación procesal penal en el caso de medidas de coerción procesal, presenta una arista de vulnerabilidad, ya que la postura del artículo 270 numeral 3, se basa en una circunstancia futura, situación tal que no podría ser atendida ya que lo que sanciona el derecho penal no es nunca un hecho futuro sino un hecho presente o pasado, pero al tratarse de medida cautelar solo podría darse por un hecho presente.

SEGUNDA. Capacitar a los operadores de justicia (Jueces y Fiscales) para la aplicación uniforme de las medidas de coerción personal, y de esa manera evitar caer en el antiguo sistema inquisitivo con naturaleza punitiva.

TERCERA. Cuidar que los Jueces apliquen de forma excepcional y correcta la prisión preventiva, aplicando de forma correcta los supuestos de peligro procesal con el objeto de no caer en error de aplicarlas sin que efectivamente exista el peligro de que el imputado no comparezca a los fines de que se ejecute la eventual pena condenatoria u obstaculice la verdad de los hechos a los fines de que la Justicia consiga su fin.

CUARTA. Se recomienda al Ministerio Público como encargado de la acción penal, realice su labor al amparo de la doctrina jurisprudencial internacional pues al solicitar la medida coercitiva de prisión preventiva, están en peligro la vulneración del derecho a la libertad y todos los derechos conexos que su vulneración suponga.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

QUINTA. El colegio de abogados, así como el Poder Judicial deben realizar diferentes eventos, capacitaciones y seminarios que concientice a los jueces para que motiven correctamente sus resoluciones, y así evitar la nulidad de los mismos, ya que esto causa perjuicio tanto al órgano administrador de justicia como a los justiciables, al primero porque le trae gastos económicos insulsos y también implica un tiempo perdido y a los segundos porque ven vulnerados sus derechos.

SEXTA. En tal sentido se sugiere un proyecto modificatorio del artículo 270 numeral 3 del Código Procesal Penal, para así poder controlar la naturaleza cautelar de la prisión preventiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 270 NUMERAL 3 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Conforme a la implementación paulatina del Decreto Legislativo 954, es posible su modificatoria siempre y cuando contravenga las garantías postuladas en dicho Decreto Legislativo o la Constitución Política peruana. Al observarse tales vulneraciones y de seguir permitiéndolas se estaría vulnerando los principios de libertad, proporcionalidad y debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política en su poder tuitivo protege las garantías de libertad y el debido proceso es que debe de modificar el numeral 3 del artículo 270 del Decreto Legislativo 954 (Nuevo Código Procesal Penal).

Se presenta el siguiente Proyecto.

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La presente es de aplicación en todo el territorio nacional.

Artículo 2.- DE LA MODIFICACIÓN.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Texto anterior:

> Artículo 270º Peligro de obstaculización.- Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:
> 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Texto modificado:

> Artículo 270º Peligro de obstaculización.- Para calificar el peligro de obstaculización del imputado se tendrá en cuenta:
> 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos, en la investigación que se le practica o exista elementos fundados por los cuales se podría prever tal comportamiento.

Artículo 3.- VIGENCIA.

La presente modificatoria será de vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano.

ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

Teniendo en cuenta que el nuevo sistema adjetivo penal se rige por el principio del garantismo, el Estado está obligado a implementar las condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de tal doctrina en post de un debido proceso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Teniendo en cuenta que el presente proyecto no modifica la política criminal del Estado, entonces la presente constituye un beneficio para el Estado legislar de acuerdo a los avances sociales y posturas doctrinarias en aras de un debido proceso adecuando las normas de inferior jerarquía a la Constitución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

1. ARCE GALLEGOS, Miguel; La Investigación Preparatoria y sus Actores; Editorial Adrus; Arequipa; 2009.

2. ANGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel: "Código Penal Comentado, Concordado, Anotado, Jurisprudencia, Tomo II", Ediciones Jurídicas.

3. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. "El Principio de Proporcionalidad en el Mandato de Comparecencia con Detención Domiciliaria".

4. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: Constitución y Sociedad, 1999.

5. BINDER Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad Hoc S.R.L. Abril, 1993.

6. BINDER, Alberto; PEREZ GALIMBERTI, Alfredo; MIXAN MASS, Florencio; BURGOS MARIÑOS, Víctor: "La Reforma del Proceso Penal en el Perú", Primera Edición, Ediciones BLG, Trujillo 2005.

7. BOLÍVAR BOTÍA, Antonio; VILLEGAS SALVADOR Guillén: Ética y Moral III. Bruño. Madrid. España.

8. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; GARCIA CANTIZANO Maria del Carmen: "Manual de Derecho Penal – Parte Especial", Editora San Marcos, 2006.

9. BURGOA, Ignacio: Las garantías individuales, Editorial Porrúa. México, D.F. 1954.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

10. CAFFERATA NORES, José I. Proceso Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

11. CARRARA, Francisco: "Derecho Penal". México. Editorial HARLA. Primera edición 1997.

12. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal.5ta Edición. Palestra Ediciones, Lima 2003.

13. DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: “El Nuevo Proceso Penal”, Editora IDEMSA, lima 2007.

14. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Libertad Personal Detención Arbitraria y Hábeas Corpus: Las Novedades en la Constitución de 1993”. Lima: Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1995.

15. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso”. Ara Editores. Lima. 2003.

16. ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar. La Detención Domiciliaria, su Abono Como Pena Efectiva y Otros Problemas Conexos.

17. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. “El Derecho a la Libertad y Seguridad Personal”: En Lecturas Constitucionales Andinas Nº1. Lima. Comisión Andina de Juristas.

18. FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Editorial Labor Sociedad Anónima.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

19. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. “Introducción a la Teoría del Derecho”. Lima: Editorial Jurídica Grijley, abril 2001.

20. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 2003, p.282.

21. GRISANTI, Hernando: "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12° Edición 2000.

22. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

23. HUERTA GUERREO, Luis. Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Lima : Comisión Andina de Juristas, 1997.

24. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Libertad Personal y Hábeas Corpus: Estudios sobre Jurisprudencia Constitucional. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003.

25. INFANTES VARGAS, Alberto: “El Sistema Acusatorio y los Principios Rectores de Código Procesal Penal”, Jurista Editores, Primera Edición, agosto 2006, Lima.

26. JIMÉNEZ MAYOR, Juan. “Jurisprudencia en Materia Constitucional. Selección, Clasificada y Comentarios”. Ediciones del Consejo de Coordinación Judicial. Lima, 2000.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

27. M. Fiorivanti, Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones, trad. M. Martínez Neira, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid – Ed. Trotta; Madrid, 1996.

28. MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa América, 1952

29. MESÍA Carlos, El Proceso de Hábeas Corpus desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2007

30. MUÑOZ CONDE. "Derecho Penal - Parte Especial" Duodécima Edición Valencia 1999.

31. ORE GUARDIA, Arsenio: "Manual de Derecho Procesal Penal", Arazandi Editorial Alternativas, Lima, Perú, 1996.

32. REATEGUI SANCHEZ, James: " La Problemática de la Detención en la Jurisprudencia Procesal Penal", Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Primera Edición julio 2008, Lima.

33. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Trad. De Gabriela Córdoba y R Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000

34. SAGUES, Nestor Pedro "Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus". Tomo 4, 2da.ed., Editorial Astrea, buenos aires, 1998.

35. SALINAS SICCHA, Ramiro: "Curso de Derecho Penal Peruano, Parte Especial I", PALESTRA Editores, 1998.

36. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal, Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2002.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

37. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: “Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial IDEMSA, Lima 2005.

38. SORIANO, Ramón. “El Derecho de Hábeas Corpus”. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Monografías.

39. SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU. Introducción a los Procesos Constitucionales – Comentarios al Código Procesal Constitucional – El Proceso de Hábeas Corpus. Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición: 2005.

40. TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Grijley, 2004.

41. ALIAGA ABANTO, Oscar. “Constitución Peruana Derechos Humanos y Libertad Física”. En: Eguiguen Praeli, Francisco (director) La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Once Estudios. 1987.

42. VILLORO TORANZO Miguel, Teoría, Métodos y Técnicas en la Investigación Social, Ediciones de Cultura Popular, S.A., Lima, 1974.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Penal

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN ANTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, AREQUIPA 2017

Proyecto de tesis presentado por el Bachiller:

Aldo Erick Novoa Encinas

Para optar el Grado Académico de:

Magister en Derecho Penal

AREQUIPA – PERÚ

2019

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. PREÁMBULO

Se tiene del presente proyecto de investigación que la protección provisional constituye un verdadero proceso independiente que tiene como objetivo principal evitar o servir de paliativo a los riesgos de que el proceso penal no concrete de manera efectiva su finalidad, para lo que debe tender (a través de medidas de carácter personal o real) a evitar conductas del procesado que resulten perjudiciales a los fines del proceso. La aplicación de una medida provisional implica la restricción del derecho a la libertad individual, que consagra el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

La resolución que impone la medida coercitiva emitida por el juzgado tiene que estar debidamente fundamentada y motivada en el modo y forma regulada por la norma procesal, y en virtud a lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política, concordante con el artículo 12 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero ello no impide que las medidas coercitivas dictadas y los autos que las deniegan son reformables, la que incluso se puede declarar de oficio y ello cuando varié los supuestos que motivaron su imposición o su rechazo[79].

La Prisión Preventiva, como una Medida Cautelar Jurisdiccional, consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido por la Ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un Proceso Penal, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y también la presencia del imputado durante el proceso.

[79] DE LA CRUZ ESPEJO M. El Nuevo Proceso Penal. Lima: Ed. IDEMSA; 2007. Pág.355 - 356.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por lo que la se deberá de investigar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Institución Jurídica Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal), Arequipa, de enero a diciembre 2015.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. Enunciado.

“Consecuencias Jurídicas de la aplicación de la Institución Jurídica Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal), Arequipa, de enero del 2016 a junio 2017”.

1.2. Descripción de la realidad problemática.

El presente proyecto tiene como objeto proporcionar una visión crítica (desde la perspectiva procesal penal y constitucional penal) de la problemática actual de la interpretación y aplicación de la Institución Jurídica del “Peligro de obstaculización”, enmarcado en el artículo 270 numeral 3, del Código Procesal Penal.

Como quiera que para la aplicación de la Prisión Preventiva, se necesita la concurrencia de los presupuestos materiales del artículo 268 del Código Procesal Penal y teniendo en consideración que uno de esos presupuestos es la Institución Jurídica del “Peligro de obstaculización” y este es aplicado solo en razón a criterio del juzgador, la misma que de por sí vulnera la corriente doctrinaria del garantismo.

La discusión entonces estará orientada a determinar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Institución Jurídica “Peligro de obstaculización”, de cara a lograr dos objetivos en el proceso penal: la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

protección de los derechos fundamentales del procesado en el marco de un debido proceso y la realización efectiva del proceso penal que conlleve al cumplimiento de sus cometidos, pero sin vulnerar el principio del garantismo.

1.2.1. Área del Conocimiento.

El problema a investigar se encuentra ubicado en:

Campo : Ciencias Jurídicas y Políticas.
Área : Derecho Procesal Penal y Constitucional.
Línea : Correcta Protección Jurídica.

1.2.2. Análisis de variables.

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
El Peligro de Obstaculización en la prisión preventiva	• Criterios Doctrinarios y Normativos	• Código Procesal Penal. • Constitución Política del Perú. • Convención Americana de los Derechos Humanos. • Declaración Universal de los Derechos Humanos.
	• Criterios de aplicabilidad de especialistas	• Magistrados del Poder Judicial • Ministerio Público del área Penal del cercado del Distrito Judicial de Arequipa • Abogados especialistas en derecho de Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Los principios constitucionales en la prisión preventiva	• Situación jurídica	• Código Procesal Penal. • Constitución Política del Perú. • Convención Americana de los Derechos Humanos. • Declaración Universal de los Derechos Humanos.
	• Principios fundamentales	• Magistrados del Poder Judicial • Ministerio Público del área Penal del cercado del Distrito Judicial de Arequipa • Abogados especialistas en derecho de Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

1.2.3. Interrogantes Básicas.

- ¿Cuáles son los criterios normativos que sustentan el peligro de obstaculización respecto a la Prisión Preventiva?

- ¿Cuáles son los criterios normativos que sustentan los principios constitucionales respecto a la Prisión Preventiva?

- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que presenta la aplicación del Peligro de Obstaculización en la prisión preventiva?

- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que presenta la afectación de los principios constitucionales en la prisión preventiva?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación.

La investigación será:

Por su finalidad	**:** Aplicada.
Por su tiempo	**:** Longitudinal.
Por su nivel de profundización	**:** Descriptivo y Cualitativo.
Por el ámbito	**:** Documental y de Campo.

1.3. Justificación.

ACTUAL Y DE RELEVANCIA CIENTÍFICA, ya que los nuevos conocimientos que se aportarán en la investigación que es la determinación de la deficiente aplicación de la Institución Jurídica del "Peligro de Obstaculización", enmarcada en el artículo 270 numeral 3, del Código Procesal Penal; evidenciaran la amplitud de poder coercitivo que recae sobre el juzgador, siendo este incluso contradictorio con la norma Constitucional y Supra Nacional.

DE LA ESPECIALIDAD, con la determinación de la deficiente aplicación de la Institución Jurídica del "Peligro de Obstaculización", enmarcada en el artículo 270 numeral 3, del Código Procesal Penal, se beneficiará a todos los procesados de los procedimientos penales sobre los cuales recaen la solicitud de prisión preventiva, siendo ésta materia circunscrita en la especialidad de la cual se investiga.

NOVEDOSA, el presente tema resulta ser novedoso porque cada vez que se insta un procedimiento de prisión preventiva la Institución Jurídica del "Peligro de Obstaculización", enmarcada en el artículo 270 numeral 3, del Código Procesal Penal, es uno de los presupuestos más recurridos para fundamentar la prisión preventiva, resulta ser un tema álgido y controversial puesto que se sancionada en forma cautelar un hecho aún no ocurrido.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. MARCO CONCEPTUAL.

Dentro de la esfera del trabajo de la presente investigación se ha considerado la conceptualización de los siguientes términos, los mismos que pensamos que pueden traer a confusión en el desarrollo de la presente tesis.

a) Deficiencia Legislativa.

Entendida como aquella norma que no surte efecto para los fines que ha sido creada o en su defecto lo haga parcialmente y esto se manifiesta en los vacíos y defectos de la norma.

b) Proceso Penal.

Conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la realización de un delito estableciendo la identidad y el grado de participación de los presuntos responsables[80].

El Derecho Procesal como objeto del Derecho Procesal Penal es un conjunto de interacciones y secuencias de actuaciones de las personas que intervienen en él, único e irrepetible. Un suceso de esta clase solo en parte se puede ordenar con reglas jurídicas de este tipo que se usan para describir delitos. Por eso el proceso penal se desarrolla en buena parte como un programa informal no fijado en textos si no producido por la propia acción práctica[81].

GÓMEZ ORBANEJA define el Derecho procesal penal como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo penal - nosotros diríamos en un sentido más amplio "a los órganos penales", que

[80] CUBAS VILLANUEVA V. El Proceso Penal. Pág. 85

[81] Ibídem. Pág. 86.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

incluye la función persecutoria del Estado en manos del Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Judicial- y regula la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares.

Como se advierte de este concepto, el Derecho procesal penal se concreta a regular la actividad tutelar del Derecho penal (justicia penal e impartición de justicia penal). Ello permite tener presente, en primer lugar, que el Derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida, requiere una actividad humana supletoria, del proceso, que deje sentado en cada caso el 'si' y el 'cómo' de la pena, ejecutando el acto punitivo; y, en segundo lugar, que también se ocupa de la organización de los tribunales -y en general de todo el servicio de impartición de justicia penal- que es una condición previa del primero[82].

c) Características del Derecho Procesal Penal.

Son tres las principales notas características del Derecho procesal: es un derecho instrumental, público y no convencional.

A. Derecho instrumental.- El Derecho procesal, a criterio de CORTÉS DOMÍNGUEZ, es un Derecho instrumental, por cuanto sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no sólo los ciudadanos sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada. GÓMEZ ORBANEJA acota al respecto que el Derecho procesal tiene un fin inmanente, cual es la tutela del derecho sustantivo, por lo que se trata de una disciplina autónoma, no subordinada al Derecho material.

[82] SAN MARTÍN CASTRO C. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY; 2003. Pág. 86.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

B. Derecho Público.- El Derecho procesal pertenece a la categoría de derecho público, porque regula la actividad del Estado para la realización de la justicia a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Como tal, las normas que regulan la jurisdicción son irrenunciables (no es posible sustituir jurídicamente las normas procesales por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de la autonomía de la voluntad). Las partes no pueden reglar el proceso por normas distintas a las establecidas en la ley.

C. Derecho no convencional.- El Derecho procesal tiene una naturaleza imperativa, no es convencional, de ahí la vigencia del principio de legalidad procesal y la no aceptación del principio de autonomía de la voluntad. De ello se deducen dos consecuencias: la primera, la exclusión del proceso convencional, de modo que el proceso se rige por normas legales a las cuales deben someterse el órgano jurisdiccional y las partes. La segunda, el carácter no dispositivo de las reglas que regulan el proceso y su actividad que son de aplicación necesaria.

En suma, es de resumir, conjuntamente con VALENCIA MIRÓN, que el Derecho procesal, como sistema de normas jurídicas, es instrumento y garantía de otro Derecho (civil, laboral, penal, comunitario, constitucional y del Internacional de los Derechos Humanos) regulando su aplicación jurisdiccional y, como ciencia, es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídicas procesales[83].

d) Medidas de Coerción Procesal.

Al respecto el Nuevo Código Procesal destaca: a) la división de la privación de libertad en detención y prisión preventiva, con su correlato de necesaria audiencia ante el Juez de la Investigación Preparatoria para decidir esta última, siendo uno de los principios más importantes el de proporcionalidad y temporalidad, de suerte que ésta debe variar cuando ha desaparecido o

[83] CUBAS VILLANUEVA V. Ob. Cit.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

modificado los motivos que lo determinaron; b) la incorporación de la internación preventiva para los anormales psíquicos, institución de origen germano; c) la estructuración de la detención domiciliaria como medida sustitutiva, ya no alternativa como lo es en la legislación vigente del CPP de 1991; d) la suspensión privativa de derechos para los imputados por delitos que merecen pena de inhabilitación en función a la reiteración delictiva; y, e) las medidas preventivas contra las personas jurídicas, a tono con su incorporación como parte y la exigencia del Código Penal que, bajo determinados presupuestos, las hace pasibles de medidas penales.

e) Elementos para la Aplicación de una Medida Cautelar.

Asimismo, la adopción de las medidas cautelares debe sujetarse también a los siguientes elementos:

- ✓ **Jurisdiccionalidad.-** Las medidas cautelares únicamente pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional competente. En un proceso penal los legitimados para dictar estas medidas son los juzgados penales y las salas penales competentes (…) en casos excepcionales, estas medidas pueden ser ejecutadas por la policía, pero dar conocimiento inmediato al Fiscal o al Juez Penal competente.
- ✓ **Provisionalidad.-** Deberán extenderse únicamente el tiempo estrictamente necesario; desvanecidas o diluidas las causas que fundamentaron la adopción deberá inmediatamente levantarse la medida cautelar.
- ✓ **Instrumentalización.-** Pueden enmarcar únicamente de un proceso penal ya instaurado. Su instrumentalización viene definida por su utilidad, para coadyuvar a que el procedimiento penal alcance los fines propuestos[84].

[84] PEÑA CABRERA A. Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal. Lima: Ed. RODHAS; 2004. Pág.243 - 244.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

f) Procedencia de la Prisión Preventiva.

Para la procedencia, los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal, establecen diversos presupuestos materiales y formales para la detención:

Presupuestos Formales del Mandato. Son los siguientes:

- ✓ **Judicialidad.-** Solo el Juez Penal tiene la facultad de dictar el mandato de detención, entendiéndose como una medida cautelar grave que importa encarcelamiento.
- ✓ **Motivación.-** La fundamentación es uno de los requisitos del mandato de detención, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, la razón suficiente que justifique la aplicación de la medida, guardando la motivación estrecha relación con los principios que orientan la aplicación de las medidas cautelares coercitivas.
- ✓ **Identificación.-** La orden de detención contendrá los datos de identificación del requerido, especificándose los nombres y apellidos completos, edad, lugar y fecha de nacimiento, nombre de los padres, etc. El propósito de este requisito formal, es trata de evitar en lo posible los casos de confusión por homónimos.

Presupuestos materiales del Mandato.

- ✓ **Prueba suficiente.** Aparte de que exista prueba suficiente sobre el delito, es necesario que existan pruebas suficientes sobre la vinculación del imputado como autor o participe del delito. Para ello ha de darse la correspondiente fundamentación del mandato, con argumentos de hecho y de derecho, ya sea sobre el delito, o sobre la responsabilidad penal del imputado. Es muy importante, y es el Juez quien tiene la delicada responsabilidad de meritar muy detalladamente los primeros recaudos que le hará llegar el Fiscal,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

actuando con plena autonomía y con el criterio de imponer una justa y correcta apreciación de los hechos.

- ✓ **Pena a imponerse.** Esta tendrá que ser superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, pero es necesario tomar en cuenta que no se trata de una pena prescrita para el delito, sino la pena que presumiblemente se ha de imponer, debiéndose tomar en cuenta para ello la pena conminada, lo que implica que necesariamente el Juez ha de tener que hacer un cálculo de probabilidades o de conocimiento anticipado de la pena que podría recaer en el imputado y para ello, ha de tener muy en cuenta una serie de variables. Se deja establecido que la prognosis de la pena o el conocimiento anticipado de esta, de ninguna manera constituye o implica un verdadero pre - juzgamiento, ya que en el proceso penal surgen nuevas pruebas que hacen que continuamente se puedan formular hipóTesis nuevas que pueden ser confirmadas o desvirtuadas.
- ✓ **Requisitos personales.** Se da cuando de los antecedentes y condiciones personales del imputado, acompañado de ciertas circunstancias, surgen hechos que permiten presumir que ha de tratar de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

g) Características de la Prisión Preventiva.

Presenta las siguientes características:

Se dicta en Delitos Dolosos y Culposos.

El artículo 268 del primer párrafo del Código Procesal Penal, menciona de la existencia de elementos probatorios de la comisión de un delito sin especificar el tipo del mismo; lo que significa que la medida coercitiva de detención también puede dictarse en los delitos culposos.

Tiene Carácter de Facultativa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Fluye del término “puede dictar”, en tal virtud este mandato deja de ser imperativo, y contrario deviene en facultativo, en la que el Juez basado en su libre criterio, en la ley y en los hechos ha de determinar si dicta mandato de prisión preventiva o de comparecencia.

Existencia de Resolución fundamentada.

La motivación es imprescindible, en razón de que si no aparece la sustentación del caso, daría origen a que la aparte afectada con dicha medida interponga el recurso de queja.

Que concurran los tres presupuestos materiales para dictar detención.

La existencia de suficientes elementos probatorios, que la sanción a imponer sea superior a los cuatro años y que el imputado trata de eludir o entorpecer la acción de la justicia.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Después de haber realizado una investigación en la biblioteca de la U.C.S.M., U.N.S.A. y U.A.P., no se encontró ninguna tesis de esta naturaleza.

Se han realizado charlas, seminarios, investigaciones y escrito libros referentes al Tema materia de tesis pero ninguno de ellos es similar o parecido al objeto de la presente investigación que se pretende realizar. También se realizó la búsqueda en la página web, (www.sunedu.gob.pe), donde no se halló ningún link sobre catálogo de tesis.

Base Legal.

- Nuevo Código Procesal Penal.
- Código Procesal Constitucional.
- Constitución Política del Perú.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Bases Teóricas.

- Principios Procesales Constitucionales.
- Principios Procesales Penales.
- Principios de las Medidas de Coerción Procesal Penal.
- Garantismo.

4. OBJETIVOS.

- Identificar los criterios normativos que sustentan el peligro de obstaculización respecto a la Prisión Preventiva.

- Precisar los criterios normativos que sustentan los principios constitucionales respecto a la Prisión Preventiva.

- Explicar las consecuencias jurídicas que presenta la aplicación del Peligro de Obstaculización en la prisión preventiva.

- Analizar las consecuencias jurídicas que presenta la afectación de los principios constitucionales en la prisión preventiva.

5. HIPÓTESIS.

Principio: Teniendo en cuenta que:

La aplicación de la Institución Jurídica del Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal), resulta encontrarse circunscrito en contradicción con los criterios doctrinarios de la misma, los mismos que resultan ser eminentemente subjetivos no soportando el análisis jurídico.

Hipótesis: Es probable que:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como se refiere a una futura conducta y no a una latente o actual al momento del hecho comisorio vulnerando los fundamentos penales de temporalidad y ubicuidad de hecho, por lo que corresponde hacer el presente análisis para intentar delimitar los presupuestos que debería configurar la aplicación del Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACIÓN.

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	El Peligro de Obstaculización en la prisión preventiva	• Criterios Doctrinarios y Normativos • Criterios de aplicabilidad de especialistas	- Observación directa - Observación documental - Encuesta	- Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas
VARIABLE DEPENDIENTE	Los principios constitucionales en la prisión preventiva	• Situación jurídica • Principios fundamentales	- Observación directa - Encuesta	- Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.

2.1. Ubicación espacial.

La presente investigación se desarrollará en la Ciudad de Arequipa.

2.2. Ubicación temporal.

La presente investigación es desarrollada de enero del 2016 a junio 2017.

2.3. Universo unidades de estudio.

Para la investigación documental, las unidades de estudios se encuentran constituidas por los dispositivos legales y doctrina en materia de "Medidas de Coerción Procesal Personal, Prisión Preventiva en su presupuesto material del Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal)"

- Resoluciones que dictan la Medida Cautelar Personal de Prisión Preventiva en el extremo del presupuesto material de Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal).

- Entrevistas a los Magistrados penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público del Distrito Judicial de Arequipa.

- Encuestas de los Abogados especialistas en derecho Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1. Organización, Validación de Instrumentos y Criterios para Manejo de Resultados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal y con el apoyo de cuatro colaboradores especializados en la materia de estudio, la información documental y bibliográfica; para recabar información documental se recurrirá a las bibliotecas especializadas en Derecho de la Universidad Católica de Santa María, la Universidad Nacional de San Agustín, La Universidad Alas Peruanas, la biblioteca de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del Ministerio Público con Sede en Arequipa, del Colegio de Abogados de Arequipa, así como se obtendrá de Internet.

Se contará con la información de campo con los diferentes datos que se obtengan de:

- La revisión de Resoluciones que dictan la Medida Cautelar Personal de Prisión Preventiva en el extremo del presupuesto material de Peligro de Obstaculización (artículo 270 numeral 3, Código Procesal Penal).
- Las encuestas de los Magistrados penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público del Distrito Judicial de Arequipa.
- Las encuestas de los Abogados especialistas en derecho Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

3.2. Población y Muestra.

La población está constituida por:

- La revisión de Resoluciones que dictan la Medida Cautelar Personal de Prisión Preventiva, emitidas por los Juzgados de Investigación de la Corte Superior de justicia de Arequipa, durante el periodo de temporalidad de la presente investigación, siendo que existe una población de 72 Resoluciones Fundadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- La Entrevistas a los Magistrados penales del Poder Judicial, asciende a 4, del Ministerio Público del Distrito Judicial de Arequipa,
- Las encuestas de los Abogados habilitados inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, asciende a 10426, para hallar la muestra se utilizara fórmula de muestreo que a continuación se detalla.

3.3. Técnicas de Muestreo.

Para determinar la muestra debido a la gran población que es materia de análisis (Abogados especialistas en derecho Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa) se utilizará la siguiente formula:

$$n = \frac{N \times 400}{N + 399}$$

Donde n representa al tamaño de la muestra que se va a utilizar y N representa la población existente.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis