

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA, 2018-2020”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Ruth Marlene Lopez Domínguez

Asesor:

Mg. Michael Lincolnd Trujillo Pajuelo

Lima - Perú

2021

## APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor Michael Lincold Trujillo Pajuelo, docente de la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera profesional de DERECHO, ha realizado el seguimiento del proceso de formulación y desarrollo de la tesis de los estudiantes:

Por cuanto, **CONSIDERA** que la tesis titulada: “Delito de colusión desleal y la proporcionalidad en la prisión preventiva en el distrito judicial de Lima, 2018-2020” para aspirar al título profesional de: Abogado por la Universidad Privada del Norte, reúne las condiciones adecuadas, por lo cual, **AUTORIZA** al o a los interesados para su presentación.

---

Mg. Michael Lincold Trujillo Pajuelo  
Asesor

## ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis de los estudiantes: López Domínguez Ruth Marlene para aspirar al título profesional con la tesis denominada: "Delito de colusión desleal y la proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva en el distrito judicial de Lima, 2018, 2020".

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

**Aprobación por unanimidad**

**Aprobación por mayoría**

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

---

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos  
Jurado  
Presidente

---

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos  
Jurado

---

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos  
Jurado

## DEDICATORIA

*Quiero dedicar el presente trabajo, en primer lugar, a Dios que me permitió estudiar esta carrera de servicio y justicia, a mis padres por su apoyo constante y finalmente a todos aquellos que en alguna ocasión han sido víctimas de los excesos judiciales en proceso de impartir justicia.*

## AGRADECIMIENTO

*Un profundo agradecimiento a los docentes que han servido de inspiración y por el apoyo constante en la revisión sistemática del presente trabajo.*

## TABLA DE CONTENIDOS

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS	2
ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS	3
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
TABLA DE CONTENIDOS	6
INDICE DE TABLA	8
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Realidad problemática	11
1.2. Formulación del problema	11
1.2.1. Pregunta general	11
1.2.2. Preguntas específicas	11
1.3. Objetivos	12
1.3.1. Objetivo general	12
1.3.2. Objetivo específicas	12
1.4. Hipótesis	12
1.4.1. Hipótesis general	12
1.4.2. Hipótesis específicas	12
1.5. Justificación de la investigación	13
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	14
2.1. Antecedentes de investigación	14
2.1.1. Antecedentes nacionales	14
2.1.2. Antecedentes internacionales	16
2.2. Bases teóricas	17
2.2.1. Variable1: Prisión preventiva	17
2.2.2. Variable2: Principio de proporcionalidad	27

2.2.2. Variable3: Colusión desleal	30
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA	34
3.1. Tipo de investigación	34
3.2. Población y muestra	35
3.2.1. Población	35
3.2.2. Muestra	36
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos	37
3.4. Procedimientos de recolección de datos	38
CAPÍTULO IV. RESULTADOS	40
4.1. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos	40
4.2. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de análisis documental	44
4.3. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de análisis jurisprudencial	45
CAPÍTULO V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	48
5.1. Limitaciones	48
5.2. Discusión de los resultados por Guía de Juicio de Expertos	48
5.3. Discusión de los resultados por Guía de análisis documental	49
5.4. Discusión de los resultados por Guía de análisis jurisprudencial	50
5.5. Conclusiones	51
REFERENCIAS	53
ANEXOS	55

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1

40

## RESUMEN

La presente tesis analiza el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, planteando para ello un análisis en torno a la doctrina nacional y comparada, abordando las motivaciones de los autos de esta medida cautelar, investigando si han sido debidamente utilizadas, tanto a partir de sus presupuestos materiales, sus elementos y sus efectos, para luego establecer si se han vulnerado derechos fundamentales de los procesados.

En el capítulo uno se desarrolla la realidad problemática y el problema, objetivos e hipótesis. En el segundo, los antecedentes del tema y las bases teóricas de las tres variables. En el tercero, el diseño de la investigación, así las técnicas, instrumentos y procedimiento utilizados. En el cuarto, los resultados obtenidos mediante el juicio de expertos, el análisis documental y el análisis jurisprudencial. Finalmente se discute con los antecedentes.

La tesis utilizó un enfoque cuantitativo, descriptivo y no experimental. Los resultados muestran que existe una vinculación entre la proporcionalidad y la prisión preventiva para el caso del delito de colusión. Se llegó a la conclusión que la unanimidad doctrinaria sobre esta figura no se corresponde con la praxis penal pues la judicatura aplica, bajo motivación diferente, dicha medida, vulnerando para ciertos casos la presunción de inocencia y la libertad individual.

**Palabras clave:** Principio de proporcionalidad, Prisión preventiva, colusión desleal.

## ABSTRACT

This thesis analyzes the principle of proportionality in the application of preventive detention, proposing an analysis around the national and comparative doctrine, addressing the motivations of the proceedings of this precautionary measure, investigating whether they have been properly used, both at starting from their material presuppositions, their elements and their effects, to later establish whether the fundamental rights of the defendants have been violated.

In chapter one the problematic reality and the problem, objectives and hypotheses are developed. In the second, the background to the topic and the theoretical bases of the three variables. In the third, the research design, as well as the techniques, instruments and procedures used. In the fourth, the results obtained through expert judgment, documentary analysis and jurisprudential analysis. Finally it is discussed with the antecedents.

The thesis used a quantitative, descriptive and non-experimental approach. The results show that there is a link between proportionality and preventive detention in the case of the crime of collusion. It was concluded that doctrinal unanimity on this figure does not correspond to criminal practice since the judiciary applies, under different reasons, said measure, violating in certain cases the presumption of innocence and individual freedom

Keywords: Proportionality principle, Pretrial detention, unfair collusion

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

Nuestro país a lo largo de la historia ha tenido casos de corrupción, tales como sobornos, coimas, llegando a niveles altos que evidencian que no hay límites para alcanzar el poder político. Por tal motivo, se abrieron varias investigaciones donde se ha venido procesando a diversos funcionarios públicos, políticos y hasta expresidentes.

De este modo la judicatura penal ha optado por medidas coercitivas tales como la prisión preventiva, en casi todos los casos, restringiendo de esta manera el derecho a la libertad, el que constituye una de las garantías inherentes al ser humano consagradas por la Constitución Política y los principales instrumentos de derecho internacional; sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que puede ser restringido en situaciones calificadas, siempre en miras del cumplimiento de un interés superior. Meini (2014) sostiene que es una de las principales restricciones a este derecho son las medidas coercitivas dentro de las que destaca la prisión preventiva, medida cautelar más gravosa a imponer en nuestro sistema penal, la cual debe ser utilizada como última ratio y debe estar pegada a criterios de proporcionalidad y racionalidad, así como la ausencia de idoneidad en su aplicación. En la presente investigación se realizará un análisis crítico de la fundamentación de las resoluciones que imponen la medida cautelar de prisión preventiva, específicamente en los delitos de colusión desleal (Salinas, 2015).

Sin lugar a dudas nos encontramos frente a un problema complejo que no sólo afecta al sistema penal en su conjunto, sino principalmente a la sociedad y al ciudadano de a pie (Villavicencio, 2018) por lo cual, corresponde analizar con más especificidad la medida cautelar en cuestión.

### 1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal en la Corte Superior de Justicia de Lima durante el periodo 2018 afecta al principio de proporcionalidad?

## 1.3. Objetivos

### 1.3.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal en la Corte Superior de Justicia de Lima durante el periodo 2018-2020 afecta al principio de proporcionalidad

### 1.3.2. Objetivos Específicos

- Analizar la naturaleza jurídica y los presupuestos materiales de la prisión preventiva en el Perú, según la doctrina y jurisprudencia nacional.
- Analizar la tipicidad del delito de colusión desleal según el derecho penal peruano, a partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional.
- Analizar la interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de requerimientos de prisión preventiva según la doctrina y la jurisprudencia nacional.

## 1.4. Hipótesis

### 1.4.1. Hipótesis general

La aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal en la Corte Superior de Justicia de Lima durante el periodo 2018 afecta negativamente al principio de proporcionalidad, debido a que ésta no es debidamente aplicada al momento de motivar la medida de coerción personal a imponer.

### 1.4.2. Hipótesis específicas

- La naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Perú es la de una medida de coerción personal, mientras que sus presupuestos materiales son: a) Graves y fundados elementos de convicción; b) Prognosis de pena; c) Peligro procesal; d) Razonabilidad del plazo; y, e) Proporcionalidad de la medida; según la doctrina y jurisprudencia nacional.
- La tipicidad del delito de colusión desleal según el derecho penal peruano está dada por el funcionario o servidor público que participa directa o indirectamente, en razón de su cargo, en cualquier etapa de la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios,

concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, según la doctrina y la jurisprudencia nacional.

- La interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de requerimientos de prisión preventiva según la doctrina y la jurisprudencia nacional es de carácter vinculante en tanto gradúa el nivel de afectación racional del derecho a la libertad individual.

## 1.5. Justificación

La presente tesis se justifica, desde el ámbito teórico, en la existencia de un ámbito de inseguridad jurídica en torno a la calificación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política a partir de la impartición de la medida gravosa de la prisión preventiva como medida coercitiva, lo que ha generado como consecuencia el cambio sustancial de los criterios establecidos en los precedentes vinculantes.

Con respecto al plano práctico, los derechos fundamentales permiten que los operadores del derecho y los protagonistas de la relación jurídica procesal puedan encontrar una mayor congruencia entre la consignación fáctica y jurídica motivada al momento de asumir la decisión de aplicación de la Prisión Preventiva legitimando la misma, lo que académicamente contribuye a la teoría del derecho Procesal Penal, favoreciendo la adecuada aplicación de esta medida por parte de las instituciones encargadas de administrar justicia.

En relación al plano metodológico, la presente tesis busca resaltar la técnica de la entrevista y el análisis documental como una fórmula mixta para obtener información relevante acerca de la prisión preventiva al ser aplicadas en los mismos operadores jurídicos y resoluciones; siendo la participación de varias técnicas una mejor aproximación al estado de la cuestión, en comparación con una sola técnica.

## CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de investigación

Por la naturaleza de las variables que componen el problema formulado en el presente proyecto de tesis, los antecedentes de la investigación son de carácter estrictamente teórico.

#### 2.1.1. Antecedentes nacionales.

Miranda (2017), en su tesis “La motivación insuficiente de los autos judiciales ante el requerimiento de prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios emitidos en el juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Huaraz, periodo 2011 al 2016”, hizo análisis de diversos requerimientos de prisiones preventivas, obteniendo un total de 10 Carpetas Fiscales de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, encontrando que ella posee un carácter de excepcionalidad propio de la mencionada petición.

Rojas (2017) en su tesis “Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú” tuvo como propósito establecer explicaciones de la creciente actividad delictiva en el Estado por parte de sus funcionarios, lo cual puede verificarse con la ingente cantidad de procesos judiciales para alcaldes, gobernadores regionales y presidentes del país, concluyendo que, desde el punto de vista de la legislación criminal, se deben hacer más duras las penas, además de declararlos imprescriptibles a estos ilícitos.

Montero (2018), en su tesis “La prisión preventiva y el derecho a la presunción de inocencia en el delito de extorsión en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte 2017”, planteó como meta de su trabajo teórico explicitar los motivos por los que aumenta la frecuencia de la prisión preventiva, aplicada aun en delitos simples. Llegó a colegir que la prisión preventiva deviene en arbitrariedad por una incorrecta motivación de los operadores judiciales específicamente en el delito de extorsión.

Montes (2017) en su tesis “La Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción”, escudriñó la corrupción y la utilidad que logran sus comitentes en base a la figura de la prescripción penal. Asimismo, esgrimió razones sobre esta la factibilidad de la prescripción en el delito de cohecho pasivo propio e impropio, lo que le permitió reseñar los efectos jurídicos sociales de los mismos. Dedujo que la imprescriptibilidad disminuirá la comisión de los delitos contra la Administración Pública, solamente mediante una reforma de tipo constitucional.

Cruz (2018) en su tesis “Delitos de Corrupción de Funcionarios y su relación con el Crimen Organizado en las Sentencias de los Juzgados Penales Colegiados de Ancash en el periodo 2010 - 2014”, vinculó los delitos de corrupción de éstos con el crimen organizado tomando como base las sentencias emitidas por los juzgados penales ancashinos. Manifiesta que la doctrina de responsabilidad penal es muy poco conocida, por lo que su ejecución es casi nula. A partir de ello, concluyó que el desconocimiento de estos mecanismos trae consigo el aumento de la tasa de delitos cometidos por funcionarios públicos respaldados por la criminalidad organizada.

Briceño (2015) en su tesis doctoral “Análisis de Casos del Empoderamiento de la Criminalidad de las Organizaciones Políticas en la Gestión Pública que inciden en el incremento de la Corrupción en el Perú”, expone la corrupción de los funcionarios públicos basándose en un análisis del contexto en que se desarrolla y es cometida por funcionarios públicos de elección popular, con énfasis en gobernadores regionales. Llegó a concluir que existe una degradación del ejercicio político lo que implica la aparición de organizaciones delinuenciales bajo la apariencia de organizaciones o movimientos políticos y ante los cuales se hace necesario una reforma punitiva que abarque, entre varias, la prisión preventiva.

Andrés (2019) en su tesis “Corrupción de funcionarios y su relación con la Prisión Preventiva en el Poder Judicial, Barranca” analizó la relación entre prisión preventiva y los delitos de corrupción de funcionarios en el Poder Judicial, sede Barranca. Concluyó que con los productos logrados actualmente podemos darnos cuenta que, frente a la comisión de un ilícito penal por parte de un funcionario, la pena inmediata es la prisión preventiva; por lo que sugiere aplicar sanciones más gravosas a los funcionarios que quebranten las normas prohibitivas penales en el uso de sus funciones.

Ortiz (2018) en su tesis “La Desnaturalización de la Prisión Preventiva y su afectación al derecho Fundamental de Presunción de inocencia” investigó en qué grado la desnaturalización de la prisión preventiva desfavorece el derecho fundamental de presunción de inocencia. Corroboró su hipótesis haciendo uso de la técnica encuesta en el instrumento cuestionario. De los resultados alcanzados, se ha precisado que el uso desproporcionado de la Prisión Preventiva es uno de los factores que origina la afectación del derecho fundamental de presunción de inocencia.

#### 2.1.2. Antecedentes Internacionales:

Diego (2017), en su artículo científico “La corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución”, menciona que la corrupción es un mal que se inserta en las distintas naciones entes públicos de Latinoamérica. Esta dificultad se acrecienta lo que se corrobora con un 25% de sujetos que expresa haber entregado sobornos, por lo que la mayoría de personas sufren el fenómeno de la corrupción y exigen sus autoridades actúen para detenerla.

García (2008) en su Tesis “Alternativas y Prisión Preventiva en México bajo el contexto de reforma al Sistema de Administración de Justicia” demostró que la prisión cautelar posee una tendencia negativa sobre la presunción de inocencia, el cual acarrea consecuencias negativas a los inculpados, a la ciudadanía y al Estado. Las conclusiones reflejadas en la tesis muestran que en dicho país se parte del menoscabo a la presunción de inocencia, lo que significa que se sitúa en prisión preventiva a cualquier persona que hubiera podido cometer un delito por mínimas que sean las pruebas en su contra.

Garzón (2008), en su tesis “Prisión Preventiva: Medida Cautelar o Pre-Pena” presenta como propósito establecer si la prisión preventiva cumple con su rol de ser una medida cautelar o, por lo contrario, se evidencia que haya existido excesos en su aplicación generando afectación a la libertad y ser contraria a los principios elementales del Estado Constitucional y de los Derechos Humanos. La conclusión muestra que la tendencia de excepcionalidad de la medida se va reduciendo por lo que su frecuencia en procesos penales la establece como una pena anticipada.

Palacios (2011), en su tesis “Efectos de la Prisión Preventiva según lo determinado en la constitución y estudio de posibles soluciones para su debida aplicación” analiza la prisión preventiva mediante los Instrumentos Internacionales y Nacionales. Llegó a concluir que el arresto preventivo constituye una excepción al exigírsele una debida aplicación, la cual consiste en que solamente bajo la existencia de elementos fundados que nos faculten suponer que el acusado eludirá el proceso, el cumplimiento de la posible pena a implantar o dificultará el desarrollo de la investigación.

Robayo (2013) en su tesis “La Detención Preventiva, excepción o regla actual del proceso penal”; observa cómo el Estado de Colombia vulnera el derecho a la libertad al hacer uso y abuso de la medida de prisión preventiva. El estudio muestra cómo la Fiscalía de dicha nación solicitud la orden de la medida de aseguramiento (ley 906/2004) o simplemente la ordena (ley 600/2000), aun no dándose las condiciones establecidas en la Legislación Procesal Penal Colombiana. Se concluye

que las facultades entregadas a la fiscalía de dicho país tienden a vulnerar derechos individuales al recurrir a medidas coercitivas personales gravosas.

Chacón (2013) en su tesis “La Prisión Preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” examina sentencias que incluyen nuevas causales de prisión preventiva en el régimen costarricense concuerdan con los principios indicados por las cortes supranacionales en temas de prisión preventiva. Las conclusiones a las que se llegaron plantean que la naturaleza axiológica de dicha práctica macrojurídica influye en las resoluciones de las cortes del país por lo que la aplicación de la prisión preventiva es excepcional.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Variable: Prisión Preventiva**

#### *Definiciones*

Según Canció-Melia (2001), la prisión preventiva es una herramienta procesal de naturaleza cautelar que se aplica cuando el investigado presenta una peligrosidad presunta por la sospecha de que el sujeto cometió un delito. Teniendo en cuenta que los propósitos de toda medida cautelar son mantener el sendero del proceso de manera correcta y asegurar la ejecución de la pena, se intenta con esta figura proteger de un grave e irreparable daño al sujeto pasivo y a la sociedad.

La prisión preventiva, a decir de Navarro (2019), es el estado de privación de la libertad ambulatoria, dispuesta por un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye, con alto grado de probabilidad, la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad y por la cual no proceda condenación condicional o, procediendo, existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

Para Robayo (2013), la prisión preventiva es una medida excepcional que requiere de la concurrencia de presupuestos legales establecidos en la ley procesal, los cuales deben de ser postulados y demostrados por el Fiscal ante el Juez que decide imponer la medida. Dichos requisitos legales deben ser comprobados escrupulosamente, pues se debe tener en cuenta que se está privando del derecho fundamental a la libertad a una persona que mantiene su condición de inocencia consagrada por la Constitución Política.

A decir de Neyra (2015), la prisión preventiva puede ser catalogada como la medida más gravosa de todas las de coerción procesal en toda la codificación normativa penal. Es decir, para este autor, existe una prevalencia de los peligros que puede ocasionar el procesado al proceso judicial en sí, por lo que, en estricto no está dirigido a tutelar a la víctima o sujeto pasivo de la relación procesal sino que está destinado al desarrollo de la investigación y el juzgamiento en sí.

Según Pastor (2007), en la aplicación de la prisión preventiva existe una calificación al procesado como sospechoso y no como inocente, de donde surge la necesidad de garantizar la tutela de su inocencia en tanto facultad subjetiva. Es decir, para este autor, la sola aplicación de la prisión preventiva es un yugo sobre el derecho de inocencia que asiste a todo ser humano, por lo que esta herramienta procesal se desenvuelve en realidad como un anticipo de la punición.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996) señala que el propósito de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia.

#### *Presupuestos materiales para la prisión preventiva*

El artículo 268º del Nuevo Código Procesal Penal 2004 señala expresamente los requisitos, denominados presupuestos materiales, que sustentan la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar sin distinción de delitos. De esta manera, el Juez de Investigación Preparatoria tendrá que examinar los hechos según lo revelado por el Fiscal y la defensa para definir la existencia de tres presupuestos de forma concurrente y obligatoria.

- Elementos de convicción

Según Ramos (2019), se le entiende como el presupuesto de prisión preventiva consistente la elevada carga probatoria del requerimiento fiscal. Asimismo, plantea que estos elementos presentados por el representante del Ministerio Público provocarán persuasión en el magistrado de que es necesario llevar el proceso con el imputado en detención.

Sobre este aspecto de exigencia corroborativa, el Poder Judicial, específicamente la Corte Suprema, en el Plenario Penal estableció que la norma le endilga a esta figura una gran exigencia procesal:

“La ley rituaría reclama un mayor nivel de acreditación desde lo que nuestro Código Procesal Penal denomina bajo el término genérico ‘elemento de convicción’, esto es, resultado probatorio desde las reglas de la sana crítica judicial” (Poder Judicial, 2020)

Según Palacios (2011), es el primer presupuesto para el requerimiento de prisión preventiva a cargo del Ministerio Público y consiste en la presentación de hechos de prueba que permitan vincular al imputado con la comisión del acto delictivo. Es decir, con este primer presupuesto se establece una relación entre agente y suceso antijurídico a decir del persecutor de la acción penal.

Neyra (2015), plantea que a los elementos de convicción se le denomina también “*fumus comissi delinque*” y consiste en el enlace que se acredita entre el presunto sujeto activo y el hecho que provoca la *notitia criminis*. Es decir, para este autor los elementos de convicción es una relación por lo que es una construcción del representante del Ministerio Público basado en la observación de ciertos medios de prueba.

Para Canció-Melia (2001), el denominado elemento de convicción es el primero de los presupuestos, por lo que de no realizarse éste, no es relevante el desfile de los siguientes puesto que se ha eliminado o no se ha conseguido el vínculo entre el presunto comitente y el hecho criminal. Es decir, para el autor, existe una relación de prelación entre los presupuestos materiales, donde el primero es el “*fumus comissi delinque*”.

Según Asencio (2015), el “*fumus comissi delinque*” se compone de dos subreglas: una objetiva y otra subjetiva, donde la objetiva es el hecho de relevancia penal y la subjetiva es un enunciado valorativo que enlaza el hecho objetivo con el investigado penalmente. Es decir, según este autor, se puede desprender el concepto penal de elementos de convicción en un aspecto material y otro aspecto psicológico, el cual es el enjuiciamiento del fiscal.

- Peligro procesal

A decir de Montero (2018) el peligro procesal es el presupuesto de prisión preventiva que hace referencia al entorpecimiento que puede provocar el sujeto pasivo sobre la realización del juzgamiento o etapas anteriores. Asimismo, también sostiene que la obstaculización no debe presumirse sino ser evidente por lo que siempre requiere que el presunto comitente posea una conducta activa.

Según Asencio (2015), el peligro procesal es el presupuesto material de requerimiento de prisión preventiva que plantea la necesidad de relacionar con los otros ámbitos personales del sujeto como son los vínculos familiares, bienes u ocupación que posee. Es decir, para el autor, el peligro procesal implica una reflexión sobre un conjunto de elementos ajenos al hecho dañoso que se endilga al sujeto.

Según Canció-Meliá (2001), el peligro procesal se puede desprender en dos bloques tajantemente marcados: el peligro de fuga y el peligro de obstrucción. Es decir, para este autor, el peligro procesal es un término genérico que agrupa dos tipos específicos de situaciones de peligro para el proceso: el que

Según Ramos (2019), el peligro procesal, a diferencia de lo que ocurre con los elementos de convicción, en el cual el persecutor penal busca en el hecho criminal adjunto al imputado, el representante fiscal busca la definición de dicho peligro en sus relaciones familiares y reales. Es decir, para este autor, mientras los elementos de convicción son asociables al hecho, el peligro procesal requiere una búsqueda en el entorno del sujeto

- Peligro procesal de fuga

El peligro procesal de fuga o peligro de fuga hace referencia, según Peña (2013), a la posibilidad de que el imputado rehuya de la persecución penal por la gravosidad de la pena. Asimismo, también plantea que esta conducta está relacionada con los recursos o posición que posea el investigado, lo que puede hacerle más proclive o no a la realización de dicho acto.

Según Ramos (2019), el peligro de fuga, en tanto pertenece al género de peligro procesal, debe entenderse como el escenario de probable escape de la acción de la justicia por parte del procesado penalmente. Es decir, para este autor, el peligro de fuga presupone que el investigado tendrá en su comportamiento una tendencia a la evasiva del proceso.

Según Alarcón (2017), el peligro de fuga implica un razonamiento de análisis económico en el procesado, en el sentido de que hace una ponderación entre la prisión que le sobrevendrá respecto de poder evadir el procedimiento penal. Es decir, para este autor, el investigado maximiza su utilidad al razonar que es más conveniente su huida a su presencia en el proceso penal iniciado.

Según Díaz (2019), el peligro de fuga es una valoración subjetiva del representante del Ministerio Público para solicitar, vía requerimiento al magistrado, la implantación de una medida cautelar más

gravosa como es el de prisión preventiva. Es decir, el peligro de fuga, para este autor, no es un hecho objetivo sino un enjuiciamiento del titular de la acción penal que enlaza presunciones de lo que realizará a futuro el investigado.

#### *Marco legal y jurisprudencial de la prisión preventiva*

El Código Procesal Penal, plantea en su artículo 268°, sobre este presupuesto que es facultad de la Fiscalía de la Nación y su aprobación consta del Poder Judicial:

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo (Poder Ejecutivo, 2004).

La base legal del peligro procesal de fuga se halla en el Código Procesal Penal, en su artículo 269, que sostiene: “Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo...2. La gravedad de la pena...3. La magnitud del daño causado...4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento...5. La pertenencia del imputado a una organización criminal” (Poder Ejecutivo, 2004).

La base legal del peligro de obstaculización se encuentra en el Código Penal, artículo 270, que sostiene:

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y, 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (Poder Ejecutivo, 2004)

El Poder Judicial, sobre el peligro procesal, plantea la necesidad de que exista un escenario atentatorio sobre éste y lo plantea del modo siguiente:

Acerca del peligro de obstaculización o entorpecimiento, el artículo el artículo 170 del Código Procesal Penal determinó, igualmente con un criterio enumerativo no taxativo, las situaciones constitutivas del mismo, que siempre requieren del imputado conductas activas, tanto directamente como indirectamente (por terceros vinculados) sobre los órganos y las fuentes de prueba, que demuestren cómo el proceso será perjudicado por la conducta del imputado. A ello se denomina “peligro efectivo”. Se busca evitar que el imputado aparte, por cualquier vía, medios de investigación o de pruebas decisivos para el resultado del proceso, que efectúe actos de “destrucción probatoria” en sentido amplio (Poder Judicial, 2017)

Asimismo, el máximo intérprete constitucional plantea el carácter cautelar de la medida de prisión preventiva, resaltando que no debe entenderse como una pena anticipada sino solo como una herramienta de eficacia procesal.

La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (Tribunal Constitucional, 2003)

#### *Presentación del detenido ante autoridad judicial*

El Nuevo Código Procesal Penal 2004 contempla dos posibilidades de arresto de una persona por parte del Estado: en casos de flagrancia delictiva, donde podrá intervenir tanto la Policía como ciudadanos comunes; y mediante un mandato judicial.

Una vez apresado el individuo de investigación, pasarán a tallar los siguientes plazos máximos de duración de las diferentes modalidades de detención descritas anteriormente:

1.- Como plazo general, la detención policial, así como la detención preliminar judicial tendrán una duración máxima de 24 horas. Culminado dicho tiempo, el representante del Ministerio Público decidirá entre dos alternativas: 1) pedir la inminente libertad del detenido; o, 2) previamente comunicándose con el Juez de Investigación Preparatoria, pedir a través de requerimiento formal la ejecución de una audiencia de prisión preventiva o de otro tipo de medida cautelar para proseguir con su investigación. El Juez dispondrá de un máximo de 48 horas para efectuar dicha audiencia.

2.- En casos como los de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, la detención preliminar – ya sea como producto de flagrancia delictiva (detención policiaca) o por orden judicial de detención preliminar- dispondrá de 15 días como plazo máximo de tiempo.

3.- Conforme al Código Procesal Penal, se tiene a su vez la posibilidad de que, llegado a su fin el plazo de detención policial o detención preliminar, el Fiscal tenga en cuenta una tercera vía de acción: de mantenerse las razones que causaron la detención del individuo investigado, lo pondrá a disposición del Juez de Investigación Preparatoria solicitando un “auto de convalidación de la detención”.

Respondiendo a ello, el Juez desarrollará una audiencia “ese mismo día”, a la que acudirá el Fiscal, el imputado y su defensor, y resolverá sobre el particular mediante resolución motivada (en donde

deberá demostrar de modo coherente, claro y suficiente las razones de hecho y de derecho que lo llevan a determinar la decisión). Según el Artículo 266(3), “la detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales”, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez para determinar si dicta prisión preventiva o alguna otra medida cautelar.

Aplicación de la Prisión Preventiva: Presupuestos Materiales y de Cautela. Entrando ya a la aplicación de la prisión preventiva, encontramos que un primer punto que vale resaltar del marco legal peruano es que no contempla una relación de delitos excarcelables, dejando, por tanto, siempre abierta la posibilidad al juez de imponer medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que sean igualmente efectivas para contrarrestar el grado de riesgo procesal de cada caso concreto.

#### *Revisión de la Prisión Preventiva como Medida Cautelar*

Como medida cautelar, la prisión preventiva, podrá ser sujeta a revisión, mediante de un pedido de suspensión; la cual quiere decir un pedido elaborado por la defensa del inculpado arrestado, a través de la cual se gestiona el término de la prisión preventiva cada vez que (1) nuevos elementos de convencimiento demuestren que ya no concurren los presupuestos materiales que la especificaron; o (2) cuando el periodo de la prisión preventiva ha finalizado.

De cara a esta determinación, sea concederle la libertad o sea denegarla, procede recurso impugnatorio de apelación. De la misma manera, el artículo 283º del Nuevo Código Procesal Penal 2004 dispone que la persona privada de su libertad tendrá la opción de pedir al Juez de Investigación Preparatoria la suspensión de la prisión preventiva y, consecuentemente, su modificación por otra medida cualquiera, las ocasiones que considere apropiada.

Teniendo en cuenta este pedido, el Juez citará a una audiencia para tal objetivo en donde tanto el solicitante (esto es, la defensa del inculpado) como el Fiscal que lleve de la investigación argumentarán sus respectivas posiciones. De la misma manera que la audiencia original, este requerimiento será resuelto durante la misma audiencia o durante las setenta y dos horas de haberse llevado a cabo.

Como se ve, el Nuevo Código Procesal Penal 2004 exige que sea la defensa quien solicite la cesación o revisión de la medida cautelar. El código no contempla una revisión de oficio de parte de

la autoridad judicial, como sí ocurre en otros países de la región. Finalmente, la cesación de prisión preventiva puede ser revocada. Para ello, deberá -como en todos los casos- ser requerida por el Fiscal y en cualquiera de los siguientes escenarios:

- 1.- Cuando el imputado infrinja las reglas de conducta impuestas por el Juez de Investigación Preparatoria en la resolución que declara procedente la cesación de la prisión preventiva.
- 2.- Cuando el imputado no se presenta a las diligencias señaladas por el Juez de Investigación Preparatoria sin motivo alguno que lo justifique.
- 3.- Cuando el imputado realice actos que permitan evidenciar o demostrar una preparación o actitud de fuga.
- 4.- Cuando durante su libertad surjan elementos que sustenten nuevamente los presupuestos materiales que justifican su dictado. Estos elementos podrán ser nuevos o similares a los que originalmente generaron el primer dictamen de prisión preventiva.

#### *Medidas alternativas a la prisión preventiva*

Según el Instituto de Defensa Legal (2006), el Nuevo Código Procesal Penal 2004 ofrece las siguientes medidas alternativas a la imposición de prisión preventiva:

##### *a. La Comparecencia*

Regulada en los artículos 286º al 292º del Código Procesal Penal, la comparecencia constituye una medida coercitiva de menor severidad respecto del derecho ambulatorio de la persona sometida a un proceso penal.

##### *a.1. La Comparecencia Simple*

Consiste en la exigencia al imputado en libertad de presentarse en sede judicial cada vez que sea requerido. Ello, a efectos de realizarse las diligencias judiciales propias del proceso penal. Asimismo, constituye la modalidad de comparecencia de menor intensidad, aplicable cuando el hecho punible denunciado esté penado con una sanción leve o cuando los actos de investigación aportados no justifiquen imponer restricciones adicionales.

Cabe señalar que el primer párrafo del artículo 286º establece que el juez de la investigación preparatoria dictará mandado de comparecencia simple, siempre y cuando, el fiscal no haya

solicitado la prisión preventiva al término del plazo a que se refiere el artículo 266º, referido a la detención preliminar. De esta disposición se desprende que, si el Fiscal no solicita prisión preventiva o alguna otra medida, el juez podrá dictar comparecencia simple y por tanto beneficiar al detenido con su inmediata liberación.

Asimismo, la comparecencia simple se aplicará, según el artículo 291º, cuando la sanción penal respecto a determinado acto presuntamente ilícito, es leve (Debemos entender como hecho punible leve a aquel en donde la pena a imponerse no supera los 4 años; ello, en contraposición a la pena superior a 4 años que exige el dictado de prisión preventiva) o cuando los actos de investigación (referida a las pruebas aportadas al proceso) obtenidos en lo que va del proceso no justifican la imposición de alguna de las restricciones –de la comparecencia restringida- a las que hace referencia el artículo 288º.

#### *a.2. La Comparecencia Restrictiva*

Bajo la comparecencia restrictiva el inculpado conserva su libertad ambulatoria, sin embargo, tiene el compromiso de acatar estrictamente las restricciones judiciales implantadas. En caso de no acatar, la norma procesal indica la inminente detención del inculpado y la subsiguiente cancelación de prisión preventiva. En lo concerniente a los importes establecidos para la práctica de la comparecencia restrictiva, el Nuevo Código Procesal Penal 2004 no hace mención explícita de los mismos. Limitándose solo a regular las restricciones. Podemos, sin embargo, concluir que serán los mismos que los necesarios para imponer prisión preventiva, incluidos en el Artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal 2004, haciendo la siguiente interpretación:

En primer lugar, el Artículo 286 señala que, en caso no confluyan los supuestos materiales para implantar la prisión preventiva, el Juez deberá dar comparecencia simple (de la misma manera lo efectuará cuando, de mediar requerimiento Fiscal, no se presenten los presupuestos materiales previstos en el artículo 268º). No haciendo mención la norma de otras opciones (sabiendo que tampoco prohíbe claramente alguna de esas otras alternativas).

Segundo: el artículo 287 fortalece esta posición. De donde se conoce que la comparecencia restringida se dará cuando exista peligro de fuga y peligro procesal, no obstante “puede evitarse razonablemente” sin la obligación de implantar una prisión preventiva. Por lo tanto, hay un peligro latente pero no lo suficiente como para implantar la prisión preventiva, ni tan leve como para que no

confluyan los supuestos materiales del artículo 268, y por lo cual se tenga que dar un mandato de comparecencia simple.

En tercer lugar, si las restricciones impuestas no son cumplidas, el Artículo 287(3) dispone que el juez, previamente solicitado por el fiscal, cancelará dicha medida y la cambiará por la de prisión preventiva. Indiscutiblemente, para ser aplicada la prisión preventiva, se deberá cumplir con los supuestos materiales propios de dicha medida.

#### *b. La detención domiciliaria*

Reglamentada según el artículo 290º del Nuevo Código Procesal Penal 2004. Siendo considerada como única medida alternativa impuesta de manera imperativa por el juez, siempre y cuando el inculcado tenga más de 65 años, sufra de una enfermedad grave o incurable, padezca de una discapacidad física permanente que afecte de manera considerable su capacidad para poder desplazarse, como por ejemplo una madre gestante. Resulta indispensable a su vez que el riesgo de fuga o de obstaculización pueda impedirse de modo razonable implantándose esta medida.

La detención domiciliaria no exclusivamente deberá cumplirse en la vivienda del inculcado, sino también en un distinto lugar elegido por el juez. Para que el cumplimiento de esta medida esté garantizado, no solamente contará el juez con el trabajo de resguardo que la Policía Nacional pueda realizar sino también la labor – de cuidado - que alguna institución pública o privada lo realice. Implantada una vez la orden de detención domiciliaria, además el juez podrá restringir la comunicación que el inculcado tenga con determinadas personas.

De la misma manera, en este artículo se admite que el juez podrá implantar el pago de una fianza. En relación al plazo del arresto domiciliario, se considerará el mismo que se establece para la prisión preventiva, aplicándose para dicho efecto lo dispuesto en los artículos 272º al 277º del Nuevo Código Procesal Penal 2004 (Nakasaki, 2018).

#### *c. Internación preventiva*

El internamiento preventivo es considerado una disposición alterna dirigida a los inculcados que padecen de graves alteraciones mentales y su dictado, como en las medidas anteriores, es ejecutado por el juez. Sin embargo, en relación a otras medidas, el juez necesita de la opinión de un especialista sobre el particular, la que será evidenciada a través de un examen pericial. Del propio

artículo 293º se puede desligar que la finalidad que se busca dando esta medida es la de custodiar al propio inculpado y a otros.

En suma, los costos para el uso de esta orden – no considerando el examen pericial – son iguales que los de la prisión preventiva, exceptuando los pronosticados de la pena. Es decir, se deberá demostrar la vinculación del inculpado al delito investigado y el peligro procesal.

#### *d. Impedimento de salida*

El impedimento de salida al que hace referencia el artículo 295º y el 296º del Nuevo Código Procesal Penal 2004 se encuentra condicionado a que el delito por el cual se está investigando a determinada persona tenga una sanción superior a los 3 años. Este impedimento no se limita a salir del país; será aplicable también a nivel regional, distrital, provincial, local.

Como toda medida restrictiva, está sujeto a ciertos procedimientos y plazos. En el primer caso, a lo dispuesto por los incisos 2 y 3 del artículo 279º del Nuevo Código Procesal Penal 2004, es decir, a la realización de una audiencia y a la posibilidad de impugnar la decisión que en ella se dé. En relación al plazo, el impedimento de salida no podrá durar más de 4 meses. En caso de requerirse una prolongación, será por el mismo plazo impuesto originalmente y ciñéndose a las reglas establecidas para la prolongación de la prisión preventiva.

### **2.2.2. Variable: Principio de proporcionalidad**

#### *Definiciones*

Según Pedernera (2018), el principio de proporcionalidad es el postulado axiológico exigible a la autoridad para que este, al momento de aplicar la norma jurídica, no abuse de su poder autoritativo sobre el sujeto pasivo. Es decir, para este autor, la proporcionalidad está en función y dirigida a la actuación de la autoridad quien debe disponer la intelección para evitar excesos en el cumplimiento de las funciones.

A decir de Romero (2020), el principio de proporcionalidad es un planteamiento ligado al plano valorativo por lo que más que imponer busca influir en el receptor del imperio estatal o funcionario para que este no exceda la coerción otorgada por el Estado. Es decir, para este autor, el principio de proporcionalidad posee una naturaleza paradigmática más que prescriptiva, por lo que será

arbitrio del funcionario conducir su conducta por el sendero de la prudencia en las intervenciones que realice.

Santy (2016), sostiene que se conoce como principio de proporcionalidad a aquel criterio que busca adecuar el comportamiento de los funcionarios y/o servidores públicos a la medida en sus actuaciones, sean estas de tipo administrativo o jurisdiccional. En ese sentido, para este autor, el ámbito de este principio se extiende en todos los fueros donde se halle la denominada administración pública, por lo que, al margen del rango funcional del servidor, debe ser implementado en la conducta de los funcionarios.

Para Sotomayor (2017), el principio de proporcionalidad no solamente se aplica para la conducta funcional de todo servidor público sino también como un criterio de interpretación ante escenarios de fraude, incorrección o simulación. En tal sentido, para este autor, el criterio de razonabilidad presenta una bilateralidad de ámbito: como regulador de comportamiento del servidor en la administración pública y como elemento de raciocinio judicial o administrativo.

#### *Ámbitos de aplicación del principio de proporcionalidad*

En el ámbito penal

El principio de proporcionalidad en el fuero penal busca limitar el ius imperium estatal que es, sin duda alguna, el más aflictivo de derechos. En ese sentido, los funcionarios de la administración de justicia penal deben presentar una serie de criterios para evitar el exceso en la aplicación de mecanismo de coerción real o procesal, todo ello bajo el principio de presunción de inocencia del acusado o imputado.

En el ámbito administrativo

El principio de proporcionalidad en sede administrativa se relaciona para los casos de procedimientos sancionadores, fiscalizadores o de ejecución coactiva. En estos existe una alta posibilidad de vulneración de los derechos subjetivos de los ciudadanos o administrados. En ese sentido, las instancias administrativas y en ellos sus funcionarios públicos presentan con este principio un cerco o corsé que les impidan una aplicación extensiva o aflictiva de la norma.

En el ámbito laboral

El principio de proporcionalidad hace referencia al uso por parte de cualquiera parte procesal inserto en una litis de esta naturaleza de argumentos verosímiles o creíbles en sus alegaciones en sede jurisdiccional o administrativo laboral. En ese sentido, el juez está constreñido a su criterio intelectual para no desbocarse en arbitrariedades.

#### *Legislación y jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad*

La base normativa de tipo constitucional se halla en la Constitución Política del Estado, artículo 2, inciso 24: “Toda persona tiene derecho... A la libertad y a la seguridad personales” (Constitución Política del Perú, 1993)

La norma legal, específicamente la Ley de Procedimiento Administrativo General, en su artículo IV sobre los principios del procedimiento administrativo señala:

Principio de proporcionalidad. Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (Poder Legislativo, 2001)

El Tribunal Constitucional sobre la relación entre principio de razonabilidad y el uso de medidas de restricción señala: “El principio de razonabilidad exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger y promover un fin constitucionalmente valioso, en esta perspectiva debe perseguirse garantizar un fin legítimo y además de rango constitucional” (Tribunal Constitucional, 2006)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional enfatiza en la posibilidad de que los sujetos invoquen el principio de razonabilidad ante la acción del ius puniendi del Estado.

Asimismo, el levantamiento del “Acta de Acuerdo Reparatorio para la Aplicación del Principio de Proporcionalidad”, en la que el beneficiario dio su conformidad a la propuesta, mal puede suponer que con dicho acuerdo o, con lo actuado en dicha sede, se haya manifestado el ius puniendi estatal, puesto que el poder de persecución penal ejercido por el Ministerio Público no configura actividad jurisdiccional; más aún, las resoluciones fiscales no constituyen ius decidendi (Tribunal Constitucional, 2006)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los alcances del Principio de razonabilidad plantea:

Si bien se investigó preliminarmente al favorecido a nivel del Ministerio Público, emitiendo opinión por la procedencia del principio, la abstención de la acción penal y el archivamiento definitivo de lo actuado en dicha sede, ello no comporta de ningún modo un proceso de carácter sancionatorio; dicho de otro modo, no hubo juzgamiento en su contra (Tribunal Constitucional, 2006)

### **2.2.3. Variable: *Delito de colusión***

#### *Definiciones*

La colusión es un tipo penal que sanciona aquella conducta cometida por un funcionario público que, avalado por el poder de decisión que posee por el papel que desempeña, decide realizar actos o intentos de defraudación al Estado en acuerdo con un tercero interesado. A nivel de bien jurídico, este injusto vulnera el debido ejercicio de la función pública, en tanto los recursos vulnerados sirven para que el Estado cumpla su papel garantizador de derechos (García, 2008).

La práctica colusoria es una constante en las diversas administraciones públicas. Es por eso que teóricos como Meini (2014) expresan que los objetivos de las técnicas de medición de los actos colusorios son presentar y luego comparar los niveles de dicha conducta entre los países involucrados. En ese sentido, el resultado que se advierte es que la práctica gubernamental de los países latinoamericanos muestra una gran proclividad a la colusión, en contraste con los bajos niveles de las administraciones advertidos en la Unión Europea.

El delito de colusión ha necesitado una reforma enmarcada en sus respectivas codificaciones penales, con la implicancia de diversos mecanismos anti colusorios, sea por motivos de exigencia internacional o por propia motivación interna. No obstante, los indicadores son más dramáticos en los países latinos, en especial los sudamericanos. Es por ello que, algunos dogmáticos consideran que el enfrentamiento contra la colusión implica, no solo un ámbito normativo, sino también un criterio educativo o subjetivo sobre el funcionario público (Palacios, 2011).

Cinciardo (2018) expresa que es fuerte su frecuencia en la judicatura nacional planteando que es el delito de mayor presencia, dentro de los llamados delitos contra la administración pública, con lo cual queda corroborado la incidencia de este comportamiento lesivo contra los caudales del Estado. En ese sentido, este fenómeno social atraviesa transversalmente todo el aparato gubernamental es decir abarca gobiernos locales, regional y de nivel nacional.

La normatividad penal nacional establece, en su artículo 384, las dos modalidades de colusión: el simple y el agravado. Es simple cuando el funcionario, aprovechando su facultad, concierta con el tercero una posible afectación al patrimonio estatal, por ello se le conoce como un delito de mera actividad. En cambio, es compleja cuando el funcionario, aprovechando su poder de decisión, ejecuta, junto al tercero, la defraudación a los recursos públicos; por eso se le denomina delito de resultado (Díaz, 2019).

#### *Elementos típicos del delito de colusión*

El delito de colusión, tanto en su modalidad simple y agravada, contiene diferentes modalidades típicas entre ellos tenemos los siguientes:

##### *a. Elemento objetivo*

El tipo objetivo de este delito está compuesto por sujeto activo y sujeto pasivo; en el caso del Sujeto Activo viene a ser todo funcionario público o servidor público, este delito resulta ser una infracción del deber por cuanto está relacionada con la administración pública. Mientras que el sujeto pasivo es el Estado, quien es titular del bien jurídico y subsecuentemente sujeto pasivo delito mencionado. Siendo los elementos típicos de este delito la concertación, esto se configura cuando el funcionario público interviene a razón de su cargo con los interesados en un pacto colusorio con el objeto de defraudar los intereses del Estado (Zaffaroni, 2015)

##### *b. Elemento subjetivo*

Se puede presentar la modalidad dolosa o culposa, sea por acción u omisión.

##### *c. Íter criminis*

El camino delictual del presente delito tiene los siguientes presupuestos que son necesarios analizar:

- Actos preparatorios

Los actos preparatorios, no pueden ser invocados pues no se encuentran señalados expresamente.

- La tentativa

La tentativa solo opera en los delitos de resultado, no así en los delitos de mera actividad, por lo cual, en el delito de Colusión no opera la tentativa por tratarse de un delito de actividad y no en un delito tentado. Así según Salinas Siccha (2015) indica, que en cuanto a la Colusión se llega a establecer cuando se perjudica al Estado, mediante los acuerdos Colusorios materializados, aun así, el agente colusorio se desista o los agentes de control lo descubren antes de concretar el hecho. Su conducta estaría inmersa en el artículo 384 del Código Penal como Colusión Simple.

- Consumación

Desde la óptica de los delitos de dominio, según los sujetos en la medida que el extraneus e intraneus incurran en concretar estarían cometiendo el ilícito penal por tratarse de un delito de comisión instantáneas, el supuesto de hecho proviene de la administración Pública de la cual provienen deberes positivos, esto es el deber de probidad y lealtad. En tal sentido este delito alcanza consumación en la medida en que el sujeto habría infringido el deber especial también el cual, tiene que haber irrogado un perjuicio patrimonial concreto (Hurtado, 2016).

- Agotamiento

En el delito de Colusión simple la forma agotada se da en la medida en la que se aprecia actos con posterioridad al pacto colusorio, por ejemplo, el otorgamiento de la Buena Pro, suscripción de contrato de ejecución o después de haberse pagado los valores sobredimensionados (Peña J. , 2019)

#### *Los niveles de intervención delictual en el delito de colusión*

Los delitos de Colusión simple y agravada tienen diversas formas de intervención delictual.

- Formas de autoría

Las formas de autoría aparecen en el artículo 23 del Código Penal, la autoría directa se da por el sujeto servidor público para esto tiene que incurrir en el verbo rector de concretar, todo esto en el marco de contrataciones o concesiones estatales, siempre y cuando este tenga poder de decisión.

- Con relación a las formas de participación

Sera participe el sujeto de este delito aquel que, con anterioridad de acción de pacto colusorio, coopera con el plan de autor calificado respecto a concretar.



Precisando algunos aspectos:

No existe Colusión simple y agravada entre cómplice por cuanto es un delito de participación necesaria.

No es posible el delito de Colusión simple y agravada entre funcionarios públicos que actúan según el cargo.

## CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

### 3.1. Tipo de investigación.

El tipo de investigación es No Experimental: descriptivo-correlacional.

El diseño de la investigación es transversal, pues el propósito de la tesis es describir las variables y analizar su incidencia a partir de los métodos establecidos (Hernández-Sampieri, 2014).

Esquema del Diseño Transversal:

<b>Estudio</b>	<b>T1</b>
<b>M</b>	<b>O</b>

Dónde:

M: Muestra

O: Observación

Unidades de estudio

Unidad de estudio 1: Sentencia del Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios que hayan considerado en las Resoluciones de Prisión Preventiva el principio de proporcionalidad en la aplicación de la Prisión Preventiva.

**Justificación:** Sólo se requiere las sentencias que estén directamente relacionadas con las dos variables del problema de investigación para que puedan incidir directamente en su medición, para arribar a conclusiones válidas.

Unidad de estudio 2: Abogado especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, que haya impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho o que labore en la Fiscalía especializada en delitos de Corrupción. **Justificación:** Sólo se requiere personas que tengan conocimientos especializados en el Derecho Constitucional que estén directamente relacionados con las dos variables del problema de investigación para que puedan incidir directamente en su medición, para arribar a conclusiones válidas.

### 3.2. Población y muestra

**Población A** (en relación a la unidad de estudio N.º 01):

La población de esta tesis está dada por un total de 2 autos de prisión preventiva dictadas Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios 2018.

**Población B** (en relación a la unidad de estudio N.º 02):

La población de esta tesis está dada por cuatro abogados especialistas en Derecho Constitucional, Derecho Penal y Procesal Penal, residentes en la ciudad de Lima, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho entre ellos Fiscales que laboran en Fiscalías Anticorrupción que cuentan con conocimientos específicos en prisión preventiva, el delito de colusión desleal y el principio de proporcionalidad.

**Muestra.**

**En relación a la población A:** Exp.00004-2015-45-5201-emitido el 11 de diciembre del 2017

**En relación a la población B:**

- Crisanto López Papa—abogado Ex Fiscal Anticorrupción del Distrito fiscal de Lima.
- Mercedes Domínguez Enríquez Fiscal de la Fiscalía especializada en lavado de activos de Lima.
- Oscar Chávez Ayvar – Fiscal Adjunto de la Fiscalía especializada en el caso los Cuellos Blancos del Puerto-sede Lima.
- Katy Fiorela Soto Flores –Fiscal Adjunta de la 33º Fiscalía Provincial penal de Lima

El tipo de muestreo es no probabilístico para ambas. La dividimos en:

**No probabilístico “i”** (en relación a la población A): Dada la circunscripción de la población A, y su respectiva unidad de estudio, el tipo de muestreo es No probabilístico debido a que se hará una investigación a fondo de las consideraciones teóricas que sustentan las decisiones del Juzgado en

la aplicación de la Prisión Preventiva; en consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

**No probabilístico “ii”** (en relación a la población B): Dada la circunscripción de la población B, y su respectiva unidad de estudio, el tipo de muestreo es No probabilístico debido a que se requerirá únicamente las consideraciones teóricas personales que tienen los expertos en relación a los argumentos que sustentan las decisiones las Resoluciones de Prisión Preventiva; en consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

El diseño de la muestra es no probabilística para ambos. La dividimos en:

**No probabilística “i”**: El diseño de la muestra no probabilístico “i” es para variables cualitativas con población finita: Ello en razón a lo que se pretende estudiar de las variables de conformidad a las condiciones que se establecen para la unidad de estudio y la cantidad poblacional existente. (Población A).

**No probabilística “ii”**: El diseño de la muestra no probabilístico “ii” es para variables cualitativas con población finita: Ello en razón a lo que se pretende estudiar de las variables de conformidad a las condiciones que se establecen para la unidad de estudio N.º 02 y la cantidad poblacional existente (Población B”).

### Fórmula estadística aplicable

#### a) Para la muestra en relación a la población A

$$n = \frac{N \cdot Z^2 \cdot p \cdot q}{(N - 1) \cdot E^2 + Z^2 \cdot p \cdot q}$$

$$n = \frac{2 \cdot 1.96 \cdot 0.5 \cdot 0.5}{(2 - 1) \cdot 0.01^2 + 2.58^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}$$

$$n = \frac{0.549}{0.0002 + 0.645}$$

$$n = \frac{0.549}{0.6452} = 0.850 = 1 \text{ (redondeado)}$$

Dónde:

- **Z = 2.:** Valor de la distribución normal estandarizada para un nivel de confianza al 99% para arribar a resultados más precisos.
- **p = 0.5:** Valor decimal asignado en razón a la unidad, debido a la inexistencia de investigaciones anteriores que tengan el mismo tema de investigación.
- **q = 0.5:** Valor decimal asignado a la tesis en desarrollo en suplencia del valor de la unidad, en relación a inexistencia de anteriores investigaciones.
- **E = 1%:** Porcentaje del estimador del margen de error fijado por el investigador.
- **N = 3:** Tamaño de la población.
- **n = 3:** Tamaño de la muestra resultante redondeada.

#### **b) Para la muestra en relación a la población B**

Se elige una población-muestral de cuatro abogados especialistas en Derecho Penal y Procesal Penal, residentes en la ciudad de Lima, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho y cumplen con la labor Fiscal en diferentes Fiscalías Anticorrupción; en consecuencia, no resulta pertinente la aplicación de una fórmula para determinar la muestra en relación a la población B.

### **3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos de análisis de datos**

#### *Técnicas*

El fichaje: técnica necesaria para la colección de información teórica y jurisprudencial.

#### *Instrumentos*

- La ficha bibliográfica: instrumento necesario para la recopilación de la información necesaria para la conformación de las bases teóricas del presente proyecto.
- La ficha de parafraseo: instrumento necesario para conceptuar mediante proceso volitivo del autor, las consideraciones interpretaciones asumidas al momento del análisis hermenéutico de la muestra de estudio.

#### *Análisis de datos*

Los métodos utilizados para el análisis de los datos recopilados son los siguientes:

- El análisis documental: que permitirá procesar las bases teóricas en correlato a cada una de las variables para hacer el adecuado análisis de la muestra seleccionada.
- El análisis jurisprudencial: que permitirá el análisis de las muestras seleccionadas, ya que son Resoluciones de Prisión Preventiva emitidas por un órgano de justicia; esto conllevará su adecuado procesamiento al momento de ser medidas.
- El juicio de expertos: técnica necesaria para la verificación de fuentes personales-profesionales especializados en materia Penal y procesal Penal, y demás relacionadas al contenido de la muestra la tesis.

Los instrumentos utilizados para el análisis de los datos recopilados son los siguientes:

- La guía de análisis documental: instrumento necesario para el análisis detallado de la información procesada a partir de la aplicación de las técnicas en la muestra seleccionada.
- La guía de análisis jurisprudencial: instrumento necesario para el análisis detallado de la información procesada a partir de la aplicación de la técnica de análisis de la Resolución de la Prisión Preventiva.
- La guía de juicio de expertos: instrumento necesario para interpretar la información sobre el contenido de las instituciones teóricas y jurisprudenciales propias de la naturaleza de la presente tesis.

### **3.4. Procedimientos de recolección de datos**

Se consultará bibliografía escrita y virtual sobre profesionales especializados en derecho Penal y Procesal Penal a nivel nacional e internacional que hayan realizado investigaciones sobre cualquiera de las variables de la presente investigación, recurriendo para ello a la visita de bibliotecas universitarias, librerías jurídicas y bibliotecas jurídicas virtuales. Luego de recabada la información en las fuentes aludidas en el punto precedente, se administrará la data pertinente con los instrumentos consignados: La ficha bibliográfica y la ficha de parafraseo.

La guía de análisis documental: de las bases teóricas obtenidas, se analizará la relacionada con las variables de la presente investigación, confrontando y unificando criterios de interpretación y

posiciones jurídicas sobre distintos elementos necesarios para la evaluación final de las consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales.

La guía de análisis jurisprudencial: a partir del diseño propuesto en anexos, se examinará la justificación interna y externa de las premisas, así como los considerandos de fondo en las Resoluciones de Prisión Preventiva, aquellas donde se haya aplicado el principio de Proporcionalidad discriminando cada una de las partes y requisitos para su dación, para luego determinar si dicha Resolución está debidamente motivada respetando la tutela de los derechos fundamentales.

La guía de juicio de expertos: se registrará de forma escrita o verbal los principales comentarios de expertos en derecho Penal y Procesal Penal acerca de las variables contenidas en la presente investigación a partir de un banco mínimo de preguntas signadas en anexos para su posterior discusión con la información teórica y jurisprudencial obtenida.

## CAPÍTULO IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos

**Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento** Muestra seleccionada en relación a la población B de la presente tesis.

Tabla N° 1

*Respuestas al juicio de expertos*

Experto	<b>1. ¿Cuál es el fin procesal de la prisión preventiva?</b>
Crisanto López Papa	La Prisión Preventiva se sustenta en dos grandes principios el de intervención indiciaria y el de proporcionalidad, la primera se refiere a los indicios que permitan entender que existe fundamento para limitar el derecho a la libertad de una persona, cabe precisar que por ningún motivo en ningún caso puede sustituir o adelantar un juicio. El segundo articula dos motivos el del delito grave y peligro procesal.
Mercedes Domínguez Enríquez	La Prisión Preventiva es un mandato del juez de investigación preparatoria a solicitud del Ministerio Público la cual, tiene las siguientes características; medida excepcional, medida provisional, medida variable y para ser dictada se debe tener en cuenta los siguientes principios, principio de razonabilidad y proporcionalidad, además del principio de necesidad.
Oscar Chávez	La prisión preventiva se concreta mediante el juez en base a los antecedentes iniciales que hayan sido presentados por el Ministerio Público siendo su objeto asegurar la presencia del imputado durante el proceso de investigación.
Experto	<b>2. ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva reduce los márgenes de irracionalidad en su aplicación?</b>
Mercedes Domínguez Enríquez	La proporcionalidad en sentido estricto en su concreción dialéctica considera, por un lado, el fin procesal de la prisión preventiva y, por el otro, la grave afectación de la libertad del imputado. En ese orden, exige la adecuación de la prisión preventiva para alcanzar la finalidad cautelar, la necesidad de su imposición por no existir otras medidas alternativas para alcanzar ese fin cautelar, y la proporcionalidad en sentido estricto, que exige equilibrar el peso del principio concreto que se realizará con la prisión preventiva, con el peso de la gravedad de su imposición al imputado.
Oscar Chávez	El fin cautelar de prevenir el riesgo de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, asignado a la prisión preventiva, no está prohibido constitucionalmente, por lo que su imposición debe ser relevante solo en ese sentido. No obstante, el fin cautelar explícito de la prisión preventiva, con frecuencia y de manera encubierta, persigue otros fines que son: el instrumento de tutela anticipada, para neutralizar al preso preventivo, como escenario de coacción para obtener una terminación anticipada, y como vía de presión para lograr una colaboración eficaz, etc.; todo esto con la perversión del fin cautelar de la prisión preventiva y una directa afectación del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia.

Katy Fiorella Soto Flores	La evaluación de la idoneidad de la medida de prisión preventiva se realiza en el desarrollo de la audiencia, Por tanto, las propuestas de una valoración posterior que se expresan en interrogantes como ¿qué pasa si son culpables?, resultan contrarias a la presunción de inocencia. Este juicio de idoneidad tiene carácter técnico, pues no es una evaluación de mera posibilidad de alcanzar el objetivo cautelar, sino que tiene que ser el medio idóneo en sentido técnico práctico.
Experto	<b>3. ¿Considera usted que en el Perú es necesario la imposición de la prisión preventiva en delitos de colusión desleal por no existir otras medidas alternativas para alcanzar el fin cautelar?</b>
Mercedes Domínguez Enríquez	Encontramos, por ejemplo, que el Ministerio Público solicita la imposición de prisión preventiva únicamente alrededor de un tercio (entre 32 y 35%) de los casos en etapa de investigación preparatoria, considerando suficiente la información que vincula a la persona imputada con la comisión de un delito y necesario contrarrestar un importante grado de riesgo de que se fugue o manipule la investigación.
Oscar Chávez	Le haría saber que no existen delitos de aplicación inmediata de la prisión preventiva – los llamados delitos inexcusables – y que una vez impuesta la medida cautelar el juez únicamente revisará la decisión de mediar un pedido expreso de la defensa.
Katy Fiorella Soto Flores	No lo considero, si bien, el imputado tendrá siempre asignado un abogado durante la audiencia, en un 40% de casos lo habrá conocido a la hora misma de la citación, lo cual impedirá cualquier tipo de preparación del caso, así como la recolección de pruebas o documentos que permitan refutar la versión del fiscal. Entendiblemente, la opinión de más de la mitad de los imputados será que el fiscal hizo un mejor trabajo que su defensor frente al juez. De hecho, durante la audiencia la defensa presentará más de tres o cuatro argumentos a favor de su patrocinado, la mitad de argumentos o pruebas presentadas por el fiscal.
Experto	<b>4. ¿Indique usted, cuáles son los presupuestos materiales para la aplicación de la prisión preventiva?</b>
Mercedes Domínguez Enríquez	El acuerdo Plenario N°01/2019 del XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema, expedido el 10 de setiembre, el cual se refiere a principalmente al grado de sospecha si bien se dice que la sospecha suficiente sería uno de los presupuestos a tener en cuenta para la aplicación de la medida Coercitiva, esta no es suficiente. Pues se requiere de una sospecha fuerte.
Oscar Chávez	En el Perú existe abundante jurisprudencia respecto a la prisión preventiva entre estos tenemos el acuerdo Plenario 01/ 2019, asimismo existen diferentes casos que han llegado hasta el TC, a fin de lograr una adecuada aplicación de esta medida, que en la actualidad se viene aplicando de forma indiscriminada.
Katy Fiorella Soto Flores	Desde el año 2004 se han venido realizando diversos acuerdos Plenarios donde se trata de fijar normas de procedimiento a ser aplicables a estos casos, a tener en cuenta el plazo razonable de la medida en diferentes casos, ya que estos deben estar estrechamente relacionados con el tipo de delito y el tiempo razonable que lleve al Ministerio Público a la investigación de estos delitos. Teniendo en cuenta que existen varias medidas menos gravosas las cuales son viables de aplicación.

Experto	<b>5. ¿Considera usted que los presupuestos materiales de la prisión preventiva en el Perú son aplicados correctamente?</b>
Oscar Chávez	Considero que no está siendo aplicado este principio correctamente pues el principio que impera en muchos autos de prisión preventiva viene siendo el irracional. Es así que, propugna la limitación de su aplicación únicamente a casos en los que exista riesgo inminente y concreto de peligro procesal, y ante la ineficacia de otras medidas alternativas. Se considera como una buena medida la aplicación de este principio.
Mercedes Dominguez Enriquez	La condición necesaria para fijar esta medida es la existencia de elementos de convicción graves de la comisión de un delito penado con más de cuatro años de cárcel, pero que lo más importante es la acreditación de peligro de fuga u obstaculización del proceso.
Katy Fiorella Soto Flores	Considero que no, porque en un Estado democrático debe primar el sentido de la proporcionalidad en la aplicación de esta medida, ya que se está recortando con ella un derecho fundamental, en este sentido la proporcionalidad se basa en tres principios que deben ser estrictamente respetados.
Experto	<b>6. ¿Considera usted necesario que en los casos de delitos de Colusión Desleal la fiscalía debe plantear el requerimiento de la prisión preventiva?</b>
Crisanto López Papa	No lo considero
Mercedes Dominguez Enriquez	En el Perú, es común que se haga la diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber; ya que el delito de Colusión es un delito de esta relacionado con la falta del deber en este caso del funcionario o servidor público, este es asociado a los delitos especiales, principalmente, a los delitos especiales propios, así los delitos de infracción del deber parten del deber infringido, es una clasificación basada en la cualificación del sujeto activo.
Oscar Chávez	En nuestra legislación existe confusión al tratar de identificar al sujeto pasivo de estos delitos especiales es incorrecto afirmar que los delitos de infracción del deber son equivalentes a los delitos especiales; sin embargo, se puede afirmar que los delitos especiales pueden subclasificarse en delitos de dominio e infracción del deber, y delitos propios e impropios. Nuestro Código Penal, anclado en bases finalistas, se adhiere a la teoría del dominio del hecho para fundamentar la autoría y participación, más aún en los delitos en los que el sujeto activo vendría a ser un funcionario Público.
Experto	<b>7. ¿Qué criterios jurisprudenciales existen sobre la prisión preventiva en casos de delitos de colusión desleal en el Perú?</b>
Mercedes Domínguez Enriquez	Considero que actualmente pese a existir abundante jurisprudencia para la correcta aplicación de esta medida, se viene haciendo abuso de ella, como se ha advertido ya en diferentes estudios.

Katy Fiorella Soto Flores	Una jurisprudencia interesante es la casación N.º 542-2017 LAMBAYEQUE que identifica dos modos distintos una forma simple y otra agravada de colusión.
Experto	<b>8. ¿De qué manera se aplica en el Perú el principio de proporcionalidad?</b>
Mercedes Dominguez Enriquez	No hay duda que el Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos, sujeción que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.
Oscar Chávez	Una de las primeras conclusiones que se obtiene de la lectura de la jurisprudencia del TC sobre el principio de proporcionalidad o razonabilidad es la falta de unidad en su línea jurisprudencial, cuando no de claridad.
Katy Fiorella Soto Flores	Básicamente en el tercer presupuesto, que existe mucha subjetividad en el Juez, cuando dice “por tener dinero existe la posibilidad de fuga o por la gravedad del delito el procesado tiende a fugarse, a pesar de tener trabajo y domicilio conocido, eso es el síndrome del “Si Pero No”.
Experto	<b>9. ¿Considera usted que se debe aplicar un examen de proporcionalidad en los autos de prisión preventiva?</b>
Oscar Chávez	La aplicación de la proporcionalidad de la prisión preventiva se debe adecuar en este orden, que el logro del fin no tenga que sacrificar principios Constitucionales, se tiene que valorar el fin de la prisión preventiva y la afectación de la libertad del imputado, por lo que su aplicación deberá darse en casos extremos.
Katy Fiorella Soto Flores	La idoneidad exige alcanzar la valoración de la prisión preventiva y debe evaluarse técnicamente cautelando los riesgos de la investigación teniendo en cuenta los presupuestos de la aplicación de la medida cautelar, por otro lado se tiene que evaluar si esta medida es necesaria, es decir no debe existir otro medio con el cual se pueda proteger la investigación y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto se debe dar cuando a la realización de la equivalencia entre cautelar la investigación con los derechos que se afectarían estas dos se encuentran equiparadas.
Experto	<b>10. ¿El examen de proporcionalidad, debe realizarse a través de los presupuestos Materiales o de manera expresa discriminada en cada caso concreto?</b>
Mercedes Dominguez Enriquez	El Tribunal Constitucional peruano, como se puede concluir de su declaración trascrita, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto, en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la

	concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.
Katy Fiorella Soto Flores	El TC, como se puede concluir de su declaración trascrita, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

#### 4.2. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis documental”

**Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:** Doctrina nacional e internacional citada en las bases teóricas de la presente tesis.

**Resultados obtenidos:**

- *En relación a la prisión preventiva en casos de delitos de colusión.*

Los resultados de investigación responden a este objetivo en el sentido de que existe una ponderación negativa de la categoría prisión preventiva por parte del Ministerio Público (rol acusador) cuando provoca la afectación de la presunción de inocencia por parte del Poder Judicial (rol resolutor); por ello, al margen de la afectación a la presunción de inocencia, se demuestra que existe una relación de antagonismo entre ambas figuras del derecho (Salinas, 2015).

La doctrina nacional e internacional recogida señala que la declaración de procedencia de la prisión preventiva provoca la merma de la presunción de inocencia en los delitos de colusión, presentando la relación de oposición entre estas dos categorías (Nakasaki, 2018). Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que la prisión preventiva no disminuye la presunción de inocencia, sino que la vulnera completamente (Villavicencio, 2018).

- *En relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva.*

Los resultados de investigación responden a este objetivo en el sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso penal deviene en cumplimiento del factor constitucional de presunción de inocencia (Oré, 2015). Sin embargo, a nivel de la judicatura nacional, la prisión preventiva sigue siendo la tendencia, con lo cual la proporcionalidad

invocada si bien es tramitada, en la praxis no posee eficacia. En ese sentido, algunos autores refieren que el sistema procesal peruano es antigarantista por lo que la proporcionalidad y otros principios tuitivos suelen no considerarse en la litis punitiva (Peña J. , 2019)

### **4.3. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial”**

**Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:** Muestra seleccionada en relación a la población A de la presente tesis.

**Resultados obtenidos:**

Para el caso 000045-2019-1-5002-JR-PE-03

Partes del caso: Imputado: Cesar Villanueva Arévalo y Marcos Díaz Espinoza

Delito: Colusión Desleal y otros

*Antecedentes*

La Fiscalía solicita 18 meses de prisión preventiva para los imputados, Cesar Villanueva Arévalo y Marcos Díaz Espinoza, por la presunta comisión del delito de Colusión desleal. El Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios declaró fundado el requerimiento fiscal.

*Resultado del caso:* Se aplica prisión preventiva en primera instancia

*Motivación de la resolución*

Contra la mencionada Resolución la defensa interpone apelación, los argumentos fueron oralizados consistiendo en lo siguiente.

i) En cuanto al imputado César Villanueva Arévalo

- En relación a la Prisión Preventiva en el delito de colusión.

En cuanto al plazo de los 18 meses de prisión preventiva en este caso que las diligencias llevadas a cabo en la presente investigación son cuantiosas y teniendo en cuenta que existen un conjunto de elementos de convicción, estos concluyen en que ha existido coordinación entre los funcionarios de Odebrecht y el procesado Villanueva Arévalo, en

calidad de cómplice para garantizar la buena pro, por lo cual se puede concluir de que existe grave sospecha requerida.

Por otro lado, de acuerdo a la prognosis de la pena, el Juez indicó que la pena se ubica en el tercio intermedio, en tal sentido se señala que le correspondería una pena de 9 años de pena privativa de libertad y por el delito de asociación ilícita 5 años, en consecuencia a la aplicación del concurso real de delitos, la prognosis de la pena alcanzaría a los 19 años, lo que supera los 4 años exigibles en el artículo 268.b del Código Procesal Penal.

Respecto al peligro de fuga, se ha determinado que existe debilidad en el arraigo domiciliario del Imputado Arévalo, pues se advierte una pluralidad de inmuebles a nombre del imputado y familiares que se encuentran ubicados en distintas provincias del Perú, no estableciéndose arraigo laboral, asimismo no se precisó que la esposa e hijos dependan económicamente del imputado.

ii) En cuanto al imputado Marcos Díaz Espinoza

Sobre el arraigo domiciliario se ha determinado que tiene arraigo domiciliario y familiar, sin embargo, ello no resulta suficiente vía ponderación al cuestionado arraigo laboral, en relación a la magnitud del daño causado

- Respecto a la proporcionalidad de la medida, esta es idónea pues, esta viabiliza y garantiza la permanencia de los investigados, es necesaria ya que no existe otra medida menos gravosa que garantice la sujeción del imputado en el proceso, pues el imputado habría tratado de contactar al personal del Equipo Especial con el propósito de interferir y obstruir el proceso.
- Del delito de colusión, se imputa a Marcos Díaz Espinoza concreción ilícita con Odebrecht para el otorgamiento de la buena pro de rehabilitación y mantenimiento de mejoras, con participación del Presidente del Gobierno Regional de San Martín. La ilicitud consistió en elaborar los términos de referencia y las bases para la licitación pública en pro de la mencionada empresa.

Para el caso EXP. N° 16-2017-74

Partes del caso: Imputado: Gonzalo Ferraro Rey, Fernando Martín Gonzalo Camet

Delito: Colusión

### *Antecedentes*

La defensa plantea recurso de apelación, contra la sentencia de prisión preventiva de primera instancia, siendo declarado fundado el requerimiento imponiendo comparecencia restrictiva por 18 meses contra Gonzalo Ferraro Rey y Fernando Martín Gonzalo Camet. Para el presente caso, la Fiscalía argumentaba la concertación de los imputados con el expresidente Alejandro Toledo Manrique para obtener la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, entre Perú y Brasil, en los tramos dos y tres, hacia el año 2005.

De la litis se tiene que las partes procesales (defensa técnica y Fiscalía) discuten la configuración de los presupuestos materiales –específicamente los graves y fundados elementos de convicción y el peligro procesal– que sustentaron la procedencia de la prisión preventiva por parte de la primera instancia.

*Resultado del caso:* Se desvirtúa la prisión preventiva de primera instancia

### *Motivación de la resolución*

La resolución parte del fundamento doctrinario grados de sospecha. Recordemos que la judicatura ya había establecido en casación la certeza y los tipos de sospecha para la fundabilidad de la prisión preventiva. Estos son la sospecha inicial, reveladora, suficiente y grave; siendo el máximo estándar la certeza.

La judicatura para el caso de marras desvirtuó la imputación fiscal de sospecha grave y certeza de los imputados puesto que poseían arraigo determinado por lo que es de calidad e intensidad plena. Asimismo, contradijo a la Fiscalía al señalar que el mero poder económico no es suficiente para señalar peligro de fuga o de obstaculización a la justicia; más bien es discriminante y poco igualitario. Por último, como no hubo concurrencia de los presupuestos materiales para la prisión preventiva, más cuando dos de ellos fueron desvirtuados, la judicatura estableció que no es posible acreditar plenamente la configuración del peligro procesal de parte de los investigados por lo que se revocó la resolución de primera instancia impugnada y se les impuso comparecencia con restricciones.

## **CAPÍTULO V. DISCUSIÓN**

### **5.1. Limitaciones**

No se presentaron limitaciones algunas para la investigación

### **5.2. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento**

#### **“Guía de Juicio de Expertos”**

De los resultados obtenidos en este punto, se tiene a cuenta que Desde el año 2004 se han venido realizando diversos acuerdos Plenarios donde se trata de fijar normas de procedimiento a ser aplicables a estos casos, a tener en cuenta el plazo razonable de la medida en diferentes casos, ya que estos deben estar estrechamente relacionados con el tipo de delito y el tiempo razonable que lleve al Ministerio Público a la investigación de estos delitos. Teniendo en cuenta que existen varias medidas menos gravosas las cuales son viables de aplicación.

En este último alcance, tenemos hoy en día, la aplicación de la prisión preventiva es analizada con mayor cuidado y presupuestos más claros. Uno de los aportes más importantes en este tema, es la Casación N° 626-2013, Moquegua; en donde –entre otros puntos– se establecen los elementos para implementar correctamente la medida de prisión preventiva.

Consideramos que no se aplica adecuadamente esta medida coercitiva, si bien ha sido dada para cautelar la efectividad de los procesos a fin de que los imputados cumplan con la sanción impuesta por un ilícito, evidenciando que en la actualidad existe otros factores que motivan estos autos de prisión preventiva que la misma ley. Es así que, propugna la limitación de su aplicación sin considerar el principio de proporcionalidad.

Consideramos un punto relevante el hecho de que en un Estado democrático de Derecho, el principio de proporcionalidad constituye un método de contención a la imposición irracional de la prisión preventiva, pues pretende reducir los márgenes de “irracionalidad” y de violenta injerencia procesal sobre la libertad de un imputado, a quien se presume inocente. Este principio contiene la aplicación generalizada de la prisión preventiva, limitándola únicamente a riesgos inminentes y concretos de peligro procesal.

Finalmente, queda establecido que la aplicación de la proporcionalidad de la prisión preventiva se debe adecuar en este orden, que el logro del fin no tenga que sacrificar principios Constitucionales, se tiene que valorar el fin de la prisión preventiva y la afectación de la libertad del imputado, por lo que su aplicación deberá darse en casos extremos.

### **5.3. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento**

#### **“Guía de análisis documental”**

En este apartado, se prevé que existe concordancia entre la doctrina nacional, comparada y la jurisprudencia a tenor del efecto normativo del precedente vinculante en nuestro Estado, donde conforme se advierte a nivel internacional del estudio procesal de la prisión preventiva, en vista a los criterios que sobre el mismo han difundido los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con el fin de definir si la práctica legislativa y jurisprudencial costarricense ha sido considerada dentro de los principios indicados por las cortes supranacionales.

De otro lado, existen fuertes llamados de atención en la sociedad, que cada día se ve con asombro, como se vienen carcomiendo las estructuras políticas de una democracia emergente, que se ve atacada por el mal de la corrupción alcanzando niveles imprevisibles, en que ya no es sencillo imaginar una obra pública, de cualquier nivel nacional, regional o local, donde nos presumamos, que, en cada una de ellas, se albergan actos de corrupción estatal.

El proceso judicial para los alcaldes, gobernadores regionales y hasta presidentes, establecen un llamado de atención, para de esta manera orientarnos a una actitud más enérgica en la lucha contra la corrupción. Cabe señalar que no solo se observó desde el punto de vista de la legislación criminal, haciendo más duras las penas, además de la imprescriptibilidad de estos delitos, sino además en la conducta de los ciudadanos y de los partidos políticos que los representan.

En cuanto a los presupuestos que legitiman la aplicación de la prisión preventiva, el artículo 268º del Nuevo Código Procesal Penal 2004, señala expresamente los requisitos, denominados presupuestos materiales, que sustentan la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar sin distinción de delitos. De esta manera, el Juez de Investigación Preparatoria tendrá que examinar los hechos según lo revelado por el Fiscal y la defensa para definir la existencia de tres presupuestos de forma concurrente y obligatoria:

#### **5.4. Discusión de los resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial” de forma conjunta a los resultados obtenidos en los puntos precedentes**

Se puede apreciar que la judicatura ha analizado los presupuestos para la fundabilidad de la prisión preventiva de una manera disociada: el A quo la declaró válida, mientras que el A quem la declaró infundada y la corrigió, si bien para diferentes expedientes y caso, para las mismas figuras jurídicas.

Se aprecia del juzgado de primera instancia que bastó la imprecisión del arraigo de los imputados para decantarse por la aplicación de dicha cautelar procesal. Así también, el carácter complejo del caso, produjo que el magistrado sostenga que la presunción de inocencia deba someterse a los fines de la investigación y del proceso, motivo por el cual estableció para los implicados la medida de prisión preventiva.

Para este caso, es pertinente señalar lo expresado por Miranda (2017) quien sustentaba que en ciertas judicaturas la prisión preventiva había dejado su carácter de excepcionalidad volviéndose lo natural. En similar sentido, Montero (2018) expresaba que la afectación que el abuso de la prisión preventiva basada en motivación feble cometía afectación al principio de presunción de inocencia.

En sentido opuesto, se aprecia de la Sala de segunda instancia que fue más escrupuloso con la petición de prisión cautelar planteado por la Fiscalía y que fue aceptada en el primer nivel judicial. En oposición al juez del caso anterior, la Sala estableció que el poder económico o político per se no es motivación suficiente para validar el presupuesto material de peligro de fuga u obstaculización del proceso, puesto que se vulneraría el principio de igualdad. Asimismo, el ser directivos de diversas empresas no puede entenderse como un arraigo laboral débil pasible de ser considerado requisito para la prisión preventiva puesto que puede considerarse un arraigo de intensidad plena. Por último, alegó que aun cuando sea discutible un presupuesto material, un mecanismo de coerción personal tan gravoso como la prisión preventiva exige la concurrencia de los tres factores con un adecuado vigor procesal.

Para este caso, es adecuado expresar lo que planteaba en antecedentes Diego (2017) que se debe exigir la concurrencia copulativa de los tres factores materiales para la prisión, aun cuando este enfoque garantista no sea eficaz para enfrentar un fenómeno de corrupción presente en América

Latina. En oposición a ello, aseveraba Briceño (2015) que se hacía necesario una reforma en las figuras procesales y cautelares por el crecimiento de la corrupción a nivel de funcionarios estatales, por lo que debe replantearse los fines de la prisión preventiva para que pueda contribuir a un mejor enfrentamiento en este tipo de ilícitos.

## 5.5. Conclusiones

### Conclusión General

La aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal en la Corte Superior de Justicia de Lima dictadas durante el periodo 2018 afecta al principio de proporcionalidad, por cuanto la proporcionalidad debe ser aplicada a todos los ámbitos del derecho por su naturaleza garantista, pero más aún en el derecho penal y necesariamente considerar la eficacia de esta en estos tres aspectos: la determinación legal de la pena, determinación judicial y por último la determinación de administración de la medida restrictiva.

### Conclusiones Específicas

Primero: Se pudo demostrar que a nivel doctrinario, juicio de expertos y resoluciones judiciales son tres los presupuestos que concurrentemente deben aparecer para la aplicación de la prisión preventiva: fundados y graves elementos de convicción, pena superior a 4 años y el peligro de fuga y/o de obstaculización, aunque este planteamiento teórico estandarizado establecida en la norma procesal penal, no encuentra unanimidad en la praxis judicial como se puede advertir a partir de los casos de los expedientes reseñados.

Segundo: Se pudo demostrar la hipótesis de investigación que señalaba que la colusión según juricidad nacional se establece cuando el funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier fase de la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo de la administración estatal, por lo que dicho tipo penal alcanza su consumación cuando el sujeto activo infringe su deber especial y perjudica patrimonialmente al Estado, pero que no implica por su complejidad una inmediatez en la prisión preventiva.

Tercero: Existe una interrelación entre la proporcionalidad de la medida y la aplicación de la prisión preventiva, demostrándose que existe solo cuando aparecen los presupuestos materiales, indicador

de un alto grado de probabilidad de rehuir la acción penal, solo en tal sentido resulta idónea y necesaria, es decir proporcional, la aplicación de esta medida. No obstante, si estos requisitos no concudiesen o al menos uno de ellos no se presentase, bajo un prisma garantista que es el que rige nuestra juridicidad nacional, no debiese declararse su fundabilidad y, con ello, no menoscabarse la facultad subjetiva constitucional de presunción de inocencia,

## Referencias

- Alarcón, H. (2017). *El rol del juez de investigación preparatoria en la fundamentación de la duración de la prisión preventiva para casos no complejos y su relación con el derecho al plazo razonable, motivación de las resoluciones judiciales, y presunción de inocencia (Tesis)*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.
- Andrés, J. (2019). *Corrupción de Funcionarios y su relación con la Prisión Preventiva en el Poder Judicial, Barranca, 2015-2017 (Tesis para optar el título de abogado)*. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho.
- Asencio, J. (2015). *La prisión provisional*. Madrid: Civitas.
- Briceño, V. (2015). *Análisis de casos del empoderamiento de la criminalidad de las organizaciones políticas en la gestión pública que inciden en el incremento de la corrupción en el Perú*. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Juliaca.
- Cancio-Melia, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid: J.M. Bosch.
- Chacón, J. (2013). *La Prisión Preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Tesis para optar la licenciatura en Derecho)*. Universidad de Costa Rica, San José.
- Cianciardo, J. (2018). Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones. *Estudios de Deustuo*, 47-70.
- CIDH. (1996). *Informe Nº 12/96 - Caso 11.245 - pagina 48*. Argentina.
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Cruz, M. (2018). *Delitos de Corrupción de Funcionarios y su relación con el Crimen Organizado en las Sentencias de los Juzgados Penales Colegiados de Ancash en el periodo 2010 - 2014 (Tesis para optar la maestría en Derecho Penal)*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.
- Díaz, Y. (2019). *El otorgamiento del mandato de prisión preventiva en los delitos de hurto agravado y su vulneración al principio de la excepcionalidad en el segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tarapoto en el Periodo 2015 – 2017 (Tesis para optar el Título d)*. Universidad César Vallejo.
- Diego, Ó. (2017). La corrupción en América Latina y la incorporación ética para su solución. *Encuentros multidisciplinares (56)*, 1-11.
- García, H. (2008). *Alternativas y prisión preventiva en México bajo el contexto de reforma al sistema de administración de justicia (Tesis para obtener la licenciatura en Derecho)*. Centro de Investigación y Docencia Económicas, México D.F.
- Garzón, E. (2008). *Prisión Preventiva: Medida Cautelar o Pre-Pena (Tesis para obtener el Grado de Maestro en Derecho Procesal)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Hernández-Sampieri. (2014). *Metodología de la Investigación*. México DF.: Mc Graw-Hill.
- Hurtado, M. (2016). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Instituto de Defensa Legal. (2006). *La Prisión Preventiva en Perú: ¿Medida Cautelar o Pena Anticipada?, pagina 8, 24 al 31*. Lima.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- Miranda, O. (2017). *La motivación insuficiente de los autos judiciales ante el requerimiento de prisión preventiva en los delitos de corrupción de funcionarios emitidos en el juzgado de investigación preparatoria de Huaraz, 2011-2016 (Tesis para el título de abogada )*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.
- Montero, J. (2018). *La prisión preventiva y el derecho a la presunción de inocencia en el delito de extorsión en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte 2017*. Universidad César Vallejo, Lima.
- Montes, N. (2017). *La Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción*. Universidad Nacional del Altiplano, Puno.

- Najarro, C. (2019). *Análisis del peligro de fuga en la prisión preventiva del distrito judicial de Lima Este 2019 (Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal)*. Universidad César Vallejo, Lima.
- Nakasaki, C. (2018). *El derecho penal y procesal penal*. Lima : Gaceta Jurídica.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- Oré, A. (2015). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Ortiz, L. (2018). *La Desnaturalización de la Prisión Preventiva y su afectación al derecho Fundamental de Presunción de inocencia (Tesis para optar el Título Profesional de Abogado)*. Universidad Autónoma del Perú, Lima.
- Palacios, A. (2011). *Efectos de la Prisión Preventiva según lo determinado en la constitución y estudio de posibles soluciones para su debida aplicación (Tesis para obtener el Título de Abogado)*. Universidad Estatal Península de Santa Elena, Guayaquil.
- Pastor, D. (2007). La prisión preventiva, problemas actuales y soluciones. En *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Lima: Jurista Editores.
- Pedernera, M. (2018). La tensión entre los principios de legalidad y razonabilidad. *Argumentos* (7), 25-33.
- Peña, A. (2013). *Derecho Penal, Parte especial*. Lima: Idemsa.
- Peña, J. (2019). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia del imputado en el distrito fiscal de Lima, año 2017 (Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal)*. Universidad Alas Peruanas, Lima.
- Poder Ejecutivo. (2004). Código Procesal Penal.
- Poder Judicial. (2017). Acuerdo Plenario N.º 05-2016/CIJ-116. *X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias*.
- Poder Judicial. (2020). Casación N.º1640-2019/Nacional.
- Poder Legislativo. (2001). Ley N.º 27444. *Ley de Procedimiento Administrativo General*.
- Ramos, J. (2019). *Prisión preventiva judicial y su relación con la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado, Lima 2017 (Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal)*. Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima.
- Robayo, F. (2013). *La Detención Preventiva, excepción o regla actual del proceso penal (Tesis para optar el grado de magíster en Derecho)*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
- Rojas, J. (2017). *Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384º del código penal y el estado de derecho en el Perú (Tesis para obtener la maestría en Derecho Penal)*. Universidad César Vallejo, Lima.
- Romero, C. (2020). Delitos de acción pública, privada e instancia privada: una indagación acerca de su razonabilidad. *Prudentia Iuris*.
- Salinas, R. (2015). *Curso de Derecho Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Santy, L. (2016). Estudio práctico de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador en la administración pública. *Revista del Foro*, 283-302.
- Sotomayor, J. (2017). Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial. *Derecho PUCP*, 151-190.
- Tribunal Constitucional. (2003). Expediente N° 0298-2003-HC/TC.
- Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N.º2405-2006-PHC/TC-Lima.
- Tribunal Constitucional. (23 de Octubre de 2006). Resolución N.º 01209-2006-PA/TC.
- Villavicencio, F. (2018). *Derecho Penal básico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zaffaroni, E. (2015). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

**ANEXOS**

**ANEXO nº 1**

**GUIA DE JUICIO DE EXPERTOS**

**Entrevistado:** \_\_\_\_\_

**Institucion:** \_\_\_\_\_

**Cargo:** \_\_\_\_\_

**Objetivo general:**

Determinar de qué manera la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal en la Corte Superior de Justicia de Lima durante el periodo 2018-2020 afecta al principio de proporcionalidad.

1. ¿Cuál es el fin procesal de la prisión preventiva?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

2. ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva reduce los márgenes la irracionalidad en su aplicación?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

3. Considera usted que en el Perú es necesario la imposición de la prisión preventiva en delitos de colusión desleal por no existir otras medidas alternativas para alcanzar el fin cautelar?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**Objetivos específicos:**

- OE1. Analizar la naturaleza jurídica y los presupuestos materiales de la prisión preventiva en el Perú, según la doctrina y jurisprudencia nacional.

4. ¿Indique usted, cuáles son los presupuestos materiales para la aplicación de la prisión preventiva?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. ¿Considera usted que los presupuestos materiales de la prisión preventiva en el Perú, son aplicados correctamente?**

---

---

---

- **OE2. Analizar la tipicidad del delito de colusión desleal según el derecho penal peruano, a partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional.**

**6. ¿Considera usted necesario que en los casos de delitos de Colusión Desleal la fiscalía debe plantear el requerimiento de la prisión preventiva?**

---

---

---

**7. ¿Qué criterios jurisprudenciales existen sobre la prisión preventiva en casos de delitos de colusión desleal en el Perú?**

---

---

---

- **OE3. Analizar la interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de requerimientos de prisión preventiva según la doctrina y la jurisprudencia nacional.**

**8. ¿De qué manera se aplica en el Perú el principio de proporcionalidad?**

---

---

---

**9. ¿Considera usted que se debe aplicar un examen de proporcionalidad en los autos de prisión preventiva?**

---

---

---

**10. ¿El examen de proporcionalidad, debe realizarse a través de los presupuestos Materiales o de manera expresa discriminada en cada caso concreto?**

---

---

---

**ANEXO nº 2**  
**GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

**Título:** \_\_\_\_\_

**Autor:** \_\_\_\_\_

**Referencia :** \_\_\_\_\_

**Conexidad.** \_\_\_\_\_

**I. En relación con la prisión preventiva y colusión desleal**

**1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Perú?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**2. ¿Cuáles son los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva en los delitos de colusión desleal?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**3. ¿Bajo qué criterios es aplicable la prisión preventiva en los delitos de Colusión?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**4. ¿Cómo se tipifica el delito de colusión desleal?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**II. En relación con el principio de proporcionalidad.**

**1. ¿Es qué medida la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad es necesario al dictar una medida coercitiva personal?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**2. ¿Cómo se aplica el principio constitucional de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva?**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**ANEXO n° 3**

**GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

**Expediente:** \_\_\_\_\_

**Juzgado:** \_\_\_\_\_

**Fecha de expedición:** \_\_\_\_\_

**Datos de la decisión Judicial:**

1. **Fundamentos de hecho imputados:**
2. **Análisis de la proporcionalidad:**

ANEXO nº 4

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE 1	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	ITEMS
Prisión preventiva	Según Asencio Mellado, puntualiza que la prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal cuya finalidad es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.	<p>Prisión preventiva</p> <p>Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.</p> <p>Garantizar una investigación de los hechos en forma debida por la Fiscalía.</p> <p>Asegurar la ejecución de la pena</p> <p>Bien jurídico protegido es el Estado.</p>	<p>Evaluación para determinar el peligro de fuga, establecer los criterios Art.269. del NCPP</p> <p>Análisis de los presupuestos materiales ( fundados y graves elementos de convicción) Art.268 del NCPP</p> <p>Análisis del peligro obstaculización <i>periculum in mora</i> Art. 270 del NCPP</p> <p>a) Preservar el patrimonio Público. b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales</p>	<p>¿El arraigo del imputado implica elementos objetivos que obliguen al procesado a permanecer en el lugar de origen?</p> <p>¿La presencia de esposa, hijos negocios, propiedades, garantiza su permanencia en un lugar?</p> <p>La información recolectada por la Fiscalía, ¿Cuándo se puede considerar que son elementos suficientes de convicción del delito?</p> <p>¿Qué información se tiene que inferir para determinar que el investigado es presunto autor?</p> <p>¿Qué datos o indicios del imputado pueden ser señal de que tratará de</p>

			<p>inherentes a la Función Pública.</p> <p>c) Asegurar los deberes de la lealtad institucional y probidad funcional</p>	<p>obstaculizar la investigación?</p> <p>¿El silencio del imputado, amenazas, ocultamiento, podrán evidenciar un claro intento de obstaculizar el proceso y evitar la ejecución de una pena?</p>
--	--	--	---	--

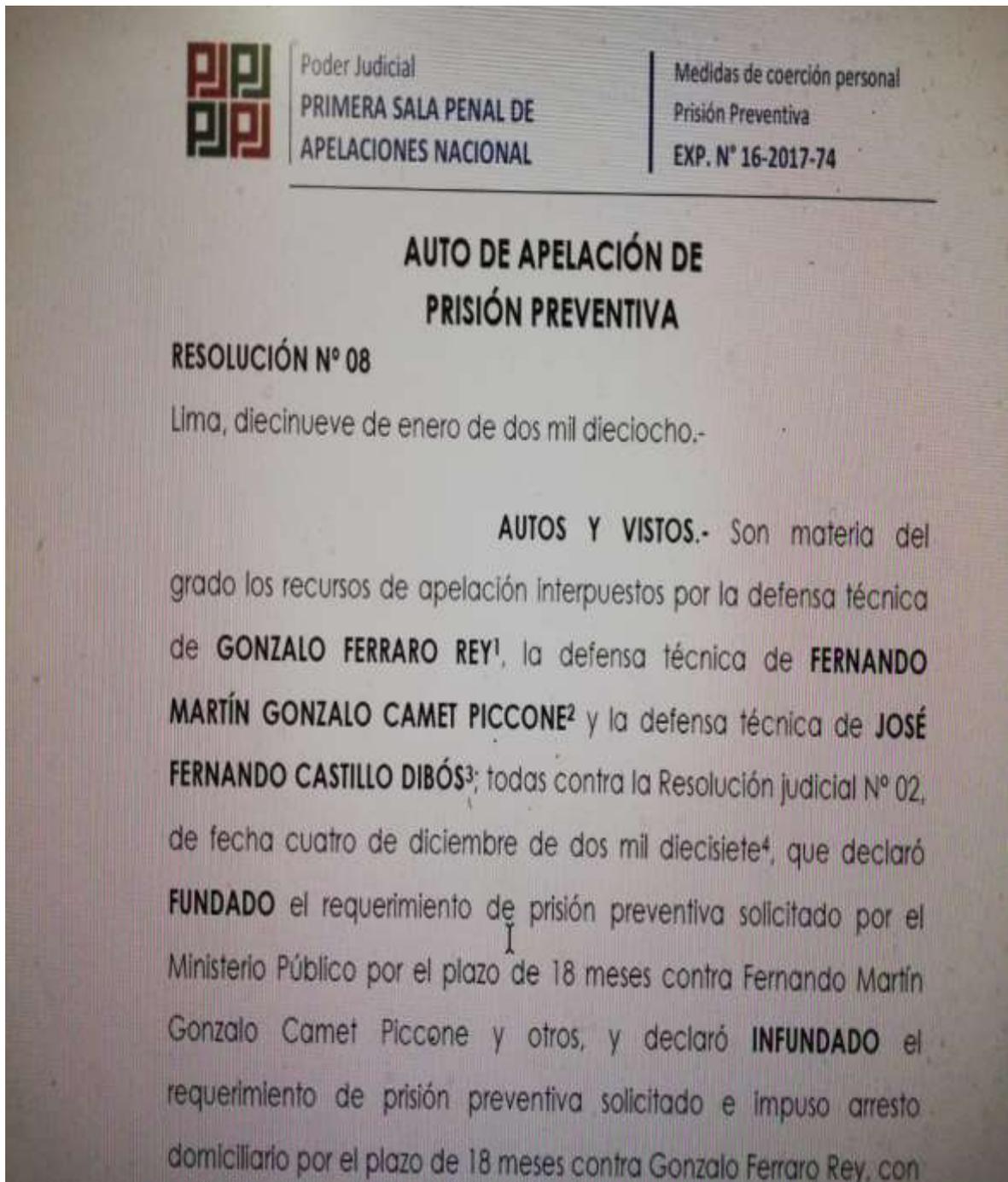
VARIABLE 2	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	ITEMS
Principio de proporcionalidad	<p>Este principio apela a tres sub principios, el de idoneidad, proporcionalidad en el sentido estricto, y razonabilidad</p> <p>Idoneidad. Necesidad. Proporcionalidad en sentido estricto. (razonabilidad y adecuabilidad)</p>	<p>Principio de Idoneidad.</p> <p>Proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p>Razonabilidad</p>	<p>Relación de causalidad de medio a fin entre el medio adoptado y el fin propuesto, relación medio-fin.</p> <p>Cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor a este debe ser el fin u optimación constitucional</p> <p>El principio de razonabilidad obliga a que las dediciones de la autoridad obedezcan a una adecuada proporción entre medios fines.</p>	<p>¿La prisión preventiva guarda relación en la aplicación de esta medida en casos de Colusión desleal?</p> <p>¿Existe proporcionalidad Entre la prisión preventiva en los delitos de Colusión?</p> <p>¿En los casos en el que el Juez ha dictado esta medida en el distrito judicial de lima existe razonabilidad?</p>

VARIABLE 3	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	ITEMS
Delito de colusión desleal	Art. 384. El funcionario o servidor Público que en los contratos, licitaciones concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga a razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u Organismo del Estado concretándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres ni mayor de 15 años	Sujeto activo y sujeto pasivo  Tipicidad del delito	Solo funcionarios y servidores públicos pueden ser sujeto activo.  El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado	Determinar a los servidores públicos y funcionarios públicos.  Determinar las relaciones que existen entre los servidores funcionarios públicos con aquellos que ven a contratar con el Estado.  ¿Qué es el deber de probidad? ¿De qué manera se lesiona los intereses patrimoniales del Estado?  ¿Cualquier funcionario o servidor puede ser sujeto activo? ¿Se tiene que enlazar para la comisión de este delito el sujeto activo, el objeto normativo y el bien jurídico?  ¿Defraudar al Estado y a sus organismos o entidades es el resultado al quebrantamiento de los roles asumidos por los sujetos vinculados a las

				contrataciones con el Estado?
--	--	--	--	-------------------------------

**Anexo n° 5**

EXPEDIENTE N° 16-2017-74



EXPEDIENTE n° 00045-2019-1-5002-JR-PE-03

Poder Judicial  
  
Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

---

**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE  
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Expediente	: 00045-2019-1-5002-JR-PE-03
Jueces superiores	: Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / Angulo Morales
Ministerio Público	: Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputados	: César Villanueva Arévalo y Marcos Díaz Espinoza
Delitos	: Colusión desleal y otros
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia	: Apelación de auto sobre prisión preventiva

**Resolución N.º 3**  
Lima, veintisiete de diciembre  
de dos mil diecinueve

**AUTOS Y OÍDOS:** En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los imputados César Villanueva Arévalo y Marcos Díaz Espinoza contra la Resolución N.º 9, de fecha once de diciembre de dos mil diecinueve, emitida en audiencia por el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró fundado el requerimiento fiscal y, en consecuencia, se impone la medida de prisión preventiva en contra de los referidos