



Universidad Nacional

Vicerrectorado de

**Federico Villarreal**

**INVESTIGACION**

**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**“LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS  
DELITOS DE CORRUPCION”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAESTRO EN DERECHO PENAL**

**AUTOR:**

**TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM**

**ASESOR:**

**DR: GUARDIA HUAMANI EFRAIN JAIME**

**JURADO:**

**DR. NAVAS RONDON CARLOS VICENTE**

**DRA. GONZÁLEZ LOLI MARTHA ROCÍO**

**DR. VIGIL FARIÁS JOSÉ**

**LIMA- PERU**

**2019**

**DEDICATORIA:**

Ofrendo esta investigación a Dios

Todo poderoso por derribar los

Obstáculos que se presentaron

En la ejecución de este trabajo.

A mi familia por estar a mi lado

Y no dejarme que desfalleciera.

**TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM**

**AGRADECIMIENTO:**

Mi sincero reconocimiento a:

**DR. NAVAS RONDON CARLOS VICENTE**

**DRA. GONZÁLEZ LOLI MARTHA ROCÍO**

**DR. VIGIL FARÍAS JOSÉ**

Por la forma tan profesional como

Han evaluado mi trabajo.

A mi asesor

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Por sus aportes metodológicos

Y por alentarme en

Los momentos difíciles.

**TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM**

//

**“LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN  
LOS DELITOS DE CORRUPCION”**

**ÍNDICE**

Dedicatoria	0I
Agradecimiento	II
Índice	III
Resumen	VII
Abstract	VIII
<b>I. INTRODUCCION</b>	<b>01</b>
1.1. Planteamiento del problema	01
1.2. Descripción del problema	02
1.3. Formulación del problema	04
Problema general:	04
Problemas específicos	04
1.4. Antecedentes	04
1.5. Justificación de la investigación	07
1.6. Limitaciones de la investigación	08
1.7. Objetivos	08
. Objetivo general	08
. Objetivos específicos	08
1.8. Hipótesis	09
Hipótesis General	09
Hipótesis Específicas	09

## **II. MARCO TEORICO**

2.1. Marco conceptual	11
2.1.1. Medidas de coerción penal	12
2.1.1.1. Noción y Finalidad	13
2.1.1.2. Máximas que las rigen	13
2.1.1.3. Presupuestos Materiales	17
2.1.1.4. Clasificación	18
2.1.2. PRISIÓN PREVENTIVA	22
2.1.2.1. Concepción y finalidad	22
2.1.2.2. Presupuestos materiales	24
2.1.2.2.1. El Fumus delicti comissi	25
2.1.2.2.2. Pena probable	27
2.1.2.2.3. El peligro en la demora	29
2.1.2.2.3.1. Peligro de Fuga	30
2.1.2.2.3.1.1. El arraigo	33
2.1.2.2.3.1.2. La gravedad de la pena	36
2.1.2.2.3.1.3. La magnitud del daño causado	37
2.1.2.2.3.1.4. El Comportamiento procesal	38
2.1.2.2.3.1.5. Pertenecer a una organización criminal	40
2.1.2.2.3.2. Peligro de Obstaculización	41

2.1.2.2.3.3.	Presupuesto adicional	41
2.1.2.3.	Opinión Tribunal Constitucional	42
2.1.2.4.	Corrupción de funcionarios	44
2.1.2.4.1.	Corrupción: etimología y significado	44
2.1.2.4.2.	Funcionario Público	45
2.1.2.4.3.	Crimen de Corrupción	48
2.1.2.4.4.	Delitos de Corrupción de Funcionarios	49
2.1.2.4.4.1.	Precedentes históricos	49
2.1.2.4.4.2.	Bien Jurídico Tutelado	51
2.1.2.4.4.3.	Autoría y participación	52
2.1.2.4.4.4.	Teorías participación de los “extranei”	53
2.1.2.4.4.4.1.	Del dominio del hecho	53
2.1.2.4.4.4.1.1.	De la ruptura del título de imputación	53
2.1.2.4.4.4.1.2.	De la Unidad del Título de imputación	55
2.1.2.4.4.4.1.3.	La teoría de la infracción de deber	57
2.1.2.4.4.5.	De los delitos en particular	59
2.1.2.4.4.5.1.	Cohecho pasivo específico	59
2.1.2.4.4.5.2.	Cohecho activo genérico	61
2.1.2.4.4.5.3.	Negociación incompatible con el cargo	63
2.1.2.4.4.5.4.	Enriquecimiento ilícito	64

<b>III. METODO</b>	
3.1. Tipo de investigación	67
3.2. Población y muestra	67
3.3. Operacionalización de variables	69
3.4. Instrumentos	70
3.5. Procedimientos	70
3.6. Análisis de datos	70
<b>IV. RESULTADOS</b>	
4.1. Contrastación de la hipótesis	72
4.2. De la encuesta	78
<b>V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS</b>	
5.1. De la contrastación estadística	92
5.2. De los resultados encuesta	93
<b>VI. Conclusiones</b>	97
<b>VII. Recomendaciones</b>	99
<b>VIII. Referencias</b>	100
<b>IX. ANEXOS</b>	
Anexo No. 1: Matriz de consistencia	104
Anexo No. 2: Instrumento: Encuesta	105
Anexo No. 3: Validación del instrumento por experto.	108
Anexo No. 4: Confiabilidad del instrumento establecida por experto.	109

## **RESUMEN:**

Este estudio se propuso como objetivo general establecer las circunstancias que generan la ineficacia de la prisión preventiva, como medida cautelar personal, en el sistema anticorrupción de Lima Centro, aplicando un método aplicativo, descriptivo, explicativo, la población se formó con 59 colaboradores, quienes al absolver la encuesta asumieron en un 90% que las circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios son de dos tipos: de índole legal: por cuanto la trasforman en una mecanismo para ejercer la prevención general en la sociedad y, en la administración de justicia por cuanto apareja despilfarro de recursos públicos y pérdida de tiempo para el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria.

**Palabras claves:** Delitos de corrupción de funcionarios, Prisión preventiva, ineficacia.

**TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM**

## **ABSTRACT**

This study was proposed as a general objective to establish the circumstances that generate the ineffectiveness of preventive detention, as a personal precautionary measure, in the anti-corruption system of Lima Centro, applying an descriptive, descriptive, explanatory method, the population was formed with 59 employees, who When they cleared the survey, they assumed in 90% that the circumstances affect the effectiveness of pretrial detention in the corruption offenses of civil servants are of two types: of a legal nature: because they transform it into a mechanism to exercise general prevention in society and, in the administration of justice because it involves waste of public resources and wasted time for the Prosecutor and the Judge of the Preparatory Investigation.

**Keywords:** Vulnerability of the Superior Interest of the Child, Extramarital filiation, son of a married woman.

**TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM**

## **I. Introducción**

En la sociedad actual, la corrupción es el flagelo que más azota los recursos públicos disminuyendo la posibilidad de que el Estado provea las necesidades de la comunidad. Ante esta realidad la sociedad espera, que los autores de tales conductas sean sancionados de manera ejemplar, lo cual se traduce en, cumplir la pena privado de su libertad personal para lo cual, previamente se aseguran a través de la medida coercitiva de prisión preventiva.

Desafortunadamente, en la práctica legal esto no ocurre pues un alto porcentaje de los procesados privados de la libertad la recobran al momento ser condenados, suceso que ha sido el objeto de esta investigación titulada “La Eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción” en la que se trata de establecer si esta medida cautelar resulta eficaz en la investigación de conductas delictivas realizadas por funcionarios públicos.

La investigación se ha organizado en capítulos en los cuales se plantean situaciones tales como: el enigma que se presenta en torno a la eficacia de la PP en los delitos de corrupción de funcionarios; el fundamento teórico y metodológico, el trabajo de campo, la validación de la hipótesis, las conclusiones y las recomendaciones.

### **1.1. Planteamiento del problema**

La detención provisional, como también ha sido denominada la prisión preventiva, está concebida como una medida de coerción o cautelar impuesta por el magistrado en contra de la persona imputada dentro de un procedimiento punitivo, con la intención de objeto cercenar su derecho de tránsito o locomoción para confirmar que, ésta participe personalmente o esté atenta al desarrollo del procedimiento y que cumpla la condena a pena privativa de la libertad que eventualmente. se le pueda asignar.

Este condicionamiento del derecho fundamental de la libertad no se puede realizar de cualquier forma, es la legislación procesal penal la que contiene, a través de los llamados presupuestos procesales, los requisitos que se deben cumplir o demostrar para que una persona pueda ser

sometida a este tipo de coerción procesal, es así como el artículo 268 del CPP señala de forma expresa como presupuestos para la prisión preventiva:

i) La presencia de graves y fundados elementos probatorios que acrediten la conducta típica y el nexo de la persona imputada en él; ii) que la penalidad en la modalidad de privación de la libertad a que está expuesto el investigado supere los a cuatro años, y, iii) que concurra riesgo de que el imputado se fugue o pueda obstruir la investigación por parte del imputado. De estos presupuestos, indicó la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación 626-2013 de Moquegua) el más trascendental y por el cual se justifica la imposición de esta carga en contra del imputado es el riesgo de que el imputado huya.

Es decir, en la práctica judicial para que una persona investigada dentro de un proceso Penal pueda ser afectada con prisión preventiva, el Fiscal debe demostrar con los elementos o medios de prueba actuados o acopiados en la investigación que, en este caso concreto se reúnen todas estas exigencias pues, la ley considerado que deben ser concurrentes o en otras palabras que todos deben ser convergentes, de manera que si alguno no se estructura no se pueden analizar los demás y lo procedente es a imponer otro tipo de medida cautelar más no la prisión preventiva.

## **1.2. Descripción del problema**

El Fiscal puede requerir la prisión preventiva en las investigaciones en las que se satisfagan Los requerimientos establecidos por la norma procesal penal, tal es el caso de los llamados delitos de corrupción de funcionarios tipificados en Capítulo Segundo, titulado Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección cuarta del Código Penal abarcando las conductas típicas mencionadas en los artículos del 393 al 401 de e4sta norma penal sustantiva.

Es decir, durante la investigación de estas conductas, consideradas como el mayor flagelo que azota a la administración publica en la actualidad, dado que los funcionarios anteponen sus intereses personales a las obligaciones que su cargo les impone, valiéndose y/o condicionando el cumplimiento de las funciones para las que ha sido contratado para de esta manera, obtener un provecho indebido en su favor o en el de tercero; el Fiscal sustentado en los medios de

prueba recolectados en los actos urgentes, la investigación preliminar o preparatoria propiamente dicha, presenta por escrito requerimiento de prisión preventiva al Juez de la Investigación preparatoria, quien lo decidirá dentro del incidente correspondiente, previa sustentación de la Fiscalía e intervención de la defensa técnica del imputado (la que puede rebatirlo u ofrecer medios de prueba que lo desvirtúen); en audiencia pública evaluando los argumentos de las partes y ponderando los derechos en conflicto.

La decisión del Juez de la investigación preparatoria, en la mayoría de los casos es en el sentido de declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva realizado por el Fiscal a cargo del caso, circunstancia que permite razonadamente pensar que el imputado que se encuentra en esta situación permanecerá privado de su libertad no solo durante el proceso sino, además, atendiendo a los quantum de las penas señaladas para los ilícitos en cuestión, por un plazo mayor pues, deberá ser condenado a una pena de privación efectiva de la libertad.

Pero, en la práctica esto no ocurre, en la mayoría de los casos los imputados son condenados a penas privativas de la libertad suspendidas, tal como se estableció en “el informe Mapeo de Iniciativas Anticorrupción en el Estado Peruano, La Sociedad Civil y Las Empresas realizado por la Universidad Ruiz de Montoya. En el 2016, la Procuraduría tenía por investigar 32 mil casos a nivel Nacional por corrupción, pero solo 14 mil fueron llevados a la Fiscalía. De estos, 3 mil 200 determinaron una condena y 506 personas fueron a la cárcel. Esto significa que solo el 2% de las denuncias terminó con alguien en prisión.” (Castillo, agosto 8 de 2017).

Esta situación es la que ha originado esta investigación en busca de establecer si la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios es eficaz, es decir si cumple con el propósito de asegurar que el imputado cumpla la pena privativa que probablemente se le pueda asignar.

### **1.3. Formulación del problema**

#### **Problema general**

¿Qué circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?

### **Problemas específicos**

- 1) ¿Cuál es la circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?
- 2) ¿Cuál es la circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?

### **1.4. Antecedentes**

Este estudio se orientará a establecer las situaciones que pueden afectar la eficacia de la prisión preventiva como medida cautelar en los delitos de corrupción de funcionarios. Con el propósito de abordar esta problemática de acuerdo a los criterios que previamente otros investigadores hayan podido esbozar, se indaga en la información disponible a cerca de trabajos que, hayan investigado esta misma situación sin lograr ubicar alguno.

En cuanto a la variable de prisión preventiva, en este trabajo ha sido considerada como esa medida cautelar que se ha desnaturalizado convirtiéndose en una pena anticipada reflejando su aspecto de prevención general de manera que, se dicta para que los funcionarios públicos sientan temor y no incurran en delitos. Dentro de este contexto se ubicaron múltiples investigaciones elaboradas de manera incipiente a nivel de pregrado, en la categoría posgrado se ubicaron los siguientes antecedentes:

El trabajo de investigación titulado “La Prisión Preventiva y su relación con los Derechos Humanos en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio” se toma como antecedente de este trabajo al concluir que el parlamento posiblemente se excedió al concretar las conductas punibles que ostentarían la calidad de graves, lo cual ha conducido a que se haya ampliado el empleo injustificado de la prisión preventiva, realidad que resulta alarmante por las consecuencias que posee para un individuo su reclusión en cárceles en las que la calidad de vida no es conveniente.(Arce, 2017)

El estudio denominado “La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires a partir de la ley 11.922 (1998-2013)” se enlista como antecedente de nuestro estudio por cuanto expone como una de sus conclusiones: Lo que significa que el mandato coercitivo es considerado como una herramienta para solucionar inconvenientes en la comunidad que nacen en espacios apartados de la jurisdicción. Los que advierten a la PP como consecuencia del reforzamiento de actuaciones lógicas dirigidas a castigar las actuaciones delictuales o relacionadas con algún populismo sancionatorio, como los que la conciben como una herramienta para contrarrestar agrupaciones peligrosas que se extienden como consecuencia de las modificaciones orgánicas en el mercado profesional, concluyen exponiendo que la PP y su aumento como una consecuencia de procedimientos ajenos al ambiente jurisdiccional. (Kostenwein, 2015)

La investigación signada “Garantías constitucionales y presupuestos que repercuten en la prisión provisional. Análisis de las realidades del preso sin condena en España y América Central.” En ella la investigadora examina dogmáticamente la figura de la prisión preventiva en el marco de la normatividad procesal penal Española y la manera como ésta repercute en los derechos de los procesados para llegar a concluir que del examen de la bibliografía legal técnica sobre esta medida en el ámbito de la legislación de la adjetiva penal de la península Ibérica nos condujo a hallar que existe un acuerdo entre los investigadores para concebirla como “un mal necesario” debido a que su empleo no es el adecuado y que por ello resulta necesario continuar favoreciendo y patrocinando los estudios investigativos en los que se haga público que el empleo irracional de esta no es solución legislativa y menos aún procesal apropiada para enfrentar el aumento de la delincuencia organizada, el comercio ilícito de estupefacientes y otros crímenes que generan intranquilidad en la comunidad (Franco, 2014)

El ensayo in titulado “La prisión preventiva frente a la Presunción de Inocencia en el NCPP” el cual se tiene como antecedente de la investigación al presentar como una de sus conclusiones que: todavía se conservan hábitos del sistema inquisitivo, que persisten en emplear y aprovechar la prisión preventiva desconociendo los preceptos de excepcionabilidad, proporcionalidad y plazo razonable descuidando su legalidad y eficacia transformándola en una

sanción adelantada, produciendo gran cantidad de encarcelados sin sanción. Lo cual debe ser erradicado. (Loza, 2013)

La investigación realizada por la Organización de Estados Americanos titulada “Informe Sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas” en el cual partiendo de la problemática en cuanto el uso abusivo e injusto de la prisión preventiva en los países de América la tina se concluyó que: el empleo de la PP se ha convertido en una regla lo cual ha generado un inconveniente trascendental y generalizado en los países que integran la OEA en cuanto hace relación a la salvaguarda y garantía de los derechos de los individuos encarcelados. El empleo descomunal o improcedente de esta medida es una de las manifestaciones más incuestionables de la ruina de la administración de justicia y es una circunstancia inaceptable en una comunidad regida por principios democráticos en la que se observe el derecho que posee el individuo a ser considerado inocente. (OEA, 2013)

El trabajo titulado “La prisión preventiva ¿medida cautelar excepcional o medida represiva de aplicación general?” en el que luego de analizar la prisión preventiva en el Código Procesal Penal y la doctrina se llega concluir que una de las causas que genera el abuso de la prisión preventiva es la coacción de los diarios o mediático, tanto en la comunidad que la que se aceptan en menor medida ciertos comportamientos criminales y, hasta la coacción del gobierno, como herramientas sutiles y de beneficio para alcanzar el poder.(Gutiérrez, s.f.)

En lo relacionado con los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú revisando la bibliografía existente se pudo verificar que son escasas las investigaciones realizadas dado que, los investigadores optan por analizar cada tipo penal en particular, dentro de los escasos trabajos que se pueden citar están:

La investigación titulada “La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito” en la que se concluye que, en las conductas típicas de infracción de las obligaciones, de manera precisa lo que sustenta los cargos que se endilgan, es la génesis oficial de la obligación del sujeto activo, y el deber específico que le concierne. En otras palabras, para la ejecución de una conducta típica de infracción de las obligaciones no se requiere de un componente organizativo o de dominación con relación a la

acción de sujeto activo pues ésta se ejecuta con el incumplimiento de las obligaciones por parte de funcionario oficial.

Acorde con lo anterior, no se debe aceptar ninguna clase de jerarquización de la responsabilidad, si han participado varias personas y todos poseen el deber especial y ejecutan en conjunto de conducta típica, todos recibirán el trato de autores pues todos ostentaban la obligación en la gestión pública.

En este contexto, si para los titulares de la obligación no pueden ser tratados de forma diferente que, como autores, el *extraneus*, quien no posee ninguna obligación, no se puede cuantificar su contribución y no se le podrá endilgar participación a título de cómplice pues, esta calidad la tiene quien ejecuta la conducta como autor. De manera que por no poseer la obligación de salvaguardar el organismo público y a pesar de efectuar una contribución a la lesión del bien jurídico, su conducta no puede ser reprimida dentro del marco de este tipo penal por cuanto no puede quebrantar una obligación que no se le ha impuesto. (Adrianzen, 2017).

La investigación denominada “La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública” en la que se presenta como una de las conclusiones que: la comercialización de favores y el soborno son las más trascendentales formas de corrupción y conformen el vínculo más estrecho entre la corrupción política y la administrativa (Lombana, 2013)

El trabajo investigativo llamado “Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función” en el cual el autor toma como objeto de estudio los llamados delitos de función en la legislación Española para hacer una comparación con sus pares en la legislación Argentina, en la que se expone como conclusión que el delito de negociaciones prohibidas en las legislaciones que analizó, solo puede ser ejecutado por empleados oficiales, por lo cual se trata de un delito especial propio, por lo cual en ellos la autoría se circunscribe a los individuos competentes o autores aptos nombrados en el correspondiente artículo del Código Penal. (Basílico, 2014).

## **1.5. Justificación de la investigación**

### **Justificación metodológica**

Esta investigación, mediante la aplicación del procedimiento de investigación, se orientará a abordar la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios como situación problemática y a partir de ella, proponerse unos objetivos, plantar una hipótesis, fundamentar teóricamente el trabajo de manera que permita arribar a unas conclusiones y plantear sugerencias para solucionarla.

### **Justificación teórica**

El fundamento teórico de este trabajo de investigación consiste en demostrar que, al imponerse penas suspendidas como sanciona a los condenados por delitos de corrupción de funcionarios se desvirtúa la naturaleza cautelar de esta figura y se transforma en una forma de prevención general propia de la teoría de la pena.

### **Justificación práctica**

Esta investigación analiza una situación ambigua que se viene presentando, respecto de la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios, la cual lejos de desincentivar la realización de estas conductas, las alienta en la medida que ésta no cumple con uno de sus propósitos cual es el de garantizar el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

## **1.6. Limitaciones de la investigación**

El desarrollo de esta investigación se vio limitado en un comienzo por la inexistencia de estadísticas a cerca de las medidas de coerción aplicadas en los procesos de corrupción de funcionarios en el subsistema de esa especialidad en el Distrito de Lima Centro.

## **1.7. Objetivos**

### **Objetivo general**

Establecer las circunstancias que afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios a través del análisis de: las disposiciones legales, la opinión judicial y el concepto de los investigadores del derecho.

### **Objetivos específicos**

1. Determinar la circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios
2. Explicar es la circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios.

## **1.8. Hipótesis**

### **Hipótesis General**

Las circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios son de dos tipos: de índole legal: por cuanto la trasforman en un mecanismo para ejercer la prevención general en la sociedad y, en la administración de justicia por cuanto apareja despilfarro de recursos públicos y pérdida de tiempo para el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria

### **Hipótesis específicas**

1. La circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios, es que se transforma en un mecanismo

para ejercer la prevención general en la sociedad propio de la pena y no de una medida cautelar.

2. La. circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios se estructura por cuanto, al no cumplir con su el fin de asegurar el cumplimiento de la pena, los gastos que se han generado para dictarla, así como el tiempo invertido por el fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria resultan infructuosos.

## II. MARCO TEORICO

### 2.1. Marco Conceptual

**Contraloría General de la República del Perú:** Institución oficial a la que se ha encomendado la labor de inspeccionar la forma como se invierten los recursos del Estado.

**Dádiva:** presente o reglado que las personas ofrecen al funcionario público.

**Derecho fundamental:** privilegio otorgado y reconocido por la Constitución Política del Estado y por los Tratados y Convenios Internacionales.

**Eficacia:** que cumple el fin esperado.

**Funciones del cargo:** actividades que debe cumplir la persona al ser contratada o nombrada en un determinado puesto.

**Imputado:** persona natural a la cual dentro de un proceso penal se le endilga la realización de una conducta típica.

**Juez de la investigación preparatoria:** Una de las categorías de jueces establecidas por el Poder Judicial del Perú a quien, se le ha confiado entre otras atribuciones, la defensa de los derechos del imputado.

**Pena efectiva:** condena a prisión preventiva que se debe cumplir en un penal.

**Pena suspendida:** sanción impuesta por el Juez Penal –individual o colegiado- dependiendo de la pena del delito, eximiendo de cumplir la pena en prisión y sometida a determinadas reglas de comportamiento o conducta.

**Prevención general:** uno de los postulados por lo que se justifica la pena, concibiéndola como una manera de infundir temor en las personas para que no delinca en un futuro.

**Primeros recaudos:** se refiere a todas las evidencias y pruebas que se han acopiado luego de conocerse la ocurrencia del hecho ilícito.

**Teoría de la pena:** planteamientos doctrinales que se han realizado a través de la historia para explicar y justificar la existencia de la pena como sanción a quienes han incurrido en actos delictuales.

**Tercero:** persona natural o jurídica que actúa en coordinación con el funcionario público para recibir los beneficios, regalos a dadivas previamente acordados por incumplir o retardar sus deberes.

## **2.1.1. MEDIDAS DE COERCION PENAL**

### **2.1.1.1. Noción y Finalidad**

En todas las áreas del derecho se han previsto una serie de mandatos, llamados genéricamente como medidas cautelares, para cuya imposición se ha facultado al Juez, quien las aplica para garantizar el adecuado desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia de manera que la acción de la justicia no sea frustrada. En nuestro país el CPP del 2004, ha denominado a estas intervenciones judiciales como medidas de coerción procesal, de forma tal que para identificarlas en este análisis se utilizara indistintamente estas denominaciones.

Dentro de este contexto, la dogmática jurídica de esta área del derecho ha planteado que por medidas cautelares o de coerción podemos entender:

Tal como se colige de lo indicado Gimeno Sendra (2015:480) las medidas cautelares corresponde a: decisiones de los magistrados, debidamente fundamentadas que se pueden imponer contra la persona que pudo haber realizado el comportamiento investigado, como resultado de un lado, del carácter de imputado que ostenta dentro del proceso y de otro, de la razonada probabilidad de que se oculte u oculte sus bienes dentro de un procedimiento penal, a través de las cuales se restringe eventualmente la libertad personal o de disponer de sus posesiones, con el propósito de asegurar las consecuencias patrimoniales y punitivas del fallo.

La opinión de este destacado jurista, a pesar de describir la esencia de este tipo de mandatos judiciales limitativos, no resulta acertada para la realidad actual, dado que estos mandatos no están limitados a asegurar el cumplimiento de la sentencia, tal como se verá posteriormente.

Interpretando a Salinas Siccha (2007:4) se puede sostener que, estas medidas son actuaciones de restricción que se cumplen dentro del proceso, de índole personal o real que se adoptan con el propósito de impedir la realización de acciones nocivas por parte del investigado, dentro del

desarrollo del procedimiento iniciado en su contra pudiendo llegar al extremo de impedir su realización. Ejemplifica su posición indicando que si el investigado huye el sitio en el que se le procesa o no concurre a la investigación no se puede llevar a cabo el procedimiento, debe reservarse hasta cuando se le halle. Dado que para él la Norma Fundamental del Estado prohíbe sentenciar a una persona que no está presente (art.139, inc. 12).

Consideramos que esta posición resulta muy general, en ella se pueden comprender infinidad de situaciones que no llegan a concretarse en los propósitos concretos perseguidos a imponer tales restricciones.

Dentro de este contexto nos adherimos a lo manifestado por Sánchez Velarde (2009:324) conforme al cual, estas medidas cautelares llamada por la norma procesal penal como de coerción procesal corresponde a determinaciones realizadas por el Juez, con la intención de garantizar la asistencia del procesado y la efectividad de la decisión final tanto en lo concerniente a la restricción de la libertad personal del condenado como a la indemnización de los daños y perjuicios que con su conducta ocasionó, motivo por el cual solo se puede aplicar en los eventos categóricamente contenidos en la norma, con el lleno de los requisitos correspondientes específicamente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad.

Como consecuencia de lo manifestado, se puede estimar que las medidas de coerción son mandatos restrictivos que expide el Juez dentro de una causa criminal, con el objetivo de avalar la concurrencia del investigado y el cumplimiento del fallo, este último no solo respecto a la sanción personal que se puede aplicar al condenado sino, también referido al pago de los perjuicios que con la conducta se produjeron.

#### **2.1.1.2. Máximas que las rigen**

Partiendo de la noción de medida cautelar, la disciplina jurídica procedimental del Derecho Penal ha coincidido en aseverar que estos mandatos restrictivos deben ser expedidas con observancia de las siguientes máximas:

## **Jurisdiccionalidad**

Tal como se ha indicado, estas resoluciones se expiden dentro en el devenir de un proceso penal y ostentan un carácter restrictivo de derechos (dado que se dirigen a limitar el derecho a la libertad o el patrimonio del investigado) por ende, la única autoridad que puede emitir las es un Magistrado integrante del Poder Judicial dentro del ámbito de su competencia.

En el nuevo modelo Procesal Penal establecido en el Código Procesal Penal el Juez, exclusivamente facultado para dictar estos mandatos restrictivos es el de la Investigación Preparatoria conforme se regula en el artículo 29.2.

## **Idoneidad**

Esta máxima impone que la resolución limitativa sea apta para lograr los propósitos del procedimiento. En algunas legislaciones, está contemplada como una exigencia conforme a la cual la resolución debe resultar útil para ejecución del veredicto proferido (Armenta Deu: 2003:174)

## **Evidencia suficiente**

Esta máxima supone que para que se pueda promulgar la resolución limitativa de derechos, se debe contar con elementos de prueba con aptitud adecuada para acreditar y apoyar la configuración de situaciones en las que conforme a la ley el Juez las puede aplicar.

Estas evidencias deben canalizarse a fundar la preexistencia del hecho típico, así como de la participación del procesado. (Neyra Flores: 2010:84)

## **Urgencia**

La máxima de la urgencia de la resolución limitativa de derechos del investigado implica que, éstas se pueden imponer cuando a partir de la evaluación de las condiciones en que se efectuó el hecho, se infiere que pueden estar comprometidos los propósitos del procedimiento bien por el riesgo de evasión del investigado o por el entorpecimiento probatorio.

## **Rogación**

Esta máxima conlleva, que la resolución limitativa de derechos siempre va ser impuesta a petición de Ministerio Público en tratándose de las personales o del actor civil en el caso de las reales (art. 255 CPP).

En otras palabras, al Juez de la Investigación Preparatoria le está vedado aplicar resoluciones limitativas de los derechos del procesado de manera oficiosa.

## **Legalidad**

De acuerdo con esta máxima, en la resolución limitativa de los derechos del investigado el Juez solo puede aplicar aquellas que manifiestamente autorizadas en la norma procesal, restricción que también debe ser observada por el Ministerio Público al requerir la restricción de derechos.

## **Variabilidad**

La máxima de variabilidad o mutabilidad, en concepto del jurisconsulto San Martín Castro (2014:948) esta máxima se traduce en que, esta decisión judicial a través de la cual se recortan los derechos del procesado, puede ser cambiada, transformada o reemplazada para el caso de las que se imponen contra la persona del procesado o, respecto del bien o de la cosa en la que recae, en el caso de las reales, en el mismo sentido también es posible su revocatoria pues, las exigencias fácticas en las que se afirman pueden trasmutar a lo largo del proceso.

Conforme a este principio, los mandatos expedidos por el Juez de la Investigación Preparatoria a través de los cuales se restringen derechos de los procesados, no son estáticos pueden ser modificadas, sustituidas con fundamento en que variaron los hechos en los que sustentaron.

## **Provisionalidad**

Esta máxima íntimamente ligada a la anterior, expresa que las resoluciones que el Magistrado dicta para restringir los derechos del investigado no perduran en toda la causa, éstas con transitorias deben conservarse únicamente por el plazo que la norma permite, siendo lo ideal que

se prologuen hasta que se emita una providencia, contra la cual ya se hayan interpuesto todos los recursos legales y que determine la absolución del investigado o que las revoca en su beneficio.

MAIER complementa esta visión indicando que, aparte de lo mencionado esta máxima también involucra al miembro del Poder Judicial que expidió la orden limitativa de derechos, al demandarle que con observancia del plazo razonable señale el termino por el cual deben de estar vigentes (Citado por Ore Guardia, 2013:60)

### **Proporcionalidad:**

Esta máxima exige que el togado encargado de la Investigación Preparatoria al momento de proveer a cerca de las medidas restrictivas en contra de los derechos del investigado, elegir aquella resulte menos perjudicial para aquellos pero que, simultáneamente posea la aptitud de coadyuvar a la consecución de sus propósitos.

La dogmática procesal penal ha indicado, que este postulado está encausado a resguardar los derechos concedidos en favor de las personas investigadas por la Normas Fundamental de cada Estado como por los instrumentos internacionales, del entrometimiento estatal atendiendo al hecho de que su restricción está autorizada excepcionalmente y para situaciones concretas previamente indicadas por la norma (Pedraza Citado en San Martin Castro, 2014:946)

Además, que esta máxima conforma por sub principios de: i) Adecuación: es decir que la limitación impuesta debe ser la más ajustada a los objetivos de la causa; ii) subsidiariedad, la limitación es la posibilidad improbable; iii) Necesidad lo que equivale a que, resulta útil para alcanzar los designios procesales.

Normativamente esta máxima figura en el art. 253 del CPP, de acuerdo con el cual los mandatos que se profieren en el procedimiento deben analizarse en las circunstancias propias de cada actuación y aplicar la que constituya la última y forzosa medida para alcanzar los objetivos del procedimiento.

## **Motivación:**

Esta máxima se origina en el hecho de que, los miembros del Poder Judicial en general, no pueden pronunciarse sin exponer los motivos en los que sustentan de sus decisiones, esta es una obligación contenida en el artículo 139.5 de la Norma Fundamental del Estado la cual hace énfasis en que además deben especificar la norma que la respalda y los discernimientos realizados.

Principio que, no solo es demandable al Juez tal como lo indica el art. 254 del estatuto Procesal Penal sino también del Ministerio Público, art 203 inc. 2 de la misma normativa.-

## **Instrumentalidad**

Esta máxima, indica que las resoluciones restrictivas de derechos impuestas por el togado a cuyo cargo se encuentra la Investigación Preparatoria, no subsisten por sí mismas, no son autónomas dado que no posee un fin intrínseco e independiente, sino que, están íntimamente relacionadas y aún más, dependen de la existencia del proceso principal en la que son empleadas para asegurar sus propósitos.

### **2.1.1.3. Presupuestos Materiales**

#### ***Periculum in mora***

El *periculum in mora* entendido como el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento (Cáceres J., e Iparraguirre 2018:700), se manifiesta en el ámbito penal en el peligro de huida o de ocultamiento de los bienes o de la persona misma de procesado originados en lo prolongado del procedimiento.

El riesgo de que el investigado huya, suele aumentarse en los eventos en que: los cargos endilgados y la sanción correspondiente resultan ser sumamente serios, el investigado posee antecedentes penales, no tiene arraigo, etc. sucesos que únicamente pueden evitarse con la imposición de una medida restrictiva de sus derechos.

Dentro de este contexto, se puede comprender que esta máxima es de índole cuantitativa de forma tal que, si la conducta endilgada no tiene prevista una sanción de privación de la libertad o si es factible que posteriormente se haga acreedor de su suspensión, no resulta viable el mandato limitativo pues no se puede colegir un riesgo de evasión.

### ***Fumus boni iuris***

También conocido como apariencia y justificación del derecho subjetivo, configurada en el derecho privado por la posesión de un documento demostrativo del derecho material que ostenta la personal. En el ámbito del Derecho Penal, siendo este procedimiento expresión del derecho a castigar que posee el Estado para sancionar una conducta considerada típico, del cual a la par, se deriva la obligación de reparar los perjuicios, consiste en debida motivación imputación efectuada en contra del investigado (Cáceres J., e Iparraguirre 2018:699)

En consecuencia, el Ministerio Público en el requerimiento del mandato restrictivo, está obligado a atribuir los cargos que, de acuerdo a su accionar pudo haber cometido el investigado puntualizando: el tipo penal al que corresponde, si lo hizo a título de autor o participe, los elementos de prueba y evidencias en las que se soporta su pedido y las razones que hacen que la medida resulte necesaria para avalar la asistencia en la causa del procesado o para que cumpla con la sanción que se le impuso.

#### **2.1.1.4. Clasificación**

La norma procesal Penal vigente, sistematizó las medidas restrictivas de derechos dependiendo de si éstas se dirigen a limitar derechos personales o reales:

<b>TIPOS MEDIDAS DE COERCIÓN</b>	
<b>PERSONALES limitan la libertad</b>	
<b>Detención preliminar judicial:</b>	<p>Plazos:</p> <p>Proceso común 72 horas,</p> <p>Proceso complejo 7 días</p> <p>Crimen organizado 10 días</p> <p>Delitos de terrorismo, espionaje y TID 15 días</p> <p>Arts. 261 y 264 CPP</p>
<b>Detención preliminar incommunicada:</b>	<p>Se aplica a terrorismo, espionaje y TID y cualquier otro delito con pena abstracta superior a 6 años.</p> <p>Plazo hasta 10 días sin sobrepasar la anterior</p> <p>Arts. 261 y 264 CPP</p>
<b>Detención Judicial en caso de flagrancia</b>	<p>Se solicita: dentro de las 12 horas después de detención por la PNP</p> <p>Plazo hasta por 7 días.</p> <p>Art. 266 CPP</p>
<b>Prisión Preventiva:</b>	<p>Plazo:</p> <p>Proceso común: 9 meses</p> <p>Proceso complejo: 18 meses</p> <p>Crimen organizado. 36 meses.</p> <p>Puede ir acompañada de incommunicación por 10 días</p> <p>Arts. 268-275 CPP</p>

<b>Comparecencia. simple o restrictiva:</b>	Procede en los casos en que no procede la prisión preventiva. Clases: Simple debe presentarse cuando se le solicite. Restrictiva: además debe observar deberes agregados.
<b>Detención domiciliaria</b>	Sustituta de la prisión preventiva cuando el investigado: Tiene más de 65 años de edad Sufre de padecimientos que impiden su desplazamiento Es una mujer gestante  Art. 290
<b>Internación preventiva:</b>	Imputado con perturbaciones mentales. Ejecutada en institución psiquiátrica  Art. 293
<b>Impedimento de salida:</b>	Puede ser nacional, local o internacional. Se aplica en delito sancionados con pena superior a tres años Plazo 4 meses  Art 295-296
<b>Suspensión preventiva de derechos:</b>	Procede delitos sancionados con inhabilitación Plazo no puede superar término de la inhabilitación  Arts. 297-299

Elaboración propia

<b>REALES: gravan el patrimonio</b>	
<b>Embargo</b>	<p>Por requerimiento Fiscal o solicitud del actor civil</p> <p>Requiere de contracautela</p> <p>Art.303</p>
<b>Orden de inhibición</b>	<p>Imposibilita la disposición de los bienes y recursos</p> <p>Art. 310</p>
<b>Desalojo preventivo</b>	<p>Exclusiva para los casos de usurpación</p> <p>Art. 311</p>
<b>Medidas anticipativas</b>	<p>Objetivo: frenar la persistencia de la conducta, de las secuelas perniciosas y para la consumación adelantada de la sentencia</p> <p>Art.312</p>
<b>Secuestro conservatorio</b>	<p>Se ejecuta sustrayendo el vehículo motorizado al investigado o al tercero civilmente responsable y se deje en poder de un custodio.</p> <p>Puede ser reemplazado por garantía pecuniaria</p> <p>Si el vehículo se destruye puede recaer en otro bien</p> <p>Art. 312 A</p>

## **2.1.2. PRISIÓN PREVENTIVA**

### **2.1.2.1. Concepción y finalidad**

De las medidas limitativas empleadas por el Derecho Procesal Penal, especialmente en el ámbito latinoamericano esta es la medida más popular, al punto tal que se han realizado estudios dirigidos a demostrar su empleo abusivo y a la vez, abogar por aplicación excepcional.

Esta medida, ha sido nombrada como detención preventiva (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013:521), prisión provisional (Asencio Mellado, 2017:809), encarcelamiento preventivo (Ore Guardia, 2013:135) entre otras pero, sea cual sea el apelativo que se le dé hace referencia a la privación del derecho a la libertad personal al investigado en una causa penal.

En la disciplina Procesal Penal, se ha conceptualizado esta medida limitativa de diferentes modos, en las cuales se parte de observarla de manera general para ir descendiendo hasta mencionar las que se construyan de forma detallada.

Una considera a la prisión preventiva o provisional, como el mandato cautelar de tipo personal, cuyo propósito, en concordancia con su esencia, es la de avalar los propósitos del procedimiento y la ejecución de la próxima y posible sanción que se pueda aplicar, tal como se colige de los señalamientos de Asencio Mellado (2017:809).

Otra versión expresa que la detención preventiva, es una resolución de aseguramiento o cautelar emitida en el ámbito de un procedimiento criminal, con estricta observancia de los requerimientos contenidos en la norma, que antecede al fallo a través de la cual se limita el derecho a la libertad del investigado, con el propósito de confirmar su presencia durante el adelantamiento de la causa y fortuitamente, para la verificación de la condena que se la pueda atribuir (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett:2013:521)

Otra opinión es la presentada por ROXIN (citado por ARZAMENDIA et al) para quien esta medida se fundamenta en la restricción de la libertad de la persona que está siendo

procesada, con tres objetivos concretos: afirmar la asistencia del investigado durante el desarrollo de la causa que se le sigue en su contra, procurar: garantizar la conveniente averiguación de la conducta, así como el cumplimiento de la pena impuesta. Complementa su posición el destacado jurista indicando que, este mandato debe ser empleado en los eventos en que el procesado haya escapado o exista tal probabilidad o, cuando éste pueda obstaculizar la indagación de la conducta.

Los doctrinantes peruanos también han asumido la tarea de conceptualizar esta medida restrictiva, con ese propósito de acuerdo a los lineamientos esbozados en este estudio, se parte por referir la manifestación de Ore Guardia (2013) quien genéricamente indica que la prisión preventiva es una mandato de restricción personal, de índole cautelar que reside en la restricción de la libertad de desplazamiento de la persona investigada en un proceso penal, en virtud de una resolución emitida por un magistrado con el objetivo de afirmar los específicos propósitos del derecho punitivo.

Avanzando, consideramos ahora la opinión de Salinas Siccha, (2007) se puede considerar como un mandamiento limitativo, cuyo pronunciamiento es efectuado privativamente por un Magistrado, previo requerimiento Fiscal, dentro de un causa criminal formalmente válida, en la medida que sea necesaria para impedir que el imputado pueda escapar o hacer desaparecer los elementos de prueba, especificándose que: no puede ser empleada como un instrumento para la investigación de los hechos ni, la misma constituye una forma de sanción.

De la misma forma Neyra Flores (2010:504) se ha señalado que, la prisión preventiva es la manera más peligrosa en que la legislación procedimental puede limitar la libertad de las personas con el propósito de reafirmar el procedimiento penal. Refiera además como el TC mencionó que teniéndose a los derechos fundamentales como la frontera que no puede ser superada por el Congreso de la República al expedir las normas, los mandatos limitativos de la libertad personal, en el evento en que no corresponda a una sanción, se justifican si corresponden a la *última ratio*, dado que son definitivamente indispensables y oportunas para la protección de bienes jurídicos esenciales en una causa criminal, a condición de que

no existan otros dispositivos para tal fin. Pues, de procederse de forma inversa se origina el desconocimiento del derecho a la libertad individual y de la presunción de inocencia (Exp. No. 0731-2004-NC/TC citado por Neyra Flores 2010:504).

Estudiando los juicios mencionados, se puede identificar como elementos estructurales del encarcelamiento preventivo:

- El proferirse dentro de una causa criminal
- Impuesta privativamente por mandato de un Magistrado a requerimiento Fiscal
- La limitación transitoria del derecho a la libertad personal del procesado
- Propósitos cautelares propios: afirmar la asistencia a la causa del investigado y el cumplimiento de la posible pena que se le pueda imponer.

A partir de los cuales, se puede sostener que el encarcelamiento preventivo o prisión preventiva es un mandato proferido en una causa criminal, por un Magistrado a requerimiento del Fiscal encargado de la averiguación de los hechos, con el propósito de limitar el derecho a la libertad personas de la persona que está siendo procesada, con el propósito de afirmar la asistencia a la causa del investigado y el cumplimiento de la posible pena que se le pueda imponer y en algunas ocasiones para impedir la reincidencia delictual.

#### **2.1.2.2. Presupuestos materiales**

Debe entenderse por presupuestos materiales de la detención preventiva, a las situaciones que se verifican en la conducta o en el agente delictual, a partir de las cuales resulta viable imponerla de manera transitoria y previamente a la expedición del fallo correspondiente con el propósito de avalar la asistencia del imputada a la causa o el cumplimiento de la sanción que se le imponga.

Estas exigencias están taxativamente señaladas en la norma y deben confluir todas para que en el caso concreto se pueda imponer esta medida limitativa de la libertad tan grave dado

que, la legislación procedimental Penal ha implementado un patrón de peldaños enlazados, de forma tal que solo si se verifica la configuración de uso se prosigue con la verificación del siguiente (Bernal Cuellar, & Montealegre Lynett, 2013:522).

En el caso peruano, se encuentran contenidos en el artículo 268 del CPP y deben estructurarse con los “primero recaudos” de la investigación, es decir, a partir de la información obtenida de la realización diligencias iniciales de averiguación. (Sánchez Velarde, 2012:99) pero, este esquema fue variado por el TC en el caso Ollanta –Heredia al considerar que, no son simples recaudos sino como dice la norma, sino que, debe tratarse de pruebas desde el punto de vista formal, tal como lo indico al momento de pronunciarse sobre unas escuchas telefónicas.

Pero, estas circunstancias no operan de manera autónoma y aislada sino, con observancia de los derechos fundamentales reconocidos en favor de la persona a la que se le endilga la realización de conductas delictuales, de la presunción de inocencia y del derecho a la libertad personal.

#### **2.1.2.2.1. El *Fumus delicti comissi***

Como afirma Asencio Mellado (2017:827) al analizar esta premisa en la legislación procedimental penal nacional, alude a la probabilidad de responsabilidad del investigado, materializada en el estatuto Procesal Penal en la obligación de que en el asunto converjan justificados y serios medios probatorios para evaluar fundadamente la realización de una infracción que relacione al inculcado.

No es suficiente la confluencia de indicios insuficientemente verificados o de conjeturas generales, se demandan medios de convencimiento, de, múltiples pruebas directas o indirectas concordantes y fundadas.

Lo anterior no significa que se posea la certeza requerida para sancionar, dado que en esta fase procesal incipiente no se cuenta con pruebas en sentido formal. Lo que se requiere de una opinión de verosimilitud sensata, sustentada en elementos probatorios idóneos.

Ore Guardia, (2013:140) comparte los mismos argumentos, precisando que se encuentran regulados en el inc., 1 del art 268 del CPP.

Respecto a este presupuesto la Corte Suprema de la República considero que corresponde a la apariencia de veracidad de la conducta criminal y su infracción por el investigado y debe ser demostrado a través de información real, conseguida en la fase de investigación preliminar o en ésta concretamente a partir de la cual, los elementos de la imputación ostenten la posibilidad de ser verídicos. Como se colige del Considerado décimo sexto de la Casación Seiscientos veintiséis.

Este tribunal de justicia también expuso en el numeral diecisiete de la providencia en mención que: para imponer esta medida limitativa de derechos no se demanda certeza sobre los cargos endilgados únicamente, de un elevado nivel de posibilidad de su ejecución superior al que se poseía disponer formalizar la averiguación con fundamento en el integro de datos obtenidos hasta ese momento y que corresponden a los primeros recaudos.

Atendiendo a que, este requisito se satisface a partir de los medios demostrativos actuados bien la investigación preliminar o en los que corrido de la investigación preparatoria, advierte la Corte en el considerando dieciocho que, ellos deben ser sometidos a un examen de suficiencia análogo al que se efectúa en la fase intermedia, apreciándolos en particular y en grupo, estableciendo su confiabilidad y contribución con la posibilidad de la ocurrencia de la conducta y la participación del imputado. Si el ente Fiscal arriba a esa convicción a través de prueba indiciaria, está obligado a acatar lo regulado en la ejecutoria Vinculante 1912-2009-Piura.

En consecuencia, como indica la Corte en el fundamento Vigésimo noveno, se requiere que el Fiscal exponga explícitamente los hechos y la forma como los demuestra de forma tal que, el jurista que defiende al procesado opte por aceptarlos, los objete y en general estructurar su defensa; resultando obligatorio para el magistrado apreciarlos y dictaminar sobre ellos, de manera que si considera que la sustentación es firme se considera demostrado este presupuesto.

Acorde con lo planteado, la probabilidad de la ocurrencia de una conducta tipificada en la norma penal, así como de la responsabilidad del investigado constituye el primer presupuesto de la detención preventiva, aspectos que deben ser demostrados por el Ministerio Público con soporte en la información extraída de los primeros actos de investigación efectuados u ofrecidos.

De acuerdo a la naturaleza adversarial de la nueva norma Procesal Penal, este presupuesto debe ser debatido en audiencia pública por la defensa del imputado, la cual posee la facultad de ofrecer pruebas para demostrar que no corresponden a la realidad de lo acaecido dado que su defendido es ajeno a ellos. Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria valorar los argumentos presentados por los sujetos procesales, de forma tal que si considera que este presupuesto no ha sido demostrado, no puede proceder a valorar los siguientes pues, como se indicó, para que se imponga esta medida limitativa debe demostrarse la configuración de todos los presupuestos.

#### **2.1.2.2.2. Pena probable**

El requisito de pena probable es mencionado por la doctrina como prognosis de la pena o sanción.

El CPP lo consagra en el inc. b) del art. 268, indicando que constituye presupuesto del encarcelamiento preventivo el hecho de que la sanción, que se puede aplicar a la conducta imputada sea superior a cuatro años de privación de la libertad.

En este contexto, como de colige de lo manifestado por Ore Guardia (2013:140) que es el legislador quien, circunscribió el mandato limitativo del derecho a la libertad del imputado, a los eventos en los que la penalidad que se pueda asignar a los hechos en averiguación sea mayor a los 4 años de privación de la libertad.

Esta condición, no se reduce al examen número de años que conforman la sanción atribuida por el tipo penal sino que, supone que el magistrado está obligado a precisar: el nivel de realización de la conducta tipificada en la norma sustantiva penal, si se trata de una

situación de concurso de conductas o de normas, la forma de participación que se ha atribuido, si puede considerarse cualquier motivo para: atribuir una responsabilidad restringida, o un suceso a partir del cual se pueda acrecentar o moderar la sanción, si el investigado está comprendido en una situación a partir de la cual se le pueda exonerar de la sanción, verificar el criterio empleado para tasar la sanción, entre otros a partir de los hechos imputados, para comprobar si en la situación concreta, en caso de ser condenado el imputado la sanción privativa de la libertad superaría los cuatro años.

Tal como se evidencia, el análisis de este presupuesto no se efectúa de manera mecánica el Magistrado debe realizarlo dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad del empleo de esta medida coercitiva, que por ser impuesta previamente al fallo posee la condición de cautelar los fines del proceso penal. Lo cual supone que, no puede sustentarse exclusivamente en la sanción a la que puede ser condenado el investigado pues, esto equivaldría a mudar el postulado de la presunción de inocencia por el de criminalidad como se entiende de lo señalado por el TC en sentencia expediente 1091-2002-HC/TC

La Corte Suprema de Justicia, en la providencia indicada en precedencia, comparte los criterios mencionados al señalar respecto de la prognosis de la pena que: conlleva a estudiar la probable sanción a aplicar, Es obvio que no solo se circunscribe a la sanción asignada al delito sino que, se debe realizar una evaluación transversal observando los postulados de proporcionalidad y lesividad, tal como están previstos en los artículos séptimo y cuatro del Título Preliminar del CPP, así como de los diversos motivos por los cuales se puede rebajar o aumentar la sanción, las instituciones del derecho premial aplicadas, que pueden influenciar en la fijación de la sanción la cual, obligatoriamente no va corresponder al máximo legal. (Fundamento trigésimo)

Indica además este Tribunal de justicia que, la sanción se fija, por tercios: inferior, medio y superior, atendiendo a: a) los eventos generales señalados en el artículo 46 inc. 1 y 2 a partir de los cuales se puede rebajar o aumentar la sanción; b) los motivos para reducir o incrementar la sanción, siendo los primeros los contemplados por los artículos 14, 15, 16,

21, 22 y 25 del CP y, respecto a los que posibilitan el incremento los artículos 46 A, 46 B, 46 C, 46 D, 48, 49 y 51 del CP.

En síntesis, la pena probable acarrea un examen de todas las circunstancias que se presentan en la situación concreta y que de acuerdo a los postulados del CP poseen la capacidad de influir en la fijación de la sanción, que probablemente pueda imponerse al imputado en caso de ser condenado, de forma tal que solo es posible aplicar este mandato restrictivo si éste es superior a cuatro años.

En la legislación comparada, Colombia también ha establecido este mismo límite punitivo para que resulte viable afectar a un investigado con una medida tan gravosa, así lo han informado Bernal Cuellar & Montealegre Lynett (2013: 538) al sostener que, solo si la penalidad que debe ser aplicada al delito es de cuatro años o más, es posible solicitar la detención preventiva, resultando obligatorio contemplar los límites señalados en el tipo penal correspondiente, así como las condiciones que conllevan a su incremento o disminución.

#### **2.1.2.2.3.1 El peligro en la demora**

De lo expuesto por Asencio Mellado (2017:828) se puede considerar que el *periculum in mora*, este presupuesto, no es exclusivo de esta medida limitativa del derecho a la libertad del investigado, tal como se indicó en precedencia, es un supuesto general de los mandatos cautelares y alude a los peligros que deben impedirse, para que el proceso no se paralice como consecuencia del tiempo empleado para tramitarlo.

De la misma manera, considera el jurista que, si el fallo se profiera inmediatamente las medidas limitativas no contarían con una fundamentación, no resultaría justificadas. Debido a que esto no sucede, en lagunas oportunidades resulta obligatorio admitir providencias dirigidas a adelantarlas consecuencias fácticas de la sanción.

Por constituir un adelantamiento de la futura sanción que debe aplicarse a una persona considerada inocente, su aplicación debe limitarse exclusivamente a impedir peligros que

posean un propósito cautelar. Principio asumido por la legislación Procesal peruana al contemplar como fines de la detención provisional: impedir que el procesado hulla y la consolidación de la averiguación. Alejándose de esta forma, de otras normativas que le otorgan fines propios de la pena tales como: precaver la realización de crímenes en el futuro, entre otras.

Normativamente se encuentra previsto en el inciso c del art. 268 del CPP. El riesgo de fuga y de obstaculización, los cuales son enmarcados por la doctrina procesalista actual dentro del marco del peligrosismo.

#### **2.1.2.2.3.1.1. Peligro de Fuga**

El riesgo de que, el imputado huya de la justicia, es considerado como uno de los elementos del peligrosismo procesal y ha sido desarrollado por la doctrina con manifestaciones efectuadas a partir de diferentes aspectos, es así como se ha indicado que:

En general, este riesgo se encuentra vinculado a la eventualidad de que el imputado se aparte de la causa de manera que, imposibilite alcanzar los propósitos del procedimiento. En efecto, el procesado por variados motivos: temor a ser condenado, para no pagar los prejuicios ocasionados o, los gastos que le impone el procedimiento, etc. abandona la causa. (Pujadas Tortosa citado por Neyra Flores, 2010:509)

Otra posición considera que, es una pauta para establecer el *periculum in mora* es indiscutible dado que, uno de los propósitos de la detención preventiva radica en impedir que el investigado se aparte de la causa, con el propósito de asegurar: i) su asistencia a las actuaciones probatorias o a las audiencias comparecencia es forzosa y ii) la aplicación de las normas punitivas, como se entiende de la exposición de Ore Guardia (2013:154).

Una manifestación más completa y detallada es sostenida por Cáceres J. e Iparraguirre N. (2018:757-758) a partir de la cual se puede indicar que: este riesgo es un requisito de naturaleza subjetiva que se cimienta en datos objetivos *verbi gratia* como: los antecedentes que figuran en el poder judicial o en la PNP, su ocupación, su entorno familiar, etc., los

cuales coadyuvan al Magistrado a colegir si el imputado procura o no rehuir la causa o perturbar o distorsionar la actividad probatoria transgrediéndola con sus acciones con el propósito de que el procedimiento se torne en ineficiente, no siendo suficiente para que se estructure, el hecho de presagiar, con fundamento en las circunstancias verificadas que resulta factible que el imputado evada el procedimiento u obstruya las labores probatorias sino que, se debe certificar que el imputado pretende actuar de esta manera.

Tal como lo explican los juristas, este peligro no se estructura a partir de conjeturas, por el contrario a partir de los datos que se hayan obtenido el Magistrado debe probar su existencia en el caso concreto. En efecto, interpretando a Bobino (1997:444), no resulta suficiente exponer, sin tener en cuenta las peculiaridades de la situación o sin motivación alguna que, por presentarse una situación concreta el imputado rehuirá la causa. El Magistrado debe contemplar el contexto objetivo y real del caso para emitir un dictamen a cerca de la posibilidad de la existencia de este riesgo, a partir del cual resulta indispensable la adopción de una medida limitativa.

Dentro de este contexto general, corresponde ahora ocuparnos de la manera como este riesgo ha sido previsto por nuestra norma procesal penal, para lo cual partimos del análisis de Asencio Mellado hace de esta figura procesal, (2017:829) el artículo 268 del CPP que la contempla y el 269 del CPP que la reglamenta, no establecen reglas específicas, a partir de las cuales se pueda presumir este peligro, únicamente se menciona una sucesión de pautas que el Magistrado puede evaluar de forma particular o en grupo, para establecer si se evidencia o no este peligro en el asunto sometido a su decisión, precisando concretamente de qué manera cómo este riesgo influye en él, estando obligado además a sustentar su decisión pues, de lo contrario puede resultar nula.

Es categórico el investigar en señalar que, si bien el artículo 268 del CPP en su inc. c) alude a los antecedentes del imputado, no se puede considerar que por este hecho se pueda imponer la medida cautelar, éstos y las otras situaciones contempladas en la norma –art. 269 del CPP- posee igual significado y atribuirle uno mayor a los antecedentes equivale a presumir la culpabilidad la cual va en contravía de la de inocencia.

Atendiendo a lo mencionado, el riesgo de fuga debe ser evaluado por el Magistrado con fundamento en las circunstancias que aparezcan demostradas en la investigación, indicando la manera como se producirá en el caso concreto. No resulta aceptable estructurarlo simplemente, mencionando las situaciones de las que se puede derivar, la labor es mucho más profunda, esta se debe contextualizar en la situación específica y concretar en una probable conducta que puede asumir el imputado.

Refiriéndose a esta modalidad del peligrosismo procesal, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

En el considerando treinta y tres, este peligro es el más significativo y el movido determinante del mandato de prisión provisional y se encuentra fraccionado en: riesgo de huida y de obstrucción a la actividad probatoria.

Es criterio unánime de la jurisprudencia internacional que, este riesgo no se establece por suposiciones, sino que debe ser comprobado y sustentarse en las condiciones propias de cada situación (Considerando treinta y cuatro)

El estatuto procesal Penal, regula este riesgo en el artículo 269 en el cual se mencionan unas circunstancias no restrictivas, que debe estimar el magistrado a cargo de la investigación preparatoria para emitir un diagnóstico acerca de si el investigado se evadirá de la causa (considerando treinta y cinco)

Es decir, sin que se reste importancia a los demás presupuestos materiales de la detención provisional, el riesgo de que el procesado se escape es el que llega a determinar su imposición dado que, es el criterio a partir del cual se materializa los fines de este mandato restrictivo, en tanto afirma la comparecencia del procesado mientras dure la causa y a la vez, que esté presente para cumplir la pena restrictiva de libertad que se le puede imponer.

#### **2.1.2.2.3.1.1. El arraigo**

La Corte Suprema en el pronunciamiento en referencia, coincidiendo con las opiniones doctrinales, ha advertido que el primer inciso del artículo 269 del CPP señala una sucesión de circunstancias con fundamento en las que se debe concluir si existe arraigo o no. La norma procesal punitiva indica que el arraigo del procesado en territorio del Estado se diagnostica teniendo en cuenta su domicilio, el sitio donde acostumbre vivir, el sitio donde se encuentra instalados sus familiares, donde realiza sus actividades laborales y la capacidad para ausentarse definitivamente de nuestro propio territorio o mantenerse escondido. (Considerando treinta y seis)

La tenencia de propiedades también puede ser considerada como una circunstancia que propicia arraigo en el procesado expone la Corte en su Considerando treinta y siete, pero, el magistrado puede evaluar cualquier otro explicándolo en la providencia correspondiente.

Respecto a los tipos de arraigo refiere en el considerando treinta y ocho, esto es: por la parentela, por las actividades económicas y por la detentación de propiedades, no pueden servir de fundamento para la detención provisional, por el contrario, demuestran que el procesado no fugará pero, a partir de su inexistencia puede ser considerado junto a otras circunstancias, como evidencia de este riesgo.

El hecho de tener alguna modalidad de arraigo, indica la Corte, considerando treinta y nueve, no es causa legal para excluir la prisión provisional este es el sentido de la Resolución Administrativa del P.J.325-2011

En este contexto, resulta que estos factores deben ser valorados por el Magistrado en cada situación particular, a partir de los datos aportados por la Fiscalía o la defensa del imputado con el propósito de establecer si, considerando los compromisos y deberes familiares o profesionales del procesado, así como el patrimonio que posee resulta viable que se marche permanentemente de la nación.

El pronunciamiento del Magistrado respecto a este aspecto debe ser especialmente motivado, exponiendo los motivos por los cuales considera que el arraigo que posee el procesado no es suficiente para anular el riesgo de evasión dado que, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema por sola existencia de arraigo no necesariamente se declara improcedente la medida limitativa de la libertad y a la vez su inexistencia no hace que esta opere de manera automática. Para decidir el Magistrado debe analizar este requisito junto a los demás, guiado por el postulado conforme al cual, la prisión provisional es la excepción pues la norma es que el procesado afronte el procedimiento en libertad.

Como complemento de lo manifestado, resulta pertinente tener presente el pronunciamiento efectuado por la Corte en su Sala Penal Transitoria respecto al tratamiento del arraigo en tratándose de un procesado no nacional

Decisión en la cual reiteró: que los principios que debe valorar el magistrado para establecer el riesgo de que el procesado de evada de la causa están supeditados al arraigo, el cual se manifiesta en i) la posesión, ii) el familiar y iii) laboral los cuales disuaden la evasión del procesado.

También resulta fundamental evaluar en el riesgo de evasión, la moralidad del procesado, representada en la inexistencia de antecedentes. La sanción puede ser importante pero, si no existen medios de prueba sobre el riesgo procesal, no resulta viable imponer mecánicamente esta medida restrictiva de la libertad. Estructurar este riesgo solo por la circunstancia de no ser nacional el procesado, conllevaría a un acto de discriminatorio originado en su procedencia.

Se debe tener en cuenta además que, para valorar este riesgo: no es decisivo el número de desplazamiento que el procesado realice a otros países. Lo decisivo es que éste carezca de arraigo y posea relaciones en el extranjero que le posibiliten abandonar el territorio de la república

Para la Corte en esta ocasión, compartiendo la posición de Llobet Rodríguez, en su séptimo fundamento jurídico; el número de desplazamientos que el imputado efectuó fuera del país,

no resultan definitivos para demostrar el riesgo de que huya, este se establece a partir de: la carencia en el investigado de arraigo profesional y familiar, que posea relaciones fuera del país que le brinden facilidades para salir del territorio nacional, los que se deben analizar simultáneamente con otros elementos originados en el la esencia de la conducta por la que se le investiga y la trascendencia de la sanción la cual debe examinarse vinculado a otras situaciones tales como: i) la conducta del investigado durante el proceso o en otro que le haya seguido, al ser indicativo de su disposición supeditarse a la persecución penal, ii) el temperamento del investigado y/o sus lazos personales: con sus parientes o profesionales

La Corte en su fundamento octavo, prosiguió recordando a Barona Vilar indicando que: como se ha sustentado copiosamente, la detención provisional es un mandato anómalo, con respecto al hecho de afrontar el proceso en libertad o en cualquiera de las formas de restricción de este derecho sin que ello implique ser despojado de él. En efecto, despojar al imputado de su libertad debe ser una situación extrema y debe ser admitida en el evento en que no subsistan otros mandatos menos perjudiciales para la libertad por medio de las cuales se logran los mismos propósitos. Preside el postulado hermenéutico de las reglas de la detención preventiva del *favor libertatis, o de in dubio pro libertatis*.

Es evidente, que tratándose de derechos fundamentales la legitimidad de la detención provisional debe ser examinada, de la manera que resulte más benévola para su garantía, de manera que se demanda de: i) su aplicación excepcional, de acuerdo con la cual la detención provisional jamás transformarse en norma habitual y emplearse cuando no existe otra alternativa para alcanzar los propósitos que la fundamentan y, ii) la subsidiaridad, que impone a los magistrados realizar un análisis que trascienda al examen de los supuestos materiales que la viabilizan sino, que abarque la existencia de otras opciones que afecten en menor proporción al derecho a la libertad (Gimeno Sendra, 2004:537).

De los planteamientos expuestos se puede colegir que, el arraigo está conformado por esas circunstancias propias de cada imputado que, demuestran interés de permanecer en un sitio determinado por ser aquel en el que desarrolla sus actividades laborales (de manera formal o informal), ha constituido su familia, desarrolla su vida social, etc., las cuales deben ser

analizadas en conjunto con los demás presupuestos materiales previstos en la norma a fin de que resulte plenamente justificado privarlo de la libertad.

No existen estándares, si bien la doctrina y la jurisprudencia mencionan unas situaciones a partir de las cuales se puede estructurar (laboral, familiar, posesión, etc.), ello no implica que necesariamente deben confluír todas para establecerlo, corresponde al magistrado hacer una valoración en cada caso particular pues, puede incluso llegar a presentar la eventualidad de que el imputado solo posea arraigo laboral pero ello no es, obstáculo para considerar que por esa sola circunstancia resulta muy poco probable que fugue y por ello puede afrontar el proceso por ejemplo en comparecencia restringida, piénsese por ejemplo en el caso de un imputado que trabaja en la zona donde está siendo procesado pero su familia reside en otra, para la cual él es el único sustento económico.

#### **2.1.2.2.3.1.2. La gravedad de la pena**

Al referirse a este aspecto, indica la Corte Suprema de Justicia, fundamento cuarenta y uno; que no corresponde a un componente de la proporcionalidad de la medida limitativa sino a una referencia imparcial, extraída de la costumbre consistente en que ante el riesgo de sufrir una sanción importante, el investigado puede sentir temor y huir.

El solo hecho de suponer que el imputado huirá, no puede ser el fundamento para requerir detención provisional, indica el máximo tribunal en el fundamento cuarenta y dos. Así lo indicó la Corte IDH al señalar que no solo con fundamento en la gravedad de la sanción que pueda aplicarse, pues la eventualidad de que el imputado rehuya el proceso debe ser examinado con fundamento en diferentes circunstancias, comprendiendo los valores morales (su postura en el proceso o en otros, sus antecedentes, etc.) evidenciados por el imputado, su profesión, su patrimonio, los lazos con sus parientes y otros que le harían permanecer en el la República, aparte de una sanción amplia. Pues, de lo contrario, el mandato restrictivo de la libertad vendría a suplir la pena de prisión.

Es decir, en este evento no se trata de considerar el número de años que se pueden imponer al procesado como sanción sino, la aptitud de asumir frente a la eventualidad de ser

condenado a esa cantidad de años, si atendiendo a todos los demás presupuestos se puede suponer que huirá o por el contrario se presentará y concurrirá al proceso cuando sea requerido.

### **2.1.2.2.3.1.3 La magnitud del daño causado**

Recuerda la Corte en su fundamento cuarenta y cinco que, este aspecto originariamente normado en el artículo 269.3 del CPP se refería a trascendencia del perjuicio reparable y la postura que, el investigado espontáneamente, tomaba respecto a él fue modificada por la Ley 30076 al considerarse que englobaba elementos de responsabilidad civil a mandatos restrictivos de derechos personales, al considerar que si el investigado acciona para compensar un perjuicio, del que no sido responsabilizado, no puede ser reconocido como una demostración de la posibilidad de que huya.

De la misma manera indico la Corte en su fundamento cuarenta y seis que, con la reforma, se impone el examinar el tamaño del perjuicio provocado y la inacción del investigado para enmendarlo. El tenor de inicial de la norma continúa siendo impreciso dado que, se podría interpretar que alude a la manera como se ejecutó el injusto, concretamente a la intimidación o peligro con que se ha ejecutado lo que, simplemente significaría un discernimiento que pretende impedir el peligro de reincidencia criminal, lo cual no es de recibo en tratándose de mandatos restrictivos personales, que no se encauzan a los propósitos preventivos de la sanción sino al riesgo de fuga. Esto empeoraría si se estima que, a lo que se refiere es a la repercusión que el injusto provoca en la comunidad, la desaprobación ante la realización de determinadas conductas, dado que en este evento la detención provisional se convertiría en una pena que entusiasma a la comunidad y simultáneamente en un mandato de seguridad de carácter preventivo

Este aspecto, menos aún se puede juzgar como que aluda al resarcimiento de los perjuicios, pues la trascendencia del perjuicio civil, se encuentra vinculada a la reclamación de este tipo de daño y el peligro que puede afrontar (*Periculum in mora*) puede ser neutralizado a través de otras alternativas propias tales como: el embargo, incautación, etc. que en nada se

relacionan con el riesgo procesal del mandato restrictivo de la libertad del investigado (fundamento cuarenta y siete)

En consideración a lo manifestado advierte la Corte, fundamento cuarenta y ocho, que este aspecto solo puede ser analizado, para que no resulte perjudicial a los derechos del investigado considerando la trascendencia del injusto ligado a los eventos en los que conforme a la ley sustancial se puede incrementar la penalidad.

Para la Corte, fundamento cincuenta, el resarcimiento al perjudicado posee escasa relación con el riesgo procesal pero, la postura del investigado con posterioridad a la ejecución del injusto contribuye a demostrar óptimo comportamiento durante el procedimiento.

Los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia en nuestro concepto, no resultan suficientes para justificar este aspecto pues, sin lugar a dudas, está vinculado con la actitud del investigado frente a los perjuicios que se pudieron ocasionar con la conducta investigada por ello, la norma debe ser modificada derogando este aspecto del peligrosismo procesal como fundamento de la detención provisional pues no, corresponde a la esencia de esta medida coercitiva.

#### **2.1.2.2.3.1.4 El Comportamiento procesal**

En este aspecto la Corte asumiendo la postura de la doctrina, Del Rio Labarthe, Peña Cabrera entre otros, en su fundamento cincuenta y uno, lo considera como uno de los más cardinales para realizar un pronóstico de la posibilidad de que el investigado se fugue cimentándose en su comportamiento a través de la averiguación o de otras fases asociadas con la evasión o intento de huida tales como: su presencia en las actuaciones procesales, el sometimientos a las normas ordenadas como consecuencia de una mandato coercitivo alternativo a la restricción de la libertad, etc.

También considera importante la Corte:

Analizar el proceder del imputado simultáneamente al hecho y que no están, incluidas descripción típica tales como huir del sitio luego de ejecutado el hecho. Fundamento cincuenta y dos.

No se puede tolerar que para estructurar la conducta procesal del imputado, se valore la postura autorizada por la ley que el imputado pueda sumir, así como el no admitir el hecho que se le atribuye no puede ser evaluado como un incorrecto proceder en la causa. Fundamento cincuenta y tres.

Para la Corte, la afirmación “en otro comportamiento anterior” prevista en la norma se debe examinar con un rigor superior, dado que este caso el pronóstico se realiza a partir de un hecho pasado y distante que debe ser examinado junto a los demás postulados del riesgo de evasión. Además, la circunstancia de haber sido afectado con un mandato restrictivo similar no es suficiente para que el Magistrado aplique automáticamente la medida restrictiva de la libertad al investigado. Fundamento cincuenta y cuatro.

La doctrina ha entendido que la valoración a que se refiere la norma debe efectuarse intra procedimiento, no resulta válido en consecuencia, efectuar juicios análogos para afectar al imputado con la detención provisional sencillamente porque ya fue objeto de ella, pues son hechos disímiles tal como se entiende de lo manifestado por Ore Guardia (2013:159)

En este orden de ideas se puede considerar que, lo que se debe evaluar objetivamente es la forma como ha procedido el investigado en el proceso que afronta en la actualidad y llegado el caso, en aquel que sufrió desterrando de esta manera la práctica que se está fomentando y sustentando por parte del Ministerio Público según la cual, si el imputado no acepta su responsabilidad en los hechos o no proporciona información que contribuya con la investigación incurre en un mal comportamiento procesal pues, con ella se está tergiversando la obligación que éste posee en torno a probar la participación y responsabilidad del imputado en los hechos objeto del proceso y además se limita el derecho de defensa del investigado quien, por la misma causa puede asumir una actitud totalmente pasiva en la investigación pues, la norma no le impone la obligación de probar

su inocencia ya que esta se le presume como derecho que le asiste durante todo el proceso y se prolonga hasta que se profiere una sentencia condenatoria con entidad de cosa juzgada o consentida.

#### **2.1.2.2.3.1.5. Pertenecer a una organización criminal**

Indica la Corte en su fundamento cincuenta y siete, que en la Resolución 325 de 2011 del Poder Judicial pertenecer o integrar el investigado a una estructura criminal o pandilla es una norma significativa en la costumbre en la criminología para contemplar la efectividad del grave riesgo procesal en sus vertientes: de huida como de obstrucción probatoria.

Las organizaciones estructuradas, indistintamente del grado de constitución, despliegan tácticas y técnicas para fomentar la huida de sus integrantes y para cooperar con la obstrucción probatoria (intimidación, captación, asesinato de declarantes, etc.) por ello, en determinadas situaciones con fundamento en esta circunstancia aunada a la seriedad de la sanción resulte suficiente para limitar la libertad personal del imputado. (Fundamento cincuenta y siete)

Para establecer este aspecto no es adecuado mencionar que se trata de una estructura criminal, se requiere que se demuestren sus elementos estructurales: la manera como está articulada, su permanencia, la multiplicidad de investigados y su designio delictual), los nexos del investigado con ella y explicar el tipo de riesgo que se establecería por estar vinculado a esta estructura criminal (Fundamento cincuenta y ocho)

No se trata pues, de afirmar o sostener el hecho de que el imputado hace parte de una estructura criminal para fundar un peligro procesal, corresponde al Fiscal demostrar los elementos esenciales de ésta, así como los vínculos del imputado y a partir de ello indicar el riesgo que se configuraría: de evasión u obstrucción probatoria.

#### **2.1.2.2.3.2 Peligro de Obstaculización**

Este riesgo se encuentra regulado en el CPP (art.269) de acuerdo con el cual este se considera apreciando la probabilidad de que el investigado: i) arrasará, reformará, esconderá, hará desaparecer o falseará los medios de prueba; ii) instigará a otros investigados, declarantes o expertos para que declaren de forma falaz o procedan de forma infiel o evasiva; iii) estimulara a otros a efectuar estas conductas.

Este riesgo debe ser específico no indeterminado tal como señala Neyra Flores (2010:514) por ejemplo no resulta suficiente sostener que por el empleo que tiene el imputado se configura el riesgo de obstrucción, el riesgo debe proceder de ejecución por parte del investigado de acciones concretas que evidencien su deseo de destruir las pruebas.

Es decir, este aspecto debe ser demostrado en el caso concreto en la práctica legal el Fiscal debe indicar, de acuerdo a los hechos imputados y las expectativas investigativas que se ha propuesto, los medios de prueba que puede ser objeto de alguna forma de manipulación o destrucción por parte del investigado así como, la forma como éste podría ejecutarlos.

La defensa del investigado, debe estar atenta para poder debatir con argumentos sólidos, fundados en los medios de prueba obrantes en la investigación o que ella haya ofrecido este aspecto, partiendo de los medios de prueba que se han planificado realizar en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

#### **2.1.2.2.3.3. Presupuesto adicional**

Con el propósito, de solucionar los problemas que se venían presentando en el incidente de la detención provisional, originados tal vez en la falta de preparación tanto de los funcionarios judiciales, del Ministerio Público y de los Abogados especialmente de los que asumían la defensa de los imputados, dado que se no tenía claridad de los aspectos a debatir en la audiencia correspondiente, la Corte Suprema de Justicia en la providencia mencionada anteriormente, consideró apropiado indicar que en la audiencia se debe discutir también, a

partir de los solicitado por el Fiscal la duración de la medida es decir, el plazo por el que se solicita la imposición de esta medida limitativa del derecho a la libertad.

Este plazo debe ser solicitado dentro de los parámetros establecidos por el art. 272 del CPP, modificado por el D.L. 1307 (12-30-2016) de acuerdo con el cual la detención provisional tiene los siguientes plazos:

- En procesos comunes-simples: hasta nueve (9) meses
- En procesos comunes-complejos: hasta dieciocho (18) meses
- En procesos de criminalidad organizada: hasta treinta y seis (36) meses

Sobre este aspecto se debe tener presente, por parte de la Fiscalía que el plazo que se solicite debe ser aquel que sea necesario para perfeccionar la investigación y de ser necesario acusar y adelantar el juicio y no, como se ha mal interpretado para solo para efectuar la investigación.

### **2.1.2.3. Opinión Tribunal Constitucional**

El veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018) el TC señala las pautas que se deben observar el momento de imponer la medida limitativa de la libertad personal del investigado, las cuales son referidas brevemente:

El auto que impone la prisión preventiva debe estar suficientemente motivado de forma tal que, indique de modo razonado y conveniente que ésta no solo se encuentra ajustada a derecho sino que además resulta proporcional, por lo cual es absolutamente indispensable para el normal adelantamiento del procedimiento.

En el evento en que se requiera la revocatoria de la medida de comparecencia con restricciones por el de detención provisional, el magistrado está obligado a estimar de manera íntegra e individual los nuevos elementos de convencimiento que presente el Ministerio Publico y la defensa del investigado. No con el propósito de constituir la responsabilidad sino los nexos de los procesados con la conducta típica.

En la situación concreta de los esposos Humala-Heredia, el Tribunal sostuvo que la Sala que conoció de la Apelación no apreció los medios probatorios presentados por la defensa con lo cual desconoció el derecho a probar, de defensa y a la libertad.

El máximo defensor de la Constitución indico que en tratándose de audios, solo pueden ser incorporados al procedimiento con posterioridad a darse el reconocimiento por parte del imputado, su defensa y los demás participantes en el dialogo de forma que no se perjudique el derecho a probar y el de defensa.

En la situación concreta de los esposos Humala-Heredia, sostuvo que los audios a través de los cuales se demuestra un presunto ofrecimiento económico a declarantes fueron mal incorporados al procedimiento que, ellos se limitan a revelar la posibilidad de tal conducta y con fundamento en ellos se presume la voluntad de entorpecer la averiguación. Una suposición razonable no se puede apoyar en otra suposición razonable.

De la misma manera el TC estipula que las manifestaciones o comportamientos asumidos por el imputado, tales como: no expresar la realidad o entrar en contradicción, no se pueden valorar como un riego de obstrucción a la indagación, porque el mismo comportamiento puede asumirlo al estar en prisión. Asimismo, no se percibe ninguna exigencia imperiosa para privar de la libertad al imputado por no manifestar la verdad, por haber asumido comportamientos que no se aproximen a ella o en la situación de la señora Heredia por haber deformado su escritura.

Para el TC con fundamento únicamente en el compromiso de la conducta delictual o la posibilidad de una sanción elevada no consiguen autorizar por si mismos la imposición de la detención provisional, así como tampoco la prueba indiciaria de pertenecer a una estructura delincencial, dado que ello haría nugatorio el derecho a ser tenido como inocente. El Tribunal reprocha que en la comunidad se haya establecido una desazón general hacia la autoridad que perturba los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### **2.1.2.4. Corrupción de funcionarios**

Antes de adentrarnos en los tipos penales que constituyen la corrupción de funcionarios en el Perú considero conveniente, realizar las siguientes precisiones:

##### **2.1.2.4.1. Corrupción: etimología y significado**

Conforme indica el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo “corrupción” procede de la raíz latina *corruptio*, que está constituido por los siguientes componentes la partícula “con-“, sinónima de “junto”, el verbo “*rumpere*”, interpretado como “hacer trozos” y “-tio”, que resulta semejante a “acción y efecto”.

A parte de expresar la labor y consecuencia de corromper; también es concebido como una modificación o falla en una obra o epístola; la inmoralidad o exceso encuadrado en los cuerpos in tangibles; en las instituciones principalmente en las oficiales es la costumbre que estriba en el empleo de las atribuciones y del patrimonio en beneficio monetario o de cualquier otra clase, de sus titulares. Por otra parte, el término “Corromper” del latín *corromperé*, consecuencia de la corrupción alude a variar y alterar la configuración de un objeto, etc.

Este término, ha contado con múltiples conceptualizaciones. El significado más sencillo es el que se encuentra contenido en el Diccionario de la Lengua Española conforme al cual, corrupción es podredumbre, transformación o argucia de una obra o comunicado, soborno, cohecho, inmoralidad o arbitrariedad incrustado en las cosas incorpóreas.

Dentro de la actividad administrativa, expone Nye (1967), el interés oficial y burocracia; corrupción es concebida como cualquier comportamiento que se aparta de las obligaciones habituales y esenciales a de la labor oficial, motivada en razones personales: domésticas, de unión o de cariño, con el propósito de lograr ventajas particulares –en riqueza o en status en la comunidad. También ha sido expresada como toda infracción del beneficio oficial para alcanzar prerrogativas personales también como el conjunto de acciones empleada por los hombres individualmente considerados o en conjunto con el propósito de conseguir dominio sobre las actividades de la burocracia.

Dentro de este contexto, corrupción puede ser considerada como la perversión o abuso del poder o funciones oficiales con el propósito de obtener beneficios de cualquier clase: económicos, sexuales, etc. los cuales no siempre son para quien realiza la conducta reprochable sino en favor de sus amigos, familiares o en general de cualquier tercero que éste indique.

#### **2.1.2.4.2. Funcionario Público**

Tal como se he dejado claro el abuso del poder, característico de la corruptela que nos acata permanentemente, es una conducta que solo puede ser cometida por los funcionarios públicos es por ello que en el título correspondiente, la norma sustantiva penal reglamenta el accionar que estos efectúan en contra de acostumbrado progreso de la gestión oficial.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, 1996) se ha ocupado de definir los términos básicos que se relacionan con esta mala práctica, en este sentido ha indicado que:

La función pública, corresponde a la labor que de forma eventual o constante, gratificada o *ad honorem* ejecuta un hombre en representación del Estado o en su beneficio o de sus instituciones, en cualquiera de sus categorías (OEA, 1996, art. I)

Este mismo instrumentos internacional, ha dejado claro que los términos "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", son sinónimos y se refieren a los administrativos o trabajadores de la administración Pública o de sus instituciones, comprendidos aquellos que han sido escogidos, nombrados o elegidos para ejercer labores o cargos en representación de la administración pública o en su beneficio en cualquiera de sus categorías. (OEA, 1996, art. I)

En el ámbito de la doctrina Couture, ha señalado que el concepto de funcionario público corresponde al individuo que por orden legal, designación de funcionario competente o cualquier procedimiento señalado en el derecho público, proporciona asistencia, frecuentemente continuas y retribuidas en las entidades oficiales, municipalidades u organismos estatales. Para este jurista. El termino proviene del latín "*functionis*" que se asemeja a "servicio oficial".

De acuerdo con lo mencionado, el funcionario público es aquella persona natural que sin tener en cuenta si fue designado, contratado, etc., cumpla labores en la administración oficial, sean éstas temporales o permanentes, remuneradas o no

Ahora corresponde analizar, el concepto de la legislación Penal ha adoptado acerca de funcionario público aspecto que, atendiendo al principio de legalidad que rige en esta rama del derecho, resulta esencial para poder imputar. Procesar y llegar a condenar a una persona por los comportamientos típicos en ellas previstos.

La norma sustantiva Penal en el Perú, no contiene una noción del funcionario público sino que, contiene una relación de personas que laboran para administración pública que ostentan esa calidad indicando que se estima que tiene esa condición:

Primero: quienes se hayan incluidos en la carrera administrativa

Segundo: quienes ejercen empleos públicos o de confianza incluidos los escogidos a través del sufragio

Tercero: quienes laboran en las compañías estatales o corporaciones de economía mixta y entidades reguladas por el Estado (tal como se consignó en el texto original del Código) pero, a partir del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 26713 dentro de este numeral se considera a cualquier persona, sin que en nada afecte el sistema laboral en que se halle, conserva un nexo profesional o pactado de cualquier índole con instituciones u organizaciones estatales y por ellos realiza trabajos en estas.

Cuarta: los gestores y custodios de capitales confiscados o consignados por funcionario facultado para tal efecto, aun cuando sean de propiedad de particulares.

Quinto: los integrantes de las Fuerzas Armadas o de la PNP

Sexto: los restantes que sean incluidos por la Norma Fundamental o las leyes.

Respecto a esta norma el veintiocho de junio de dos mil quince, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia de Casación N° 634-2015 lo abordó indicando en sus fundamentos de derecho:

Que para los fines punitivos, el artículo cuatrocientos veinticinco del CP acoge catálogo o relación de *numerus apertus* para concebir la trascendencia que en el ámbito punitivo posee el funcionario o servidor público, sobre la base de que esta la noción se efectúa dentro de un ambiente específico en el que prevalece la independencia pragmática del Derecho Penal en relación a las otras disposiciones legales de las diversas ramas. (Corte Suprema de Justicia de la república, Sala Penal Transitoria Casación 634-2015, Fd. primero)

Que como componente de la legislación, el artículo cuatrocientos veinticinco provee una relación, que gradualmente se ha establecido, con el propósito de atribuir responsabilidad punitiva cuyo argumento fundamental consiste, imperiosamente, en que el agente de la conducta posee una dignidad, una condición legal u otra de carácter objetivo -el desempeño de la actividad oficial, con ocasión de un nombramiento público-, esto toda vez que, del examen a las trasgresiones tipificadas en el derecho penal contra la gestión pública, se puede sostener que el bien jurídico protegido es categorial, las prestaciones que las instituciones oficiales deben prestar a la comunidad (...)(Corte Suprema de Justicia de la república, Sala Penal Transitoria Casación 634-2015, Fd. segundo)

Que debido a que el artículo cuatrocientos veinticinco del CP únicamente incluye una relación amplia de los que, para fines punitivos, ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos -componente legal- indubitablemente resulta oportuno hallar particularidades para su localización dentro de los preceptos legales dentro del cual resulte coherente, como fundamento; incrementado los inconvenientes a medida que el ordenamiento jurídico en el que se relaciona es más amplio (...) el dispositivo legal en examen comprende un envío a otro canon toda vez que, en el inc. 6 hace alusión a la Norma Fundamental o los preceptos legales. (Corte Suprema de Justicia de la república, Sala Penal Transitoria Casación 634-2015, Fd. cuarto)

Definitivamente, a partir de un enfoque sistemático y teleológico, la noción de funcionario público, engloba a cualquier individuo que realiza una labor oficial en el ámbito de los servicios públicos que el Estado despliega en la sociedad –definición más extensa que la proporcionada por el derecho público, debe acompañar a la de gestión pública respecto a la protección penal-. (Corte Suprema de Justicia de la república, Sala Penal Transitoria Casación 634-2015, Fd. quinto)

En consecuencia, tal como lo expreso la Corte, el concepto de funcionario o servidores públicos para el derecho penal no se reduce a las situaciones taxativamente señaladas en el artículo cuatrocientos veinticinco sino, a cualquier actividad que en virtud de la Norma Fundamental de la República y de las Leyes ostente tal calidad, sin que ello afecte el principio de legalidad pues, esta circunstancia este prevista en el inciso seis de la mencionada norma.

#### **2.1.2.4.3. Crimen de Corrupción**

Respecto al crimen de corrupción la doctrina ha presentado dos posturas. Por un lado aquella que lo considera como un crimen bilateral (Giusseppe, 1989:190) y por otra la que estima que es pluri subjetivo (Ferreira, 1995:84) debido a que en él confabulan dos intenciones que pertenecen a dos individuos participantes. Para su realización resulta necesaria la comparecencia de dos individuos, de una parte, un **corruptor** (individuo que promete la ventaja) y de otra parte, del **corrupto** (empleado que acepta la promesa o accede a los solicitado). Esta particularidad posibilita que estos dos individuos sean considerados, como sujetos agentes del hecho típico y en consecuencia, se les imponga una pena.

La intervención de los sujetos mencionados, es castigada en las diferentes legislaciones mayormente a través de tipos penales diferentes por motivos de técnica legislativa.

Por medio de esta conducta, se intenta resguardar la moralidad del empleado y su fidelidad con relación a la administración pública. Se ha sostenido que este actuar deshonesto posee una importante ocurrencia en comunidades no democratizadas en las

cuales la influencia de las virtudes y las obligaciones se distinguen por su carencia o en las que se establece como una mercancía para comercializar (Rojas, 199:335)

En la doctrina clásica, Carrara considero que el crimen de corrupción se puede concebir como la comercialización efectuada entre una persona ajena a la administración pública y un empleado de esta, de un hecho que concierne con sus deberes y que por norma no debe originar contraprestación alguna

Esta opinión fue objeto de censura, al reconocerse que atañe a una de las modalidades de este actuar deshonesto. La corrupción, puede efectuarse sin que medie ningún tipo de acuerdo por ejemplo cuando se realiza por odio o por condescendencia evento en el cual la persona que se beneficia con la ilegalidad de la acción del empleado oficial, de ninguna forma ha estimulado esa acción. (Citado por García Del Rio, 2004:89)

#### **2.1.2.4.4. Delitos de Corrupción de Funcionarios**

##### **2.1.2.4.4.1. Precedentes históricos**

El flagelo de la corrupción en el Perú no es de reciente data, se tiene referencia de que en la época del Virreinato del Tahuantinsuyo esa dignidad era negociada en la madre patria y posteriormente al establecerse los cargos eran ofertados al mejor postor, ocupando estos cargos tanto españoles como criollos con buena capacidad económica.

Esta práctica continuó hasta 1812, tiempo en el cual, a la par se platearon ideas en contra de esta práctica corruptiva, en este sentido Ulloa elaboró el documento denominado "Discurso y reflexiones Políticas en el Reino del Perú" en el que se presentaban las iniciales señales de rechazo frente a la crueldad que existía en esa época. En el documento se aborda la corrupción de los corregidores, puesto que en la actual estructura administrativa seria análogo al de Presidente Regional, fue precisamente a consecuencia de sus actuaciones arbitrarias y exterminio hacia los indígenas, lo que originó la insurrección de Túpac Amaru II (1780), pero a pesar de ello, se tiene conocimiento que

ninguno de estos funcionarios fue sometido a a los llamados juicios de residencia realizados en contra de los empleados del Monarca Español (Cardoso, 1972:43).

En la época dela República los sucesos de corrupción aumentaron, viéndose involucrado en ellos paladines los cuales incurrieron en conductas de defraudación y enriquecimiento ilícito. Pero el suceso más sobresaliente es destapado en la presidencia de Alberto Fujimori junto con: Vladimiro Montesinos, Víctor Joy Way, Nicolás de Bari Hermosa Ríos entre otros, los cuales fueron sometidos a juicio y sentenciados a penas privativas de la libertad que se encuentran cumpliendo en la actualidad.

En tiempos más recientes se han presentado petro audios y *business track* a partir de los cuales se instauró la mega comisión encargada de investigar el segundo gobierno de García Pérez.

Y desde finales del siglo pasado y comienzos de éste, el mayor escándalo de corrupción que se desato como del actuar de la empresa constructora brasileña Odebrecht a consecuencia de lo cual se han logrado conocer los casos de Ecoteva en los cuales se vio involucrado en actos de corrupción y lavado de activos el ex presidente Alejandro Toledo. Otro ex presidente que está siendo investigado, por similares conductas típicas a través del denominado Partido Nacionalista, es Ollanta Humala Tasso y su esposa Nadine Heredia Alarcón, quienes aparentemente también tendrían algún tipo de vínculo con Belaunde Lossio procesado por la llamada “La Centralita”, organización corruptora en la que existen más de sesenta imputados y que ha permeado especialmente el poder judicial del país y lideresa del partido Fuerza Popular Keiko Fujimori, entre mucho otros ya que las pesquisas recién empiezan.

En contra de los cuales se presentan cargos por: recibir coimas para beneficiar a la mencionada sociedad en las diversas licitaciones para realizar obras públicas, por los cuales se les han imputado cargos por cohecho, colusión y tráfico de influencias, y por los aportes de capitales ilegales a las campañas electorales lo que ha sido tipificado como lavado de activos.

#### **2.1.2.4.4.2. Bien Jurídico Tutelado**

Las disertaciones en torno al bien jurídico que pretende tutelar, a través de la tipificación de los delitos de corrupción de funcionarios han sido variadas y han girado en torno a si se refiere al apropiado desempeño de las instituciones de la gestión oficial o del postulado de imparcialidad con que éstas se deben realizar.

Dentro de este contexto, se entiende por administración pública, el conjunto de acciones desempeñadas por los empleados y servidores oficiales para la buena marcha del Estado de manera que, logre alcanzar sus propósitos y en consecuencia, ninguna persona pueda rebatir de manera prudente que amerita ser protegida por el Derecho Penal. (SUAREZ, 2001:161).

Es decir, con este tipo de conductas típicas lo que se pretende proteger es el frecuente, adecuado y diáfano desarrollo de gestión oficial, encauzada a lograr la finalidad máxima del bienestar social. Cualquier conducta dirigida a lesionar o poner en riesgo la marcha habitual de la gestión pública, simultáneamente acarrea un riesgo para la organización estatal.

De esta forma, el normal desarrollo de la gestión pública se erige como el bien jurídico superior que el Estado de forma general, debe salvaguardar a través de las normas penales. Pero, en la práctica cada conducta típica está dirigida a salvaguardar un interés más concreto. Sobre este aspecto Muñoz Conde (2001:922) ha indicado que el ejecución de alguna de las infracciones rotuladas como delitos de corrupción de funcionarios, son dos los bienes jurídicos que se procuran salvaguardar con la pena que se puede imponer. Inicialmente el corriente, apropiado diáfano desarrollo o ejercicio de la gestión oficial, bien jurídico que es lesionado por cualquiera de los comportamientos. Accesoriamente, cada tipo penal protege un bien jurídico en concreto.

En la práctica esta distinción implica que, cuando se haga referencia al bien jurídico protegido por determinada conducta, en listada como de corrupción de funcionarios, se debe precisar el bien concreto que se afecta.

Por ejemplo, en lo referente a la conducta típica del cohecho, impera una posición fijada por la jurisprudencia conforme a la cual, el bien jurídico es la integridad y respeto que debe prevalecer en la gestión oficial. En conclusión, lo que es objeto de sanción en este tipo de conductas es la potencial venta del empleado o servidor oficial, pretendiendo salvaguardar a través del derecho penal acostumbrada marcha de la gestión pública. (Núñez, 1992:97)

#### **2.1.2.4.4.3. Autoría y participación**

Las conductas tipificadas bajo el rotulo de corrupción de funcionarios, se instituyeron como “delitos especiales” es decir, como un comportamiento que únicamente puede ser realizado por una agente que posea la cualidad de ser funcionario público al cual, dentro del ámbito de la ciencia del derecho penal se le ha denominado como “*intraanei*”, y lo que no la posean han sido designados como “*extraneus*” o extraños quien por mandato legal no pueden ser autores de este tipo de faltas. Estos delitos especiales además pueden ser: propios o impropios.

En los delitos especiales propios, el delito se fundamenta en la calidad específica del agente eje. Prevaricato, abuso de autoridad, cohecho, etc. En los delitos especiales impropios por su parte esa cualidad no es de la esencia de la conducta sino que se erige como una circunstancia que autoriza incrementar la pena, eje., en el peculado, si el sujeto agente no es funcionario oficial, la conducta puede ser constitutiva de hurto agravado, de apropiación indebida, concusión o estafa, según el caso.

#### **2.1.2.4.4.4. Teorías participación de los “extranei”**

Dentro de la dogmática Penal se han planteado postulados para encuadrar la autoría o participación de los extranei en los crímenes realizados por los funcionarios oficiales, lo cuales se presentan en las siguientes teorías:

#### **2.1.2.4.4.1. Del dominio del hecho**

##### **2.1.2.4.4.1.1. De la ruptura del título de imputación**

Esta postura sostiene que las infracciones especiales únicamente pueden ser realizadas por los *intraneus*, por ende los extraneus resultarían responsables de las conductas típicas comunes que realicen es decir, cada cual responde por la conducta que realice.

Los defensores de este supuesto, exponen como su sustento normativo el artículo 26 del CP concerniente a la comunicabilidad de circunstancias personales de acuerdo con la cual, la calidad exigida al agente en las infracciones especiales no pueda ser empleada como sustento para realizar el juicio de tipicidad y sancionar a los coparticipes *extraneus*. (García, 2008:602)

En este evento, el empleado oficial que posee el dominio de la conducta (*intraneus*), comete la infracción con la colaboración de un tercero (*extraneus*), el primero será su autor de esa conducta típica especial y el segundo ostentará el nivel de cómplice de una infracción común, contrariamente, en el caso de que el dominio de la infracción lo posea el *extraneus* y el *intraneus* solamente lo haya auxiliado, el primero debe responder como autor de la infracción común y el segundo como partícipe de la infracción especial.

El principal error de esta postulación consiste en desconocer la “accesoriedad” de la participación, dado que en los eventos en los que el dominio de la conducta estuviera en manos del *intraneus*, la sanción de *extraneus* no depende de la conducta típica (infracción especial) sino de otro en que ha incurrido (infracción común) y, al contrario cuando el dominio de la conducta estuvo en manos del *extraneus*, el *intraneus* sería sancionado como copartícipe de una infracción especial, que no ha ejecutado efectivamente, dado que al *extraneus* se le endilga una infracción común. (Reaño, 2004:39).

Atendiendo a los planteamientos expuestos, se considera que esta teoría no salvaguarda convenientemente el bien jurídico, toda vez que posibilita la lesión de la gestión oficial de la misma forma por particulares como por funcionarios oficiales con impunidad pues, conforme a sus planteamientos se presenta: i) no existe sanción para los extraneus en infracciones especiales propias, pues este no puede ser ni participe ni autor de una infracción especial.

Un ejemplo permite una mejor comprensión de la situación, imaginémosnos que un particular coadyuva a un funcionario oficial para que éste malverse fondos oficiales estatales que están bajo su gestión, éste no podría ser autor de esa infracción especial, dado que la incomunicabilidad de las circunstancias lo impiden ni, de ninguna infracción común pues el CP no contiene un tipo que consagra ese comportamiento.

De la misma manera ocurre, en el evento en que el extraneus posee el dominio de la conducta, por ejemplo utiliza al magistrado para que cometa prevaricato o, participe en el la etapa ejecutiva del enriquecimiento ilícito. En el evento de presentarse autoría mediata al Magistrado no se podría imponer una pena dado que, no poseyó el dominio de la conducta, pues fue confundido pero, al extraneus no se le puede endilgar la autoría del prevaricato dado que no es funcionario oficial por lo cual no podía ser objeto de sanción pues. De la misma manera, tampoco podría endilgársele participación pues con fundamento en el principio de accesoriedad dado que no existe autor. En el evento de dominio funcional, en el que se presenta coautoría, en aplicación del principio de incomunicabilidad de circunstancias solo se podría imponer pena al funcionario oficial.

ii) La falta de sanción del empleado oficial cuando cometen el delito a través de una conducta omisiva, no se les responsabilizaría como autores de las infracciones especiales, el intraneus únicamente respondería como partícipe, en el evento en que permite que el extraneus con dominio de la conducta lesione o ponga en riesgo el bien jurídico salvaguardado. Ellos por cuanto, el intraneus no tiene el dominio de la conducta y por ende responde a título de partícipe.

En términos generales estos postulados, a pesar de su elaboración teórica no poseen aplicación en la práctica legal.

#### **2.1.2.4.4.1.2. De la Unidad del Título de imputación**

Esta posición manifiesta que, es cierto que el extraneus no puede ser autor de una infracción especial si puede ser partícipe de ella, pues conforme a los presupuestos de la autoría y participación: autor es quien posee el dominio de la conducta y participe quien coadyuva a ella no se presenta obstáculo para que el extraneus sea sancionado como partícipe de una infracción especial cuando haya ayudado en su ejecución

Los adeptos a esta teoría manifiestan que, incomunicabilidad de las circunstancias no puede ser empleada como argumento en contra de la participación del extraneus en las infracciones especiales, sino que esta constituye el fundamento de tal aseveración.

Dentro de esta posición, el intraneus y el extraneus son responsables, por la infracción común o especial, de acuerdo con la determinación del dominio de la conducta pero, no por infracciones diferentes (Abanto, 2004:52) De esta forma, si en el peculado el dominio de la conducta lo posee el empleado oficial *–intraneus–*, éste se considerará autor pero, el particular *–extraneus–* será partícipe de esa conducta. Por el contrario, si el dominio esta en cabeza del extraneus, será autor de una infracción común y el intraneus partícipe de la misma.

De acuerdo con esta conjetura, el concurso de un intraneus *–empleado oficial–* y un extraneus *–un particular–* en la ejecución de una conducta típica de infracción de deber, acarrea dos posibilidades: i) el intraneus será autor si el dominio de la conducta esta comprendido dentro de sus facultades y el extraneus será partícipe; ii) el control de la conducta lo tiene el extraneus,

Este será autor y el intraneus, partícipe de la infracción común que se le pueda imputar el extraneus. Ejemplo en tratándose de malversación de fondos, lo será de apropiación ilícita.

Esta posición resulta ser más acertada que la anterior, toda vez que de acuerdo a sus postulados las acciones de los extraneus son quedarían exentas de ser sancionadas. En las infracciones especiales propias los extraneus serán sancionados, en el evento en que carezcan del dominio de la conducta, como partícipes de la infracción especial. En la infracciones especiales impropias, los extraneus será partícipes de la infracción especial. Con lo cual, se podría llegar al extremo de aplicar sanciones más severas a los extraneus y menos gravosas a los *intraneus* a pesar de que, la dogmática propende por que la sanción más severa sea aplicada al empleado oficial.

Ejemplificando esta situación tenemos: que un extraneus se apodera o emplea, dineros que ha sido confiados a un funcionario oficial en razón de sus funciones, gracias a la actitud dolosa de éste último, el intraneus podrá ser sancionado como partícipe de la conducta de apropiación ilícita agravada dado que el autor fue un extraneus.

Otra circunstancia que resta aplicabilidad a esta posición, consiste en que en las infracciones especiales propias, deja sin protección el bien jurídico, cuando el dominio de la conducta es ejercido por el extraneus, pues de acuerdo con el principio de unidad de la imputación a los dos se les debe endilgar la misma infracción. Como consecuencia se tiene que, en las infracciones especiales propias, únicamente se podrían sancionar los extraneus e intraneus cuando el dominio de la conducta lo posee el intraneus (en el primer evento como partícipe y en el segundo como autor de la infracción especial). Pero, a pesar de ello ambos quedarían exentos de sanción cuando el dominio de la conducta lo posee el extraneus debido que, no puede ostentar la calidad de autor por no ser empleado oficial y por no haberse tipificado su conducta como una infracción común, ésta devendría en atípica y por ende no sería posible sancionarlo.

#### **2.1.2.4.4.1.3. La teoría de la infracción de deber**

Debido, a la presencia de conductas típicas en las que la autoría no podía ser establecida a partir del concepto del dominio de la conducta, surgió la teoría de la infracción del deber. Esta se encuentra fundamentada en la subsistencia de conductas típicas, que se configuran solo a partir de la contravención de una obligación a cargo del agente, tal como sucede en las infracciones realizadas por los empleados oficiales, en las que únicamente el *intraneus* puede ser considerado autor.

El postulado básico de esta posición consiste en que, el individuo de atrás –*intraneus*- es el autor mediato y el de adelante –*extraneus*- es cómplice pues no posee la calidad típica de empleado oficial, lo cual se sostiene en el hecho de que únicamente la trasgresión de la obligación jurídica cometida por el *intraneus*, puede cimentar la autoría de la conducta (ROXIN, 1998:161).

Los denominados delitos de infracción fueron reconocida por Roxin pero, su desarrollo resulta inimaginable sin la intervención de otro destacado jurista, Jakobs quien, en el ambiente de un movimiento en el que se le da prevalencia a la norma del Derecho Penal, encausa su opinión doctrinal a extender la argumentación respecto a los delitos de infracción del deber.

En este orden de ideas, el inicial fundamento de la responsabilidad penal está dado por el quebranto de las obligaciones habituales de funcionamiento, los cuales corresponden a los deberes normales de desempeño, con lo cual hace referencia a que cada individuo, por ser tal, está constreñido a acatar sus obligaciones que corresponden a todos con ecuanimidad, siendo la principal obligación, y que precede a todas, no perjudicar a los otros en sus posesiones, a la vez que la posición más destacada del individuo es la de ser sujeto de Derecho.

El acatamiento de esa obligación habitual faculta al individuo, ha formar parte de una de la comunidad donde habita y se desenvuelve en un ambiente de autonomía viabilizando para él y para todos las demás personas una coexistencia tranquila. La presencia de las obligaciones habituales ocasiona que la independencia de cada individuo no sea indeterminada, pues en la práctica esta debe circunscribirse.

Esas fronteras que se le imponen a la autonomía del individuo, se originan de la situación legal que esta posea en la comunidad, lo que quiere decir, su actitud frente a los derechos y deberes que debe observar para el buen desarrollo de la comunidad. En el evento en que un individuo trasgrede las obligaciones que se le han impuesto, ejerce ilegalmente su autonomía, constituye una situación que la ley reprime.

Si para alcanzar un espacio personal dentro de la comunidad, se acude a menoscabar recursos ajenos es indiscutible que al trasgresor se le impute responsabilidad en el ámbito penal.

El otro soporte de la responsabilidad se origina en el quebrantamiento de las obligaciones específicas, es decir, compromisos adquiridos con ocasión de las funciones que se asignan como funcionario oficial, a los que corresponde las conductas típicas constitutivas de infracción de las obligaciones, las cuales, en este contexto, no están referidas a las trasgresión de las obligaciones generales de la autonomía personal, sino con el incumplimiento de términos impuestos al asumir una determinada posición, el hecho de ser madre, magistrado, profesor impone un comportamiento concreto dado que, se fundamenta en una obligación colectiva que impone al individuo una obligación concreta. Ejemplificando se tiene por ejemplo, lo ideal es que el agente del orden custodie al delincuente sin martirizarlo, de la madre que vigile a su niño al sacarlo de casa en lugar de dejarlo moverse a su albedrío. Estas personas poseen obligaciones oficiales específicas, exclusivos del cargo oficial para el primero, y de la patria potestad para la segunda las cuales se han establecido en la comunidad para asegurar su buen marcha. De esta manera, en el detrimento de la obligación reside para Jakobs el soporte de la imputación jurídico-penal, discrepando de esta manera de Roxin para el cual el detrimento del deber es un aspecto que sirve para establecer la autoría de la conducta. (Sánchez-Vera Gómez, 2002:36).

#### **2.1.2.4.4.5. De los delitos en particular**

#### **2.1.2.4.4.5.1. Cohecho pasivo específico**

Este tipo penal se encuentra consagrado por el artículo 395 del CP

##### **Tipicidad objetiva**

Este tipo de cohecho pasivo específico por la clase del sujeto activo el cual puede ser: magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o con calidad similar, contiene dos conductas a partir de las cuales se perfecciona:

Primero: cuando un empelado del tipo reseñado, en cualquier circunstancia toma o recepta de otra persona, la cual puede ostentar la calidad de empleado oficial o ser un extraño, dádiva, ofrecimiento o cualquiera otro provecho o utilidad, conociendo que es efectuado con el propósito de presionar o resolver en una cuestión que éste está conociendo o es de su competencia.

Segundo. Cuando éste, pide a un tercero (a quien atañe la cuestión) directa o indirectamente, dádiva, ofrecimiento o cualquiera otro provecho o utilidad con el propósito de contribuir en la solución de una cuestión que este debe resolver.

Como se ve el elemento común de las conductas radica en que, se debe efectuar sobre asuntos de los cuales conoce o han sido atribuidos a los funcionarios mencionados como sujetos agentes.

De acuerdo con la descripción normativa, en la primer comportamiento se presente un mutuo canje de beneficios, en las que el sujeto activo aprovecha la dádiva o provecho que le confiere el ofrecimiento realizado por un extraño, que no necesariamente debe ser empleado oficial quien se beneficia al lograr que el asunto que le interesa sea decidido de forma que lo beneficie. En la segunda forma del comportamiento típico, por el contrario, no requiere que se verifique ese beneficio o provecho pues, para que se perfeccione la conducta es suficiente la exigencia es decir, no es necesario que el extraño la acepte, lo cual a la vez implica que no se requiere de la presencia de una convención para que se cometa la infracción.

El bien jurídico general protegido, como ya se indicó es el normal desenvolvimiento de la gestión oficial y en cuanto al específico, lo constituye de una parte, las obligaciones que provienen del puesto que se ocupa, de las funciones o atribuciones que se le han asignado, con la consecuente lealtad hacia la gestión oficial a que se encuentran sometidos los servidores oficiales y de otra parte, defenderla la ecuanimidad con la que deben cumplir sus labores, sus decisiones deben ser consecuencia de sus actuar libre.

En conclusión lo que se pretende es salvaguardar la estabilidad e integridad en la adecuada administración de justicia en el contexto jurisdiccional y administrativo.

Ebn cuanto a las personas que sin poseer los cargos que se refiere la norma, han prestado su colaboración en la realización de la conducta se les puede procesar endilgándoseles el delito pero a título de cómplices

La expresión “(...) cualquier otro análogo a los anteriores (...)” significa que dentro de este se incluye cualquier empleado oficial al que por ley se le ha confiado la labor de impartir justicia a nivel judicial o administrativo, de manera que se incluyen los integrantes del JNE, del extinto Consejo Nacional de la Magistratura, Comisiones especiales del Congreso, autoridades de las comunidades Campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc.

El sujeto pasivo es el Estado a quien pertenece el bien jurídico tutelado en sus dos vertientes: general e individual pero, solo la entidad directamente perjudicada con la conducta ostenta la calidad de perjudicado en el proceso penal

### **Tipicidad subjetiva**

Las conductas constitutivas de este comportamiento típico solo admiten la realización a título de dolo, la norma no ha previsto la probabilidad negligente o culpable por parte del empleado oficial.

De acuerdo con lo cual el agente del comportamiento conoce la naturaleza y el propósito de la petición, el asentimiento o percepción del beneficio y sin embargo desea proceder. La

ciencia del derecho en el Perú ha expuesto unánimemente que este comportamiento solo se puede realizar por dolo directo. (Salinas Siccha, 2014:517).

La expresión “(...) a sabiendas (...)” empleada en el tipo penal implica que el autor ejecuta el hecho persuadido de la ilegalidad de su proceder y siendo íntegramente consiente de las solicitudes contenidas en los recursos corruptores y sin embargo lo exige o acepta.

### **Consumación y tentativa**

La consumación de las conductas se produce por la sola aceptación o admisión de la dádiva, del ofrecimiento o cualquier otra utilidad con el propósito de intervenir en la resolución de una cuestión judicial o administrativa encargado a su conocimiento o competencia, además son tipos de mera actividad es decir, se perfeccionan con la simple actividad no acepta la tentativa

### **2.1.2.4.4.5.3. Cohecho activo genérico**

Este tipo penal se encuentra consagrado por el artículo 397 del CP

### **Tipicidad objetiva**

Se observa que el congreso reitero las conductas del cohecho pasivo propio e impropio (arts.393 y 394 CP) para consagrar la acción realizada por una persona ajena a la gestión oficial que soborna o intenta sobornar a empleados oficiales.

En esta ocasión la conducta puede ser desplegada por cualquier persona, el agente es común análogo a los receptos de la actividad corruptora. (Rojas, 2007:534).

De la manera como se ha tipificado la conducta, ésta constituye un delito común dado que puede ser ejecutada por cualquier individuo, pues no se requiere que posea una posición o facultad particular.

Esta conducta típica se perfecciona en el momento en que el agente, a través de cualquier circunstancia o mecanismo, entrega u ofrece el empleado oficial dádiva, ofrece alguna

utilidad o provecho con el propósito de que efectúe o incumpla los deberes que se le han asignado.

Al igual que la conducta precedente, la ventaja, utilidad, dadiva o beneficio deben estar vinculados con las competencias que por razón del cargo posee el funcionario oficial pues, de lo contrario la conducta resultaría atípica.

La intención concreta del agente está dirigida en primer lugar que: es la del beneficiado en la actuación que desarrolla el funcionario oficial, bien sea porque se toma una decisión en corto tiempo, en que se acepte su petición, etc. y, en segundo lugar, también puede pretender el agente que el empleado oficial sin que incumpla sus funciones prescinda o ejecute una actuación a la que se encuentra obligado por razón de su investidura.

A esta conducta en general se aplican las consideraciones realizadas para el Cohecho pasivo específico.

En cuanto se refiere al bien jurídico concreto se refiere a la salvaguarda de la norma funcionamiento de la gestión pública contra acciones de terceros que pretenden sobornar a los funcionarios oficiales. Se busca, salvaguardar las obligaciones que emanan de la investidura, la consecuente lealtad hacia la gestión oficial que debe ser acatada por los empleados oficiales de manera que al cumplir con sus labores se desempeñen honestamente.

El sujeto agente puede intervenir como autor mediato, coautor, etc.

El sujeto pasivo, es el Estado.

### **Tipicidad subjetiva**

Esta conducta es dolosa, el agente dirige sus capacidades intelectivas y volitivas a pervertir al empleado oficial con el propósito de ser beneficiado en un asunto sometido a su conocimiento por ser de su competencia. En consecuencia, espera que el funcionario

ejecute, cumpla o incumpla una actuación pública que debe realizar desconociendo de esta forma las obligaciones que su investidura le impone.

### **Consumación y tentativa**

Estos delitos son actividad, se perfeccionan en el instante en que el sujeto activo hace el ofrecimiento, entrega la dádiva, el beneficio o la utilidad, de manera que este comportamiento no admite la tentativa.

#### **2.1.2.4.4.5.3. Negociación incompatible con el cargo**

Este tipo penal se encuentra consagrado por el artículo 399 del CP

### **Tipicidad objetiva**

Esta conducta únicamente puede ejecutarse por un empleado oficial, el cual de manera ilegal se inmiscuye directa o indirectamente o por acciones fingidas, en beneficio propio o de terceros, en cualquier convenio o negocio en los que participa por causa de las funciones que desempeña en la gestión oficial.

El bien jurídico concreto que se busca salvaguardar es, la fidelidad en el desempeño de las funciones por parte de los empleados oficiales, quien interviene en estos asuntos representando los intereses gubernamentales que se pueden ver afectados por su conducta.

El agente debe ser un empleado oficial, al que se le hayan atribuido las funciones de participar en contratos o asuntos en representación gubernamental pues de lo contrario la conducta punible no se perfecciona.

El sujeto pasivo es el Estado.

### **Tipicidad subjetiva**

Esta conducta es dolosa por ende excluye la actuación culposa. El empleado oficial debe proceder comprendiendo que, posee la obligación de desempeñar con honestidad e integridad en los contratos o asuntos en los que por razón de su investidura debe conocer o intervenir en representación oficial.

### **Consumación y tentativa**

Esta conducta es de mera actividad, por ende excluye la tentativa e implica que se perfecciona con la demostración de interés particular ilegal, del funcionario oficial en el convenio o asunto estatal con el fin de lograr un beneficio, utilidad o dádiva para él o para un tercero.

Es decir, el delito se perfecciona con independencia de si la conducta del agente logro perjudicar los recursos oficiales ni, si alcanzo la utilidad o ventaja que pretendía. (Salinas Siccha, 2014:579).

#### **2.1.2.4.4.5.4. Enriquecimiento ilícito**

Este tipo penal se encuentra consagrado por el artículo 401 del CP

### **Tipicidad objetiva**

Esta conducta se perfecciona cuando el empleado oficial aprovechando sede la dignidad que ejerce en la gestión gubernamental aumenta ilegalmente su capital.

Esta norma consagra, explícitamente el indicio a partir del cual se puede colegir la realización de la conducta por parte del funcionario oficial, el cual consiste en el aumento de su capital o de su consumo económico personal en comparación con los datos consignados en su declaración jurada de bienes y rentas de manera que, es claramente superior al que hubiera podido obtener como consecuencia de sus salarios o estipendios recibidos o el aumento de su patrimonio o entradas por otras motivos legales.

De acuerdo con la descripción típica se debe tener claro que, esta conducta típica no incluye al tercero o al funcionario oficial que incrementan su patrimonio fuera de la gestión

pública, acciones que reciben otro tratamiento legal. En consecuencia solo se refiere, al aumento del capital o consumo particular del funcionario oficial, originado en la extralimitación de sus funciones.

El bien jurídico protegido es el mismo que el señalado anteriormente.

El sujeto activo es cualificado, funcionario o servidor público que aumenta su patrimonio ilegalmente, valiéndose de la dignidad que desempeña.

A pesar de tratarse de una conducta típica especial, propia admite la participación de terceros, sin que ello signifique la ruptura del título de imputación, pues a cada uno se le efectúa la imputación como partícipe, que corresponde de acuerdo a su colaboración al funcionario oficial dado que no ostenta la calidad de funcionario oficial que es quien el único que puede ser el autor.

En cuanto al sujeto pasivo es el Estado. En el evento en que particulares se consideren agraviados deben hacer valer su derecho ante la jurisdicción que corresponda pero no, en el proceso penal.

### **Tipicidad subjetiva**

El agente debe actuar de forma dolosa por lo cual se excluye la realización culposa. El agente posee la voluntad de aumentar su capital ilegalmente.

El dolo es directo, el sujeto activo es consciente de que sus actuaciones en contravención de sus obligaciones funcionales le conducirán a aumentar su patrimonio o su consumo económico particular.

### **Consumación y tentativa**

Esta conducta es de resultado, se perfecciona al verificar, el actual aumento del patrimonio del empleado público a consecuencia del desconocimiento ilegal de las funciones que su investidura le otorgó durante un plazo específico.

En consecuencia, se excluye la tentativa en esta conducta

.

.

### **III. METODO**

#### **3.2. Tipo de investigación**

Este trabajo investigativo se realizará de tipo aplicado toda vez que, a partir de la información proporcionada por las múltiples fuentes del estudio: la ley, los convenios internacionales, la jurisprudencia local y extranjera, así como la opinión de los investigadores de este sector de la ciencia jurídica relativas a las variables delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva se concretarán las causas del problema del estudio y se esbozarán soluciones que pueden ser adoptadas por los Fiscales.

El diseño empleado en la investigación fue: no experimental, descriptivo, correlacional-causal.

Diseño no experimental porque ninguna de las variables de la investigación: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva fueron dirigidas intencionalmente por el investigador. Estas se examinaron en su propio contexto.

Correlacional causal por que se explicara la forma como ha repercutido la prisión preventiva en la corrupción de funcionarios en periodo comprendido entre el uno de enero de 2016 al uno de julio de 2017.

Descriptivo porque se observaran y describirán las características de las variables de la investigación: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva durante el periodo de la investigación.

#### **3.2. Población y muestra**

Para conformar la población de la investigación se acudió a la colaboración de 75 personas: Jueces Penales (unipersonales y colegiados), Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción-, Fiscales provinciales y adjuntos, Abogados litigantes en Derecho Penal, Procuradores Públicos y Defensores Públicos de Lima Centro.

Se definió, aplicando el método no probabilístico que 59 de estos colaboradores se agrupan en la muestra de la investigación. Valor obtenido utilizando la fórmula:

$$n = \frac{n^{\circ}}{1 + \frac{n^{\circ}}{N}}$$

En la cual:

$$n^{\circ} = p * (1 - p) * \left[ \frac{z \left( 1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$1 - \frac{\alpha^2}{2}$  = 0.05

$z(1-\alpha/2)$  = 1.64

P = proporción esperada 0.5

• d = precisión (en su investigación use un 5%).

Z = nivel de confianza 90%

La muestra se configuro así:

COLABORADOR	CANTIDAD	PORCENTAJE
Jueces Penales (unipersonales y colegiados)	13	22.03%
Jueces investigación preparatoria -s.a.c.-	06	10.16%
Fiscales provinciales y adjuntos	11	18.64%
Abogados litigantes en Derecho Penal	14	23.72%
Procuradores Públicos	08	13.55%
Defensores Públicos de Lima Centro	07	11.86%
<b>TOTAL</b>	<b>59</b>	<b>99.96%</b>

### 3.3. Operacionalización de las variables de la investigación

VARIABLES	INDICADORES	RELACION
<b><u>X. INDEPENDIENTE</u></b>  <b>DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS</b>	X.1. Funcionario o servidor público	<b>X-Y</b>
	X.2. Beneficio	
	X.3. Funciones	
<b><u>Y. DEPENDIENTE</u></b>  <b>PRISIÓN PREVENTIVA</b>	Y.1. medida cautelar	
	Y.2. asegura presencia del imputado en el proceso	
	Y.3. asegura el cumplimiento de la pena privativa de la libertad	

### 3.4. Instrumentos

Los instrumentos a los que se acudió en esta investigación fueron:

- 1) **El Cuestionario.** Conformado por interrogantes sobre las variables: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva.
- 2) **El Fichaje.** Permite la confección de fichas bibliográficas para mencionar las referencias de las fuentes de investigación y las citas que de ella se extraen respecto de los delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva.

### 3.5. Procedimientos

Se usaron el:

**Hermenéutico:** Permite comprender las variables: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva en concordancia con los preceptos legales, en los veredictos judiciales y en la opinión de los expertos del derecho.

**Exegético.** Para explorar y conocer textualmente la manera como han sido tratadas formalmente por los legisladores las variables: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva.

**Sistemático.** Al utilizar este método se examinarán las variables de la investigación: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva en el contexto normativo, la jurisprudencia y los investigadores del derecho.

### 3.6. Análisis de Datos

En esta investigación la información fue examinada a través de las siguientes técnicas:

- 1) **Análisis documental.** Para estudiar, interpretar y seleccionar la información emanada de las fuentes documentales de investigación referidas a las variables: delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva

- 2) **Conciliación de datos.** Para entrelazar la información suministrada por las fuentes de la información sobre delitos de corrupción de funcionarios y prisión preventiva.

## **IV. RESULTADOS**

### **4.1. Contratación de la hipótesis**

La ciencia estadística prevé la contratación como una técnica empleada para corroborar la hipótesis presentada en la investigación.

Para lograr el propósito indicado se parte de singularizar las hipótesis:

#### **General:**

**H<sub>1</sub>:** La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño debido a que la ley prohíbe declararla judicialmente si previamente el padre legal no ha obtenido sentencia judicial emitida en juicio de impugnación de la paternidad y porque no se puede declarar con fundamento en el resultado de la prueba de ADN.

#### **La hipótesis Nula:**

**H<sub>0</sub>:** La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada **NO** vulnera el interés superior del niño

Lo siguiente es contrastar la hipótesis general de acuerdo a los parámetros señalados por cada procedimiento así:

#### **REGRESION:**

Este procedimiento se emplea para identificar y cuantificar alguna Relación Funcional entre las variables de la investigación, en el que cada una depende de la otra, esta aseveración se expresa en un en modelo de Regresión Simple que:

Se parte de qué Y es la variable dependiente y X la independiente.

Y y X representan variables, en donde Y depende de X, es decir "Y es una función de X", lo que equivale a  $Y = f(X)$

En este modelo se determina que Y es una función de sólo la variable independiente, motivo por el cual se le llama Regresión Divariada y matemáticamente corresponde a  $Y = f(X)$ .

En esta fórmula "Y está regresando por X". La variable dependiente es la que se pretende que se desea dilucidar, predecir, debido a ello se le denomina también como REGRESANDO ó VARIABLE DE RESPUESTA.

La variable Independiente por su parte se representa por X y se menciona como VARIABLE EXPLICATIVA ó REGRESOR y se emplea para explicar a Y.

Sintetizando lo anterior, se tiene que en el análisis de la relación funcional entre dos variables poblacionales: una variable X, llamada independiente, explicativa o de predicción y una variable Y, llamada dependiente o variable respuesta, presenta la siguiente notación:  
 $Y = a + b X + e$ .

Dónde:

a= es el valor de la ordenada donde la línea de regresión se intercepta con el eje Y.

b=es el coeficiente de regresión poblacional (pendiente de la línea recta)

e=es el error

Este procedimiento relaciona la variable dependiente **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA** con la información suministrada por otra variable independiente **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**TABLAS DE REGRESIÓN DEL MODELO:  
VARIABLES INTRODUCIDAS/ELIMINADAS (b):**

Modelo	VARIABLES INTRODUCIDAS	VARIABLES ELIMINADAS	Método
1	INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	0	estadístico

- a. Todas las variables solicitadas introducidas  
b. Variable dependiente: **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**

**RESUMEN DEL MODELO DE LA INVESTIGACION:**

Modelo	R	R cuadrado	R cuadrado corregida	Error típ. de la estimación
1	78.28% (a)	82.35%	54.64%	2.86%

- a. Variable predictora: (Constante), **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**Explicación:**

Coefficiente de correlación lineal corregido = 54.64% el que da entender una correlación aceptable

Coefficiente de Determinación Lineal = R cuadrado = 82.35% porcentaje que indica de la variación total se debe a la variable independiente: **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** y el remanente se imputa a otros factores.

Coefficiente de Correlación (R) = 78.28% (a) lo que indica una correlación buena  
 Error típico de Estimación = 2.86% el cual expresa la desviación típica de los valores observados respecto de la línea de regresión. Este dato apoya la investigación efectuada por ser menor al error esperado por la investigadora.

### ESTADÍSTICA

Contrastar estadísticamente la hipótesis implica cotejar los pronósticos de la investigadora con la realidad examinada, de manera que si el resultado coincide con el margen de error esperado en la investigación (5%) se admite la hipótesis de la general y por ende se inadmite la nula.

ESTADÍSTICOS		INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA
N	Válidos	52	52
	Perdidos	0	0
Media		91.7461	94.0000
Mediana		97.0000	98.0000
Moda		97.00	97.00
Desviación típica.		4.27713	5.54581
Varianza		37.725	39.667
Mínimo		83.00	87.00
Máximo		97.00	100.00

#### Explicación:

Media o valor promedio de la variable independiente = 91.74%

Media o valor promedio de la variable dependiente= 94.00%.

Estos porcentajes evidencian buen promedio para las variables pero, más alto para la dependiente, que es la que se desea remediar dato que afirma el tipo de investigación efectuado.

Desviación; busca calcular el grado de desviación de los valores respecto a un valor estándar fijado, conforme a la tabla es de: 4.27 % para la variable independiente y 5.54% para la dependiente.

Este resulta permite deducir una alta concentración en los resultados obtenidos; pero, más favorable para la variable dependiente, lo cual afirma el tipo de investigación efectuado.

### **ANOVA**

La sigla ANOVA significa Análisis de la Varianza, la cual es concebida como una particularidad de la muestra de la investigación que pondera su dispersión o variabilidad en proporción del valor estándar fijado.

Comprende unidades al cuadrado de la variable. Su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

La Tabla ANOVA, se compone de los siguientes datos:

Suma de cuadrados, Grados de libertad, Media cuadrática, Estadístico “F” y el Valor de significancia.

El estadístico “F” es el cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza. Uno de estos estimadores se obtiene a partir de la variación existente entre las medias de regresión. El otro estimador se obtiene a partir de la variación residual. La Tabla de ANOVA, recoge una cuantificación de ambas fuentes de variación (sumas de cuadrados), los grados de libertad (gl) asociados a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad). Ahora, el cociente entre estas dos medias cuadráticas nos proporciona el valor del Estadístico “F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado.

**TABLA DE VARIANZA-ANOVA (b):**

Modelo		Suma de cuadrados	Gl	Media cuadrática	F	Sig.
1	Regresión	72.345%	1	72.3345%	7.876%	3.15%(a)
	Residual	41.478%	5	7.876%		
	Total	116.000%	6			

a. Variables predictoras: (Constante), **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

b. Variable dependiente **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**

**Explicación:**

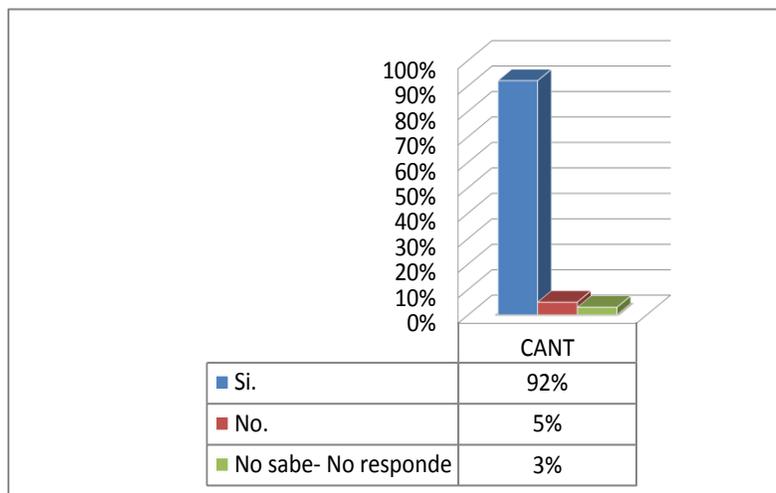
Estadístico F:= 7.876%, a pesar de no ser muy alto es representativo para la predicción del modelo lineal.

Sig = 3.15% el que confrontado con el error esperado por la investigadora (5.00%) es más bajo, resultado que permite admitir la hipótesis de la investigadora y la inadmisión de la nula y, además afirma el tipo de investigación efectuado

## 4.2. De la encuesta

1. ¿Sabía usted que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores?

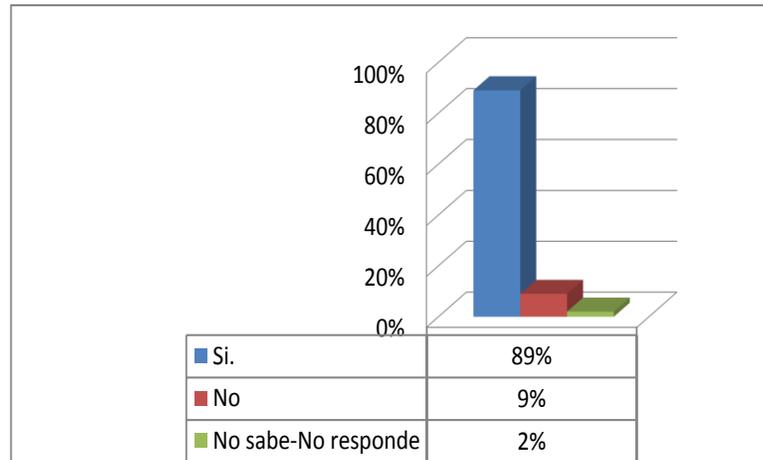
### 1º. Gráfico



**Sinopsis:** El primer gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

2. ¿Conocía usted que el principio del interés superior del niño prevalece sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él?

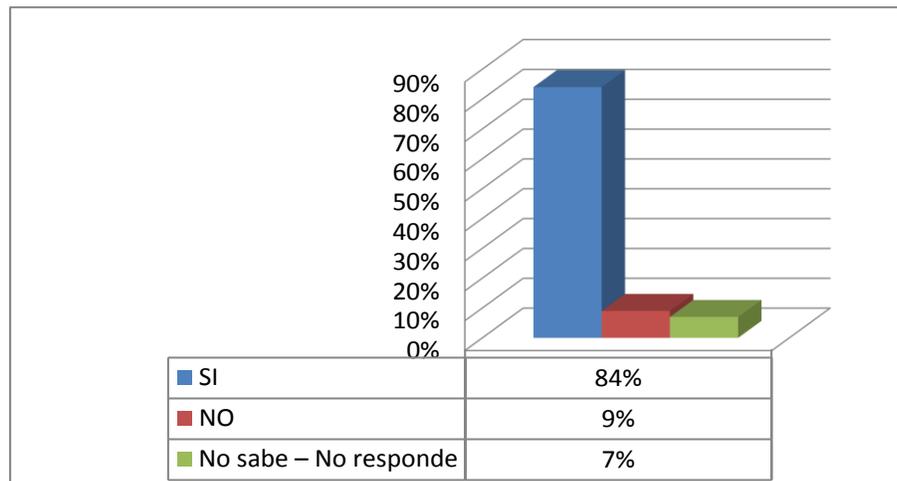
### 2°. Gráfico



**Sinopsis:** El segundo gráfico revela que el 89% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que el principio del interés superior del niño prevalece sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él. Resultado que fortalece la investigación efectuada

3. ¿Sabía usted que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado?

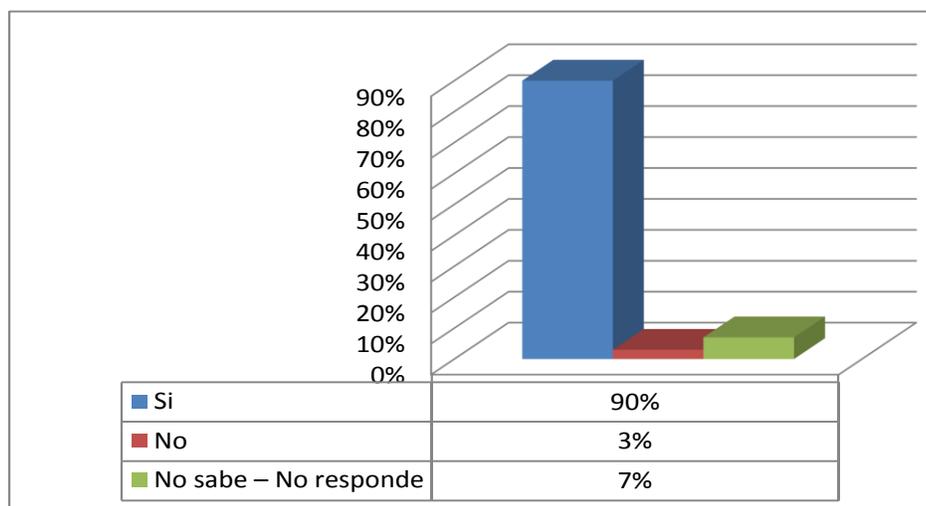
### 3°. Gráfico



**Sinopsis:** El tercer gráfico revela que el 84% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado Resultado que fortalece la investigación efectuada.

4. ¿Conocía usted que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento?

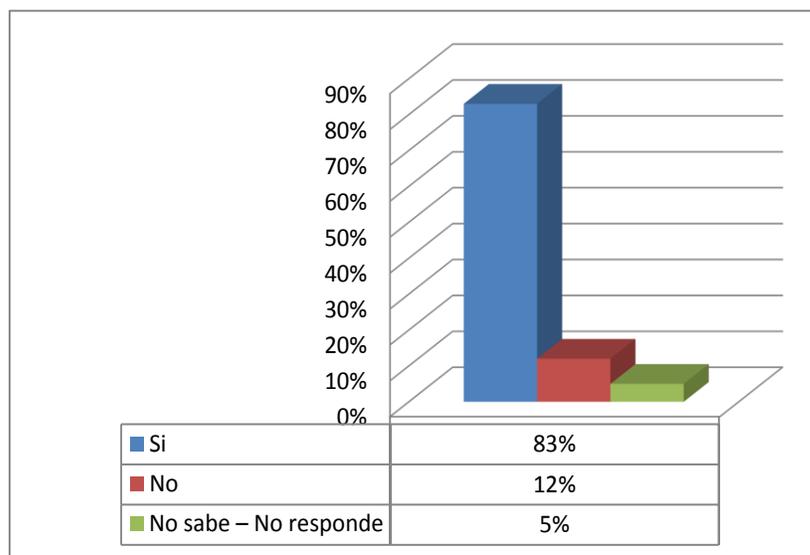
**4º. Gráfico**



**Sinopsis:** El cuarto gráfico revela que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Resultado que fortalece la investigación efectuada

5. ¿Sabía usted que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces?

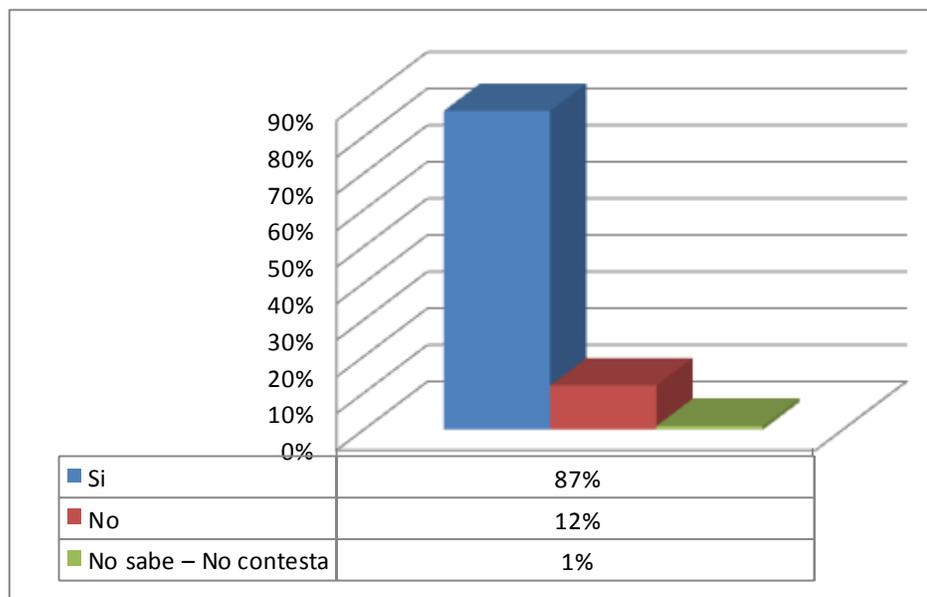
### 5°. Gráfico



**Sinopsis:** El quinto gráfico revela que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

6. ¿Está usted de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor?

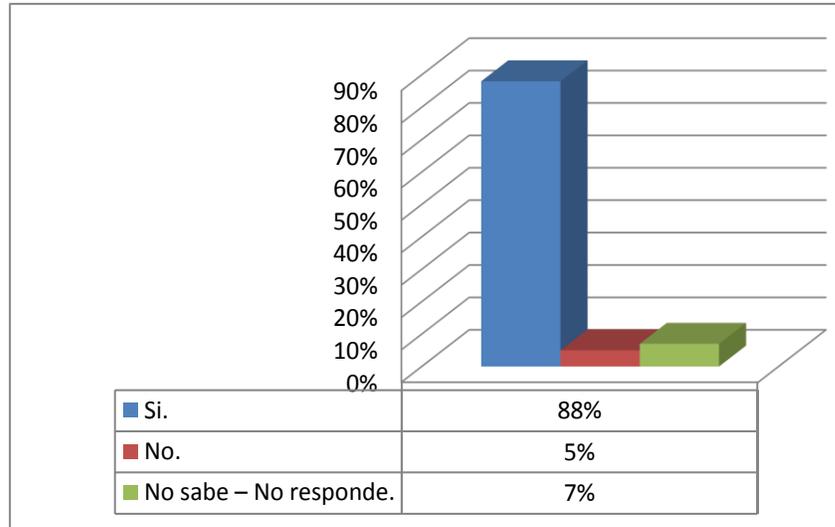
**6°. Gráfico**



**Sinopsis:** El sexto gráfico revela que el 87% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

7. ¿Conocía usted que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno?

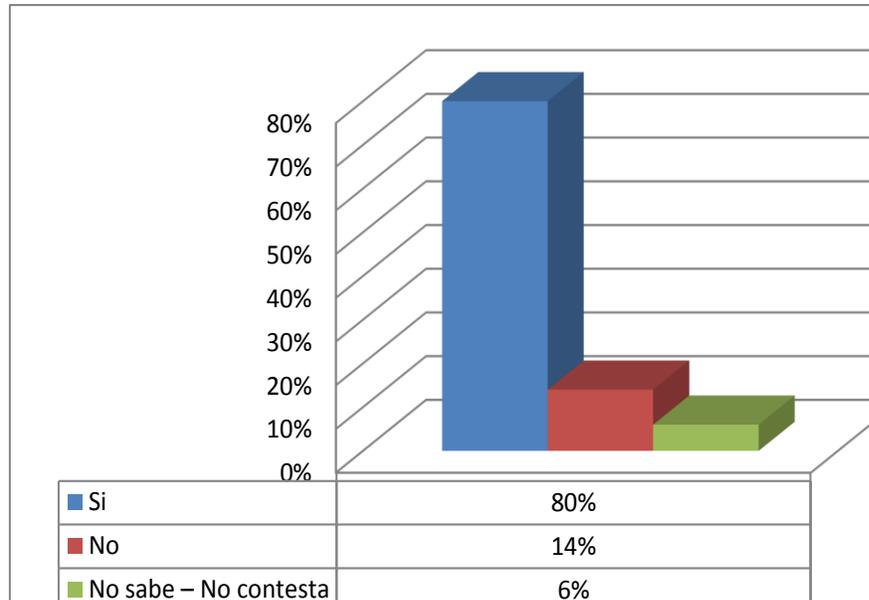
**7°. Gráfico**



**Sinopsis:** El séptimo gráfico revela que el 88% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

8. ¿Está usted de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico?

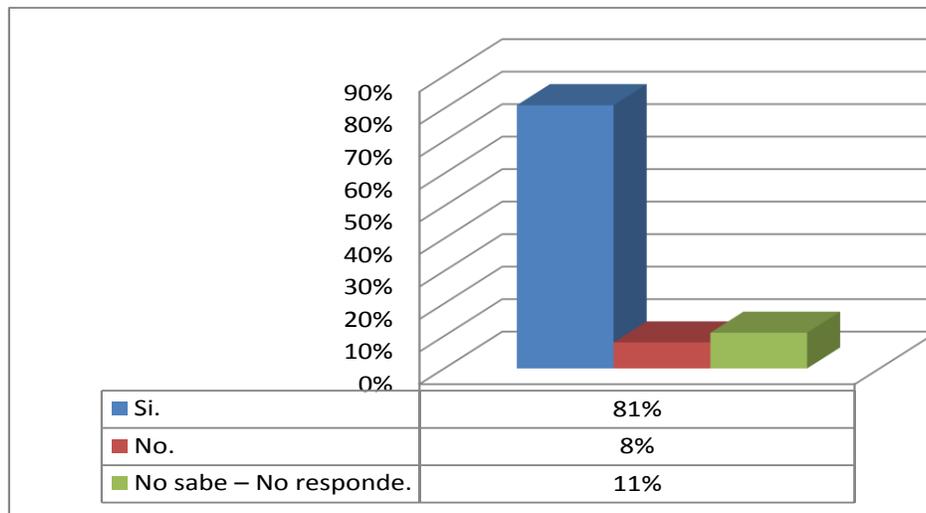
**8°. Gráfico**



**Sinopsis:** El octavo gráfico revela que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

9. ¿Sabía usted que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad?

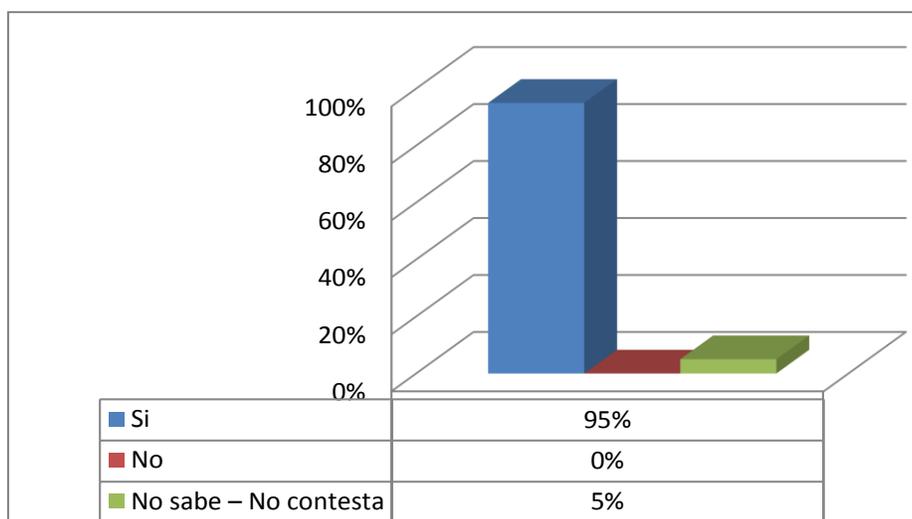
### 9º. Gráfico



**Sinopsis:** El noveno gráfico revela que el 81% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

10. ¿Comparte usted la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años?

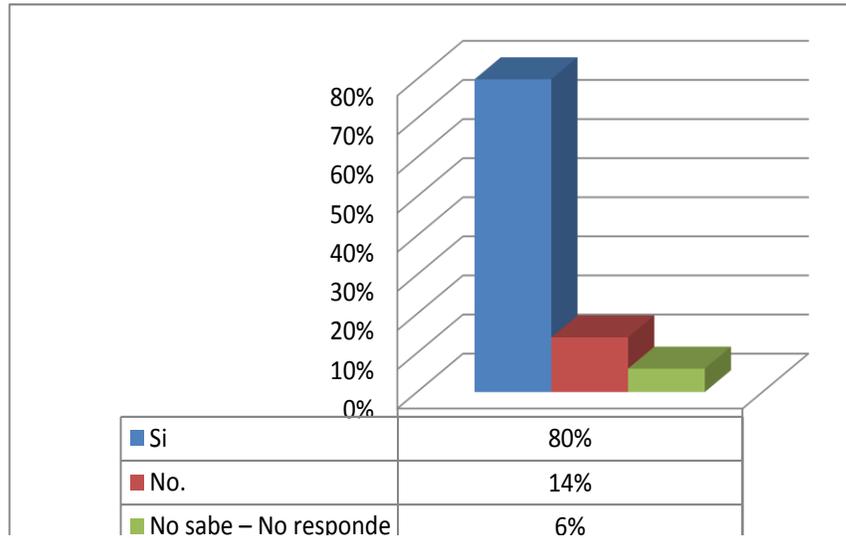
**10°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo gráfico revela que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitió compartir la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

11. Sabía usted que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN?

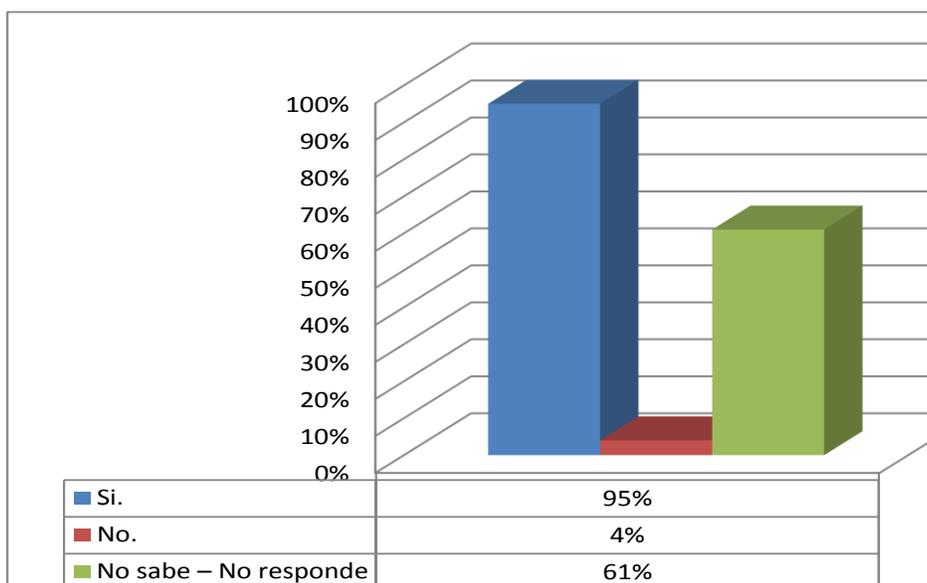
11°. Gráfico



**Sinopsis:** El décimo primer gráfico revela que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

12. ¿Está usted de acuerdo que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico?

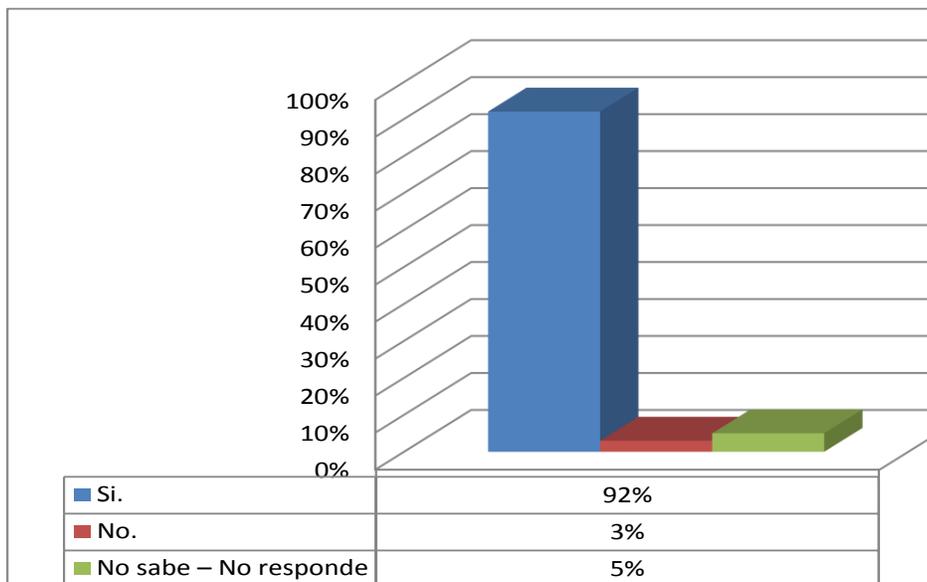
12°. Grafico



**Sinopsis:** El décimo segundo gráfico revela que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

13. ¿Está usted de acuerdo con que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad?

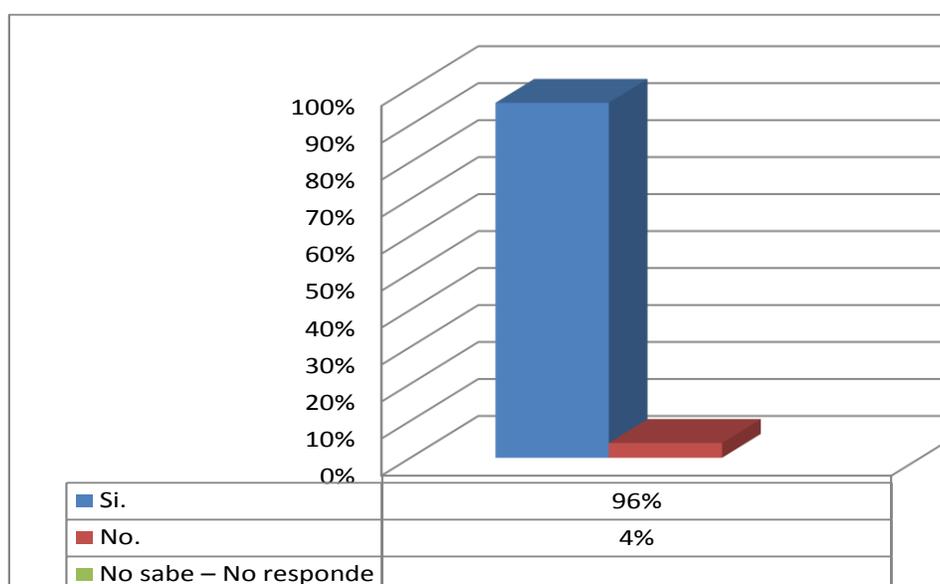
**13°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo tercer gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con el hecho de que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

14. ¿Está usted que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años?

**14°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo cuarto gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años. Resultado que fortalece la investigación efectuada

## **V. DISCUSION DE RESULTADOS**

### **5.1. De la contrastación estadística**

#### **➤ Regresión**

Este procedimiento arrojo los siguientes resultados:

Coefficiente de correlación lineal corregido = 54.64% el que da entender una correlación aceptable

Coefficiente de Determinación Lineal = R cuadrado = 82.35% porcentaje que indica de la variación total se debe a la variable independiente y el remanente se imputa a otros factores.

Coefficiente de Correlación (R) = 78.28% (a) lo que indica una correlación buena

Error típico de Estimación = 2.86% el cual expresa la desviación típica de los valores observados respecto de la línea de regresión. Este dato apoya la investigación efectuada por ser menor al error esperado por la investigadora.

#### **➤ Estadísticos**

Este procedimiento arrojo los siguientes resultados:

Media o valor promedio de la variable independiente = 91.74%

Media o valor promedio de la variable dependiente= 94.00%.

Estos porcentajes evidencian buen promedio para las variables pero, más alto para la dependiente, que es la que se desea remediar dato que afirma el tipo de investigación efectuado.

Desviación; busca calcular el grado de desviación de los valores respecto a un valor estándar fijado, conforme a la tabla es de: 4.27 % para la variable independiente y 5.54% para la dependiente.

Este resulta permite deducir una alta concentración en los resultados obtenidos; pero, más favorable para la variable dependiente, lo cual afirma el tipo de investigación efectuado.

#### ➤ ANOVA

Este procedimiento arroja los siguientes resultados:

Estadístico F:= 7.876%, a pesar de no ser muy alto es representativo para la predicción del modelo lineal.

Sig = 3.15% el que confrontado con el error esperado por la investigadora (5.00%) es más bajo, resultado que permite admitir la hipótesis de la investigadora y la inadmisión de la nula y, además afirma el tipo de investigación efectuado

### 5.2. De los resultados encuesta

- El primer gráfico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores, consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El segundo gráfico reveló que el 89% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que el principio del interés superior del niño prevale sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él. Consecuencia semejante a la presentada por Simón (2013).
- El tercer gráfico revela que el 84% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado. Consecuencia semejante a la presentada por Simón (2013).

- El cuarto gráfico reveló que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El quinto gráfico reveló que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El sexto gráfico reveló que el 87% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El séptimo gráfico reveló que el 88% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El octavo gráfico reveló que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se

halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

- El noveno gráfico reveló que el 81% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo gráfico reveló que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitieron compartir la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo primer gráfico reveló que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo segundo gráfico reveló que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

- El décimo tercer gráfico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con el hecho de que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo cuarto gráfico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

## VI. Conclusiones

1. El interés superior del niño se ve vulnerado en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada debido a que la presunción de paternidad matrimonial *pater est*, como rezago de la protección al honor del hombre que contrajo matrimonio valido y de la institución familiar; impide que el niño conozca su verdadero origen biológico y a partir de él pueda establecer su filiación la cual determina su identidad y los demás derechos inherentes a ésta.
2. El hecho de exigirse, como presupuesto procesal previo para poder iniciar un proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, sentencia favorable a la impugnación de paternidad del padre legal, es una circunstancia que contribuye a la vulneración del interés superior del niño, pues en la práctica se constituye en una acción innecesaria que bien se podría acumular al proceso de filiación extramatrimonial para que de manera pronta y eficaz se pueda conocer la verdadera filiación de este niño, en lugar de esperar su resolución en este proceso autónomo lo cual puede demandar varios años.
3. Dentro del marco de la regulación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, para que un menor concebido por un hombre que no es cónyuge de su madre, pueda ser reconocido por su verdadero padre se deben iniciar dos procesos de conocimiento diferentes: el primero por el padre legal para impugnar su paternidad legal dentro del cual el Juez debe declara que no es hijo; y, el segundo el de filiación extramatrimonial propiamente dicha; lo cual atendiendo a los plazos legales previstos para este tipo de proceso, puede llevar a que su vínculo paterno filial se establezca después varios años.
4. En la práctica, el hijo nacido de una mujer con vínculo matrimonial vigente pero cuyo padre biológico no es su cónyuge, esta siendo discriminado al momento de establecer su verdadera filiación pues, esta determinación, a pesar de que esta circunstancia se haya demostrado científicamente a través del resultado de la prueba de ADN, no puede ser aceptada legalmente de inmediato sino que

depende del resultado de dos procesos de conocimiento que se prologan por años, mientras que al hijo extramatrimonial, con fundamento en la misma prueba científica, puede establecerse su filiación en solo unos pocos meses a través del proceso especial reglamentado en las Leyes. 28457 y 29281.

## **VII. Recomendaciones**

1. Se recomienda a los Legisladores del Perú iniciar un debate para modificar el artículo 402 del Código Civil, posibilitando que la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada pueda ser demandada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN, debiéndose establecer como obligatoria la citación del padre legal.
2. Se exhorta a los legisladores del Perú ha regular a través de una Ley especial, como debe ser aplicado el interés superior del niño como derecho, principio y norma de procedimiento en los diversos procesos pues de la manera como han sido mencionados en la Ley 30466 resultan conceptos inciertos.
3. Se exhorta a la Corte Suprema de Justicia para que a través de Pleno Casatorio precisa la manera como debe aplicar el interés superior del niño de acuerdo a lo previsto en el artículo dos de la Ley 30466 es decir, como derecho, principio y norma de procedimiento.

## VIII. Referencias

- Abanto V. (2004). La autoría y participación en los delitos de infracción de deber, *Revista Penal*, (14) pp. 3-23 Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
- Adrianzen, P. (2017). *La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito*. Tesis de maestría Universidad de Piura. Recuperada de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE\\_DER\\_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE_DER_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Arce, R. (2017) *La Prisión Preventiva y su relación con los Derechos Humanos en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Tesis Maestría en derecho. Universidad Autónoma de Baja California Sur. Recuperada de <http://rep.uabcs.mx/bitstream/23080/284/1/te3694.pdf>
- Arzamendia, M.; Gómez, E.; Laboranti, N. (s.f.) *Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Prisión Preventiva: un análisis de su constitucionalidad*. Argentina. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/arzamendia.pdf>
- Asencio, J. (2017) *Derecho Procesal Penal estudios fundamentales*, Primera reimpresión. Lima-Perú. INPECCP y CENALES
- Basílico, R. (2014) *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función* Tesis Doctoral Universidad de Sevilla, España Recuperada de <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/58681>
- Bobino, A. (1997) *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos en, Aplicación de los Tratados sobre Derechos por los Tribunales Locales*. Buenos Aires-Argentina. Editorial CELS.

- Cáceres J., R. e Iparraguirre N. (2018) *Código Procesal Penal Comentado*. Lima-Perú Jurista Editores.
- Cardoso, .F. (1972). *Estado y Sociedad en América Latina*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Corte Suprema de Justicia de la república, Sala Penal Transitoria (28 de junio de 2016) Casación 634-2015 Lima (Mp. San Martin Castro Cesar) Recuperada de [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf)
- Ferreira, F. (1995) *Delitos Contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia. Editorial Temis.
- Franco, N. (2014) *Garantías constitucionales y presupuestos que repercuten en la prisión provisional. Análisis de las realidades del preso sin condena en España y América Central*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. Recuperada de [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/126504/1/REDUCIDA\\_Garantias constitucionales.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/126504/1/REDUCIDA_Garantias constitucionales.pdf)
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal-Parte General*. Lima: Grijley.
- García Del Rio, F. (2004) *Manual de Derecho Penal. Parte General & Especial*. Perú. Ediciones Legales Iberoamérica E.I.R.L.
- Gimeno, G.: (2004) *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex.
- Gimeno, V. (2015) *Derecho Procesal Penal 2ª ed*. Editorial Civitas Madrid. España
- Giusseppe, M. (1989) *Derecho Penal. Parte Especial, Volumen III*, Bogotá-Colombia. Editorial Temis.

- Gutiérrez, A. (s.f.) *La prisión preventiva ¿medida cautelar excepcional o medida represiva de aplicación general?* Trabajo Maestría Universidad San Martín de Porres Lima. Recuperado de [http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2374/1/gutiérrez\\_vaj.pdf](http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2374/1/gutiérrez_vaj.pdf)
- Kostenwein, E. (2015) *La cuestión cautelar El uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires a partir de la ley 11.922 (1998-2013)* Tesis Doctoral Universidad Nacional de La Plata. Argentina. Recuperada de <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1332/te.1332.pdf>
- Lombana, J. (2013) *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública* Tesis Doctoral. Universidad de León. España. Recuperada de [http://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/3274/tesis\\_498b6e.PDF?sequence=](http://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/3274/tesis_498b6e.PDF?sequence=)
- Loza, C. (2013) *La prisión preventiva frente a la Presunción de Inocencia en el NCPP* recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20151008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf)
- Muñoz, F. (2001). *Derecho penal-parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Neyra, J. (2010) *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Lima-Perú. Editorial IDEMSA.
- Núñez, R. (1992) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial, Córdoba. Rubinzal - Culzoni Editores
- Nye, J. (1967) Corruption and Political Development: a Cost-Benefit Analysis, *American Political Science Review*, (51), pp. 417-429.

- Ore, A. (2013). *Manual de Derecho Procesal Penal* Tomo I. Primera Reimpresión. Lima-Perú. Editorial Reforma S.A.C
- Organización de Estados Americanos (2013) “Informe Sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas” (OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/13) Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (1996) Convención Interamericana contra la Corrupción. Recuperada de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf)
- Reaño, J. (2004). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista editores.
- Rojas, F. (1991) *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición. Lima – Perú. Editorial Grijley.
- Rojas, F. (2007) *Delitos contra la Administración Pública*. Lima. Grijley
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Lima. Grijley
- Sánchez-Vera, J. (2002). *El delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Suarez, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Lima. Grijley.

**CAPITULO IX**

**ANEXOS:**

**ANEXO No. 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**“LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCION”**

<b>PROBLEMAS</b>	<b>OBJETIVOS</b>	<b>HIPOTESIS</b>	<b>VARIABLES E INDICADORES</b>
<p><b>PROBLEMA PRINCIPAL:</b></p> <p>¿Qué circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</b></p> <p>.1. ¿Cuál es la circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p>2. ¿Cuál es la circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios?</p>	<p><b>OBJETIVO PRINCIPAL:</b></p> <p>Establecer las circunstancias que afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios a través del análisis de: las disposiciones legales, la opinión judicial y el concepto de los investigadores del derecho.</p> <p><b>OBJETIVOS SECUNDARIOS:</b></p> <p>1.Determinar la circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios</p> <p>2. Explicar es la circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios.</p>	<p><b>HIPOTESIS PRINCIPAL:</b></p> <p>Las circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios son de dos tipos: de índole legal: por cuanto la trasforman en una mecanismo para ejercer la prevención general en la sociedad y, en la administración de justicia por cuanto apareja despilfarro de recursos públicos y pérdida de tiempo para el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria. .</p> <p><b>HIPOTESIS SECUNDARIAS:</b></p> <p>1. La circunstancia que desde el ámbito legal afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios, es que se transforma en un mecanismo para ejercer la prevención general en la sociedad propio de la pena y no de una medida cautelar.</p> <p>2. La circunstancia que desde el ámbito de la administración de justicia afecta la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios se estructura por cuanto, al no cumplir con su el fin de asegurar el cumplimiento de la pena, los gastos que se han generado para dictarla así como el tiempo invertido por el fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria resultan infructuosos.</p>	<p><b>VARIABLE INDEPEDIENTE</b></p> <p><b>X. DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS</b></p> <p><b>INDICADORES:</b></p> <p>X.1. Funcionario o servidor público</p> <p>X.2. Beneficio</p> <p>X.3. Pena privativa de la libertad</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p><b>Y. PRISIÓN PREVENTIVA</b></p> <p><b>INDICADORES:</b></p> <p>Y.1. Medida cautelar</p> <p>Y.2. Asegura presencia del imputado en el proceso</p> <p>Y.3. Asegura el cumplimiento de la pena privativa de la libertad</p>

**ANEXO No. 2:**

**INSTRUMENTO: ENCUESTA**

**FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO A UTILIZAR**

- TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DENOMINADO: “LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCION”
- AUTOR: TRUJILLO LLANOS JORGE ABRAHAM
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: MAESTRIA
- ESPECIALIDAD: EN DERECHO
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 59
- LUGAR DE APLICACIÓN: LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCION
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 14

**CUESTIONARIO A UTILIZAR:**

NR	PREGUNTA	SI	NO	N/R
<b>DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS</b>				
1	¿Está usted de acuerdo con que para los delitos de corrupción se debe considerar como funcionario público a todas aquellas personas que, sin importar su denominación, realizan labores en las entidades estatales?			
2	¿Sabía usted que en los delitos de corrupción se deben sancionar al funcionario público y al particular que participa junto a él en esos hechos?			
3	¿Considera usted que en los delitos de corrupción cualquier ventaja que el funcionario público obtenga es indebido?			
4	¿Está usted de acuerdo con que al imputar un delito de corrupción se debe demostrar el beneficio obtenido por el funcionario público?			
5	¿En su opinión la pena a imponer al funcionario hallado responsable de cometer un delito de corrupción debe ser privativa de la libertad efectiva?			
6	¿Está usted de acuerdo con que la pena privativa de la libertad efectiva impuesta al funcionario público por cometer un delito de corrupción se justifica por atentar contra el funcionamiento de la administración pública y por la calidad del autor del hecho??			
<b>PRISIÓN PREVENTIVA</b>				
7	¿Sabía usted que el Código Procesal Penal regula dos tipos de medidas cautelares: las reales y la personales?			
8	¿Está usted de acuerdo con que la medida cautelar personal más importante es la de la prisión preventiva?			
9	¿Conocía usted que para que se dicte la prisión preventiva se deben reunir todos los presupuestos que el Código Procesal Penal			

	establece?			
10	¿Sabía usted que la prisión preventiva se dicta para asegurar que el imputado este presente para: participar en el proceso y cumplir la pena de privación de libertad efectiva que se le pueda imponer?			
11	¿Está usted de acuerdo con que, la prisión preventiva en los delitos de corrupción se está trasformando en un mecanismo para ejercer la prevención general como si fuera una pena?			
12	¿Está usted de acuerdo que, al conceder pena privativa de la libertad suspendida a un funcionario condenado por delito de corrupción que ha sido sometido a prisión preventiva genera un desgaste para la Fiscalía y para el Juez de la Investigación preparatoria?			
13	¿Considera usted que los Fiscales en los casos de delitos de corrupción deben solicitar una medida cautelar diferente a la prisión preventiva para evitar que ésta se utilice como un mecanismo de prevención general y el desgaste para la administración de justicia?			
14	¿Esta Ud. de acuerdo con que las circunstancias afectan la eficacia de la prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios son de dos tipos: de índole legal: por cuanto la trasforman en una mecanismo para ejercer la prevención general en la sociedad y, en la administración de justicia por cuanto apareja despilfarro de recursos públicos y pérdida de tiempo para el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria?			

### ANEXO No. 3:

#### VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR EXPERTO

Después de revisado el instrumento a utilizar en la investigación titulada “**LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCION**” mi evaluación es la siguiente:

No.	PREGUNTA	50	60	70	80	90	100
1	¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis con este instrumento?				X		
2	¿En qué porcentaje considera que las preguntas están referidas a las variables, e indicadores de la investigación?					X	
3	¿Qué porcentaje de las interrogantes planteadas son suficientes para lograr el objetivo general de la investigación?				X		
4	¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión?					X	
5	¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica?					X	
6	¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras?					X	

Validado favorablemente por:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

## **ANEXO No. 4:**

### **CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DETERMINADA POR EXPERTO**

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado “**LA EFICACIA DE LA PRISION PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCION**” por cuanto es factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del 5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.